

- La cláusula del propósito principal (*Principal Purpose Test*). *Andrés Báez Moreno*
- La sinrazón del modelo 720. *José Andrés Sánchez Pedroche*
- Convenios fiscales multilaterales: el instrumento multilateral de BEPS y las tendencias actuales. *Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo*
- Cesión de competencias en la comprobación de valores. *José A. Rozás Valdés*
- Reducción del 60% de los RCI derivados de arrendamientos a empresas. *Alfonso Sanz Clavijo*
- Reanudación formal de las actuaciones inspectoras. *Javier Bas Soria*
- Compensación de BINS y obligaciones tributarias conexas (casos prácticos). *Carlos Javier Lacorte Sentenach*
- La futura norma contable de los arrendamientos. *Rocío Caña Palma*
- Caso práctico de Técnicos de Auditoría y Contabilidad. *Miguel Ángel Gálvez Linares, Ángel Montes Carrillo y José Tovar Jiménez*

# REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Noviembre 2016 – Número 404

## 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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

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

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

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

Alfonso Osorio Iturmendi (*Presidente de BDO España*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

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

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

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

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

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



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

28010 MADRID  
08012 BARCELONA  
46010 VALENCIA  
28010 MADRID

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

**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)
152,00 €	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Suscriptores: 17,68 €</li> <li>• No suscriptores: 20,80 €</li> </ul>

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

Esta Revista se encuentra 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).*

## SUMARIO

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

Página

#### TRIBUTACIÓN

##### ESTUDIOS

- 91/2016** La cláusula del propósito principal (*Principal Purpose Test*). Un análisis crítico de la acción 6 del Proyecto BEPS  
*The Principle Purpose Test. A critical approach to BEPS action 6* ..... 5  
**ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2016**  
(Andrés Báez Moreno)
- 92/2016** Modelo 720 o la flagrante vulneración del derecho comunitario y la CE  
*Form 720 blatant breaks European Union Law and Spanish Constitution* ..... 53  
(José Andrés Sánchez Pedroche)
- 93/2016** Reflexiones sobre los convenios fiscales multilaterales para evitar la doble no imposición: el instrumento multilateral de BEPS y las tendencias actuales  
*Considerations on multilateral tax treaties to avoid double non-taxation: a multilateral instrument of the BEPS and current trends* ..... 113  
(Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo)

##### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

- 94/2016** Cesión de competencias en la comprobación de valores (Análisis de las SSTC 25 y 33, de 15 y 18 de febrero de 2016) ..... 117  
(José A. Rozas Valdés)
- 95/2016** Puede aplicarse la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda concertados con personas jurídicas [Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 5138/2013)] ..... 125  
(Alfonso Sanz Clavijo)

96/2016	La interrupción de la prescripción por la continuación de las actuaciones inspectoras tras la superación del plazo máximo de duración requiere un acto formal de reanudación [Análisis de la RTEAC de 5 de julio de 2016 (R. G. 35/2013)] .....	133
	(Javier Bas Soria)	

## CASO PRÁCTICO

97/2016	Compensación de bases imponibles negativas y obligaciones tributarias conexas (casos prácticos) .....	141
	(Carlos Javier Lacorte Sentenach)	

## CONTABILIDAD

### ESTUDIOS

98/2016	La futura norma contable de los arrendamientos: NIIF 16/ASC 842. Impacto en el sector hotelero <i>The future of the lease accounting standard: IFRS 16/ASC 842. Impact in the hospitality industry</i> .....	143
	<b>ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2016</b> (Rocío Caña Palma)	
99/2016	Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Auditoría y Contabilidad .....	199
	(Miguel Ángel Gálvez Linares, Ángel Montes Carrillo y José Tovar Jiménez)	

	<b>Clausura del curso académico 2015-2016 del CEF, Ceremonia de graduación de la V promoción de la UDIMA y Entrega del Premio Estudios Financieros 2016.....</b>	201
--	--	-----

 Solo disponible en versión digital

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

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

## LA CLÁUSULA DEL PROPÓSITO PRINCIPAL (*PRINCIPAL PURPOSE TEST*). UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ACCIÓN 6 DEL PROYECTO BEPS

**Andrés Báez Moreno**

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Postdoctoral Research Fellow.*

*IBFD. Ámsterdam (Países Bajos)*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit** del **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Álvaro ANTÓN BASANTA, don Diego MARÍN BARNUEVO, don Javier MARTÍN FERNÁNDEZ, don Alberto MONREAL LASHERAS, don Javier SEJO PÉREZ y don Fernando DE VICENTE BENITO.

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

---

### EXTRACTO

El trabajo analiza críticamente la cláusula del propósito comercial cuya incorporación al Modelo de Convenio de la OCDE se derivará previsiblemente como consecuencia de la acción 6 del Plan BEPS. En el trabajo se analiza críticamente el diseño jurídico positivo de la cláusula y algunas otras cuestiones que la misma plantea en relación particularmente con otros conjuntos normativos (LOB y derecho comunitario europeo).

**Palabras claves:** convenios de doble imposición, cláusulas generales antiabuso y test del propósito principal.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 03-10-2016*

## THE PRINCIPLE PURPOSE TEST. A CRITICAL APPROACH TO BEPS ACTION 6

Andrés Báez Moreno

---

### ABSTRACT

This article makes a critical analysis of the Principal Purpose Test which will be likely incorporated to the OECD Model Tax Convention on Income and Capital as a consequence of BEPS Action 6. The article critically considers the very legal design of this clause also considering certain aspects related to other clauses or legal regimes (Limitation on Benefits Clauses and European Law).

**Keywords:** double taxation conventions, general anti-avoidance rules and Principal Purpose Test.

---

---

## Sumario

- I. Introducción y ámbito del trabajo
- II. El test del propósito principal (PPT) en el informe final de la acción 6. ¿Qué es abuso de tratado y cuáles son las consecuencias tributarias de que un negocio sea considerado abusivo?
  - II.1. El concepto de abuso de tratado en la PPT. El doble test subjetivo y objetivo
  - II.2. La consecuencia jurídica de la PPT
- III. Algunas cuestiones al margen del diseño legal de la PPT
  - III.1. La PPT y las cláusulas de limitación de beneficios
  - III.2. La PPT y el problema de la compatibilidad de las normas internas antiabuso con los CDI
  - III.3. La PPT y el derecho comunitario
- IV. Conclusiones

## I. INTRODUCCIÓN Y ÁMBITO DEL TRABAJO

Los tres últimos años han resultado ciertamente convulsos para la fiscalidad internacional. En un sector del ordenamiento altamente tecnificado, y cuyas discusiones prácticas han sido patrimonio tradicional de profesionales extraordinariamente especializados, los constantes titulares periodísticos, las manifestaciones públicas más o menos espontáneas y la intervención de actores poco habituales –nos referimos en concreto a la participación activa de las organizaciones no gubernamentales– han supuesto ciertamente una novedad. Sin desdeñar la importancia de estos fenómenos y sin dejar de valorar muy positivamente la implicación de la «sociedad civil» en un sector del ordenamiento respecto del que tradicionalmente no había mostrado interés alguno, parece llegado el momento de analizar sosegadamente, y desde una perspectiva técnica libre de todo sesgo, los resultados del Proyecto de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE en adelante) en relación con el ya célebre fenómeno de la erosión en la base y el traslado de beneficios (BEPS en adelante, conforme al acrónimo inglés).

Desde la adopción de los primeros informes de la OCDE sobre el problema<sup>1</sup>, no han faltado valiosísimos análisis sobre el fenómeno en términos generales. Análisis que, más allá de las 15 acciones concretas que recoge el plan de acción, enfocaban el fenómeno BEPS desde una óptica global poniendo el acento en los problemas estructurales de las reglas de tributación internacional –tanto en el ámbito doméstico como en el convencional– que son los que, a la postre, han generado los fenómenos llamativos de «desimposición» internacional que el propio plan pretende abordar<sup>2</sup>. No obstante, pronto fue evidente que la OCDE no pretendía alterar los pilares básicos sobre los que se asienta la fiscalidad internacional desde principios del pasado siglo, sino solo enmendar algunas de sus fallas más sobresalientes. Sin que dejaran de publicarse trabajos que insistían en un necesario cambio global de paradigma, la atención empezó a centrarse en cada una de las 15 acciones que integran el plan. Obviamente, la publicación, en octubre de 2015, de los informes definitivos referidos a cada una de estas acciones acentuó esta tendencia<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> OECD: *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. París: OECD, 2013 (BEPS, informe inicial en adelante); OECD: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. París: OECD, 2013 (plan de acción en adelante).

<sup>2</sup> Entre otros muchos, merecen destacarse: BRAUNER, Y.: «BEPS: An Interim Evaluation», *World Tax Journal*, núm. 6, 2014, págs. 10-39. BRAUNER, Y.: «What the BEPS?», *Florida Tax Review*, núm. 2, vol. 16, 2014, págs. 55-115.

<sup>3</sup> Pueden consultarse en <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm> (consulta: 20 de febrero de 2016).

Uno de los informes que ha merecido particular atención es el referido a la acción 6 del plan –Prevención de la concesión de beneficios convencionales en circunstancias inapropiadas<sup>4</sup>–, seguramente por tratarse de una cuestión muy llamativa a la que, además, la OCDE había tenido ocasión de referirse en múltiples ocasiones antes de emprender el Proyecto BEPS<sup>5</sup>. El informe final pretende afrontar el fenómeno del abuso de convenio en sus dos modalidades esenciales –el *Treaty Shopping* (compra de tratados) y el *Rule Shopping* (compra de reglas de distribución)– a través de tres cambios fundamentales en el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE en adelante) respecto de los instrumentos normativos y soluciones existentes hasta el momento:

- La incorporación al MCOCDE de una «cláusula de limitación de beneficios» al estilo de la que existe hace años en el modelo de Estados Unidos (conocida como *Limitation of Benefits Clause*, LOB en adelante).
- La incorporación al MCOCDE de una cláusula general antiabuso (conocida como *Principal Purpose Test*, PPT en adelante).
- La clarificación explícita, en el título y el preámbulo del MCOCDE, de que los convenios de doble imposición (CDI en adelante) no tienen como finalidad la generación de «doble no imposición».

No han faltado últimamente trabajos muy meritorios en torno a la acción 6 de BEPS en los últimos tiempos<sup>6</sup>. Sin embargo, creemos llegado el momento de analizar con mayor detalle cada uno de los informes finales de BEPS y, en particular, el correspondiente a la acción 6. Y ello es así porque cada uno de los tres grandes bloques temáticos que conforman el informe final (LOB, PPT y cambio en la finalidad declarada de los convenios) encierra cuestiones de enorme trascendencia que merecen, sin duda, atención separada si es que quiere avanzarse en su completo entendimiento. No queremos decir con esto que dichas cuestiones no estén relacionadas entre sí y, desde luego, en el desarrollo de este trabajo, multitud de cuestiones precisarán referencias concretas a cada una de las tres partes del informe. Se trata solo de reconocer la enorme complejidad de cada una de esas cuestiones y la necesidad de analizarlas por separado con detenimiento.

<sup>4</sup> OECD: *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6, 2015 Final Report*. París: OECD, 2015, 101 págs. (informe final en adelante).

<sup>5</sup> En efecto, los trabajos de la OCDE en materia de abuso de convenios ya habían empezado en 1977. Será, no obstante, en 2003 cuando los mismos se reflejen de una forma más contundente en los comentarios al modelo de convenio.

<sup>6</sup> BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse», *Intertax*, vol. 43, 2015. DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6», *Intertax*, núm. 1, vol. 43, 2015, págs. 42-57. JIAN, Q.: «Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin for International Taxation*, núm. 3, vol. 69, 2015, págs. 139-148. PINETZ, E.: «Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse», *Bulletin for International Taxation*, núms. 1-2, vol. 70, 2016, págs. 113-120.

De entre las tres grandes medidas que derivan del informe final de BEPS este trabajo pretende centrarse, de forma exclusiva, en el análisis de la PPT. Nos encontramos ante la primera cláusula general antiabuso estandarizada en el MCOCDE<sup>7</sup>. Por ese motivo, y a diferencia de lo que ocurre respecto de la otra medida estrella del informe –la LOB<sup>8</sup>–, su estudio detenido se encuentra prácticamente en barbecho.

El trabajo analiza, en primer lugar, el diseño jurídico positivo de la PPT (epígrafe II) distinguiendo su presupuesto de hecho y su consecuencia jurídica. Posteriormente se analizan otras cuestiones relacionadas con la PPT (epígrafe III). El trabajo se cierra con unas breves conclusiones (epígrafe IV).

## II. EL TEST DEL PROPÓSITO PRINCIPAL (PPT) EN EL INFORME FINAL DE LA ACCIÓN 6. ¿QUÉ ES ABUSO DE TRATADO Y CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE QUE UN NEGOCIO SEA CONSIDERADO ABUSIVO?

Como no podía ser de otra manera, el análisis de la nueva cláusula general antiabuso propuesta en el informe final de la acción 6 de BEPS debe empezar precisamente por su dicción literal. En este sentido, el informe final propone la introducción de un nuevo precepto en el MCOCDE (art. X), cuyo párrafo 7<sup>9</sup> incorpora precisamente la nueva regla general que este trabajo trata de analizar y cuyo texto conviene reproducir literalmente como punto de partida de nuestras reflexiones:

«Artículo X. Derecho a los beneficios del convenio.

[...]

7. Sin perjuicio del resto de disposiciones de este convenio, no se concederá un beneficio del mismo respecto de una renta o un elemento patrimonial si puede concluirse, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, que la obtención de tal beneficio fue uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción que resultó en dicha obtención, a menos que pueda establecerse que la concesión de

<sup>7</sup> Y (conviene también decirlo) en cualquiera de los otros modelos que, hoy por hoy, condicionan en mayor o menor medida el contenido de los casi 3.000 CDI bilaterales que existen. Nos referimos al Modelo de la Organización de las Naciones Unidas y al modelo norteamericano.

<sup>8</sup> En efecto, al hilo del análisis del modelo norteamericano y de los CDI concretos que, siguiendo el mismo, recogen una cláusula de limitación de beneficios, existen trabajos notabilísimos sobre estas últimas. Por todos: VEGA BORRERO, F.: *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Den Haag: Kluwer, 2006, 320 págs.

<sup>9</sup> Los párrafos 1 a 6 de este nuevo artículo incorporan las cláusulas de limitación de beneficios a las que se ha hecho referencia en la introducción de este trabajo y sobre las que tendremos ocasión de volver más adelante para realizar algunas precisiones al hilo de su relación con la PPT.

tal beneficio en tales circunstancias sería conforme al objeto y propósito de las disposiciones correspondientes de este convenio»<sup>10</sup>.

En este texto se condensan el presupuesto de hecho de la nueva norma y sus consecuencias jurídicas que, por motivos sistemáticos, analizaremos por separado<sup>11</sup>.

## II.1. EL CONCEPTO DE ABUSO DE TRATADO EN LA PPT. EL DOBLE TEST SUBJETIVO Y OBJETIVO

Realmente puede decirse que el informe final de la acción 6 de BEPS no ha inventado nada nuevo por lo que se refiere al diseño legal del presupuesto de aplicación de las normas generales antiabuso y, en particular, de la PPT. En efecto, los ordenamientos internos de gran cantidad de países (miembros y no miembros de la OCDE) cuentan, desde hace años, con normas generales antiabuso de la más variada naturaleza<sup>12</sup>. Por ello, el informe, más que edificar sobre la nada dicho presupuesto, esto es, el estándar de lo que constituye o no abuso, tenía ante sí la difícil tarea de elegir la opción técnicamente más consistente. Y, como tendremos ocasión de comprobar a continuación, el diseño final deja mucho que desear. En todo caso, y sin querer anticipar más conclusiones, conviene dejar claro que la calificación de una operación como abuso de tratado, de acuerdo con la dicción literal de la PPT reproducida más arriba, requiere la concurrencia de dos elementos: uno de ellos de carácter esencialmente subjetivo, al menos *prima facie*, y que se identifica con que la obtención de tal beneficio sea uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción; el segundo, de carácter objetivo, requiere que la concesión de tal beneficio no sea conforme al objeto y propósito de las disposiciones correspondientes del convenio<sup>13</sup>. El correcto entendimiento de la cláusula y, sobre todo, de sus notabilísimos problemas prácticos, requiere analizar por separado ambos elementos.

<sup>10</sup> Informe final, pág. 55.

<sup>11</sup> Como es frecuente respecto de cualquier regla que pretende incorporarse al MCOEDE, el texto de la misma viene acompañado por unos comentarios que pueden encontrarse en las páginas 55 a 69 del informe final. A lo largo del análisis que sigue, haremos referencia a esta propuesta de comentarios cuando proceda sin que consideremos necesario, por su larguísima extensión, reproducirlos aquí literalmente.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, con información muy valiosa aunque ciertamente desfasada en el tiempo: ZIMMER, F.: «General Report», *IFA Cahiers 2002*, vol. 87 A, *Form and Substance in Tax Law*. The Hague: SdU, 2002, págs. 43-50. Con información más actualizada: KREVER, R.: «General Report: GAARs», en M. Lang *et al.* (eds.), *GAARs. A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World?*, vol. 3, Institute for Austrian and International Tax Law European and International Tax Law and Policy Series. Amsterdam: IBFD, 2016, págs. 1-20.

<sup>13</sup> En el texto de la PPT este requisito se formula de manera distinta, pues parece aportar una vía de escape para el contribuyente. Así, un negocio que tenga como uno de sus propósitos esenciales la obtención de un beneficio convencional podrá considerarse no abusivo, y no merecer corrección alguna, si su obtención es conforme al objeto y propósito de la norma correspondiente del CDI. Más tarde tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión que encierra algunos matices que no resultan quizá visibles a simple vista. En este momento, y por motivos de claridad explicativa, hemos preferido formular este segundo requisito en la forma en la que aparece descrito en el texto.

## a) La obtención de un beneficio del convenio como uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción

La pura literalidad de la PPT parece requerir la concurrencia de un elemento esencialmente subjetivo como primer requisito para concluir que se está ante un abuso del convenio. En efecto, el uso del término propósito (*purpose*) remite más a la intención subjetiva del contribuyente que a los efectos objetivos del negocio<sup>14</sup>. Los pocos trabajos que, hasta el momento, se han ocupado de analizar detalladamente la PPT parecen también moverse en esta misma línea<sup>15</sup>, al igual que las «aclaraciones» contenidas en los comentarios que acompañan al texto de la norma en el informe final<sup>16</sup>. Tanto la selección de un test subjetivo por parte del informe final, como su muy particular configuración en el texto de la PPT, plantean problemas teóricos y prácticos de muy hondo calado que trataremos de analizar a continuación.

En primer lugar, sorprende que el informe final configure la PPT sobre un requisito de carácter esencialmente subjetivo. En efecto, desde hace años, se discute la conveniencia de introducir elementos de este tipo (propósitos, motivos o intenciones) en el presupuesto de hecho de las normas antiabuso<sup>17</sup>. La crítica tradicional frente a este tipo de requisitos –al igual que la que se viene formulando en relación con su reconocimiento explícito en la PPT<sup>18</sup>– estriba en que la prueba de una intención –en este caso, de cuál sea el propósito esencial del negocio– resulta sencillamente imposible. A nuestro entender, no es este el problema esencial de los test subjetivos contenidos en las cláusulas antiabuso, pues la intención de los contribuyentes podrá, y de hecho deberá, inducirse a partir de circunstancias objetivas referidas a los negocios realizados<sup>19</sup>. Esta

<sup>14</sup> A diferencia, por poner solo un ejemplo, del artículo 15.1 b) de la Ley general tributaria (LGT) española de 2003 que, con mayor acierto técnico a nuestro juicio, se refiere a los «efectos jurídicos o económicos del negocio» distintos del ahorro fiscal.

<sup>15</sup> BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 131-132. LANG, M.: «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes International*, núm. 655, 2014, págs. 655-664. PINETZ, E.: «Final Report on Action 6...», *op. cit.*, pág. 116. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse», en M. Lang *et al.* (eds.), *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposals to Revise the OECD Model Convention*. Viena: Linde, 2016, pág. 284.

<sup>16</sup> En efecto, el párrafo 10 de los comentarios que acompañan al texto de la PPT indica: «Para determinar si el propósito de una persona por lo que se refiere a un negocio es o no la obtención de un beneficio del convenio [...]».

<sup>17</sup> Para una discusión de estas cuestiones en términos comparativos: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 45-46. KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 7-11. Sobre estas cuestiones, en la doctrina española, resultan especialmente meritorios los trabajos del profesor CARLOS PALAO (PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*. Valladolid: Lex Nova, 2009, pág. 153).

<sup>18</sup> En este sentido, frente al elemento subjetivo de la PPT: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 658. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 284.

<sup>19</sup> De hecho, a esta misma conclusión llegan los críticos de la PPT en relación con este extremo: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 658. En sentido semejante se han pronunciado otros autores, incluso partidarios de esta concepción subjetiva, para las cláusulas antiabuso domésticas: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, pág. 46. KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 7-8.

es una cuestión que, por cierto, los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT han sabido reconocer dándole una respuesta satisfactoria en términos generales al señalar:

«Para determinar si el propósito de una persona por lo que se refiere a un negocio es o no la obtención de un beneficio del convenio, resulta importante realizar un análisis objetivo de las finalidades y objetivos de todas las personas involucradas en la realización del negocio o que sean parte del mismo. [...] No es necesario encontrar una prueba concluyente de la intención de las personas involucradas en el negocio, pero debe poder concluirse razonablemente, tras un análisis objetivo de los hechos y circunstancias relevantes, que uno de los principales propósitos del negocio era obtener los beneficios del tratado»<sup>20</sup>.

Siendo cierto lo anterior, a nuestro juicio, los test antiabuso de carácter subjetivo plantean cuestiones jurídicas de mayor calado:

- Las normas fiscales, particularmente las reguladoras del ámbito sujeto a gravamen, anudan una consecuencia jurídica (el nacimiento de la obligación tributaria) al cumplimiento de determinados requisitos legales de carácter objetivo que, en términos generales, resultan expresivos de la capacidad contributiva que pretende someterse a tributación. El nacimiento de la obligación tributaria y, en su caso, el importe de la misma, depende exclusivamente de la verificación de dicho presupuesto y de la intensidad con la que el mismo se realice, sin que las intenciones del contribuyente resulten ni puedan resultar determinantes a estos efectos<sup>21</sup>. El hecho de que el contribuyente eluda la realización del hecho imponible o, en el ámbito que aquí nos ocupa, consiga de forma abusiva la aplicación de un CDI o la aplicación de una regla de distribución de un CDI más favorable a sus intereses, no cambia esta realidad incluso aunque el ordenamiento reaccione frente a dicho intento de abuso aplicando una regla como la PPT. Cualquier cláusula general antiabuso debe definir, de manera objetiva, cuándo esos negocios merecen ser corregidos. Una cláusula general antiabuso, como la PPT, que hace depender su aplicación de un requisito de carácter subjetivo, puede desembocar en un gravamen distinto de dos negocios objetivamente idénticos desde la perspectiva de la capacidad económica que los mismos demuestran. Llevando este argumento al extremo, una cláusula

<sup>20</sup> Informe final, págs. 57-58.

<sup>21</sup> El profesor SAINZ DE BUJANDA insistió una y otra vez en esta idea. Por su claridad expositiva quizá convenga recuperar una vez más sus palabras: «De todo lo expuesto interesa, por tanto, retener dos consideraciones esenciales, a saber: 1.<sup>ª</sup> Que la fuente de la obligación tributaria es la ley, aunque esta decreta el nacimiento del vínculo obligacional tan solo en aquellos casos en los que se realice el hecho presupuesto, que no deja de ser tal –es decir, un hecho– aun cuando, a otros efectos, consista en un acto o negocio jurídico; y 2.<sup>ª</sup> Que en el supuesto de que el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, **la voluntad que lo anima será irrelevante para el nacimiento de la obligación tributaria**» (la negrita es nuestra). SAINZ DE BUJANDA, F.: «Concepto del hecho imponible», *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, pág. 298.

general antiabuso construida sobre la base de un presupuesto de hecho de carácter subjetivo podría resultar contraria a los principios constitucionales de igualdad y capacidad económica pues, como antes indicamos, puede desembocar en que dos contribuyentes que manifiestan exactamente la misma riqueza sean gravados de forma diametralmente distinta por el simple hecho de que solo respecto a uno de ellos la Administración ha logrado probar que la obtención de un ahorro fiscal (beneficio de un convenio) constituía uno de los principales propósitos del negocio realizado. Esta reflexión puede ilustrarse con un ejemplo práctico:

### EJEMPLO 1

A y B son personas físicas residentes en el Estado R. Las dos son personas acaudaladas (con circunstancias personales, familiares y económicas idénticas) y ostentan una importante participación en una entidad residente en el Estado R. A y B encuentran un comprador dispuesto a pagar un importe relevante por la adquisición de la participación anterior y ambas deciden también trasladar su residencia al Estado F, con el que R ha suscrito un CDI que sigue el MCOCDE, para posteriormente proceder a transmitir la participación. El traslado de residencia implica que la plusvalía generada no pueda ser gravada por el Estado R (art. 13.5 del MCOCDE) y, en circunstancias normales, ambos contribuyentes, si están bien asesorados, habrán elegido un país de destino en el que el gravamen de las plusvalías de fuente extranjera sea nulo o muy bajo. Ambos son personajes públicos y solo les diferencia que A es mucho menos discreto y más mediático. Por eso, antes de trasladar su residencia, repite hasta la saciedad en los medios que, aunque ama a su país y la vida que allí lleva, se ve obligado a emigrar por motivos fiscales pues el gravamen de las plusvalías en su amado país de nacimiento es confiscatorio. B no realiza manifestación alguna. En este caso, y recurriendo a la PPT del CDI entre R y F –si es que la contiene–, la Administración de R podría dar por probado que el único propósito o uno de los principales propósitos del negocio (el cambio de residencia de A y la ulterior transmisión de la participación) era, precisamente, realizar la plusvalía sin tributación alguna en R. Respecto de B, la prueba de tal propósito podría resultar más complicada.

Este sencillo ejemplo demuestra que la PPT, tal y como está configurada, puede conducir a que dos sujetos en las mismas circunstancias económicas reciban dos tratamientos fiscales diametralmente opuestos sobre la base, exclusivamente, de meros motivos psicológicos revelados o inducidos<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Estos hechos ya se calificaban como abusivos en los comentarios al MCOCDE desde 2003 (al art. 1, párr. 9). Los nuevos comentarios al texto de la PPT (informe final, pág. 58) parecen seguir la misma línea, al afirmar: «[...] una persona puede vender un bien por varias razones pero, si antes de la venta, esa persona se convierte en residente de un Estado

- Una cláusula general antiabuso como la PPT, construida sobre la base de un test puramente subjetivo, puede conducir a considerar abusivos, y por lo tanto privarles de los beneficios convencionales correspondientes, a negocios o grupos de negocios que despliegan efectos jurídicos o económicos relevantes al margen del propio ahorro fiscal. Para ello basta con analizar los hechos descritos en el ejemplo 1. En efecto, si la Administración tributaria del Estado en el que la persona física tenía su residencia consigue probar que dicha persona trasladó su residencia a otro Estado con la única finalidad de eludir la tributación de las correspondientes plusvalías –en virtud de la aplicación del art. 13.5 del correspondiente CDI– será totalmente intrascendente que el cambio efectivo de residencia tenga importantes efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro fiscal obtenido. Y lo cierto es que, en este caso, esos efectos serán incuestionables tanto en el ámbito puramente fiscal (la persona física dejará de ser residente de su Estado de origen y de tributar en el mismo por su renta mundial), como en el ámbito legal (impacto sobre aspectos diversos referidos al derecho matrimonial, de menores o sucesorio) y personal (traslado efectivo de la persona física e, incluso, de su familia al Estado de destino)<sup>23</sup>. Y, como ha afirmado la doctrina con buen criterio, asumiendo que el traslado de residencia no sea meramente simulado –por ejemplo, porque no exista un desplazamiento físico real conforme a los criterios legales requeridos por la legislación del Estado de destino–, esos cambios de residencia deberían resultar legalmente inatacables<sup>24</sup>. Pues bien, la PPT, tal y como está diseñada, viene a cuestionar esta realidad, pues, con total independencia de esos efectos, la prueba de que el traslado de residencia tuvo como principal propósito la obtención de un beneficio convencional supone, de forma automática, la posibilidad de privar al contribuyente del mismo<sup>25</sup>.
- Ciertas Administraciones tributarias, y nos referimos en particular a las autoridades fiscales españolas, han emprendido una agresiva política de lucha contra los fenómenos de elusión fiscal internacional. En tiempos recientes, viene observán-

---

contratante y una de las principales razones para ese cambio de residencia es obtener un beneficio del convenio, el párrafo 7 [la PPT] puede aplicarse sin perjuicio de que puedan existir otros propósitos principales para el cambio de residencia, como facilitar la propia transmisión de la propiedad o la reinversión de las plusvalías obtenidas con la venta».

<sup>23</sup> ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Changing Residence as Tax Planning», en *Pricewaterhouse Coopers Chair on International Corporate Taxation*, Working Papers, núm. 2, 2013, pág. 10, en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing\\_Zornoza\\_PWC\\_2013.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18175/changing_Zornoza_PWC_2013.pdf?sequence=1) (consulta: 4 de marzo de 2016).

<sup>24</sup> ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Changing Residence...», *ibid.*, pág. 11.

<sup>25</sup> Adviértase la enorme diferencia con otras cláusulas generales antiabuso como la actualmente vigente en España. En efecto, de acuerdo con el artículo 15 de la LGT española, la calificación de un negocio como abusivo exige que «[...] de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal». Y esta parecía ser, al menos hace algunos años, la visión general de gran cantidad de Estados. El Informe General del Congreso de IFA 2002 sobre los cambios de residencia por parte de personas físicas indicaba: «Siendo cierto que tal emigración explota la falta de armonización de los sistemas tributarios de distintos países, se cree que una emigración de buena fe es algo distinto de una construcción artificial» (BROE, L. DE: «General Report», *IFA Cahiers 2002*, vol. 87 B, *The Tax treatment of Transfer of Residence by Individuals*. The Hague: IFA, 2002, pág. 28).

dose en la práctica que, más allá de las exigencias impuestas por las normas antiabuso –en concreto, las que derivan de la cláusula de conflicto en la aplicación de la norma tributaria del art. 15 de la LGT–, se da un valor preeminente a ciertos documentos de carácter estrictamente interno (correos electrónicos, presentaciones elaboradas por asesores fiscales o *memoranda* empresariales referidas a operaciones de planificación fiscal) en los que los contribuyentes o sus asesores se refieren, de forma explícita, a las ventajas fiscales que una determinada operación o conjunto de operaciones pudieran reportar. En principio, una aplicación seria de las normas antiabuso conllevaría que dichas afirmaciones fueran intrascendentes a la hora de decidir si la operación debe o no corregirse pues, en todo caso, la Administración tendría la carga de probar que el negocio o los negocios resultan notoriamente artificiosos y que de su utilización no resultan efectos jurídicos o económicos distintos del ahorro fiscal. Sin embargo, la realidad resulta más tozuda y lo cierto es que la trascendencia de tales documentos –en los que en la mayor parte de las ocasiones el contribuyente se limita a afirmar que una operación puede ser fiscalmente ventajosa– viene resultando crucial. Si esto es ya así cuando la Administración aplica cláusulas, como la española, que no se fundamentan en requisitos subjetivos<sup>26</sup>, ni que decir tiene que la PPT multiplicará exponencialmente esta forma de proceder.

Más allá de los problemas intrínsecos a cualquier configuración subjetiva de las reglas generales antiabuso, la muy particular regulación de dicho elemento en el texto de la PPT no deja de plantear muy serios inconvenientes. En efecto, debe recordarse que el informe final requiere que «la obtención de un beneficio del convenio sea uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción». Lo cierto es que esta regla no parece encontrar parangón, ni en la formulación de las cláusulas antiabuso internas de diversos Estados (de la OCDE), ni tampoco en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo (TJ europeo en adelante)<sup>27</sup>. Por el contrario, la práctica totalidad de los antecedentes mencionados<sup>28</sup> suele referirse a que la obtención de un ahorro fis-

<sup>26</sup> La doctrina ya ha tenido ocasión de pronunciarse críticamente sobre la forma irregular de aplicación de la cláusula española antiabuso haciendo referencia también al extremo que se describe en el texto: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33. Spain», en M. Lang *et al.* (eds.), *GAARs. A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS Tax World?*, vol. 3, Institute for Austrian and International Tax Law European and International Tax Law and Policy Series. Amsterdam: IBFD, 2016, págs. 659-665.

<sup>27</sup> En más detalle, en relación con la comparación de la PPT y estos antecedentes legislativos o jurisprudenciales: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 659. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule», *Bulletin for International Taxation*, núm. 10, vol. 69, 2015, pág. 604.

<sup>28</sup> No obstante, conviene reconocer que el derecho comunitario parece estar relativizando esta realidad en los últimos tiempos. En efecto, la regla general antiabuso introducida en la directiva matriz-filial como consecuencia de las reformas operadas por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo se refiere al «propósito principal o uno de sus propósitos principales» de las transacciones. Sin embargo, a nuestro juicio, conviene no exacerbar la importancia de esta expresión, pues sus efectos pueden verse notablemente relajados por la definición de negocios no genuinos contenida en el artículo 1.2 de la directiva y que se refiere a aquellos «que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica». Lo mismo puede decirse de la más reciente propuesta de directiva comunitaria por la que se es-

cal constituya el único propósito o el propósito esencial o principal de la transacción o del contribuyente. Y lo cierto es que esta diferencia no resulta exclusivamente nominal ni su alcance es exclusivamente académico. Al contrario, que la norma se refiera a que la obtención de los beneficios del convenio sea uno de los propósitos principales del negocio implica que, aunque el contribuyente logre probar la existencia de un propósito (no fiscal) relevante para su transacción, la Administración siga pudiendo aplicar la PPT y denegar el acceso a los beneficios convencionales. Y, en efecto, como ha sostenido cierto sector de la doctrina, el hecho de que se pueda denegar el acceso a los beneficios de un convenio por el simple hecho de que dichos beneficios fueran uno de los propósitos o motivos esenciales de la operación resulta simplemente inaceptable<sup>29</sup>. En efecto, los CDI son instrumentos que pretenden eliminar los perniciosos efectos de la doble imposición jurídica internacional favoreciendo el intercambio de bienes y servicios, la circulación de las personas y las transferencias de tecnología<sup>30</sup>, y por ese motivo, muchas inversiones transnacionales sencillamente no se harían en ausencia de tales convenios. Aun cuando los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT parecen defender esta peculiar forma de definir el elemento subjetivo de la PPT<sup>31</sup>, lo cierto es que, en algunos pasajes de los mismos, parece atisbarse una cierta relajación del estándar subjetivo descrito más arriba. En efecto, uno de los ejemplos que los comentarios al MCOCDE trae a colación para explicar la aplicación práctica de la PPT niega la posibilidad de aplicar la cláusula antiabuso en un supuesto en el que la obtención de los beneficios de un tratado es, con toda claridad, uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción<sup>32</sup>. Por su importancia, quizá convenga reproducir el ejemplo literalmente<sup>33</sup>:

tablecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior [Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016], que introduce una nueva norma general antiabuso en su artículo 6 refiriéndose a que «el propósito principal o uno de (los) propósitos principales» de los negocios analizados sea la obtención de una ventaja fiscal. Algo semejante, por lo que se refiere a las cláusulas generales antiabuso internas, ocurre con la regla introducida en el Reino Unido en 2013 y que, aunque hace referencia explícita al «principal o uno de los principales propósitos de los negocios», compensa los rigores de este elemento subjetivo con otras exigencias para que el negocio pueda ser considerado abusivo (en este mismo sentido puede consultarse: FREEDMAN, J.: «Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, mayo-junio, 2014, pág. 170).

<sup>29</sup> BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132.

<sup>30</sup> Como reconoce la propia introducción al MCOCDE (párr. 1).

<sup>31</sup> En efecto, el párrafo 12 de los comentarios señala de forma rotunda: «La referencia a "uno de los principales propósitos" en el párrafo 7 significa que la obtención de un beneficio convencional no precisa ser el propósito único o dominante del negocio. Es suficiente con que, al menos, la obtención de tal beneficio fuese uno de los principales propósitos de la transacción».

<sup>32</sup> Al margen del ejemplo que se menciona a continuación, esta interpretación relajada del estándar subjetivo de la PPT también puede entreverse en algunas afirmaciones generales realizadas por los comentarios. En este sentido, el párrafo 10 *in fine* de los comentarios establece: «Sin embargo, cuando un negocio **solo puede explicarse racionalmente** [la negrita es nuestra] por el beneficio que pueda surgir de la aplicación de un convenio, puede concluirse que uno de los propósitos esenciales del mismo era precisamente obtener ese beneficio». En efecto, algunos sectores de la doctrina han entendido este inciso como una relajación del estándar antiabuso de la PPT: BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 285.

<sup>33</sup> Informe final, pág. 60.

## EJEMPLO 2

RCo, una compañía residente del Estado R, se dedica a la producción de utensilios electrónicos y su negocio se está expandiendo rápidamente. La compañía está barajando la posibilidad de establecer una planta de producción en un país en vías de desarrollo para beneficiarse de los costos más bajos de manufactura. Tras un análisis preliminar, se manejan tres localizaciones en tres jurisdicciones distintas. Los tres países ofrecen entornos políticos y económicos similares. Tras tener en cuenta que S es el único de los tres países que ha suscrito un CDI con R, RCo decide instalar la planta en ese país.

A pesar de que la decisión de invertir en S se fundamenta en la existencia de un CDI, los comentarios que acompañan al texto de la nueva cláusula consideran imposible aplicar la PPT y denegar los beneficios del CDI entre R y S aduciendo que los propósitos principales para realizar la inversión se identifican con la expansión del negocio de R y con los costes más bajos de manufactura en el Estado en el que finalmente se invierte<sup>34</sup>. Lo cierto es que esta forma de atemperar los rigores del test subjetivo de la PPT, tal y como este se ha diseñado legalmente en el informe final de la OCDE, merece algunos comentarios críticos:

- Por mucho que pueda compartirse el resultado final de la resolución del ejemplo antes descrito –no parece tener sentido negar la aplicación de los beneficios de un convenio cuando la decisión de inversión depende en gran medida de la existencia de tales beneficios–, lo cierto es que el texto de la PPT y la solución del ejemplo resultan manifiestamente contradictorios. De acuerdo con el texto de la norma, si uno de los principales propósitos de la inversión es obtener los beneficios de un convenio, el hecho de que existan otros propósitos (la expansión del negocio o el ahorro sustancial de costes de manufactura) debería resultar intrascendente. Este proceder, en el que se diseña una norma muy estricta para después diluir sus rigores mediante los comentarios a la misma, no hace sino generar una notable inseguridad jurídica, pues el contribuyente termina por no saber si el estándar antiabuso es el que se deriva claramente del texto de la norma o el que se deduce de los ejemplos contenidos en el comentario.
- Las garantías que puede ofrecer al contribuyente la relajación de los estándares de la norma que se derivan de los comentarios a la misma resultan más bien precarios. Las Administraciones tributarias y los tribunales internos aplicarán en el futuro la norma misma, y no los comentarios a la misma<sup>35</sup>, y es muy probable que la impor-

<sup>34</sup> Informe final, pág. 60.

<sup>35</sup> BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 660.

tancia crucial que algunas Administraciones atribuyen hoy por hoy a los comentarios al MCOCDE<sup>36</sup> se desvanezca cuando estos contemplan una interpretación favorable a los intereses del contribuyente. En todo caso, conviene recordar una vez más que lo pactado por los Estados contratantes en un CDI es el texto mismo del convenio y no las interpretaciones que puedan resultar de los comentarios al MCOCDE.

- En todo caso, el ejemplo que traen a colación los comentarios al texto de la PPT para relajar las exigencias del estándar subjetivo antiabuso resulta muy poco revelador. Hubiera resultado escandaloso que, una vez planteado el ejemplo, los comentarios hubieran concluido de forma diferente. Parece bastante obvio que decidir invertir en una jurisdicción dando una importancia, incluso determinante, a su fiscalidad (incluida su red de convenios) no solo no puede reputarse abusivo, sino que entra dentro de los deberes de diligencia mínimos de la dirección de la empresa<sup>37</sup>. Pero, precisamente porque el ejemplo seleccionado por los comentarios resulta obvio en su solución, la capacidad del mismo para influir en la decisión de otros casos más complejos, relajando las exigencias del estándar subjetivo de la PPT, parece más que cuestionable. La inoperatividad de las consecuencias del ejemplo mencionado se hace muy evidente a la vista de otro caso más complejo:

### EJEMPLO 3

El Estado A somete a gravamen, de acuerdo con su derecho interno, las plusvalías obtenidas por no residentes en la transmisión de participaciones superiores al 50 % del capital de sociedades residentes en dicho Estado. Para preservar sus poderes de imposición, el Estado A incluye en su red de CDI un párrafo 5 en el artículo 13, conforme al cual: «Las ganancias que no sean las enumeradas en el párrafo 4, percibidas por un residente de un Estado contratante a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad que sea residente del otro Estado contratante, podrán gravarse en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anteriores a dicha enajenación, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el 50 % en el capital de esa sociedad»<sup>1</sup>. B, una sociedad residente del Estado B, ostenta el 100 % del capital de una sociedad residen-

<sup>1</sup> Un precepto similar se recoge en el artículo 13.5 del Convenio Modelo de la Organización de las Naciones Unidas. Se trata de una regla de distribución no contenida en el MCOCDE.

.../...

<sup>36</sup> Una tendencia muy marcada en España. Véase la durísima y muy justificada crítica formulada por el profesor ZORNOZA: ZORNOZA PÉREZ, J. J.: «Interpretación y aplicación de las normas en el contexto del derecho tributario internacional», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 800, 2010, págs. 1-2.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, en términos generales: PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 285.

.../...

te en el Estado A y pretende transmitir su participación a un adquirente residente en un tercer Estado. En lugar de transmitir la participación de forma directa, incorpora una entidad B', totalmente participada por ella en el Estado B, a la que atribuye la participación en A. Finalmente, enajena la totalidad de la participación en B' al comprador sin pagar impuesto alguno en A, pues la plusvalía no procede, en puridad, de la transmisión de sociedades residentes en dicho Estado. Además, de acuerdo con el CDI, tampoco A podría gravar, pues el artículo 13.6 del convenio entre A y B establece que: «Las ganancias procedentes de la enajenación de bienes que no sean los descritos en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 solo serán gravables en el Estado contratante donde resida el enajenante». El Estado A somete la transmisión de participaciones en sociedades residentes a un rígido control administrativo y condiciona la validez de la transmisión a la previa aprobación administrativa. Además, su derecho de fusiones y adquisiciones es extraordinariamente anticuado y burocrático. A y B tienen suscrito un CDI que recoge el citado artículo 13.5 y una cláusula general antiabuso con una dicción literal idéntica a la PPT.

Cuando la Administración del Estado se plantee la posibilidad de aplicar la PPT a este negocio negando la aplicación de los beneficios previstos por el artículo 13.6 del convenio –no sujeción de la plusvalía en el Estado de la fuente– tratará de alegar que el negocio (la incorporación de una entidad intermedia no residente y la transmisión de la participación en esta, en lugar de la participación en la filial de segundo nivel) tenía como uno de sus propósitos esenciales obtener los beneficios del convenio derivados de ese artículo 13.6, eludiendo así la tributación de la plusvalía en el Estado de la fuente. La aplicación, sin mayores averiguaciones, del puro texto de la PPT debería dar la razón a la Administración de dicho Estado. Sin embargo, y a partir de los matices introducidos en los comentarios al texto de la PPT, el contribuyente podría alegar que la incorporación de B' y la realización de la plusvalía mediante la transmisión de la misma (transmisión indirecta de la participación de A) podría explicarse racionalmente al margen de los ahorros fiscales obtenidos, pues la única pretensión del negocio, tal y como este se llevó a cabo, sería eludir una autorización administrativa costosa por parte de las autoridades de A que, eventualmente, podría haber llegado incluso a frustrar la realización del negocio, pues la experiencia demuestra la extraordinaria demora de las autoridades de dicho Estado en otorgar la oportuna autorización<sup>38</sup>. Los contribuyentes que hayan desarrollado estos esquemas

<sup>38</sup> Este viene siendo el argumento que los contribuyentes y sus asesores ofrecen a la Administración tributaria china para justificar los esquemas de transmisión indirecta de sociedades residentes. Sobre este particular: KELLY, B. T.: «Taxation of Indirect Equity Transfers», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, núm. 2, vol. 17, apdo. 3.1, 2011 (acceso vía web sin indicación de páginas). CUI, W.: «Taxing indirect transfers: improving an instrument for stemming Tax and Legal Base Erosion», *Virginia Tax Review*, núm. 4, vol. 33, 2014, págs. 667-670. Esta justificación también fue aceptada por el Tribunal Supremo indio en el célebre caso Vodafone (LEVEY, M. *et al.*: «Vodafone: An Analysis under Internationally Recognized Tax Principle», *Intertax*, núms. 8-9, vol. 40, 2012, pág. 478).

de transmisión indirecta de sociedades residentes no sabrán siquiera si la Administración llegará a tomar en cuenta los motivos (no fiscales) aducidos pues, bien podría ser que, incluso reconociendo tales motivos y su eventual trascendencia, decida simplemente denegar la aplicación del convenio considerando que uno de los propósitos esenciales del negocio era obtener los beneficios del convenio derivados de su artículo 13.6. En este contexto parece bastante evidente que las flexibilizaciones introducidas en los comentarios y las ideas generales reflejadas en el ejemplo 2 anterior aportarán poca información sobre el modo de aplicar la PPT a casos tan complejos como el que aquí se ha presentado. En ese contexto, y aunque la configuración del elemento subjetivo de la PPT conlleve consecuencias inaceptables, lo más razonable sería no introducir en los comentarios al MCOCDE afirmaciones que contradicen frontalmente el texto de la PPT (del convenio en definitiva<sup>39</sup>) y que lo único que hacen es generar expectativas en los contribuyentes que las autoridades fiscales pueden ignorar arbitrariamente aplicando sin más, y con razón, el puro el texto del convenio.

Las reflexiones anteriores solo pueden conducir a una conclusión: el elemento subjetivo de la PPT no debería incorporarse al MCOCDE tal y como se encuentra redactado actualmente de acuerdo con el informe final de la acción 6 de BEPS; y en caso de que así fuera, mal harían los Estados que, al negociar sus nuevos CDI, incorporen ese elemento subjetivo. Si finalmente el elemento subjetivo se incorpora al modelo y, sobre todo, a CDI específicos, solo una (re)interpretación en términos objetivos de dicho elemento podrá salvar las graves dificultades que el mismo plantea. En todo caso, y como hemos tenido ocasión de señalar, dicha (re)interpretación no deja de plantear muy serios problemas.

## **b) Que la obtención del beneficio convencional no sea conforme al objeto y finalidad de la disposición correspondiente del convenio**

Al igual que sucede en otras cláusulas generales antiabuso, la PPT incluye un segundo test, este pretendidamente objetivo, conforme al cual la regla no se aplicará, concediéndose los beneficios del convenio correspondientes, si puede establecerse (concluirse) que la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio. Al igual que sucedía con el elemento subjetivo antes comentado, este segundo test de la cláusula general requiere algunos comentarios esencialmente críticos.

Antes de analizar el problema concreto de los test antiabuso de corte objetivo, basados en la finalidad de las normas convencionales correspondientes, debemos ocuparnos de un problema de orden más general al que la doctrina referida a la PPT ha prestado cierta atención. Desde que se hicieran públicas las primeras versiones de la PPT, gran parte de la doctrina ha querido ver un diseño asimétrico de los dos elementos –subjetivo y objetivo– de los que depende la aplicación de la cláusula. En efecto, y como antes señalamos, de acuerdo con el texto propuesto, la

<sup>39</sup> En este mismo sentido: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 660.

Administración debe probar que «resulta razonable concluir que la obtención de un beneficio del convenio es uno de los propósitos esenciales del negocio o transacción». Por el contrario, y por lo que atañe al elemento objetivo que ahora nos ocupa, la inaplicación de la cláusula pasa por el «establecimiento» (conclusión) de que «la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio». Como señalábamos, la doctrina ha denunciado la asimetría con la que el texto de la PPT se refiere a los dos elementos citados, y lo ha hecho en un doble sentido: de un lado, se sostiene que la prueba del elemento subjetivo corresponde a la Administración, mientras que la formulación del elemento objetivo sugiere que es el contribuyente quien debe probar, para bloquear la aplicación de la cláusula, el elemento objetivo antes mencionado<sup>40</sup>. Por otro lado, se denuncia también una notable asimetría respecto de la intensidad de la prueba referida a cada uno de esos elementos pues, mientras que el elemento subjetivo requiere, exclusivamente, que sea razonable concluir la finalidad de obtención de un beneficio fiscal, la inaplicación de la cláusula antiabuso pasa por el establecimiento (conclusión) de que la obtención del citado beneficio es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones correspondientes del convenio<sup>41</sup>. Esta doble asimetría merece algunos comentarios críticos.

Empezando por la cuestión que creemos menos trascendente, en nuestra opinión, no puede darse un excesivo peso al diferente estándar probatorio que la doctrina pretende ver en la dicción literal de la PPT. Aunque es muy probable que ese doble rasero –razonable concluir versus establecer– estuviera en la intención de quienes elaboraron la PPT, pues no debe olvidarse a qué obedece el Plan BEPS en su conjunto y quiénes elaboran estas propuestas en el seno de la OCDE, lo cierto es que es difícil prever que del mismo vayan a derivarse consecuencias prácticas relevantes. En efecto, ambos elementos, el subjetivo y el objetivo, resultan extraordinariamente ambiguos y difíciles de traducir a conceptos jurídicos claros y, por lo tanto, respecto de ambos la prueba de su concurrencia o no difícilmente podrá pasar de una conclusión razonable conforme a todos los hechos y circunstancias del caso. Además, quienes critican este doble estándar tampoco son capaces de trazar con claridad una línea que distinga el esfuerzo probatorio requerido por cada uno de los dos elementos de la cláusula.

Mayor enjundia presenta la cuestión de la carga de la prueba en relación con cada uno de los dos elementos, sobre todo porque los propios comentarios a la PPT sugieren, con toda claridad, que es al contribuyente a quien le corresponde probar que el beneficio obtenido es conforme a las disposiciones del convenio (frente a la carga de la prueba del elemento subjetivo, que corresponde a la Administración)<sup>42</sup>. Esta pretendida asimetría respecto a la carga de la prueba merece algunos comentarios críticos:

<sup>40</sup> En este sentido: BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 660. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, pág. 288.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> En efecto, el informe final, en su página 55 (párr. 2 del comentario al art. X.7), señala: «[...] la última parte del párrafo permite a la persona a la que, en otras circunstancias, le habría sido denegado el beneficio del convenio, la posibili-

- En primer lugar, constituye, a nuestro entender, un error jurídico de primer orden que el texto de la PPT, o su interpretación, hagan referencia a la carga de la prueba referida al objeto y finalidad de la disposición relevante del convenio. Constituye casi un lugar común, en el derecho procesal y la teoría general del derecho, que solo las cuestiones de hecho deben ser probadas y, por lo tanto, solo respecto a las mismas puede hablarse en puridad de «carga de la prueba»<sup>43</sup>. Las disposiciones jurídicas, incluida su existencia, su dicción literal y, creemos también, su objeto y finalidad, no son objeto de prueba y no admiten, por ese mismo motivo, la aplicación de las reglas de carga de la prueba al uso.
- Por ese mismo motivo, cualquiera que sea la formulación del elemento objetivo (como un requisito más del test antiabuso o, como en la PPT, como una posibilidad para contrarrestar la concurrencia del elemento subjetivo antes descrito), corresponde a la Administración y, en su actividad revisora, a los tribunales, determinar si la obtención de un beneficio convencional es o no conforme a la finalidad de las normas relevantes del CDI. En resumidas cuentas, la Administración cuenta con la potestad (y con el deber) de determinar si la obtención de un beneficio convencional como consecuencia de un negocio realizado con el propósito esencial de obtener tales beneficios es o no conforme a la finalidad de la disposición que recoge tal beneficio. No tendría sentido, y la Administración vulneraría su deber de sometimiento a la ley, si negara la aplicación de un beneficio cuya obtención es conforme a la finalidad de la norma.
- Tampoco la dicción literal de la PPT parece sugerir necesariamente que tenga que ser el contribuyente quien haga valer la conformidad del beneficio obtenido con el objeto y finalidad de la disposición que confiere tal beneficio<sup>44</sup>.

Sin perjuicio de las anteriores cuestiones, lo cierto es que el elemento objetivo de la PPT presenta muy notables problemas jurídicos. Aun cuando la determinación en torno a si un beneficio fiscal resulta o no conforme a la disposición del convenio que lo confiere parece, *prima facie*,

---

dad de establecer [concluir] que la obtención del beneficio en estas circunstancias es conforme al objeto y finalidad de las disposiciones relevantes de esta convención».

<sup>43</sup> En efecto, hace ya años señalaba LARENZ con total acierto: «Sobre la "cuestión de hecho" el juez juzga con base en las alegaciones de las partes y en la práctica de la prueba; la cuestión de derecho la resuelve, sin depender de las alegaciones de las partes, con base en su propio conocimiento del derecho y de la ley, que él ha de procurarse (*iura novit curia*). Solo hechos, es decir, situaciones y sucesos reales, son capaces de y necesitan prueba; el enjuiciamiento jurídico de los hechos no es objeto de la prueba aportable por las partes, sino solo de la ponderación y resolución judiciales» [LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. y rev. de M. Rodríguez Molinero). Barcelona: Ariel, 1994, pág. 304].

<sup>44</sup> Hasta donde conocemos, solo el profesor PALAO ha defendido que la carga de la prueba (de cualquiera de los dos elementos) corresponde incuestionablemente a las autoridades fiscales (PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 605).

una tarea sencilla, lo cierto es que entraña notables dificultades que, si ya son muy evidentes en el derecho tributario en general, se hacen mucho más patentes cuando se trata de denegar beneficios contenidos en un CDI. A continuación analizaremos dichos problemas para más tarde comprobar el riesgo que entraña el mencionado test objetivo y sus posibles consecuencias prácticas.

b) 1. *La determinación del objeto y finalidad de la disposición convencional relevante. La dificultad de un análisis de finalidades en los casos de Treaty Shopping y Rule Shopping*

A la hora de formular el elemento objetivo de la PPT, el informe final ha optado por una redacción relativamente estricta del mismo, refiriéndose al objeto y finalidad de la disposición convencional eludida o captada<sup>45</sup> y no a las finalidades generales de los CDI. Como luego tendremos ocasión de comprobar, esta elección puede, en principio, ser acertada pero, a la postre, convierte el elemento objetivo en un test de muy difícil aplicación práctica. Para comprobar esta afirmación deben distinguirse las dos estrategias básicas que pueden implicar un abuso de convenio.

- *Treaty Shopping* o compra de tratados. Se habla de *Treaty Shopping* respecto de aquellos negocios a través de los cuales una persona, que no es residente de uno de los Estados contratantes, intenta acceder a los beneficios de un tratado que el mismo concede exclusivamente a los residentes de dicho Estado<sup>46</sup>. De acuerdo con esta definición, parece bastante claro que las disposiciones concretas del convenio cuya aplicación provoca un contribuyente que acomete una estrategia de *Treaty Shopping* son los artículos 1 y 4 del mismo, esto es, los que definen las «personas comprendidas» y el concepto de «residente». En este contexto, el análisis de una estrategia de *Treaty Shopping*, de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT, requeriría analizar si la obtención de los beneficios del tratado resultaría o no conforme al objeto y finalidad del propio concepto convencional de residencia. Y es aquí, precisamente, donde comienzan los problemas.

<sup>45</sup> En puridad, la PPT se refiere al objeto y finalidad de las «disposiciones relevantes de este convenio». La referencia a la disposición convencional «eludida o captada» obedece a una construcción doctrinal que traemos a colación, pues simplifica notablemente el entendimiento de estos problemas. En efecto, en los negocios abusivos, en general, los contribuyentes realizan determinados hechos de modo que, o bien una regla no sea aplicable (abuso por elusión), o bien se provoque la aplicación de una regla favorable a los intereses del contribuyente (abuso por captación). En el ámbito de los CDI, el fenómeno del abuso por captación es más frecuente, aunque no faltan, en las estrategias de *Rule Shopping*, casos de abuso por elusión. Sobre esta distinción, en la doctrina alemana: KRUSE, H.-W.: «Steuerungsgang zwischen Steuervermeidung und Steuerhinterziehung», *Steuerberater-Jahrbuch, 1978-1979*, págs. 454-455. En el mismo sentido, en la doctrina española: BÁEZ MORENO, A. y LÓPEZ LÓPEZ, H.: «Nuevas perspectivas generales sobre la elusión fiscal y sus consecuencias en la derivación de responsabilidades penales (comentario a la Sentencia del TS de 30 de abril de 2003, rec. núm. 3435/2001)», *Revista de Contabilidad y Tributación (legislación, consultas, jurisprudencia)*, núm. 251, CEF, 2004, pág. 124. BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2009, pág. 191.

<sup>46</sup> Usamos una definición neutral como la que se contiene en el informe final (pág. 17).

De acuerdo con los comentarios al artículo 1 del MCOCDE<sup>47</sup>, el concepto de residencia en el modelo cumple variadas funciones: determina el ámbito personal de aplicación del convenio y resuelve casos en los que la doble imposición internacional se genera como consecuencia de una doble residencia del contribuyente o de la imposición concurrente por parte de los Estados de residencia y de fuente. Desde este punto de vista, parece evidente que la aplicación de los beneficios de un convenio, incluso a la sociedad intermedia<sup>48</sup> con menor sustancia económica, sería conforme a la función del concepto<sup>49</sup> de residencia, al menos tal y como esta se define de acuerdo con los comentarios al MCOCDE. Sin embargo, esta simple reflexión puede llegar a complicarse si la referencia contenida en el artículo 4.1 del MCOCDE al derecho interno de los Estados contratantes<sup>50</sup> se interpreta como algo más que una «remisión ciega» a dicho derecho, incorporando la exigencia implícita de que dichos criterios supongan un vínculo material o económico con el Estado en el que se pretende ser residente<sup>51</sup>. Si este fuera el caso, la obtención de los beneficios de un convenio por una «sociedad pantalla»<sup>52</sup> carente de toda sustancia económica bien podría considerarse contraria al objeto y finalidad del citado precepto (art. 4.1 del MCOCDE). Sin embargo, esta segunda interpretación tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, porque la interpretación en clave sus-

<sup>47</sup> Comentarios al MCOCDE (art. 4, párr. 1).

<sup>48</sup> Utilizamos el término «sociedad intermedia» para referirnos a la sociedad constituida, en el Estado que sí cuenta con un CDI con aquel en el que se pretende realizar la inversión, a efectos precisamente de obtener los beneficios de un convenio a cuya aplicación, en principio, no se tenía acceso por ser residente fiscal en un tercer Estado. En este sentido creemos que el término «sociedad intermedia» es la mejor traducción para el término *conduit* que viene manejando la OCDE desde sus primeros informes sobre el particular: OECD: *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*. París: OCDE, 1986, 25 págs.

<sup>49</sup> Asumiendo que lo que los comentarios al MCOCDE denominan «función del concepto de residencia» sea equivalente al objeto y finalidad de la disposición al que se refiere la PPT.

<sup>50</sup> El artículo 4.1 del MCOCDE establece: «A los efectos de este convenio, la expresión "residente de un Estado contratante" significa toda persona que, **bajo la legislación de ese Estado**, esté sujeta a la imposición en el mismo en razón de su **domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga**» (el subrayado y la negrita son nuestros).

<sup>51</sup> En favor de esta interpretación sustancialista de la remisión: REIMER, E. y RUST, A.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3.ª ed. Londres-The Hague-Boston: Kluwer Law International, 1997, pág. 233 (y la bibliografía allí citada). VEGA BORREGO, F. A.: «Comentarios al artículo 4 (Residencia) MC OCDE (2000)», en J. R. Ruiz García y J. M. Calderón Carrero (eds.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, págs. 225-227. WIDRIG, W.: «The Expression "by Reason of his Domicile, Residence, Place of Management..." as Applied to Companies», en G. Maisto (ed.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*. Ámsterdam: IBFD, 2009, pág. 281. Todos estos autores consideran que el criterio de residencia consistente en la constitución conforme a las leyes de un Estado no es un criterio similar a los que aparecen referenciados en el artículo 4.1 del MCOCDE.

<sup>52</sup> Aunque no es un término preciso, utilizamos la denominación de «sociedad pantalla» para referirnos a lo que en la jerga de la fiscalidad internacional se denomina *Letterbox Company*.

tancial del artículo 4.1 del MCOCDE dista de ser unánime<sup>53</sup>. Pero aunque no fuera así, y esta posición resultase mayoritaria o incluso unánime, el elemento objetivo de la PPT encontraría serias dificultades para ser aplicado en el contexto del artículo 4.1 del MCOCDE. La pretendida finalidad implícita del citado precepto —esto es, restringir el acceso a los beneficios del convenio que derivarían de una definición puramente formal de la residencia en el derecho interno de los Estados contratantes— no permitiría determinar con la suficiente precisión cuál es exactamente el grado de vinculación material o económica con el pretendido Estado de la residencia que requeriría el artículo 4.1 del MCOCDE. En este contexto, lo más lógico sería dotar de contenido a dicha conexión de acuerdo con el elemento subjetivo de la PPT de modo que la concesión de los beneficios del convenio no sería conforme a la finalidad del artículo 4.1 si la sociedad intermedia tiene como una de sus principales finalidades la obtención de los beneficios del convenio. Sin embargo, conforme a esta interpretación, la aplicación de la PPT se convertiría en una suerte de razonamiento circular, fusionando *de facto* los elementos objetivo y subjetivo y privando al segundo de ellos de contenido. Además, si de acuerdo con las propias recomendaciones de la acción 6 de BEPS, se pretende incorporar al modelo de convenio una cláusula de limitación de beneficios (LOB<sup>54</sup>), el papel del elemento objetivo de la PPT deviene aún más complicado. La introducción de una cláusula LOB en el modelo tiene como intención conceder la protección del tratado exclusivamente a aquellos contribuyentes que ostentan un nexo suficiente (más que el meramente formal) con el Estado de la residencia<sup>55</sup>. En ese sentido, podría resultar inconsecuente que un contribuyente obtuviera la condición de residente cualificado conforme a la LOB, precisamente por mostrar un vínculo suficientemente

<sup>53</sup> VEGA BORREGO, F. A.: «Comentarios al artículo 4...», *op. cit.*, págs. 226-227. Además, los propios comentarios al MCOCDE parecen moverse en una dirección bien distinta al señalar: «Los CDI normalmente no se preocupan por los criterios que fija el derecho interno de los Estados contratantes en el que se establecen las condiciones para que una persona sea tratada como residente a efectos fiscales y, consecuentemente, sujeta a tributación plena en ese Estado. Estos convenios no establecen estándares que las normas del derecho interno sobre residencia deban seguir de modo que las pretensiones de tributación plena por renta mundial de un Estado contratante puedan considerarse conformes al convenio. En este sentido, los Estados toman sus decisiones exclusivamente en su derecho interno» (art. 4, párr. 4).

<sup>54</sup> En efecto, la acción 6 de BEPS (págs. 20-55 del informe final) propone la incorporación al MCOCDE de una cláusula de limitación de beneficios (*Limitation on Benefits Clause*) a imagen de la que existe desde hace años en el Convenio Modelo de Estados Unidos. Nos encontramos ante una serie de reglas muy precisas que exigen, junto a la condición de persona residente, el cumplimiento de toda una serie de requisitos adicionales de cotización, participación y no erosión de la base imponible del Estado de residencia —de las que se deriva la adquisición de la condición de residente cualificado— para acceder a los beneficios del convenio, acompañadas de unas cláusulas de escape que permiten, en determinadas circunstancias, la aplicación de tales beneficios a pesar de carecer de la condición de residente cualificado. Sobre estas cláusulas, con un enorme grado de detalle: VEGA BORREGO, F.: *Las medidas contra el Treaty Shopping*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2003, págs. 195-343.

<sup>55</sup> DOERNBERG, R. L. y VAN RAAD, K.: *The 1996 United States Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*. The Hague: Kluwer Law International, 1997, pág. 172.

intenso con el Estado de residencia y, a la vez, verse privado de los beneficios del convenio por el hecho de no mostrar un vínculo suficiente de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT<sup>56</sup>. Todo lo dicho hasta el momento puede ilustrarse con facilidad mediante un sencillo ejemplo:

#### EJEMPLO 4

La sociedad A es residente del Estado A y pretende invertir mediante una filial en el Estado B. Puesto que A y B no han suscrito ningún CDI, A incorpora una entidad intermedia en el Estado C, que define la residencia de sociedades exclusivamente conforme al criterio de incorporación de acuerdo a las normas locales. C constituye una filial en el Estado B, que sí tiene suscrito un CDI con B y que además incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. Cuando B reparte dividendos a su matriz, en lugar de aplicarse los tipos de retención en la fuente recogidos en el derecho interno de B (por ejemplo, al 35 %), se aplica el tope máximo de retención previsto en el artículo 10 del CDI entre B y C (5 %). Imagínese que A no ha tenido la precaución de dotar a su filial C de sustancia económica: no existen empleados, ni activos, ni actividad alguna de esa entidad en el Estado C. Es obvio que si se atribuye al artículo 4.1 del convenio entre B y C exclusivamente la función de determinar el ámbito personal de aplicación del convenio y resolver casos en los que la doble imposición internacional se genera como consecuencia de una doble residencia del contribuyente o de la imposición concurrente por parte de los Estados de residencia y de fuente, la obtención por parte de C de los beneficios previstos en el convenio no resultaría contraria a la finalidad del artículo 4.1 y, por tanto, no sería posible privar a esta entidad de los beneficios del convenio aplicando la PPT. Obviamente, el resultado sería muy distinto si se atribuyera al artículo 4.1 la finalidad de garantizar un vínculo material del residente con el territorio (un vínculo más intenso que la mera incorporación en C). En este contexto, parece que la obtención de los beneficios del convenio por C sería contraria a la finalidad del citado artículo 4.1, pues los vínculos de la entidad con el Estado C son extraordinariamente débiles al no contar en el mismo ni con empleados ni con activos ni ejercer en este territorio actividad alguna.

Vemos que, incluso en este sencillísimo ejemplo, el elemento objetivo no deja de plantear problemas pues, a la postre, su modo de aplicación depende de una interpretación –la del art. 4.1– cuya finalidad no es nada clara. Como veremos en el ejemplo siguiente, la dificultad del elemento objetivo se agrava en cuanto los hechos se complican mínimamente.

<sup>56</sup> Esta cuestión entronca directamente con las difíciles relaciones jurídicas entre la LOB y la PPT, que será objeto de análisis en un epígrafe ulterior de este trabajo.

## EJEMPLO 5

A es una sociedad residente en el Estado A que pretende invertir en títulos de renta fija emitidos por una sociedad residente en el Estado B. A y B no han suscrito un CDI. C es una entidad financiera que cotiza en un mercado regulado del Estado C, que sí tiene suscrito un CDI con el Estado B, convenio que además incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. El banco suscribe un contrato financiero con A, en virtud del cual invertirá en los títulos de renta fija emitidos por la entidad residente en B, pagando posteriormente los intereses cobrados a A, deducida la correspondiente comisión. Como consecuencia de ello, los intereses satisfechos por B al banco no se verán sujetos a los tipos de retención recogidos en el derecho doméstico de B (del 21 %), sino al tope máximo de retención previsto en el artículo 11 del CDI entre B y C (10 %). Dando por hecho que las autoridades fiscales de B interpretan el artículo 4.1 del MCOUDE en la opción sustancialista antes descrita, existen notables dificultades para determinar si esas autoridades fiscales podrán o no denegar los beneficios del convenio al banco aplicando la PPT. En efecto, la duda gira en torno a cuáles son las exigencias de conexión con el Estado de la residencia que derivan del artículo 4.1, agravadas además, en este caso, porque siendo el banco una entidad cotizada en un mercado secundario del Estado A, su grado de vinculación con dicho territorio se presume notable. Siempre podrá recurrirse a la idea de que la estructura del contrato (el contrato de financiación entre A y el banco) tiene como uno de sus principales propósitos acceder a los beneficios del convenio pero, como ya dijimos, eso supondría identificar totalmente los elementos subjetivo y objetivo de la PPT, privando al segundo de cualquier efecto práctico. A ello cabe añadir que, si el CDI entre C y B ha incorporado la cláusula LOB referida a la cotización en un mercado secundario de uno de los Estados contratantes, el banco, de acuerdo con el convenio, será un residente cualificado conforme al mismo y, en principio, tendrá acceso pleno a los beneficios que el convenio pueda conferirle. En este sentido, que el mismo CDI otorgue la condición de residente cualificado y pueda denegar los beneficios del convenio mediante la aplicación de la PPT, aduciendo que el otorgamiento de los mismos sería contrario a la finalidad del artículo 4.1, no deja de ser enormemente contradictorio<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El informe final de BEPS (pág. 56) no ve inconveniente alguno para aplicar la PPT en un caso como el descrito. A estos efectos, señalan los comentarios que acompañan al texto de la PPT: «En la medida en que esa compañía [se refiere a la entidad financiera] es una "persona cualificada", tal y como se define en el párrafo 2, es claro que los beneficios del convenio no podrán denegarse exclusivamente sobre la base de la estructura de propiedad de esa compañía, esto, por ejemplo, porque la mayor parte de los accionistas de esa compañía no sean residentes de ese mismo Estado. El objeto y finalidad del subpárrafo 2 c) [el que atribuye la condición de residente cualificado a una entidad cotizada en un mercado secundario de uno de los Estados contratantes] es establecer un umbral para el disfrute de beneficios del convenio por parte de compañías cotizadas cuyas acciones son titularidad de socios residentes de diferentes Estados. Sin embargo, el hecho de que esa compañía sea un residente cualificado no significa que los beneficios del convenio no puedan ser denegados de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT] por motivos no relacionados con la estructura de propiedad de las acciones de esa compañía. [...] En ese caso [se refiere al descrito en el ejemplo 5] se podría aplicar el párrafo 7 [la PPT] para denegar el acceso a los beneficios del convenio, pues el subpárrafo 2 c), leído en el contexto del resto de la convención, y particularmente de su preámbulo,

.../...

.../...

no puede considerarse que tenga como finalidad compartida por ambos Estados contratantes autorizar operaciones de *Treaty Shopping* realizadas por compañías cotizadas». El comentario aborda el difícil problema de las relaciones entre las cláusulas LOB y la PPT, del que nos ocuparemos en un epígrafe posterior de este trabajo. En este momento conviene llamar la atención sobre otra cuestión y es que el comentario trata de justificar la aplicación de la PPT a una compañía que satisface los requisitos para ser considerada residente cualificada de acuerdo con la LOB. Y lo hace con el cuestionable argumento de que la finalidad de la cláusula de cotización no puede ser la de habilitar estructuras de *Treaty Shopping*; en definitiva, el comentario trata de solventar los obstáculos relevantes que el elemento objetivo de la PPT pueda plantear. Pero, conviene advertirlo, lo hace recurriendo a un argumento capcioso, pues la PPT se refiere al objeto y finalidad de la norma correspondiente del convenio (la norma eludida o la norma cuya aplicación se provoca). Es obvio, como ya dijimos, que en un caso de *Treaty Shopping* esta norma es el artículo 4.1 del MCOCDE y no la cláusula de cotización en bolsa.

En resumidas cuentas, incluso aceptando una interpretación en clave sustancial del concepto de residencia recogido en el artículo 4.1 del MCOCDE, la aplicación del elemento objetivo de la PPT para hacer frente a estructuras de *Treaty Shopping* resulta enormemente complicada e imprevisible. Prueba de ello es quizá que, como ha sostenido la doctrina, la lucha contra este tipo de estructuras mediante el recurso a normas generales antiabuso (domésticas o convencionales) haya resultado muy compleja y, en muchos casos, no exitosa para las Administraciones tributarias que han optado por esta vía<sup>57</sup>.

- *Rule Shopping* o compra de reglas distributivas del poder tributario. La doctrina más autorizada<sup>58</sup> entiende por *Rule Shopping* la realización de negocios por parte de personas que, cayendo bajo el ámbito de aplicación subjetiva de un CDI, pretenden obtener los beneficios de una regla de distribución de la potestad tributaria más favorable a la que en principio resultaría aplicable<sup>59</sup>. En una estructura de *Rule Shopping*, por tanto, el contribuyente normalmente elude una regla distributiva de competencia de un convenio para obtener la aplicación de otra regla de distribución que proporciona beneficios adicionales. En este contexto, el análisis de una estructura de *Rule Shopping*, de acuerdo con el elemento objetivo de la PPT, requeriría comprobar si la obtención del beneficio es o no conforme al objeto y finalidad de

<sup>57</sup> En este sentido, en términos generales: WEEGHEL, S. VAN: «General Report», *IFA Cahiers 2010*, vol. 95 A, *Tax Treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. The Hague: IFA, 2010, pág. 49.

<sup>58</sup> Mientras que el informe final de BEPS se refiere reiteradamente al concepto de *Treaty Shopping*, no hay referencias, como tal, al concepto de *Rule Shopping*. El informe final parece agrupar estas estrategias de abuso de tratado bajo el poco revelador título de «Otras situaciones en las que una persona trata de eludir limitaciones de un tratado» (Informe final, págs. 69-78).

<sup>59</sup> BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 125.

la norma eludida y/o captada. Y este análisis también puede resultar extraordinariamente complejo en la práctica, como veremos a continuación.

La aplicación del elemento objetivo de la PPT a negocios de *Rule Shopping* requeriría la existencia de una efectiva finalidad en las reglas distributivas de la competencia tributaria contenidas en los CDI. Ello significa que si el contribuyente eludió una norma distributiva para provocar la aplicación de otra más beneficiosa a sus intereses, la PPT solo podría aplicarse si se demuestra que, o bien la elusión de la primera fue contraria a su objeto y finalidad, o bien que la obtención de los beneficios del tratado conforme a la segunda regla es contraria al objeto y finalidad de esta. Y precisamente el problema que se plantea aquí es que las reglas distributivas de la competencia tributaria en los CDI carecen de una lógica inmanente (de una finalidad apta a estos efectos), pues son el mero fruto de una negociación circunstancial entre los dos Estados contratantes<sup>60</sup>. En resumidas cuentas, no existe ningún tipo de renta que, por naturaleza, deba ser gravada o no gravada en el Estado de la fuente (o en el de la residencia)<sup>61</sup>. Esta cruda realidad se pone de manifiesto de forma muy clara con un sencillo ejemplo de lo que en la jerga ha dado en llamarse operaciones de *strip* de dividendos:

#### EJEMPLO 6

A, residente en el Estado A, es propietario de acciones de la entidad B, residente en el Estado B. A y B han suscrito un CDI que incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. De acuerdo con el artículo 13.5 de dicho convenio, A puede transmitir las acciones de B sin tributar por la ganancia patrimonial obtenida en el Estado B. A vende la totalidad de las acciones de B a C, que es residente en el Estado B, algunos días antes de que B proceda a distribuir dividendos. Inmediatamente después de la distribución de dividendos, A recompra las acciones por un precio fijado de antemano que tiene en cuenta el importe del dividendo distribuido<sup>1</sup>. El contribuyente convierte un dividendo –que, conforme al art. 10.2 del conve-

<sup>1</sup> Esta es la estructura básica del *strip* de dividendos, aunque normalmente los hechos se plantean de forma más compleja, particularmente por lo que se refiere a los negocios que permiten la (re)compra de las acciones. Sobre estas estructuras, con mayor detalle: BÁEZ MORENO, A.: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., págs. 57-58.

.../...

<sup>60</sup> En este sentido: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model on Tax Treaties and GAARs: A Mistaken Starting Point», en M. Lang et al. (eds.), *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Ámsterdam: IBFD, 2010, pág. 157.

<sup>61</sup> Como indica con su habitual acierto el profesor SCHÖN: «El resultado de este juego se presenta realmente abierto y uno no debería buscar el "santo grial" de la atribución natural de potestades tributarias. En palabras de BIRD y WILKIE, la norma fundamental en tributación internacional es que no hay normas en tributación internacional» [SCHÖN, W.: «International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)», *World Tax Journal*, núm. 1, sec. 3.3.1.4, 2009].

.../...

nio, puede gravarse en el Estado de la fuente– en una ganancia de capital que, conforme al artículo 13.5, solo puede gravar el Estado de la residencia. Para aplicar a un caso como el presente la PPT habría que demostrar que la obtención del beneficio del convenio (no tributación en la fuente) es contrario a la finalidad del artículo 10.2 y/o 13.5 del mismo. Como ya señalamos antes, el objeto y finalidad de estas, y de cualesquiera otras reglas distributivas, dista de ser clara. Adicionalmente en este caso, como en muchas otras estructuras de *Rule Shopping*, la construcción abusiva se ve facilitada por el hecho de que es el propio tratado el que propicia diferentes grados de tributación para transacciones que son económicamente idénticas aunque jurídicamente muy distintas. De hecho, las estructuras de *strip* de dividendos se originan por el hecho de que el artículo 13 del MCOEDE no sigue, en términos estrictos, el llamado «principio de simetría», conforme al cual, la potestad de gravamen sobre una renta derivada de un determinado elemento patrimonial y sobre la ganancia patrimonial que la enajenación de dicho elemento pueda generar se deben distribuir entre los dos Estados contratantes de acuerdo con las mismas reglas<sup>2</sup>. Esta asimetría, que solo puede explicarse por las diversas posiciones negociadoras de los Estados contratantes<sup>3</sup>, teniendo en cuenta la capacidad del accionista para controlar la política de dividendos de la compañía en la que participa, facilita a este transformar dividendos sometidos a tributación en el Estado de la fuente en ganancias de capital que solo pueden ser gravadas en el Estado de la residencia. Cualquier experto fiscal sabe que muchas normas tributarias carecen de una finalidad precisa que permita interpretarlas teleológicamente. Este fenómeno no deriva solo del diseño frecuentemente caótico, oportunista y contradictorio del sistema fiscal, sino del hecho de que determinadas normas simplemente son insusceptibles de ser interpretadas conforme a su finalidad, pues la misma conduciría a resultados absurdos<sup>4</sup>. En nuestra opinión, este es el caso de las reglas distributivas de competencia en los CDI y eso es lo que provoca que la PPT sea un instrumento particularmente inadecuado para hacer frente a las estructuras de *Rule Shopping*.

<sup>2</sup> Sobre este principio, que el artículo 13 del MCOEDE respeta para todos los elementos patrimoniales excepto para las acciones: LI, J. y AVELLA, F.: «Article 13: Capital Gains», *Global Tax Treaty Commentaries*, IBFD, en 1.1.2.2 (documento electrónico sin indicación de páginas).

<sup>3</sup> De hecho, el Convenio Modelo de doble imposición de la Organización de las Naciones Unidas se atribuye potestades de imposición al Estado de la fuente en relación con determinadas ganancias de capital generadas en la transmisión de acciones de sociedad residentes en dicho Estado.

<sup>4</sup> En relación con este fenómeno en general: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33...», *op. cit.*, pág. 660. En relación con las exenciones limitadas en el impuesto sobre el valor añadido: BÁEZ, A.: «Bad Laws Make Hard Cases: Halifax and the avoidance of inconsistent tax rules», en [http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18830/bad\\_baez\\_2008.pdf?sequence=1](http://archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18830/bad_baez_2008.pdf?sequence=1) (consulta: 25 de abril de 2015).

Las dificultades para aplicar el elemento objetivo de la PPT a las estructuras de *Rule Shopping* se pone de manifiesto, precisamente, en uno de los ejemplos traídos a colación por los comentarios que acompañan a la nueva PPT, para explicar su modo de funcionamiento:

## EJEMPLO 7

RCo es una compañía residente en el Estado R que ha participado, durante los últimos cinco años, en el 24 % del capital de la compañía SCo, residente del Estado S. Tras la entrada en vigor de un CDI entre R y S, que incorpora un artículo 10 en los términos del MCOCDE, RCo decide incrementar su participación en SCo al 25 %. Los hechos y circunstancias del caso revelan que la decisión de incrementar el porcentaje de participación se ha tomado principalmente con la finalidad de obtener el tipo reducido de gravamen sobre dividendos intercompañías recogido en el artículo 10.2 a) del convenio. Según el informe final de BEPS, aunque en este caso se verifica plenamente el elemento subjetivo de la PPT (una de las principales finalidades del negocio era acceder a los beneficios del convenio), la regla antiabuso no resultaría de aplicación, pues la obtención del tipo de gravamen especial sería conforme a la finalidad del artículo 10.2 del convenio. Ese precepto viene a usar un umbral arbitrario para acceder al tipo de gravamen privilegiado de los dividendos y es conforme, pues, a la finalidad del mismo que el contribuyente que incrementa su participación genuinamente obtenga tales beneficios<sup>1</sup>. La pobreza argumental del informe final para resolver este supuesto parece muy evidente pues, además, en ningún momento se identifica cuál es la finalidad del precepto más allá de enunciar su contenido. Además, resulta tan evidente que no nos encontramos ante un negocio abusivo que todo el razonamiento sobra. Esa debilidad se hace especialmente patente si el ejemplo se complica mínimamente. En efecto, es difícil determinar cómo operaría la PPT si RCo adquiriera su participación del 25 % inmediatamente antes del reparto del dividendo para deshacerse de esa participación adicional inmediatamente después. Obsérvese que si la finalidad del precepto (tal y como la presenta el informe final) es garantizar un tipo privilegiado para participaciones significativas sería difícil sostener que la concesión de este tipo reducido en un caso como el propuesto es contraria a la finalidad del mismo. Pero como contrapunto a este argumento, las autoridades fiscales siempre podrían defender que la finalidad de la regla especial es conceder el tipo privilegiado a participaciones sustanciales «mantenidas de forma estable en el tiempo». De hecho, ya en la actualidad, los comentarios al artículo 10 del MCOCDE (párr. 17) indican que la reducción no debería disfrutarse en casos de abuso de la norma como, por ejemplo, cuando una compañía adquiere la participación sustancial muy poco antes del reparto. La solución que da, hoy por hoy, el comentario es añadir una cláusula especial antiabuso que declare inaplicable el tipo privilegiado cuando la participación sustancial «se haya adquirido principalmente para disfrutar de la ventaja prevista en el precepto». Estos comentarios demuestran con claridad cuanto hemos dicho hasta ahora. Adviértase que la solución propuesta por los comentarios hoy por hoy estriba en desechar el elemento objetivo y recurrir exclusivamente al elemento subjetivo (hoy de la PPT) para determinar si el negocio es o no abusivo. Estas reflexiones demuestran de igual manera que determinar la finalidad de las normas distributivas es una misión abocada al fracaso. En resumidas cuentas, ¿cuál

<sup>1</sup> Informe final, pág. 61.

.../...

.../...

es la finalidad de que una participación del 24,99 % afronte una retención en la fuente del 15 % para los dividendos pagados y una del 25 % solo del 5 %? Y aun asumiendo que esa finalidad pudiera encontrarse, ¿cuál es el periodo de tenencia de la participación que resulta acorde con esa finalidad?<sup>2</sup>. Adviértase, en todo caso, que nuestra crítica no se dirige a la existencia, inevitable podríamos decir, de estos umbrales arbitrarios, sino al hecho de que los mismos puedan tener una finalidad precisa que permita aplicar el elemento objetivo de la PPT.

<sup>2</sup> El informe final de BEPS (pág. 70) parece recomendar la introducción de un periodo mínimo de tenencia para acceder al tipo reducido.

b) 2. *La posible sustitución de la finalidad de la norma eludida por la finalidad general del CDI como criterio para aplicar el elemento objetivo de la PPT*

Los problemas de una interpretación estricta del elemento objetivo de la PPT a los que se ha hecho alusión anteriormente pueden conducir en la práctica de la Administración tributaria a una interpretación más flexible que sustituya «el objeto y finalidad de las normas correspondientes del convenio por la finalidad general de los CDI». Esta posible nueva interpretación, lejos de ser una mera profecía académica, puede convertirse en una realidad práctica generalizada, si se tiene en cuenta que la segunda parte del informe final de BEPS<sup>62</sup> se dedica precisamente a clarificar que los CDI no tienen como finalidad generar situaciones de «doble no imposición». Como resultado de esta segunda parte, la acción 6 de BEPS pretende reemplazar el título y el preámbulo del MCOCDE para afirmar, rotundamente, que los convenios se dirigen a la prevención de la evasión y la elusión fiscal<sup>63</sup> sin crear oportunidades para la no imposición o para una imposición reducida a través de estrategias de elusión o evasión fiscal<sup>64</sup>. Estos cambios se acompañan de un nuevo párrafo 16.2 en la introducción al MCOCDE que, por su importancia, merecen una cita literal:

«Puesto que el título y el preámbulo forman parte del contexto de la convención y encarnan reflexiones generales sobre el objeto y finalidad de la convención, pueden jugar un papel relevante en la interpretación de las disposiciones concretas de la misma»<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Informe final, págs. 91-94.

<sup>63</sup> De acuerdo con el informe final (pág. 91), el actual título del modelo será reemplazado por el siguiente: «Convención entre el (Estado A) y el (Estado B) para la eliminación de la doble imposición en relación con los impuestos sobre la renta y el patrimonio y la prevención de la evasión y la elusión fiscal».

<sup>64</sup> Esta afirmación se ha incorporado al preámbulo del modelo de acuerdo con el informe final, pág. 92.

<sup>65</sup> Informe final, pág. 93.

No está nada claro, y es además este un extremo sobre el que el informe final no se pronuncia, si estos cambios afectarán a la propia interpretación de la PPT. No obstante, el riesgo de que eso ocurra –teniendo en cuenta las dificultades ya analizadas en relación con la interpretación estricta del elemento objetivo– es muy elevado y un trabajo de estas características debe ocuparse con detenimiento de este posible riesgo.

Dejando al margen el hecho de que esta interpretación amplia forzaría la propia dicción literal de la PPT<sup>66</sup> –que se refiere, como hemos visto, a la finalidad de la norma específica del convenio–, la sustitución de este último referente por el objeto y finalidad general del convenio (que se alega que es la prevención de la elusión fiscal) implica un problema de más hondo calado. Como ya se ha dicho en la doctrina, este planteamiento, que tiene en cuenta la finalidad general de los convenios, resulta contradictorio y circular<sup>67</sup>. En efecto, en esta aproximación, una vez que se ha concluido que una de las principales finalidades para la realización de determinados negocios era la obtención de los beneficios del convenio (elemento subjetivo), se debe determinar si la obtención de esos beneficios sería contraria al objeto y finalidad del convenio que, a la postre, se identifica con la prevención de la elusión fiscal. No debe olvidarse que la finalidad de la PPT es determinar qué tipo de negocios deben considerarse elusivos y reaccionar frente a ellos. En este sentido, y continuando el razonamiento, se llega a la conclusión de que para decidir si un negocio es abusivo, debe determinarse previamente ¡que el negocio en efecto es abusivo! Al margen de la evidente inconsistencia lógica, el riesgo más evidente de esta tesis al aplicar la PPT es que una vez que se ha verificado que una de las principales finalidades para la realización de determinados negocios era la obtención de los beneficios del convenio, el carácter abusivo del negocio se deduzca de forma automática. De hecho, el riesgo del elemento objetivo, entendido de esta forma, estribaría en su falta de trascendencia práctica permitiendo con facilidad la exclusión de los beneficios del convenio para operaciones de planificación fiscal perfectamente lícitas. Esta interpretación de la PPT podría conducir a una suerte de «justicia de caja», de acuerdo con la cual, la interpretación correcta de una disposición convencional es precisamente aquella que conduce a una mayor recaudación<sup>68</sup>. Este riesgo podría ilustrarse al hilo de todos los ejemplos mencionados hasta ahora en este trabajo. No obstante, nos centraremos particularmente en el ejemplo 1, ya analizado, para demostrar que el riesgo que se anuncia es ya una realidad en los propios comentarios que acompañan al texto de la PPT.

Recuérdese el ejemplo 1 de este trabajo, en el que un residente de un Estado contratante trasladaba su residencia al otro Estado contratante antes de realizar una importante plusvalía re-

<sup>66</sup> Por esta razón no sería conforme a las reglas generales de interpretación contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

<sup>67</sup> ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, pág. 157.

<sup>68</sup> Sobre este problema: SCHÖN, W.: «Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit als Grundlage des Steuerrechts», en R. Hüttermann (ed.), *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Dr. Otto Schmidt, 2010, págs. 60-61.

sultado de la transmisión de una participación mayoritaria en una sociedad residente en su antiguo Estado de la residencia. De acuerdo con el artículo 13.5 del MCOEDE, esa plusvalía no podría ser gravada por el (nuevo) Estado de la fuente (antiguo Estado de la residencia) y, normalmente, el contribuyente se habrá trasladado a un Estado en el que tales plusvalías no sean gravadas. Si el Estado de la fuente se plantea la posible aplicación de la PPT a este caso, parece bastante obvio, como ya se dijo, que la verificación del elemento subjetivo de la PPT resultará bastante sencilla y siempre podrá defenderse que uno de los principales propósitos del cambio de residencia fue la obtención del beneficio del convenio. Sin embargo, surgirán mayores dificultades a la hora de aplicar el test objetivo, pues no parece claro en absoluto si la concesión del beneficio del artículo 13.5 del convenio es o no conforme a la finalidad del mismo, entre otras cosas porque la finalidad de esa regla distributiva es más que cuestionable. En ese contexto, parece que la tentación de acudir a la supuesta finalidad global de los convenios resultará irremediable. En estas circunstancias, el Estado de la fuente siempre podría alegar que si la finalidad del convenio es la prevención de la elusión y, particularmente, atajar situaciones de (doble) no imposición, el cambio de residencia frustraría tal objetivo –pues la renta no se grava ni en el Estado de la fuente ni en el Estado de la residencia– y el beneficio debería denegarse por aplicación de la PPT. Y debe advertirse que esta conclusión –que por cierto el propio comentario a la PPT ya contiene<sup>69</sup>– materializa todos los riesgos de los que hemos advertido anteriormente. En efecto, esta interpretación reduce el elemento objetivo a la nada y hace gravitar la aplicación de la PPT exclusivamente sobre la verificación del elemento subjetivo. Por otro lado, de acuerdo con esta tesis, lo determinante es exclusivamente la existencia de un ahorro fiscal (doble no imposición) independientemente de que el mismo se haya obtenido mediante una planificación fiscal perfectamente lícita o recurriendo a una construcción artificiosa.

En resumidas cuentas, la acción 6 de BEPS ha supuesto una oportunidad perdida para arrojar cierta luz sobre los estándares antiabuso que deben utilizarse a efectos convencionales para distinguir adecuadamente operaciones de planificación fiscal lícita y supuestos de verdadero abuso de convenio. La OCDE ha decidido, obcecadamente, construir la PPT sobre la base de paradigmas tradicionales equivocados. Unos paradigmas (el análisis subjetivo y objetivo) que, por cierto, muchas legislaciones internas ya habían abandonado a la hora de diseñar sus cláusulas domésticas antiabuso. Si en lugar de recurrir a un confuso doble test, fundamentado en conceptos jurídicamente irrelevantes o simplemente ilógicos, la PPT se hubiera construido sobre un umbral antiabuso moderno y coherente, el resultado final hubiera sido muy distinto y hubiera generado con toda seguridad un mayor consenso internacional o conseguido, al menos, una regla más clara y, por tanto, más fácil de aplicar. Y lo más sorprendente es que ese nuevo estándar antiabuso no necesitaba ser inventado de la nada pues, como ya señalamos anteriormente, muchas jurisdicciones cuentan, desde antiguo, con normas más refinadas que son fruto, precisamente, de la experiencia fracasada con umbrales antiabuso basados en los estándares subjetivo y objetivo que ahora la OCDE utiliza. Nos referimos en concreto al concepto de negocio artificioso o ina-

---

<sup>69</sup> Informe final, pág. 58.

propiado para la consecución del resultado, un concepto recogido en numerosos ordenamientos internos<sup>70</sup> y muy bien conocido por académicos y prácticos<sup>71</sup> y que hubiera ayudado de forma eficaz a descartar las intenciones del contribuyente y el siempre difícil y peligroso argumento teológico para decidir si una operación debe o no reputarse abusiva.

## II.2. LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA PPT

La dicción literal de la PPT describe las consecuencias de su propia aplicación de una forma relativamente simplista afirmando, sin más, que, de cumplirse su presupuesto de hecho, los beneficios de la convención no se concederán. Esta configuración legal es la que, de ahora en adelante, denominaremos «cláusula de efectos limitados» para evitar circunloquios innecesarios. Esta configuración, aparentemente lógica y de extraordinaria simplicidad, esconde problemas jurídicos de muy hondo calado que, de hecho, se plantean en relación con cualquier cláusula general antiabuso.

Es claro que el efecto primario y esencial de cualquier cláusula general antiabuso debe ser la retirada del ahorro fiscal que pretendía obtenerse mediante el esquema abusivo. Más allá de esta afirmación tautológica todo son problemas. ¿Debe sustituirse la pauta fáctica abusiva diseñada por el contribuyente por otra pauta distinta (no abusiva)? Y si este es el caso, ¿cuáles son los parámetros para construir esa pauta? ¿Qué ocurre cuando el resultado económico puede obtenerse de acuerdo a diversas pautas fácticas, todas ellas apropiadas? Y, especialmente en el ámbito de una cláusula convencional como la PPT, ¿qué efecto, en caso de que haya alguno, debe tener la aplicación de la cláusula para el otro Estado contratante? Todas estas preguntas reciben una respuesta, más o menos precisa, en cláusulas antiabuso cuya consecuencia se identifica con la construcción de una pauta de hechos (no abusiva) y apropiada al resultado pretendido con la consiguiente aplicación de las normas fiscales que correspondan. Esta configuración legal es la que, de ahora en adelante, denominaremos «cláusula de efectos ilimitados», entre las cuales, y a título de ejemplo, puede mencionarse el artículo 15 de la LGT española, conforme al cual (apdo. 3):

**«En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas<sup>72</sup> [...]».**

<sup>70</sup> En este sentido, valgan como ejemplos el artículo 15 de la LGT española o el párrafo 42 de la Ordenanza tributaria alemana.

<sup>71</sup> En este sentido, las excelentes y clarísimas reflexiones del profesor SCHÖN: SCHÖN, W.: «Legalität, Gestaltungsfreiheit und Belastungsgleichheit...», *op. cit.*, págs. 59-61. En la misma línea: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, págs. 157-158.

<sup>72</sup> La negrita es nuestra.

Las diferencias radicales entre una cláusula de efectos limitados o ilimitados se ilustran fácilmente al hilo de un ejemplo, el *strip* de dividendos ya analizado en este trabajo:

### EJEMPLO 8

A, residente en el Estado A, es propietario de acciones de la entidad B, residente en el Estado B. A y B han suscrito un CDI que incorpora una cláusula PPT como la analizada en este trabajo. De acuerdo con el artículo 13.5 de dicho convenio, A puede transmitir las acciones de B sin tributar por la ganancia patrimonial obtenida en el Estado B. A vende la totalidad de las acciones de B a C, que es residente en el Estado B, algunos días antes de que B proceda a distribuir dividendos. Inmediatamente después de la distribución de dividendos, A recompra las acciones por un precio fijado de antemano que tiene en cuenta el importe del dividendo distribuido. Si el Estado B reacciona frente a este esquema de *Rule Shopping* aplicando una cláusula de efectos ilimitados, denegaría los beneficios del convenio, al menos, los previstos para las ganancias de capital. Sin embargo, procedería gravar las rentas obtenidas por A aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios que, conforme a la configuración del negocio, serían los de un dividendo. El Estado B gravaría tales rentas como si fueran un dividendo y aplicaría los beneficios previstos en el artículo 10 del mismo (tope máximo de tributación en el Estado de la fuente). Si, por el contrario, la cláusula aplicada por el Estado B tuviera efectos limitados, la Administración se limitaría a denegar cualquier beneficio del convenio y gravaría la renta a los tipos previstos en su ordenamiento interno<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Obviamente, si los tipos de gravamen son distintos de acuerdo con la legislación interna para los dividendos y las ganancias de capital, el Estado de la fuente se vería obligado, al menos, a determinar cuál es la naturaleza jurídica de esa renta.

La PPT ha sido duramente criticada por no dar respuesta a los interrogantes planteados anteriormente<sup>73</sup>. Algunos de estos críticos han llegado incluso a proponer una interpretación correctiva del texto de la PPT alegando que la consecuencia «natural» de cualquier cláusula general antiabuso debe ser la reconfiguración del tratamiento fiscal del negocio, de acuerdo con su sustancia económica o, dicho de otro modo, de acuerdo con una pauta fáctica alternativa (no abusiva)<sup>74</sup>. En

<sup>73</sup> LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 661. BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 133-134. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 606. PINETZ, E.: «Use of a Principal Purpose Test...», *op. cit.*, págs. 292-293.

<sup>74</sup> Explícitamente en: PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *ibid.*, pág. 606, cuando se afirma: «La aplicación de una cláusula general antiabuso, internacional o interna, requiere la reconfiguración

resumen, la propuesta implica la interpretación de una cláusula general antiabuso de efectos limitados (como la PPT) de acuerdo con los parámetros de una cláusula general antiabuso de efectos ilimitados. Consideramos esta interpretación radicalmente errónea, al menos *de lege lata*, como trataremos de demostrar a continuación.

En nuestra opinión, no existe una configuración «natural» de las cláusulas generales antiabuso, al menos por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas. Desde luego, no puede negarse que un análisis comparado de las cláusulas internas antiabuso en diversas jurisdicciones demuestra que la configuración de las mismas como de efectos ilimitados es predominante<sup>75</sup>. Sin embargo, no es menos cierto que otras cláusulas generales antiabuso solo contemplan efectos limitados demostrando que la configuración de la PPT no es un mero descuido del informe final, sino una decisión consciente del mismo<sup>76</sup>. Pero quizá la prueba más evidente de lo que decimos es que el propio informe final de la acción 6, consciente del problema, propone la posibilidad de introducir una regla especial en los convenios que acerque los efectos de la PPT a los de una cláusula de efectos ilimitados<sup>77</sup>. Esa previsión alternativa al texto oficial de la PPT demuestra que la opción primera del informe final es precisamente la de recoger una cláusula de efectos limitados que, ni mucho menos, puede interpretarse de acuerdo con una pretendida configuración natural de los efectos de las cláusulas generales antiabuso.

Cualquier interpretación (correctiva) de la PPT respecto de esta cuestión conduciría a un resultado no conforme con los propios términos del convenio, que solo se refiere (al menos en su

---

del tratamiento fiscal del negocio, de acuerdo con su sustancia económica [...]). Menos claro en LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 663, mostrando las dos alternativas para la interpretación de la PPT.

<sup>75</sup> Esta cuestión no estaba clara en estudios antiguos de derecho comparado: ZIMMER, F.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 50-54. Sin embargo, estudios más recientes parecen apuntar en esta línea: KREVER, R.: «General Report...», *op. cit.*, págs. 11-12.

<sup>76</sup> En este sentido destaca la cláusula general antiabuso introducida en el artículo 1.2 de la directiva matriz-filial por la Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y de acuerdo con la cual: «Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente directiva». La traducción oficial al castellano no puede ser más desafortunada pero, en todo caso, se pone de manifiesto que esta cláusula ostenta efectos puramente limitados. De hecho, algunos sectores de la doctrina ya han detectado las similitudes entre esta cláusula y la PPT por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas (BAKER, P.: «The BEPS Action Plan in the Light of EU Law: Treaty Abuse», *British Tax Review*, núm. 3, 2015, pág. 414).

<sup>77</sup> En efecto, el informe final (págs. 64-65) se refiere a la posibilidad de incorporar un párrafo adicional a la PPT con la siguiente dicción literal: «Cuando se deniegue un beneficio de esta convención a una persona de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT], la autoridad competente del Estado contratante que en otras circunstancias hubiera concedido tal beneficio podrá conferir al contribuyente ese mismo beneficio u otros beneficios con respecto a un tipo específico de renta o elemento patrimonial, si dicha autoridad competente, a requerimiento del contribuyente y tras considerar los hechos y circunstancias relevantes, determina que esos beneficios se hubieran concedido a ese contribuyente en ausencia del negocio al que se refiere el párrafo 7 [del negocio abusivo] [...]».

versión principal) a la retirada de los beneficios como consecuencia de la aplicación de la PPT. Por ese solo motivo esa interpretación correctiva no sería conforme con las reglas sobre interpretación de tratados recogidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Pero, incluso aunque estuviéramos radicalmente equivocados en la anterior conclusión, resultaría extraordinariamente complejo defender esa interpretación de acuerdo con la propia finalidad de la PPT o de los CDI en general. En resumidas cuentas, como trataremos de demostrar a continuación, no es solo que la interpretación correctiva de la PPT no sea conforme con los propios términos de la misma, sino que, a mayor abundamiento, ni siquiera puede defenderse que su interpretación teleológica conduzca al resultado que se pretende.

Es más que evidente que la finalidad de la PPT, como la de cualquier cláusula general antiabuso, es la prevención y corrección de la elusión fiscal. Y también es evidente que tanto las cláusulas generales antiabuso con efectos limitados como las que cuentan con efectos ilimitados previenen y corrigen tal abuso. Pero incluso podría defenderse que una cláusula con efectos limitados corrige la elusión en mayor medida, pues sus consecuencias son más gravosas para el contribuyente. Desde esta perspectiva, una interpretación correctiva de la PPT como la propuesta podría resultar cuestionable desde la propia finalidad de la regla.

Se pueden plantear problemas similares si la interpretación correctiva de la PPT pretende fundarse en las finalidades generales de los CDI. Desde luego, una PPT de efectos limitados (simple eliminación de beneficios convencionales en el Estado de la fuente) puede resultar contraria a la finalidad tradicional de los convenios que, como es bien sabido, no es otra que la corrección de la doble imposición jurídica internacional<sup>78</sup>. Este será el caso si el Estado de la fuente no aplica el convenio rechazando no solo la aplicación de la regla de distribución buscada por el contribuyente, sino de cualquier otra regla distributiva que pudiera resultar aplicable. Para que surgiera esa doble imposición sería necesario, además, que el Estado de la residencia rechazara corregir la doble imposición generada, denegando la aplicación del método de corrección (crédito o exención) pactado en el artículo 23 del convenio. Y es muy probable que el Estado de la residencia rechazara la corrección de la doble imposición, o bien defendiendo que la PPT no se aplicó correctamente por el Estado de la fuente, o bien aplicando él mismo la PPT para fundamentar tal negativa<sup>79</sup>. Más complejo sería aún determinar si el Estado de la residencia aplicaría la corrección de la doble imposición prevista en su derecho interno. A primera vista debería hacerlo, pues la PPT no jugaría aquí papel alguno. Sin embargo, es muy probable que el Estado de la residencia negara también la aplicación de sus mecanismos internos de corrección de la doble imposición recurriendo, quizá, a su propia cláusula antiabuso doméstica<sup>80</sup>. Como se ha señalado en la doc-

<sup>78</sup> LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 663. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 606.

<sup>79</sup> Esta conclusión parece conforme a la dicción literal de la PPT. Sin embargo, no parece conclusivo a este respecto: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 662.

<sup>80</sup> Esta aproximación podría resultar problemática al menos en los casos de *Rule Shopping*.

trina, el problema podría llegar a ser incluso más grave en situaciones que afectaran a más de dos Estados<sup>81</sup>. Por lo tanto, la generación de situaciones de doble imposición jurídica podría amparar la interpretación correctiva de la PPT que se critica en este trabajo.

No obstante, conviene no olvidar, como ya señalamos, que la acción 6 de BEPS también ha propuesto reemplazar el título y el preámbulo del MCOUDE para dejar claro que los convenios tienen como finalidad «prevenir la evasión y la elusión fiscal sin crear oportunidades para la no tributación o para una tributación reducida como consecuencia de la evasión o la elusión fiscal». Y, como ya señalamos anteriormente, esta finalidad (de las disposiciones del convenio o del convenio mismo) parecería amparar una cláusula antiabuso de efectos limitados. A menos que se demuestre una jerarquía de finalidades del convenio (resultando la corrección de la doble imposición como finalidad principal y la prevención de la elusión fiscal como finalidad secundaria<sup>82</sup>), también parece difícil defender que las finalidades generales de los CDI amparan la interpretación correctiva de los efectos de la PPT.

Por descontado, todos los argumentos anteriores deben entenderse *de lege data*. *De lege ferenda*, el diseño legal actual de las consecuencias de la PPT (efecto limitado) será un semillero de problemas. En primer lugar, ese diseño parece manifiestamente contradictorio con el espíritu de los CDI. No es ya solo el problema, ya mencionado, de que los convenios tienen también como finalidad la corrección de la doble imposición, sino además el hecho de que otras cláusulas antiabuso contenidas en los convenios presentan una configuración muy distinta<sup>83</sup>. En segundo lugar, y todavía más importante, una PPT con efectos limitados puede presentar serios problemas desde la perspectiva del derecho constitucional y/o comunitario.

En efecto, una PPT con efectos limitados genera cargas tributarias adicionales, a las que hubieran correspondido de haberse acometido negocios no abusivos, para los contribuyentes a los que la regla les resulte de aplicación. La no corrección de la doble imposición jurídica internacional sitúa a estos contribuyentes en una situación de desventaja respecto de aquellos otros que no configuraron sus negocios de forma abusiva. De nuevo, esta situación puede entenderse a la perfección trayendo a colación el ejemplo ya referido de los negocios de *strip* de dividendos. Si las autoridades del Estado de la fuente reaccionan frente a estos negocios aplicando la PPT, se denegarán los beneficios contenidos en el artículo 13.5 del convenio pero, también, los que pudieran

<sup>81</sup> Véase el caso hipotético descrito en: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, págs. 662-663. Si como pretende la acción 6 de BEPS, la PPT podría usarse también para hacer frente a supuestos de *Treaty Shopping* no cubiertos por las LOB, las situaciones que afectaran a más de dos Estados podrían ser muy frecuentes.

<sup>82</sup> Sin embargo, la existencia de esta jerarquía se defiende en: BROE, L. DE: *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Ámsterdam: IBFD, 2008, pág. 329. BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 144.

<sup>83</sup> En efecto, es muy difícil explicar por qué la PPT tiene efectos limitados, pudiendo generar doble imposición jurídica internacional, mientras que otras reglas (antiabuso) contenidas o permitidas por los convenios, como las reglas de precios de transferencia, imponen un ajuste correlativo para corregir la doble imposición económica que el ajuste primario pudiera generar (art. 9.2 del MCOUDE).

resultar eventualmente de la aplicación de su artículo 10.2; adicionalmente, es poco probable que el Estado de la residencia corrija la doble imposición. Por el contrario, si el contribuyente no hubiera configurado un negocio abusivo y hubiera procedido simplemente a cobrar los dividendos que le pudieran corresponder, se habría aplicado el artículo 10.2 y la doble imposición se habría corregido por el Estado de la residencia, aplicando sin mayor problema el artículo 23 del convenio. Esto es lo que algunos autores han dado en llamar el «efecto penalizador de la PPT»<sup>84</sup>. Cualquiera que sea la denominación de este efecto, lo cierto es que un contribuyente que participa en un esquema abusivo recibe un tratamiento más gravoso que si simplemente hubiera realizado el negocio propio para alcanzar la finalidad económica pretendida. Y lo cierto es que este efecto de penalización resulta difícil de justificar cualquiera que sea el fundamento de la imposición sobre los no residentes. En efecto, un contribuyente que acomete negocios abusivos no muestra una mayor capacidad económica o un mayor consumo de servicios públicos en el Estado de la fuente. Por ello, una PPT de efectos limitados bien podría considerarse contraria al principio de igualdad y de capacidad económica<sup>85</sup>. Además, si se trata de justificar esta desigualdad como un efecto penalizador para las transacciones abusivas realizadas en el ámbito internacional, ello generaría nuevos problemas constitucionales de compatibilidad con las exigencias constitucionales del Estado de la fuente para la imposición de sanciones tributarias<sup>86</sup>. En resumidas cuentas, una PPT de efectos limitados pierde de vista que la finalidad de cualquier cláusula antiabuso no puede ser la imposición de cargas tributarias adicionales a los contribuyentes que acometen negocios abusivos sino, exclusivamente, la imposición de un nivel de tributación igual al que se hubiera producido de no haberse acometido tales negocios abusivos.

Adicionalmente, un buen número de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) podrían llegar a cuestionar la compatibilidad con el derecho comunitario de una cláusula general antiabuso como la PPT. Algunos autores enumeran una larga lista de pronunciamientos en este sentido<sup>87</sup>, pero, en nuestra opinión, la decisión del caso Halifax sigue siendo el más claro exponente de esta línea jurisprudencial. Por su claridad conviene citar algunos de sus fundamentos literalmente:

«93. Además, procede recordar que la comprobación de que existe una práctica abusiva **no debe llevar a una sanción**, para la cual sería necesaria una base legal clara

<sup>84</sup> LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 662.

<sup>85</sup> No creemos que el Estado de la fuente pueda culpar al Estado de la residencia por la generación de ese trato desigual y tratar así de justificarlo en términos constitucionales. Ambos Estados acuerdan y aplican la PPT y, por lo tanto, generan conjuntamente la doble imposición jurídica internacional.

<sup>86</sup> Adicionalmente, aquellos Estados que, como España recientemente, han introducido consecuencias sancionadoras (o penales) para las conductas abusivas, pudieran llegar a incurrir en un *bis in idem*.

<sup>87</sup> WEBER cita, al margen de Halifax, también las decisiones del TJUE en Emsland-Stärke, Test Claimants in the Thin Cap Litigation y Weald Leasing (WEBER, D. M.: «Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ. Part 1», *European Taxation*, núm. 6, 2013, pág. 7). BAKER se limita a citar SIAT como «un buen ejemplo» (BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 414).

y exenta de ambigüedad, sino a una obligación de devolución como simple consecuencia de esta comprobación, haciendo que las deducciones del impuesto sobre el valor añadido soportado sean, en parte o en su totalidad, indebidas (véase, en este sentido, la S. Emsland-Stärke, antes citada, apdo. 56).

94. De lo anterior se desprende que operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva deben ser redefinidas para restablecer la situación a **como habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva**.

95. A este respecto, la Administración tributaria está facultada para solicitar, con efecto retroactivo, la devolución de las cantidades deducidas respecto a cada operación de la que compruebe que el derecho a deducción se ejercitó de forma abusiva (S. Fini H, antes citada, apdo. 33).

96. Sin embargo, la Administración tributaria **también debe restar de tales cantidades todo impuesto que haya gravado una operación con impuesto sobre el valor añadido repercutido**, impuesto que el sujeto pasivo afectado estaba obligado a pagar artificialmente en el marco del plan de reducción de la carga fiscal y, en su caso, debe devolver cualquier excedente.

97. Del mismo modo, la Administración tributaria debe permitir al sujeto pasivo, que a falta de operaciones constitutivas de una práctica abusiva habría sido el beneficiario de la primera operación no constitutiva de tal práctica, que deduzca, de conformidad con las disposiciones del régimen de deducciones de la Sexta Directiva, el impuesto sobre el valor añadido que grave dicha operación.

98. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión, letra b), que, cuando se comprueba la existencia de una práctica abusiva, **las operaciones implicadas deben ser redefinidas para restablecer la situación a como habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva**»<sup>88</sup>.

No hay ninguna razón que permita concluir que esta prohibición jurídico-comunitaria de cláusulas generales antiabuso de efectos limitados no sea aplicable también a otros impuestos distintos del impuesto sobre el valor añadido. El fundamento de la prohibición sería exactamente el mismo –las exigencias que derivan del principio de proporcionalidad– y, de hecho, algún pronunciamiento del TJ europeo<sup>89</sup> y algunos sectores doctrinales<sup>90</sup> defienden que dicha prohibición debe aplicarse regularmente en el ámbito de los impuestos directos y, por tanto, también a la PPT.

<sup>88</sup> Toda la negrita es nuestra.

<sup>89</sup> Véase Test Claimants in the Thin Cap Litigation, párrafo 83.

<sup>90</sup> WEBER, D. M.: «Abuse of Law in European...», *op. cit.*, pág. 7, sin hacer ninguna distinción entre imposición directa e indirecta. BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 414, refiriéndose tanto a la cláusula general antiabuso de la directiva matriz-filial como a la PPT.

En resumidas cuentas, tampoco el diseño legal de las consecuencias jurídicas de la PPT resulta satisfactorio, al menos de acuerdo con el informe final de BEPS. Su incuestionable configuración como una cláusula de efectos limitados plantea muy serios problemas lógicos, jurídico-constitucionales y también de compatibilidad con el derecho comunitario.

### III. ALGUNAS CUESTIONES AL MARGEN DEL DISEÑO LEGAL DE LA PPT

Sin duda, las cuestiones más trascendentes de la PPT se han analizado en el epígrafe anterior y se corresponden precisamente con los problemas que plantea su diseño jurídico-positivo. Sin embargo, la introducción, por primera vez en el MCOCDE, de una cláusula general plantea algunos problemas adicionales que analizaremos a continuación. Por supuesto, no son estos los únicos problemas que planteará en el futuro la PPT, al margen de los ya analizados, pero sí que nos atrevemos a vaticinar que serán aquellos con los que la práctica, a diferentes niveles, deberá enfrentarse de manera más inmediata. De hecho, y como se verá, algunos de ellos ya han sido mencionados, siquiera sea de forma tangencial, en el informe final de la acción 6.

#### III.1. LA PPT Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

Como ya se ha indicado en epígrafes anteriores, la lucha contra el *Treaty Shopping* bajo la acción 6 de BEPS no pretende bascular exclusivamente sobre la base de introducir una cláusula general antiabuso en el modelo; por el contrario, una parte importante de la propia acción se dirige a diseñar, describir e interpretar las cláusulas de limitación de beneficios que, a imagen y semejanza de lo que lleva haciéndose hace años en el modelo de Estados Unidos, se pretenden ahora incorporar al MCOCDE. La incorporación conjunta de ambos tipos de reglas anti-*Treaty Shopping* plantea la cuestión clásica de las relaciones entre normas generales y normas especiales antiabuso<sup>91</sup>. Los comentarios que acompañan a la PPT se encargan de forma explícita de esta cuestión<sup>92</sup> y llegan a unas conclusiones que merecen algunos comentarios críticos.

<sup>91</sup> En el ámbito del modelo de Estados Unidos, esta cuestión no ha llegado a plantearse en ningún momento, pues dicho modelo nunca ha contado, y nos atrevemos a vaticinar que nunca contará, al menos a medio plazo, con una cláusula general antiabuso como la PPT. Sin embargo, en el ámbito del MCOCDE, este problema general siempre existió desde que los comentarios empezaron a defender que las cláusulas generales antiabuso son compatibles con los CDI. Sobre esta última cuestión volveremos más adelante, pues lo que ahora interesa resaltar es que la aplicación conjunta de esas cláusulas generales y las diversas cláusulas especiales recogidas en el modelo –por ejemplo, los arts. 13.4 o 17.2 del mismo– se lleva produciendo desde hace tiempo. En otros casos, la relación entre cláusulas generales internas y cláusulas especiales convencionales (el concepto de beneficiario efectivo de los arts. 10, 11, y 12 del MCOCDE) puede resultar incluso más problemática.

<sup>92</sup> Informe final, págs. 55-56.

El informe final afirma, correctamente, que un beneficio cuya concesión se deniega de acuerdo con las cláusulas LOB no es un beneficio que pueda también denegarse de acuerdo con la PPT. Sin perjuicio de la muy extraña redacción, lo que debe concluirse de esta reflexión es que, cuando ambas normas puedan resultar de aplicación de forma concurrente, nos encontramos ante una típica situación en la que entraría en juego el principio *lex specialis derogat generali* y la regla especial antiabuso (la LOB) debería resultar de aplicación<sup>93</sup>. En efecto, imagínese una compañía, residente en un Estado contratante, pero participada exclusivamente por otra compañía residente en un tercer Estado que carece de CDI con el Estado de la fuente (Estado destinatario final de la inversión); en efecto, si conforme a la denominada cláusula de propiedad<sup>94</sup>, procede denegar los beneficios del convenio, no tiene ningún sentido plantearse la posible aplicación de la PPT. Sin embargo, este es solo el capítulo sencillo de las relaciones entre cláusulas especiales y cláusulas generales antiabuso. La situación se vuelve más complicada cuando el contribuyente supera los test de la LOB y puede ser considerado un «residente cualificado». Y respecto de esta segunda situación, el informe final realiza una afirmación categórica:

«[...] el hecho de que un contribuyente tenga derecho a los beneficios del convenio de acuerdo con los párrafos 1 a 6 [se refiere a las cláusulas LOB] no significa que esos beneficios no puedan denegarse de acuerdo con el párrafo 7 [la PPT]. Los párrafos 1 a 6 son reglas que se centran principalmente en la naturaleza jurídica, la estructura de propiedad y en las actividades de un residente en un Estado contratante. [...] Estas reglas no implican que una transacción realizada por uno de esos residentes no pueda constituir un uso indebido del convenio»<sup>95</sup>.

En estos casos, es evidente que el principio *lex specialis* no resulta de aplicación, pues no nos enfrentamos a un caso en el que dos normas (la LOB y la PPT) puedan resultar de aplicación a los mismos hechos; antes al contrario, solo la PPT sería eventualmente aplicable para denegar los beneficios del convenio<sup>96</sup>. No obstante, deducir solo de la inaplicabilidad de la LOB –el contribuyente es un residente cualificado– que la cláusula general antiabuso –la PPT– debe resultar de aplicación resulta, a nuestro juicio, aventurado. Esta conclusión supondría un entendimiento algo sesgado de la doble naturaleza que caracteriza a las cláusulas especiales antiabuso; unas normas que definen, de un lado, qué es abusivo según el parecer del legislador pero que, de otro lado, también pueden clarificar *a sensu contrario* qué tipo de negocios no pueden considerarse abusivos desde una perspectiva estrictamente legal. Aplicar una cláusula general antiabuso, como

<sup>93</sup> En este mismo sentido: ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «Chapter 33...», *op. cit.*

<sup>94</sup> Que deniega los beneficios del convenio a un residente de un Estado contratante participado por residentes de terceros Estados en un determinado porcentaje de su capital.

<sup>95</sup> Informe final (págs. 55-56). El informe final usa, de hecho, un ejemplo que coincide con el analizado en este trabajo con el número 5.

<sup>96</sup> En sentido contrario y, a nuestro juicio, equivocado: BROE, L. DE y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 133.

la PPT, en este contexto resultaría difícilmente conciliable con el principio de seguridad jurídica y con una aplicación de buena fe de las normas fiscales<sup>97</sup>. Por ser más precisos, podría concluirse que, en un caso como el anterior, la PPT sería aplicable en términos generales pero solo para concluir de inmediato que cuando el contribuyente se mueve dentro de los límites precisos marcados por las LOB el negocio nunca puede considerarse abusivo.

Quizá podría llegar a pensarse que la dicción literal de la PPT no avala la interpretación propuesta anteriormente en la medida en que su propio encabezamiento –que señala «Sin perjuicio de otras disposiciones de esta convención [...]»– parece dar a entender que un negocio acometido por una «persona cualificada» puede entrañar también un uso indebido del convenio. Como ya indicamos anteriormente, el resultado al que puede conducir esta interpretación –la posible aplicación de la PPT a supuestos no abusivos conforme a las LOB– puede resultar contrario a las exigencias constitucionales de seguridad jurídica existentes en muchos Estados e, incluso, a las exigencias que, cada vez con más frecuencia, se vienen derivando, en el ámbito tributario, de algunos instrumentos legales de carácter internacional y, señaladamente, de los derechos y principios contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero es que, más allá de estos problemas, el encabezamiento antes transcrito admite una interpretación más respetuosa con los citados principios y derechos. En efecto, podría interpretarse que la mención a otros preceptos del convenio sin perjuicio de los cuales se aplicaría la PPT no sería a las cláusulas LOB sino, precisamente, a las reglas de distribución de competencias que el contribuyente ha conseguido captar gracias a su conducta abusiva. Piénsese en un contribuyente que acomete un negocio de *strip* de dividendos como el anteriormente descrito. En principio, y desde un punto de vista formal, dicho contribuyente tendría derecho a la aplicación del artículo 13.5 del convenio y, por lo tanto, a la obtención de sus beneficios. Pues bien, «sin perjuicio de ese precepto» podría denegarse la aplicación de sus beneficios a través de la aplicación de la PPT. Esta sencilla interpretación alternativa no solo es conforme con la dicción literal de la PPT, permitiendo proteger mejor las exigencias de la seguridad jurídica, sino que, además, es coherente con algunos convenios ya existentes que incorporan una cláusula general antiabuso y que, sin contar con cláusulas de limitación de beneficios, también comienzan su texto de la misma manera, esto es, refiriéndose al resto de disposiciones del convenio<sup>98</sup>. En efecto, si como pretende el informe final ese «sin perjuicio de otras disposiciones» se refiere a las LOB, no tendría sentido alguno que un convenio que carece de tales cláusulas encabezara también una regla general antiabuso con dicha referencia.

En conclusión, a pesar de las claras afirmaciones de los comentarios que acompañan a la PPT, esta regla debería resultar aplicable solo a los casos de *Rule Shopping*, mientras que las con-

<sup>97</sup> En la misma línea: HEY, J.: «Spezialgesetzgebung und Typologie zum Gestaltungsmissbrauch», en R. Hüttermann (ed.), *Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2010, págs. 145-146.

<sup>98</sup> Este es el caso, por ejemplo, del artículo 27 del modelo belga de CDI. Esta dicción literal se encuentra también en otras cláusulas generales antiabuso de carácter convencional (véase WEEGHEL, S. VAN: «General Report...», *op. cit.*, págs. 46-47).

ductas de *Treaty Shopping* deberían entenderse cubiertas por las cláusulas de limitación de beneficios. Esta interpretación no solo resulta más coherente con las exigencias de certeza del derecho tributario, sino perfectamente conforme con la propia dicción literal de la PPT.

### III.2. LA PPT Y EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS INTERNAS ANTIABUSO CON LOS CDI

La compatibilidad de las cláusulas generales antiabuso recogidas en el derecho interno de los Estados contratantes con los CDI es un problema que lleva siendo objeto de discusión desde hace décadas. Los comentarios al MCOCDE<sup>99</sup>, al menos desde 2003, tratan de dar una respuesta a este interrogante, en el sentido de que, como regla general, dichas cláusulas domésticas son compatibles con las obligaciones convencionales de los Estados contratantes. Sin embargo, ni la comunidad académica internacional<sup>100</sup>, ni las Administraciones y tribunales de diversos Estados de la OCDE<sup>101</sup> han aceptado estas conclusiones de forma pacífica. No es este el problema al que pretendemos hacer referencia aquí y en este momento nos limitamos a mostrar nuestra más absoluta conformidad con las críticas a la denominada «aproximación fáctica» que es la construcción teórica que, según los comentarios al MCOCDE, permite concluir tal conformidad. Nos limitamos, pues, a poner de manifiesto que, salvo muy contadas excepciones, las cláusulas generales antiabuso del derecho doméstico no pueden reputarse compatibles con los CDI.

En este contexto parece, pues, muy evidente que la codificación de una cláusula general antiabuso convencional, como la PPT, debe saludarse como un avance en la medida en que solventa de forma definitiva el problema, eliminando la necesidad de acudir a unos comentarios técnicamente inconsistentes para salvaguardar la aplicación por parte de los Estados contratantes de sus técnicas antiabuso domésticas en un contexto convencional. Sin embargo, esto no significa que, de ahora en adelante, el problema haya desaparecido, entre otras cosas porque el éxito de la PPT, como el de muchas de las medidas que derivan del Proyecto BEPS, dependerá, en gran medida, de cómo funcione el instrumento multilateral recogido en la acción 15 del plan<sup>102</sup>. Pero, incluso aunque el instrumento multilateral fuese un éxito –algo que está por ver–,

<sup>99</sup> Comentarios al MCOCDE (art. 1, párrs. 9.1-9.6).

<sup>100</sup> Esta posición de los comentarios al modelo ha sido duramente criticada por diversos sectores de la doctrina: ARNOLD, B. J. y WEEGHEL, S. VAN: «Chapter 5. The Relationship between Tax Treaties and Domestic Anti-Abuse Measures» (apdo. 5.4), en G. Maisto (ed.), *Tax Treaties and Domestic Law*. Ámsterdam: IBFD, 2006. BROE, L. DE: *International Tax Planning...* (apdo. 4.1.2), *op. cit.* ZORNOZA, J. J. y BÁEZ, A.: «The 2003 Revisions...», *op. cit.*, págs. 132-138.

<sup>101</sup> Muy relevantes a estos efectos las observaciones al comentario registradas por seis Estados miembros de la OCDE.

<sup>102</sup> OECD: *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15, 2015 Final Report*. París: OECD, 2015, 58 págs.

seguirían existiendo convenios bilaterales antiguos (o nuevos) que no incorporaran la PPT respecto de los que el problema seguiría planteándose en los mismos términos. Y la prueba más evidente de lo anterior es que el informe final de la acción 6 dedica una atención notable a esta cuestión<sup>103</sup>. Y, lo que es más importante, dicha parte del informe final –que pretende incorporarse a los nuevos comentarios al art. 1 del MCOCDE<sup>104</sup>– cambia, de forma muy significativa, los argumentos sobre los que pretende sustentarse la compatibilidad de las cláusulas internas antiabuso y los CDI.

Esta nueva aproximación tiene algunos méritos. En nuestra opinión, se identifican correctamente algunos escenarios de compatibilidad. Sería el caso, por ejemplo, de aquellos convenios que autorizan, de forma explícita, la aplicación de cláusulas internas antiabuso<sup>105</sup> o de aquellos otros supuestos en los que el convenio se refiere de forma directa al derecho interno de los Estados contratantes<sup>106</sup>. Estas afirmaciones muestran una clara aproximación legal, en contraposición a la aproximación fáctica que, como señalamos, caracterizaba a los comentarios al modelo desde 2003. Sin embargo, los nuevos comentarios incorporan un caso adicional de compatibilidad que, por su importancia sobresaliente, merecen una cita literal:

«Adicionalmente, cuando los aspectos fundamentales de las cláusulas internas antiabuso coinciden con el principio del párrafo 14 anterior y son, por lo tanto, similares a los aspectos centrales del nuevo párrafo 7 [la PPT] [...] es claro que no hay conflicto posible con las obligaciones convencionales, pues dicha cláusula interna se aplicará en las mismas circunstancias en las que pueden denegarse los beneficios del convenio conforme al párrafo 7 [...]».<sup>107</sup>

Frente a estas afirmaciones no resulta claro en absoluto que la existencia o la introducción de una cláusula general antiabuso en el derecho doméstico de un Estado contratante pueda ser equivalente, en términos jurídicos, a su codificación expresa en el convenio. Esta afirmación adicional de los comentarios conlleva una vulneración frontal de las reglas de interpretación de los CDI y por ello, además, el informe final no aporta ni un solo argumento que sustente la compatibilidad que defiende. Pero, incluso aunque la posición de los nuevos comentarios fuera correcta en términos jurídicos, existiría el problema, nada desdeñable, de determinar cuándo los aspectos fundamentales de la cláusula general antiabuso interna coinciden con los de la PPT. Incluso aunque pudiera llegar a afirmarse que la filosofía de todas estas cláusulas es la misma, las diferen-

<sup>103</sup> Informe final, párrafo 59, págs. 82-85.

<sup>104</sup> Como nuevos párrafos 21 a 26.7 del comentario al artículo 1.

<sup>105</sup> Informe final, págs. 82-84.

<sup>106</sup> Informe final, págs. 83-84.

<sup>107</sup> Informe final, pág. 84.

cias, más o menos sutiles<sup>108</sup>, entre dichas cláusulas y la PPT convertirían esta comparación en una tarea difícil y, lo que es peor, de consecuencias imprevisibles.

### III.3. LA PPT Y EL DERECHO COMUNITARIO

La acción 6 de BEPS en general y el particular diseño de la PPT han levantado muy serias sospechas de una eventual vulneración del derecho comunitario, en particular por lo que se refiere a la jurisprudencia del TJCE en materia de imposición directa y libertades fundamentales del tratado. La referencia de la PPT, ya analizada en epígrafes anteriores, a «uno de los principales propósitos de la operación», que puede conducir a la aplicación de la cláusula a operaciones de lícita planificación fiscal, se ha llevado la mayor parte de las críticas<sup>109</sup>. Qué debe entenderse por finalidad «esencial, principal o única» de un negocio constituye sin duda una cuestión problemática<sup>110</sup>, pero lo que sí es obvio es que la referencia en la PPT a «una de las principales finalidades del negocio» reduce significativamente el umbral antiabuso que el TJ europeo ha fijado en diversos pronunciamientos.

Más allá de esta cuestión, la introducción de la PPT ha añadido un nuevo elemento a esta discusión. El hecho de que la mayor parte de los Estados miembros cuenten con cláusulas generales antiabuso domésticas puede provocar una disparidad de respuestas frente a las operaciones abusivas dependiendo de que estas sean puramente domésticas o cuenten con un elemento transnacional (comunitario). Aunque es cierto, como se ha dicho, que la PPT se ha diseñado a imagen y semejanza de algunas cláusulas existentes en el ordenamiento de algunos Estados miembros<sup>111</sup>, también es cierto que: 1) no son idénticas y pueden mostrar diferencias sutiles aunque relevantes; y 2) en la mayor parte de las ocasiones son radicalmente distintas. En efecto, y sin ánimo de exhaustividad, la PPT y estas cláusulas internas pueden divergir en la propia definición de lo que es abuso<sup>112</sup> y en las consecuencias de aplicar la cláusula<sup>113</sup>. En efecto, el ámbito de aplicación de

<sup>108</sup> Como creemos haber demostrado en el párrafo segundo de este trabajo, las diferencias entre la PPT y las cláusulas generales antiabuso tradicionales –al menos en los ordenamientos europeos– son más que notables.

<sup>109</sup> KEMMEREN, E.: «Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?», *EC Tax Review*, núm. 4, vol. 23, 2004, págs. 191-192. DOURADO, A. P.: «Aggressive Tax Planning...», *op. cit.*, pág. 56. PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 607, siguiendo de cerca las afirmaciones de DOURADO. BROE, L. DE Y LUTS, J.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 132, aunque sin mencionar directamente el problema de derecho comunitario. LANG, M.: «BEPS Action 6...», *op. cit.*, pág. 659.

<sup>110</sup> Véase el análisis de esas diferentes expresiones en: LANG, M.: «BEPS Action 6...», *ibid.*, pág. 659.

<sup>111</sup> El parecido con la cláusula recientemente introducida en el Reino Unido ha sido puesto de manifiesto en la doctrina: PALAO TABOADA, C.: «OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6...», *op. cit.*, pág. 607. BAKER, P.: «The BEPS Action Plan...», *op. cit.*, pág. 412.

<sup>112</sup> Esto es evidente en aquellas cláusulas, como la española o la alemana, que pivotan en torno al concepto de negocio artificioso y menos evidente en aquellas otras que se basan en un test de propósito único principal o esencial.

<sup>113</sup> Teniendo en cuenta que, como ya se ha analizado, la mayor parte de las cláusulas internas se diseñan con efectos ilimitados.

la PPT y sus consecuencias más perjudiciales para el obligado tributario, en comparación con las cláusulas domésticas, implican un tratamiento diferente para las operaciones transfronterizas, lo que constituye, de hecho, el primer elemento estructural al que se refiere el TJ europeo para detectar una vulneración de las libertades fundamentales del tratado.

Estos tratamientos dispares conducirán seguramente a una vulneración del derecho comunitario en la medida en que, además, es muy posible que pudieran ser reputados como desproporcionados. Sin embargo, conviene no olvidar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJ europeo, no cualquier tratamiento desigual de situaciones domésticas y transfronterizas debe reputarse contrario al ordenamiento tributario sino, única y exclusivamente, aquellos tratamientos desiguales que se refieran a situaciones objetivamente comparables. Y en este contexto, debe tenerse en cuenta que la PPT solo se aplica a situaciones transfronterizas pudiendo resultar eventualmente en la denegación de los beneficios del convenio. El problema es, por supuesto, en qué medida un contribuyente al que se le deniega una ventaja fiscal en virtud de la aplicación de una cláusula interna antiabuso se encuentra en una situación comparable a la de otro contribuyente a cuyas transacciones se aplica la PPT. Algunos autores se han referido a situaciones transfronterizas que, por definición, no resultan comparables a situaciones domésticas, sencillamente porque tal situación, en el ámbito interno, nunca puede llegar a plantearse (reglas de operaciones vinculadas<sup>114</sup>, reglas de transparencia fiscal internacional o reglas de subcapitalización)<sup>115</sup>. En qué medida la PPT puede incluirse en este grupo de reglas y qué consecuencias se derivarían de ello es algo que consideramos sucintamente a continuación.

Aunque solo de forma implícita, el TJ europeo parece haber admitido la comparabilidad para este tipo de reglas dirigidas a operaciones transfronterizas, siguiendo así con su tradicional análisis en torno a si los tratamientos dispares estaban o no justificados y, en su caso, si eran o no proporcionales<sup>116</sup>. A pesar de las críticas<sup>117</sup> (¿justificadas?) a esta aproximación, lo cierto es que, al menos en el estado actual de la jurisprudencia del TJ europeo, sería difícil inmunizar a la PPT de un análisis conforme a las libertades comunitarias, exclusivamente sobre la base de que no existe comparabilidad entre situaciones domésticas y transfronterizas. Sin embargo, y adicionalmente, debería considerarse si la situación de un contribuyente al que se

<sup>114</sup> Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en España, es muy común que las reglas de precios de transferencia solo se apliquen a operaciones internacionales.

<sup>115</sup> WATTEL, P.: «Non-Discrimination à la Cour: The ECJ's (Lack of) Comparability Analysis in Direct Tax Cases», *European Taxation*, núm. 12, vol. 55, 2015, págs. 552-553.

<sup>116</sup> Véanse las referencias a Cadbury Schweppes, Lankhorst-Hohorst y Société de Gestion Industrielle (WATTEL, P.: «Non-Discrimination...», *ibid.*, págs. 552-553).

<sup>117</sup> Como señala WATTEL: «[...] en Société de Gestion Industrielle (caso C-311/08), el tribunal aceptó la normativa belga de precios de transferencia, que solo era aplicable a situaciones transfronterizas, no sobre la base de que no existiera un comparable doméstico, sino fundándose en que la diferencia de trato estaba justificada por la necesidad de luchar contra la elusión fiscal y de conseguir una atribución equilibrada de potestades tributarias». Véanse también las reflexiones del abogado general Geelhoed en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (párr. 68).

le deniegan los beneficios de un convenio por aplicación de la PPT puede o no encontrar un comparable puramente doméstico. Si el análisis se realiza a un nivel estricto de beneficios del convenio, la respuesta negativa será obvia en la medida en que un residente no puede gozar de los beneficios de un convenio (para las rentas obtenidas en su Estado de residencia). Pero si se analizan las estrategias abusivas de un residente en detalle, puede concluirse que, particularmente en el ámbito de los impuestos analíticos sobre la renta<sup>118</sup>, estos contribuyentes acometen negocios muy similares en su naturaleza a los casos de *Rule Shopping* ya analizados<sup>119</sup>. Si, en el derecho doméstico, estas estrategias se enfrentan a través de cláusulas menos exigentes que la PPT bien podría concluirse que dichas estrategias se combaten en el ámbito doméstico con normas más tolerantes que las situaciones comparables en el ámbito transfronterizo (comunitario). En resumen, la existencia de una cláusula doméstica más favorable a los intereses del contribuyente que la PPT podría conducir a un trato dispar de situaciones comparables que si, además, se considera injustificado o desproporcionado, conduciría sin duda a una vulneración del derecho comunitario.

Existe un último problema al que conviene hacer referencia: ¿qué ocurriría si la cláusula interna y la PPT son idénticas o extraordinariamente semejantes? Este fenómeno podría adquirir cierta trascendencia si los Estados miembros deciden simplificar sus distintas cláusulas (fusionándolas en una sola conforme a la dicción literal de la PPT) o si Estados miembros que no contaban con una cláusula interna deciden introducir una con la misma dicción que la PPT aplicable también a casos puramente nacionales. Respecto de la trascendencia comunitaria de este fenómeno, una primera respuesta intuitiva llevaría a afirmar que al no existir un tratamiento dispar para supuestos domésticos y transfronterizos no puede vulnerarse el derecho comunitario (en particular, las libertades fundamentales del tratado). El hecho de que, como se defendió anteriormente, el umbral antiabuso y las consecuencias de la PPT resulten desproporcionados, sería intrascendente a los ojos del derecho europeo y adquiriría importancia solo, y eventualmente, a efectos del derecho constitucional interno. La existencia de un principio general de proporcionalidad en el derecho comunitario (desvinculado de la forma de operar del tribunal en el ámbito de las libertades comunitarias) es una cuestión aún no aclarada<sup>120</sup>. Tal principio podría deducirse de la jurisprudencia antes mencionada del TJ europeo en relación con el impuesto sobre el valor añadido y ello podría conducir a considerar vulnerado el derecho comunitario aunque no exista diferencia alguna entre la PPT y la cláusula interna antiabuso. No obstante, en qué medida ese principio se refiere solo al impuesto

<sup>118</sup> Este tipo de estrategias también son comunes en impuestos no analíticos sobre la renta, como el impuesto sobre sociedades, cuando respecto de estos últimos se introducen regímenes especiales o tratamientos específicos para fuentes de renta particulares.

<sup>119</sup> Encontrar casos comparables para estrategias de *Treaty Shopping* parece más complicado. En todo caso, y como ya se señaló, la lucha contra el *Rule Shopping* parece el lugar natural de aplicación de la PPT.

<sup>120</sup> MARTÍN JIMÉNEZ parece defender esa posición en relación con las normas de precios de transferencia, pero sus argumentos parecen aplicables igualmente a las normas generales antiabuso (MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Transfer Pricing and EU Law Following the ECJ Judgement in SGI: Some Thoughts on Controversial Issues», *Bulletin for International Taxation*, núm. 5, vol. 64, 2010, pág. 275).

sobre el valor añadido, por ser un impuesto armonizado, es una cuestión controvertida que dejamos para ulteriores trabajos.

#### IV. CONCLUSIONES<sup>121</sup>

1. El diseño jurídico positivo de la PPT resulta totalmente desafortunado (págs. 10-42). El desacierto de la cláusula afecta tanto a su presupuesto de hecho (págs. 10-36) como a su consecuencia jurídica (págs. 36-42):
  - 1.1. Los dos criterios que componen el test de la PPT para determinar si una operación es o no abusiva plantean problemas prácticos muy serios. Los test antiabuso de carácter subjetivo resultan siempre problemáticos (págs. 12-15) y la particular configuración del test subjetivo en la PPT, referido a «una de las principales finalidades de la operación», puede conducir a resultados inaceptables (págs. 16-21). El test objetivo de la PPT puede resultar inmanejable si se refiere a la finalidad de la norma convencional eludida o cuya aplicación provoca artificialmente el contribuyente (págs. 22-33). Si, por el contrario, se interpreta el elemento objetivo de manera amplia, referido a las finalidades globales de los CDI, su funcionamiento será circular, fusionará *de facto* los elementos subjetivo y objetivo de la PPT conduciendo, además, a reputar abusivas operaciones de lícita planificación fiscal internacional (págs. 33-35).
  - 1.2. Por lo que se refiere a sus consecuencias jurídicas, la PPT debe considerarse como una cláusula general antiabuso de efectos limitados (págs. 36-40). Ese tipo de cláusulas plantean serios problemas lógicos, constitucionales y de compatibilidad con el derecho comunitario (págs. 40-42).
2. La PPT debería reservarse para afrontar estrategias de *Rule Shopping*, pues, si el CDI incorpora cláusulas LOB, las estrategias de *Treaty Shopping* solo pueden afrontarse mediante la aplicación de dichas cláusulas (págs. 43-46).
3. La introducción de la PPT convierte en intrascendente la cuestión de la compatibilidad de las cláusulas internas antiabuso con los CDI. No obstante, para aquellos tratados que no la incorporen, la acción 6 de BEPS recoge una serie de argumentos en favor de tal compatibilidad que resultan inaceptables en términos jurídicos (págs. 46-47).

---

<sup>121</sup> Este epígrafe contiene puras conclusiones, sin referirse en ningún momento a los argumentos expuestos en el texto y que permiten alcanzar las mismas. Por ello, junto a cada conclusión se hace referencia a las páginas del texto donde se encuentran tales argumentos.

4. Las diferencias entre la PPT y las cláusulas antiabuso que ya existen en determinados Estados miembros de la Unión Europea pueden provocar que la primera vulnere las libertades comunitarias recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aunque algún Estado miembro codificara la PPT como su única cláusula antiabuso (para cualquier supuesto doméstico o internacional), la misma podrá resultar contraria al principio general de proporcionalidad de las cláusulas antiabuso que deriva de la jurisprudencia del TJ europeo en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (págs. 47-50).

## MODELO 720 O LA FLAGRANTE VULNERACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA CE

**José Andrés Sánchez Pedroche**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
UDIMA*

---

### EXTRACTO

La omisión del modelo 720 determina la existencia de ganancias patrimoniales imprescriptibles. Tal extremo y la aplicación retroactiva de las previsiones contenidas en la Ley 7/2012 vulneran el derecho de la Unión Europea y la Constitución española.

**Palabras claves:** modelo 720, bienes y derechos radicados en el extranjero, ganancias patrimoniales, prescripción y retroactividad.

---

*Fecha de entrada: 01-08-2016 / Fecha de aceptación: 12-09-2016 / Fecha de revisión: 22-09-2016*

## FORM 720 BLATANT BREAKS EUROPEAN UNION LAW AND SPANISH CONSTITUTION

---

### ABSTRACT

Failure to file form 720 causes personal wealth profits which are not prescriptible. Both this provision and those contained in Law 7/2012 retroactively enforced, seriously break European Union Law as well as Spanish Constitution.

**Keywords:** form 720, property and rights abroad, personal wealth profits, prescription and retroactivity.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Regularizaciones practicadas por la Inspección de los Tributos del Estado
3. El marco normativo creado por la Ley 7/2012 y el Real Decreto-ley 12/2012
4. La declaración tributaria especial
5. La declaración informativa de bienes situados en el extranjero
6. Consecuencias sancionadoras aparejadas a la falta de presentación de la declaración de bienes y derechos ubicados en el extranjero
7. La llamada imprescriptibilidad asociada al incumplimiento de la obligación de presentar el modelo 720 y su relación con la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios como principios fundamentales del derecho de la Unión Europea
  - 7.1. Libre circulación de capitales y libre prestación de servicios
  - 7.2. La imprescriptibilidad del artículo 39.2 de la LIRPF como restricción a la libre circulación de capitales y la libre prestación de servicios
  - 7.3. Sobre los requisitos a los que se condicionan las restricciones a las libertades básicas comunitarias, particularmente, aquellas basadas en la lucha contra el fraude fiscal
  - 7.4. Sobre la aplicación de las medidas de excepción en los supuestos de ampliación del plazo prescriptivo
  - 7.5. La existencia de un procedimiento de infracción contra la norma nacional determinante de la imprescriptibilidad de la obligación tributaria derivada de los bienes no declarados en el modelo 720
8. La aplicación de las consideraciones anteriores a la regulación española promulgada en 2012
9. La retroactividad de las normas incorporadas por la Ley 7/2012 y la posible vulneración de los principios constitucionales
  - 9.1. La retroactividad de las normas tributarias
  - 9.2. Irretroactividad de las normas sancionadoras
  - 9.3. Sobre el carácter y naturaleza de las medidas incorporadas por la Ley 7/2012
10. Sobre la aplicación retroactiva de la normativa promulgada en 2012
11. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras la promulgación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) viene practicando numerosas regularizaciones, cuyo fundamento se encuentra en la consideración como renta imponible de las cantidades invertidas en la adquisición de acciones correspondientes a sociedades residentes en el extranjero o de bienes y derechos radicados fuera de España, a pesar de haberse efectuado o materializado en ejercicios ya prescritos.

En todos estos casos, la Inspección de los Tributos aplica con todo rigor el artículo 39.2 de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF) (en la redacción que al precepto le otorgó la referida Ley 7/2012) partiendo de la previa omisión por parte del contribuyente de la declaración informativa de bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720) exigida por la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT). Asimismo, la AEAT reputa la existencia de ganancias patrimoniales no justificadas en aquellos casos de presentación extemporánea del modelo 720 (y de las declaraciones complementarias asociadas a este) con posterioridad al 30 de abril de 2013, es decir, fuera del primer plazo establecido legalmente (modelo 720 correspondiente al ejercicio 2012), pese a que también en estos supuestos los bienes o derechos correspondieran a ejercicios también prescritos.

## 2. REGULARIZACIONES PRACTICADAS POR LA INSPECCIÓN DE LOS TRIBUTOS DEL ESTADO

Tal y como acaba de señalarse, la AEAT viene practicando liquidaciones cuyo origen se halla en actuaciones inquisitivas de alcance general con relación a la declaración informativa de bienes y derechos radicados en el extranjero de 2012, modelo 720, y de alcance parcial con relación al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) de varios ejercicios impositivos, limitándose la comprobación a los rendimientos y ganancias patrimoniales derivados de bienes y derechos situados en el extranjero, a la posesión de dichos bienes y derechos, así como a las consecuencias fiscales derivadas de la no presentación en plazo del referido modelo 720.

La Inspección viene resaltando los siguientes hechos en sus distintas actuaciones:

- El contribuyente no había presentado dentro del plazo legalmente establecido el modelo 720 de declaración informativa de bienes y derechos en el extranjero de 2012 (a estos efectos, no suele distinguir la Inspección si no se había presentado o si esa presentación fue extemporánea).

- El contribuyente tampoco había presentado dentro del plazo legalmente establecido declaración por el impuesto sobre el patrimonio (IP) correspondiente a los ejercicios concernidos en dichas actuaciones inquisitivas o, si la presentó, no reflejó la inversión materializada en acciones de mercantiles no residentes en España o bienes radicados en el extranjero (tampoco suele distinguir la Inspección para su regularización si no se había presentado declaración o si dicha presentación fue extemporánea).
- El contribuyente no se acogió a la comúnmente denominada «amnistía fiscal», al no presentar la declaración tributaria especial (modelo 750).

A partir de cualquiera de estos hechos, la AEAT considera aplicable el artículo 39.2 de la LIRPF –en la redacción dada por la Ley 7/2012, con efectos desde el 1 de octubre de 2012– entendiendo que, al no haber presentado el contribuyente la declaración sobre bienes y derechos ubicados en el extranjero del año 2012 (modelo 720), debe deducirse que la propiedad de la participación en esas sociedades radicadas en el extranjero (o la posesión de los correspondientes bienes inmuebles) constituye una ganancia patrimonial no justificada que debe imputarse al último ejercicio no prescrito. En muchos casos, y tras la comprobación correspondiente, la Inspección no tiene empacho alguno en reconocer expresamente y por escrito que esos bienes o derechos radicados en el extranjero fueron adquiridos en ejercicios ya prescritos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2012.

Al análisis de las implicaciones jurídicas que esa práctica administrativa comporta dedicaremos las reflexiones que se vierten a continuación.

### 3. EL MARCO NORMATIVO CREADO POR LA LEY 7/2012 Y EL REAL DECRETO-LEY 12/2012

La Ley 7/2012 introdujo toda una batería de medidas tendentes a combatir la evasión fiscal, tal y como su propio nombre indica y aclara su exposición de motivos, al señalar literalmente lo siguiente:

«Esta ley contiene una serie de medidas dirigidas a la prevención y lucha contra el fraude fiscal. La realidad social y económica en un escenario de crisis y de austeridad presupuestaria hace del fraude fiscal hoy, si cabe, una figura más reprochable que nunca. A su vez, la evolución de los comportamientos fraudulentos y la experiencia acumulada en la aplicación de la normativa tributaria, tras la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, permiten una reforma con perspectiva suficiente como para colocar a nuestro sistema legal a la vanguardia de la lucha contra el fraude».

En particular, y en relación con los bienes situados en el exterior, el cambio normativo supuso el establecimiento de tres elementos fundamentales:

- Una obligación de declarar los bienes y derechos radicados fuera de España, incorporada en la disposición adicional decimoctava de la LGT, de nuevo cuño.
- El establecimiento de sendas normas especiales en el IRPF y el impuesto sobre sociedades (IS) para los bienes no consignados en la declaración informativa anterior: considerándose como ganancias patrimoniales no justificadas, con el añadido de la llamada «imprescriptibilidad» para las mismas.
- El establecimiento de un régimen punitivo específico que contempla sanciones por el incumplimiento de la obligación de información y el agravamiento de las mismas por falta de ingreso cuando se deriven de la regularización de las ganancias no justificadas a las que acaba de aludirse.

Esta modificación normativa supuso, en buena medida, la otra cara de la moneda de la regularización de bienes y activos ocultos (la llamada «amnistía fiscal») que, a través de la declaración tributaria especial (modelo 750), permitió el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. De hecho, el propio ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, el señor Montoro, en la presentación de estas medidas en el Congreso de los Diputados, aludió a que ambas normas, necesariamente conectadas, constituían «la zanahoria y el palo». Este ejemplo ha sido asumido por gran parte de la doctrina tributaria, reconociendo la íntima conexión entre una norma que pretendía impulsar la recaudación a través de una regularización voluntaria, con un gravamen atenuado de los bienes y derechos ocultos, y otro conjunto de normas –extraordinariamente disuasorias e intrusivas, hasta unos límites ciertamente desconocidos en nuestro sistema tributario– que se aplicarían en el caso de falta de declaración de aquellos bienes integrados en patrimonios sitos en el exterior.

#### 4. LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL

Como ya ha sido apuntado, el antecedente próximo de la actual declaración de bienes y derechos radicados en el extranjero (modelo 720) cabe encontrarlo en el Real Decreto-ley 12/2012, que aprobó, en su disposición adicional primera, la declaración tributaria especial (modelo 750) como un mecanismo extraordinario de regularización fiscal de las rentas no declaradas en el IRPF, en el IS y en el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR); medida que se conoció coloquialmente como «amnistía fiscal».

La declaración tributaria especial permitió que los contribuyentes titulares de bienes o derechos que no se correspondieran con las rentas declaradas en su IRPF (personas físicas residentes), en su IS (personas jurídicas residentes) o en su IRNR (personas físicas o jurídicas no residentes) pudieran presentar una declaración tributaria especial (modelo 750) con el objeto de regularizar su situación tributaria.

El objeto mediato de la declaración tributaria especial lo constituían las rentas no declaradas en la imposición directa de los titulares de esos bienes de los que el fisco no tenía conocimiento, aunque

el modelo de declaración aprobado incluyó, como objeto inmediato, los bienes y derechos de contenido económico en los que se hubiesen materializado tales rentas. Es decir, la declaración incluía los bienes y derechos que se afloraban, deduciéndose las rentas ocultas de manera implícita de la propiedad de tales bienes y derechos. Esta declaración tributaria (modelo 750) siguió el mismo principio en el que se basan los incrementos no justificados de patrimonio como presunciones de rentas, según se regulan en los artículos 39 de la LIRPF y 121 de la actual Ley del impuesto sobre sociedades (LIS) (al tiempo de aprobarse la declaración tributaria especial esta previsión se encontraba vigente en el art. 134 del TRLIS), para las personas físicas y para las personas jurídicas, respectivamente.

La declaración tributaria especial en el IRPF solo permitió regularizar rentas no declaradas y materializadas en inversiones realizadas en los ejercicios 2010 y anteriores. Por ello, a 31 de diciembre de 2010, debían concurrir las dos circunstancias exigidas por la regularización: obtención de la renta oculta y adquisición del bien o derecho en el que se hubiese materializado la inversión de dicha renta.

Las posibles rentas obtenidas y no declaradas, o los bienes adquiridos con posterioridad al 31 de diciembre de 2010, deberían regularizarse por medio de una declaración complementaria relativa al impuesto y periodo correspondiente. Por consiguiente, en principio, el periodo «regularizable» por medio de la declaración tributaria especial, con relación al IRPF, comprendía únicamente los ejercicios 2008, 2009 y 2010, pues la llamada «amnistía fiscal» no incluyó el periodo 2011, y los periodos 2007 y anteriores estaban ya completamente prescritos. Recordemos que, según lo establecido expresamente por el artículo 69 de la LGT, la prescripción ganada extingue la obligación tributaria, se aplica de oficio y es irrenunciable, teniendo en cuenta, además, que el Real Decreto-ley 12/2012 no incluyó ninguna previsión especial o específica atinente a la regulación de la prescripción.

La disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012 no aplicó limitación alguna con relación al tipo de bienes o derechos que se debían declarar. Por ello, no realizó una enumeración cerrada de estos. No obstante, el modelo 750, aprobado por la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, contenía una lista de los distintos bienes y derechos objeto de declaración, así como los datos básicos que se debían incluir en relación con cada uno de ellos, y que comprendían básicamente lo siguiente:

- Bienes inmuebles.
- Bienes y derechos afectos a actividades económicas, excepto inmuebles.
- Depósitos en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo, cuentas financieras y otros tipos de imposiciones en cuentas.
- Valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios.
- Valores representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.
- Efectivo.
- Restantes bienes y derechos.

La declaración tributaria especial supuso, por lo tanto, la incorporación de los bienes en los que se habían materializado las rentas ocultas al patrimonio declarado del contribuyente, recibiendo tales bienes –alumbrados tras su declaración– un tratamiento normal; así, y a título de ejemplo, cabe citar que tales bienes pueden amortizarse, transmitirse –declarando el beneficio o ganancia patrimonial puesta de manifiesto en tales transmisiones–, o aplicarles cualquier beneficio fiscal no excluido expresamente por la ley.

Conviene insistir en que esta regularización, a través del modelo 750, no supuso ninguna alteración del funcionamiento normal de la prescripción como instituto jurídico de tradición finisecular. Por una parte, el Informe de la Dirección General de Tributos (DGT), de 27 de junio de 2012, sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial, consideró que esta no constituía una actuación del contribuyente conducente a la autoliquidación de una obligación tributaria devengada con anterioridad, por lo que la presentación de la misma no interrumpía la prescripción de los periodos impositivos a los que hubiera correspondido la renta inicialmente no declarada, ejercicios que siguieron prescribiendo en los plazos legalmente establecidos. Además, aunque todas las cantidades incluidas en el valor de adquisición de un elemento patrimonial sin declarar procedieran de rentas ocultas, si parte de las rentas invertidas provenían de un periodo prescrito y tal extremo pudiera acreditarse, solo debería incluirse en la declaración tributaria especial aquella parte del valor de los bienes o derechos financiados con rentas para las que aún no se hubiera consumado el beneficio de la prescripción.

Otro de los problemas fundamentales que evidenció la regularización tributaria especial fue la acreditación de la titularidad de los bienes y derechos; no en vano, en el ámbito de la inversión financiera internacional, resulta bastante habitual que la identidad del inversor real quede más o menos difuminada con estructuras complejas basadas en el concepto de la «fiducia» o encomienda de gestión de patrimonios. Esta situación no fue inicialmente contemplada por la citada disposición adicional primera, que se limitaba a señalar que la propiedad podría acreditarse de cualquier modo admitido en derecho; siendo incorporada posteriormente por la disposición final tercera del Real Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, al prever que la declaración debería ser realizada por el titular de los bienes, persona que en principio coincidiría con el titular jurídico, pero que si ello no fuera así, se admitía la regularización por el titular real (hasta entonces oculto), siempre que llegase a ser titular jurídico antes de 31 de diciembre de 2013.

La Orden HAP/1182/2012 intentó aclarar este concepto de «titular real» como persona distinta del titular jurídico aparente, señalando literalmente que:

«Se considerarán titulares reales las personas físicas o entidades que tengan el control de los bienes o derechos a través de entidades, o de instrumentos jurídicos o de personas jurídicas que administren o distribuyan fondos».

El ingreso que se debía realizar con la declaración tributaria especial era de un 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos ocultos en los que se hubieran invertido las

rentas no declaradas procedentes de periodos no prescritos. Las cantidades ingresadas tenían el concepto de cuota tributaria del IRPF, del IS o del IRNR, en atención a la condición del declarante, y a pesar de que no se indicaba el periodo impositivo al que correspondían.

La reiterada disposición adicional primera señalaba también, de forma expresa, que la presentación de esta declaración especial determinaría la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos. El plazo para la presentación de esta declaración tributaria especial finalizó el 30 de noviembre de 2012, debiendo haberse presentado, antes de dicha fecha, el modelo 750 y realizado el pago del 10% del valor de adquisición de los bienes y derechos declarados, adquiridos con las rentas objeto de la regularización.

En la disposición adicional primera también se contenían previsiones específicas en relación con la comprobación tributaria de esta declaración tributaria especial. En primer lugar, se estableció expresamente que no resultaría procedente la comprobación aislada de la misma, ya que, a pesar de tener la naturaleza de declaración tributaria, no se presentaba en cumplimiento de una obligación tributaria, ni tan siquiera de carácter informativo. Por ello, las posteriores comprobaciones debían desarrollarse sobre una concreta obligación tributaria (por ejemplo, el IRPF) de un determinado periodo impositivo, pues, comoquiera que la declaración tributaria especial no se refería a ningún periodo concreto, no podía comprobarse independientemente.

Por otro lado, no se permitía presentar la declaración tributaria especial cuando se hubiera iniciado un procedimiento de comprobación o investigación que incluyera dentro de su alcance las obligaciones que se pretendieran regularizar por la misma. No obstante, se podía presentar la declaración tributaria especial cuando la actuación de comprobación hubiese finalizado, siempre y cuando esta hubiese tenido alcance parcial y en la misma no hubiesen sido objeto de regularización elementos de la obligación tributaria que el contribuyente decidiera regularizar.

## 5. LA DECLARACIÓN INFORMATIVA DE BIENES SITUADOS EN EL EXTRANJERO

Por su parte, la ya mencionada Ley 7/2012 introdujo una novedosa disposición adicional decimoctava en la LGT, por la que se imponía otra obligación tributaria de carácter informativo o formal cuya finalidad no era sino la obtención de información respecto de bienes y derechos de contenido económico ubicados o gestionados en el extranjero, titularidad de personas físicas o jurídicas residentes en España.

En desarrollo de dicha previsión, se añadieron al Reglamento general de gestión e inspección y de aplicación de los tributos tres nuevos artículos: el 42 bis, relativo a la obligación de informar acerca de cuentas en entidades financieras situadas en el extranjero; el artículo 42 ter, atinente a la obligación de información sobre valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero; y el artículo 54 bis, por el que se regulaba la obligación de informar sobre bienes inmuebles y derechos situados en el extranjero.

El marco normativo se completó con la aprobación de la Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprobó el modelo 720 de la mencionada declaración informativa sobre bienes y derechos radicados en el extranjero, y en la que se determinaban el lugar, la forma, el plazo y el procedimiento para su presentación.

De esta manera, están obligados a presentar la referida declaración tributaria (modelo 720) las personas físicas o entidades residentes en España, incluidos los obligados tributarios residentes en los territorios forales del País Vasco y Navarra. Por el contrario, no tienen obligación alguna de presentar esta declaración las personas físicas o jurídicas que no sean residentes en España durante el periodo al que se refiere la declaración.

La obligación de declarar comprende no solo casos en los que se ostenta la titularidad jurídica de los bienes o derechos ubicados en el extranjero, sino también aquellos en que se es titular real de tales bienes e, incluso, otros supuestos en los que se ostente algún poder de disposición sobre dichos bienes, aunque no se fuese titular de los mismos, extendiéndose la obligación a representantes, apoderados, autorizados o beneficiarios de los bienes o derechos sitos en el extranjero.

Resumidamente, los bienes y derechos objeto de declaración en el modelo 720 se agrupan en tres bloques:

- Cuentas corrientes y depósitos abiertos en entidades bancarias ubicadas en el extranjero.
- Valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero.
- Bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles radicados en el extranjero.

En cuanto a las cuentas y depósitos, se incluyen todo tipo de operaciones pasivas de depósito con entidades financieras, como cuentas corrientes, de ahorro, imposiciones a plazo y cualesquiera otras cuentas o depósitos dinerarios, con independencia de la modalidad o denominación que adoptasen –aunque no existiese retribución–, en entidades financieras situadas en el extranjero; exigiéndose identificación de la entidad financiera, de la cuenta, la indicación de la fecha de apertura o cancelación y, en su caso, fecha de concesión o revocación de la autorización, los saldos a 31 de diciembre y el saldo medio correspondiente al último trimestre del año.

Se dispensa de la obligación de informar en los supuestos siguientes:

- Cuando el conjunto de saldos a 31 de diciembre y de saldos medios del último trimestre de todas las cuentas financieras en el extranjero no superen los 50.000 euros.
- Cuando, una vez declaradas las cuentas en el extranjero en un modelo 720 anterior, el conjunto de los saldos, a 31 de diciembre o los saldos medios, no hubiesen experimentado un incremento superior a 20.000 euros, respecto de los que determinaron la presentación de la anterior declaración.

En todo caso, es obligatoria la presentación del modelo 720 para los titulares, representantes, autorizados, beneficiarios, personas con poderes de disposición o titulares reales si dejaron de tener tal condición antes de fin de año, debiendo declararse el saldo a esa misma fecha.

En cuanto a los valores, derechos, seguros y rentas en el extranjero, se exige la inclusión de seguros; rentas temporales o vitalicias como consecuencia de la entrega de capitales, bienes o derechos; valores y derechos representativos de la participación en cualquier tipo de entidad jurídica, valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios, valores aportados para su gestión o administración a cualquier instrumento jurídico, incluyendo fideicomisos y *trusts* o masas patrimoniales que, aunque carentes de personalidad jurídica, pudieran actuar en el tráfico económico.

Debe indicarse, en relación con todos estos bienes, la razón social o denominación completa de la entidad jurídica, del tercero cesionario o identificación del instrumento o relación jurídica, según correspondiese, así como su domicilio; en las participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades jurídicas, el número y clase de acciones y participaciones de las que se fuere titular y su valor a 31 de diciembre; en los valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios, el número y clase de valores de los que se fuere titular y su valor a 31 de diciembre; en las acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, los valores liquidativos a 31 de diciembre; en los seguros, los valores de rescate a 31 de diciembre, y en las rentas, los valores de capitalización a 31 de diciembre.

Se dispensa de la obligación de información a las entidades con exención plena en el IS; a las entidades residentes y establecimientos permanentes en España que tengan registrados en su contabilidad de forma individualizada los valores, derechos, seguros y rentas a que se refiere esta información; los bienes cuyos valores a declarar no superen, conjuntamente, el importe de 50.000 euros, y cuando los bienes ya hayan sido declarados, siempre que el valor para el conjunto de los bienes y derechos declarados no experimente un incremento superior a 20.000 euros respecto del que determinó la presentación de la última declaración en el modelo 720. En todo caso, es obligatoria la presentación de la declaración con relación a los valores, derechos, acciones y participaciones respecto de los que se hubiese extinguido la titularidad a 31 de diciembre.

Finalmente, deben incluirse los bienes inmuebles y derechos sobre estos radicados en el extranjero de los que se tuviese la consideración de titular real, a 31 de diciembre de cada año o en cualquier momento del año a que haga referencia la declaración, si ya no se ostentara tal condición a final de año. Se incluyen en esta obligación la titularidad de contratos de multipropiedad, aprovechamiento por turnos, propiedad a tiempo parcial o fórmulas similares, sobre bienes inmuebles situados en el extranjero.

La información que se debe suministrar comprende la identificación del inmueble, con especificación de su tipología, su situación, la fecha de adquisición y su valor de adquisición. En los casos de multipropiedad y fórmulas asimiladas, así como derechos reales de uso o disfrute y nuda propiedad sobre bienes inmuebles, debe indicarse la fecha de adquisición de dichos derechos y su valor a 31 de diciembre.

La declaración informativa sobre bienes y derechos radicados en el extranjero debe presentarse a través del modelo 720. Este modelo solo puede formalizarse telemáticamente. La periodicidad de esta declaración informativa es anual, y el plazo voluntario establecido para la presentación es, con carácter general, de 1 de enero a 31 de marzo, refiriéndose a los bienes o derechos situados en el extranjero detentados durante el ejercicio anterior. No obstante, para el primer año de exigibilidad de esta obligación informativa, que fue el ejercicio 2012, el plazo de presentación se extendió desde el 1 de febrero hasta el 30 de abril de 2013.

## 6. CONSECUENCIAS SANCIONADORAS APAREJADAS A LA FALTA DE PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE BIENES Y DERECHOS UBICADOS EN EL EXTRANJERO

Como ya ha sido señalado, la declaración sobre bienes y derechos sitos en el extranjero reviste un carácter exclusivamente informativo, no liquidativo, por cuanto no incluye cuota alguna a ingresar. No obstante lo anterior, las consecuencias derivadas de su falta de presentación o de su presentación extemporánea, así como de su incorrecta cumplimentación, son muy graves para todos aquellos contribuyentes obligados a declarar, y no solo por la vía de la sanción directa asociada al referido incumplimiento formal.

Efectivamente, el incumplimiento de la obligación de información se califica de infracción tributaria muy grave. En el caso del incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, sobre títulos, activos, valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero, o sobre un bien inmueble o un derecho sobre este, la sanción consiste en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado que, según su clase, hubiera debido incluirse en la declaración, o que hubiera sido aportado de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros. En caso de que la declaración se presente con el contenido correcto, pero extemporáneamente, las sanciones por cada dato o conjunto de datos sufren importantes reducciones hasta una sanción mínima de 1.500 euros.

Además, la falta, defecto o presentación extemporánea de la declaración informativa comporta una consecuencia específica de orden inequívocamente liquidatorio, pero con un claro componente punitivo, ya que los bienes o derechos situados en el extranjero no declarados o declarados errónea o extemporáneamente pueden llegar a ser considerados por la Inspección como ganancias patrimoniales no justificadas, aunque se pruebe fehacientemente que se adquirieron en periodos prescritos, estableciéndose además una regla especial de imputación temporal para las mismas.

Se conoce comúnmente a esta regla como la «imprescriptibilidad» de las ganancias patrimoniales no justificadas, derivadas de bienes o derechos radicados en el extranjero, no declarados correcta y tempestivamente en la declaración informativa modelo 720 que el contribuyente debería haber presentado. Esta conclusión se basa en lo dispuesto por el nuevo apartado 2 del artículo 39 de la LIRPF, que establece literalmente lo siguiente:

«2. En todo caso, tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas, y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este impuesto».

Igualmente, en el TRLIS se introdujo un nuevo apartado 6 en el artículo 134, actualmente incorporado con el mismo tenor literal en el apartado 6 del artículo 121 de la LIS (Ley 27/2014, de 27 de noviembre), que establece lo que sigue:

«6. En todo caso, se entenderá que han sido adquiridos con cargo a renta no declarada que se imputará al periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos susceptible de regularización los bienes y derechos respecto de los que el sujeto pasivo no hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el sujeto pasivo acredite que los bienes y derechos cuya titularidad le corresponde han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o bien con cargo a rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de sujeto pasivo de este impuesto».

Ambos preceptos presentan un contenido muy similar, pues califican, como renta no declarada, el valor de los bienes y derechos que, debiendo haber sido incluidos en la declaración modelo 720 de bienes y derechos ubicados en el extranjero, no hubiesen sido declarados. En este punto aparece una diferencia entre la norma del IRPF, que se refiere a la «tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos», y lo dispuesto por el IS, donde se alude únicamente a «los bienes y derechos». Si bien tal diferencia se nos antoja mínima –ligada posiblemente a la voluntad de atender en el ámbito de las personas físicas a posibles titularidades reales, aunque no formales, y cuyas consecuencias reales serán prácticamente irrelevantes–, no deja de ser llamativa, al tratarse de dos preceptos con la misma finalidad y promulgados simultáneamente.

Junto a la regla de calificación, los preceptos mencionados incluyen una confusa norma de imputación temporal que puede concretarse así: la renta, puesta de manifiesto en los bienes o derechos radicados en el extranjero y no declarados en el modelo 720, se imputará al último periodo no prescrito susceptible de regularización administrativa.

Adicionalmente, y para los contribuyentes que siempre han sido residentes en España, se ofrece una única forma de enervar la presunción de existencia de la ganancia patrimonial no jus-

tificada: mediante la fehaciente acreditación de que los bienes o derechos en el extranjero fueron adquiridos con renta declarada. Esta previsión supone, en definitiva, una inversión de la carga de la prueba; en lugar de ser la Administración la que deba probar la existencia de una renta no declarada con cargo a la cual se ha adquirido el bien descubierto, corresponde al contribuyente acreditar que las rentas con las que se adquirió aquel fueron oportunamente declaradas. Ello no supondría ninguna especialidad frente a la mecánica que se sigue en las ganancias patrimoniales no justificadas si no fuera porque, en el caso de los bienes y derechos ubicados en el extranjero, también se pretende someter a tributación las rentas obtenidas en periodos prescritos y materializadas en inversiones asimismo realizadas en periodos prescritos; agravamiento que, evidentemente, no se aplica a los bienes o derechos situados en España.

En este sentido, basta un simple ejemplo para poner de manifiesto la desmesura y manifiesta injusticia del vigente artículo 39.2 de la LIRPF. Supongamos que una persona residente en España, de una edad más o menos avanzada, hubiera adquirido un bien o derecho radicado en el extranjero en el año 1950 y que, por olvido, pereza, negligencia o por cualquier otra razón, no hubiese declarado ese bien en el modelo 720 de 2012 que, recordemos, fue el primer ejercicio por el que se exigió esta declaración. La consecuencia inmediata de la omisión formal sería que ese contribuyente habría obtenido una ganancia patrimonial, imputable a 2012, salvo que probase lo imposible: que el capital invertido en 1950 proviene de rentas declaradas ese mismo año o en ejercicios anteriores. Esta y no otra es la medida (algo atemperada al no haber transcurrido tanto tiempo) claramente punitiva que la Inspección viene aplicando a los contribuyentes objeto de sus actuaciones inquisitivas.

La reforma legislativa contempla, además, un régimen sancionador específico aplicable a las regularizaciones basadas en los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS (actualmente, el 121.6 de la LIS), al considerar cometida un infracción tributaria muy grave, sancionada en cualquier caso con una multa pecuniaria proporcional del 150% del importe de la base de la sanción, constituida por la cuantía de la cuota íntegra resultante de la aplicación de los artículos anteriores. Esta es la sanción que la AEAT impone a los contribuyentes objeto de actuaciones inspectoras.

Adicionalmente, y a los efectos de la determinación de la base de la sanción, no se tienen en cuenta para su cálculo las cantidades pendientes de compensación, deducción o aplicación procedentes de ejercicios anteriores o correspondientes al ejercicio objeto de comprobación que pudieran minorar la base imponible o liquidable o la cuota íntegra. Esta sanción, al menos, es incompatible con las que pudieran proceder por los artículos 191 a 195 de la LGT en relación con las ganancias patrimoniales no justificadas.

Se completan estas previsiones legales con la disposición adicional segunda de la Ley 7/2012, que aprueba dichas modificaciones, y que trata de establecer un ámbito temporal que aclare la retroactividad para la aplicación de tales normas, cuando dispone literalmente lo siguiente:

«La imputación regulada en el apartado 2 del artículo 39 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, y en el apartado 6 del artículo 134 del texto refundido de la Ley

del impuesto sobre sociedades, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, establecidos por esta ley, se realizará al periodo impositivo que proceda según lo señalado en dichos preceptos en el que hubiesen estado en vigor dichos apartados».

## **7. LA LLAMADA IMPRESCRIPTIBILIDAD ASOCIADA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR EL MODELO 720 Y SU RELACIÓN CON LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS COMO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **7.1. LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

El establecimiento de un mercado común, hoy denominado mercado interior, ha sido, y es, un objetivo fundamental de la Unión Europea, tal y como destaca el artículo 26.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuando señala al respecto lo siguiente:

«La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los tratados».

Ese objetivo comporta la puesta en práctica de cuatro libertades comunitarias esenciales: la libre circulación de mercancías, de personas, de capitales y de prestación de servicios. Así lo evidencia el artículo 26.2 del TFUE, al disponer que:

«El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los tratados».

Dichas libertades han sido reguladas, con mayor o menor intensidad, por los tratados fundacionales y por el derecho derivado, siendo además objeto de una delimitación muy precisa, en cuanto a su concreto alcance, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Puede definirse la libre prestación de servicios como el ejercicio de actividades económicas no asalariadas, a partir de un establecimiento situado en el territorio de un Estado miembro, destinado a un beneficiario que resida en el territorio de otro Estado miembro, con exclusión de toda instalación estable y permanente en el país destinatario de la prestación. Establece a este respecto el artículo 56 del TFUE que:

«En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación».

La libre circulación de capitales, por su parte, implica la supresión de todas las restricciones a los movimientos de estos pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros de la Unión Europea, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o de la residencia de las partes o del lugar de colocación de los mismos, entre los Estados miembros y entre estos y terceros países. Así lo afirma el artículo 63 del TFUE:

«En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

## 7.2. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL ARTÍCULO 39.2 DE LA LIRPF COMO RESTRICCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la posible afectación o vulneración al derecho de libre circulación de capitales y de prestación de servicios por parte de aquellas normas establecidas por cualquier país de la Unión Europea que, como en el caso de la reforma legislativa española, planteaban una prolongación del plazo de prescripción de los bienes, derechos o rendimientos situados en el extranjero, respecto del plazo de prescripción aplicable a esos mismos bienes, derechos o rendimientos cuando se encontrasen radicados en el respectivo territorio nacional.

En la Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2009, dictada en los asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, X y Passenheim, se examinaba el caso de una normativa establecida en Holanda, en relación con el IP, que fijaba un plazo de prescripción de cinco años para los bienes y derechos ocultados a la Hacienda pública, pero que, sin embargo, ampliaba ese plazo a 12 años cuando esos mismos bienes y derechos procedían de otro Estado miembro de la Unión Europea.

Se sometía a la consideración del TJUE en estos asuntos acumulados una cuestión muy concreta: si los artículos 49 y 56 del Tratado CE permitían dicha discriminación temporal. Tanto los recurrentes en los litigios principales como la propia Comisión de las Comunidades Europeas, órgano garante del respeto a los principios comunitarios, consideraron que una normativa como la cuestionada restringía la libre circulación de capitales y prestación de servicios, pues de alguna manera disuadía a un contribuyente residente en los Países Bajos por el mero hecho de situar los activos procedentes del ahorro en otro Estado miembro frente a la opción de mantenerlos en el mismo Estado de residencia. Del mismo modo, limitaba las oportunidades a una persona establecida fuera de los Países Bajos para ofrecer sus servicios, ya que la diferencia en la normativa nacional cuestionada restringía sus oportunidades para recibir los activos de los residentes en dicho Estado miembro.

Frente a estas consideraciones, los Gobiernos neerlandés (cuya legislación era precisamente la cuestionada) y belga (que actuaba como parte coadyuvante) oponían que la normativa se aplicaba independientemente de la nacionalidad y del lugar de establecimiento o de residencia del contribuyente. También sostenían que tal opción normativa no suponía restricción alguna para un con-

tribuyente que declarara a la Hacienda pública la totalidad de sus activos procedentes del ahorro y los rendimientos derivados de aquel; manifestando que, incluso en aquel caso en que tales activos se hubiesen ocultado, la normativa no revestía un efecto disuasorio apreciable, ya que las autoridades carecerían de posibilidades reales de obtener información relativa a esos mismos activos.

En cuanto a la presunta quiebra del principio de seguridad jurídica, el Gobierno neerlandés consideraba que dicho principio jurídico podía y debía obtenerse ante todo mediante la declaración de dichos activos y de los rendimientos que de ellos se generaban. Por su parte, el Gobierno belga negaba el carácter discriminatorio de la medida, ya que los activos poseídos en los bancos de Países Bajos (cuya normativa era precisamente la cuestionada) estaban sujetos a una declaración automática a la Hacienda pública de ese Estado miembro, lo que hacía imposible su ocultación, mientras que los depositados en otros Estados miembros solo estaban sujetos a un intercambio de información de carácter limitado y previa petición expresa por parte de las autoridades administrativas.

El TJUE, sin embargo, desatendió las argumentaciones de los Gobiernos respectivos, confirmando que una normativa como la controvertida violaba los principios de libre prestación de servicios y de libertad de movimiento de capitales, al constatar que dificultaba las prestaciones de servicios entre Estados miembros:

«32. A este respecto, procede recordar que el artículo 49 de la CE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro (véanse, en particular, las SS de 28 de abril de 1998, Safir, C-118/96, Rec. p. I-1897, apdo. 23; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apdo. 23, y de 11 de septiembre de 2007, Comisión/Alemania, C-318/05, Rec. p. I-6957, apdo. 81).

33. Además, constituyen en particular restricciones a los movimientos de capitales, en el sentido del artículo 56 de la CE, apartado 1, las medidas impuestas por un Estado miembro que puedan disuadir a sus residentes de solicitar préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros (véase, en particular, la S. de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apdo. 18).

[...]

35. Si, al someter las facultades de imposición de las autoridades tributarias a un plazo máximo para efectuar la liquidación complementaria, la legislación neerlandesa ha querido conceder a los contribuyentes residentes en los Países Bajos cierta seguridad jurídica en cuanto a sus obligaciones tributarias, esta solo se obtiene, en lo que respecta a los activos y rendimientos procedentes de otro Estado miembro, después de 12 años, en vez de cinco años.

36. Esta diferencia de trato dependiendo de la localización de los activos procedentes del ahorro no desaparece por el hecho, señalado por los Gobiernos neerlandés y belga,

de que el contribuyente se encuentre todavía en disposición de declarar a la Hacienda pública los activos que posee en el extranjero y los rendimientos que de ellos obtiene.

37. Efectivamente, basta con señalar que, en lo que respecta a los activos o rendimientos nacionales, como admitió el Gobierno neerlandés en la vista, el plazo para efectuar la liquidación complementaria no se amplía en caso de ocultación a la Hacienda pública. Así ocurre con los activos o rendimientos nacionales que no se poseen en una cuenta bancaria o no proceden de tal cuenta y que, por tanto, al no existir obligación de informar sobre ellos a la Hacienda pública, no se le han declarado. De ello resulta que, cuando un contribuyente no declara dichos activos o rendimientos nacionales a la Hacienda pública, obtiene al cabo de cinco años la certeza de que ya no serán objeto de imposición, mientras que, en caso de no declarar los activos o rendimientos procedentes de otro Estado miembro, tal certeza solo se produce al cabo de 12 años».

Posteriormente, en Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10, Halley, el TJUE abunda en esta misma cuestión, analizando la normativa del impuesto sobre sucesiones belga, que establecía con carácter general un plazo de dos años para la prescripción de las acciones dirigidas a la valoración de bienes sometidos a tasación (bienes radicados en Bélgica) en caso de infravaloración por los declarantes, mientras que dicho plazo se ampliaba hasta los 10 años cuando dicha infravaloración se refería a bienes no sujetos a tasación (esto es, los bienes situados fuera de Bélgica).

Se cuestionaba, en este caso, si el precepto denunciado era compatible con los artículos 26, 49, 63 y 65 del TFUE, habida cuenta de que el plazo de prescripción del impuesto sobre sucesiones adeudado por las acciones nominativas era de dos años si la sede de la dirección efectiva de la sociedad se hallaba en Bélgica, mientras que este plazo de prescripción se ampliaba a 10 años si esa sede de la dirección efectiva de la sociedad no se ubicaba en Bélgica.

Y, nuevamente, el TJUE reconoció que el mencionado precepto invadía la esfera de la libre circulación de capitales, con vulneración de los tratados fundacionales, tal y como afirma expresamente en su sentencia (la negrita es nuestra):

«23. En cuanto a la legislación controvertida en el litigio principal, se desprende de la resolución de remisión que esta legislación conduce a que se establezca una distinción por lo que se refiere al plazo de prescripción para la valoración de acciones nominativas, a efectos de tributación de una sucesión, en función de la ubicación de la sede de la dirección efectiva de la empresa emisora, habida cuenta de que el plazo de prescripción para la valoración de las acciones emitidas por una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en Bélgica es de dos años, mientras que, cuando las acciones se poseen en una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro, dicho plazo de prescripción es de 10 años.

**24. Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción superior a los herederos titulares de acciones de una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro distinto al Reino de Bélgica puede tener por consecuencia**

**disuadir a los residentes belgas de invertir o de mantener las inversiones en activos situados fuera de dicho Estado miembro, dado que sus herederos se encontrarán durante más tiempo con la incertidumbre de poder ser objeto de una liquidación tributaria complementaria.**

**25. Por consiguiente, dicha legislación nacional constituye una restricción a la libre circulación de capitales, en el sentido del artículo 63 del TFUE, apartado 1».**

### 7.3. SOBRE LOS REQUISITOS A LOS QUE SE CONDICIONAN LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES BÁSICAS COMUNITARIAS, PARTICULARMENTE, AQUELLAS BASADAS EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL

El hecho de que una disposición de un Estado miembro afecte a una libertad fundamental de las previstas en el TFUE no supone, *per se*, que tal disposición sea contraria al mismo. Se exige, no obstante, que tal disposición restrictiva se encuentre justificada por razones imperiosas de interés general.

Dentro de estas se ha entendido comprendido el objetivo de combatir el fraude fiscal y la necesidad de garantizar la eficacia de los controles tributarios, tal y como ha afirmado el TJUE en diversas sentencias, como la de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer; la de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, ELISA, o la de 27 de enero de 2009, asunto C-318/07, Persche.

Sin embargo, aunque este motivo permita el establecimiento de restricciones, se exigen diversas condiciones para que las mismas se consideren adecuadas a la libertad comunitaria que se está perturbando, toda vez que tal restricción ha de ser apropiada para alcanzar el objetivo perseguido y no se permite, sin embargo, que vaya más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo. En particular, ha afirmado el TJUE –en SS tales como la de 26 de septiembre de 2000, asunto C-478/98, Comisión/Bélgica; de 4 de marzo de 2004, asunto C-334/02, Comisión/Francia, o la de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes– que solo cabe admitir una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal cuando se trate de atajar conductas maliciosas cuya finalidad sea la elusión o evasión fiscal; sin que por el contrario tengan cabida en dicha justificación las medidas preventivas de carácter general, inspiradas en una presunción generalizada de fraude fiscal.

Cabe además destacar que el TJUE ha entendido inexistente esa necesaria proporcionalidad cuando la medida se establece con carácter general, sin atender a la posibilidad de que el propio contribuyente haya facilitado la información necesaria para lograr el mismo objetivo que perseguiría tal disposición antifraude, haciendo la misma innecesaria. Así, en su Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes, establece de forma inequívoca que la lucha contra el fraude fiscal, como justificación de esa medida restrictiva, precisa que esta se produzca en una modalidad agravada, a través de comportamientos especialmente maliciosos:

«48. El Gobierno del Reino Unido, apoyado por los Gobiernos danés, alemán, francés, portugués, finlandés y sueco, alega que la legislación sobre las SEC pretende luchar contra una forma especial de evasión fiscal, consistente en que una sociedad residente transfiera artificialmente beneficios del Estado miembro en el que estos han sido obtenidos hacia un Estado con un nivel de tributación reducido mediante la creación de una filial en este y la realización de operaciones destinadas principalmente a efectuar dicha transferencia en beneficio de la referida filial.

49. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que la existencia de una ventaja que se derive de una carga fiscal menor a la que esté sometida una filial establecida en un Estado miembro distinto de aquel en que se haya constituido la sociedad matriz no justifica, por sí misma, que este último Estado miembro compense dicha ventaja con un trato fiscal menos favorable a la sociedad matriz (véase, en este sentido, la S. de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia, C-270/83, Rec. p. 273, apdo. 21; véanse también, por analogía, las SS de 26 de octubre de 1999, Eurowings Luftverkehr, C-294/97, Rec. p. I-7447, apdo. 44, así como de 26 de junio de 2003, Skandia y Ramstedt, C-422/01, Rec. p. I-6817, apdo. 52). La necesidad de prevenir la reducción de ingresos fiscales no figura ni entre los objetivos mencionados en el artículo 46 de la CE, apartado 1, ni entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la restricción de una libertad consagrada en el tratado (véanse, en este sentido, las SS de 3 de octubre de 2002, Danner, C-136/00, Rec. p. I-8147, apdo. 56, así como Skandia y Ramstedt, antes citada, apdo. 53).

50. De la jurisprudencia se desprende igualmente que la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario, como una filial, en otro Estado miembro no puede invocarse para justificar una presunción general de fraude fiscal y servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el tratado (véanse, en este sentido, las SS ICI, antes citada, apdo. 26; de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apdo. 45; X e Y, antes citada, apdo. 62, así como de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apdo. 27).

51. En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (véanse, en este sentido, las SS ICI, antes citada, apdo. 26; de 12 de diciembre de 2002, Lakhurst-Hohorst, C-324/00, Rec. p. I-11779, apdo. 37; De Lasteyrei du Saillant, antes citada, apdo. 50, así como Marks & Spencer, antes citada, apdo. 57).

52. Al apreciar el comportamiento de la persona sujeta a tributación, debe tomarse en consideración, en particular, el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento (véanse en este sentido las SS, antes citadas, Centros, apdo. 25, así como X e Y, apdo. 42).

[...]

55. De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo es-

pecífico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional.

56. Al igual que las prácticas, mencionadas en el apartado 49 de la Sentencia Marks & Spencer, antes citada, que consisten en organizar transferencias de pérdidas, dentro de un grupo de sociedades, a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde, en consecuencia, el valor fiscal de dichas pérdidas sea mayor, el tipo de comportamientos descritos en el apartado anterior puede menoscabar el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y poner de este modo en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (véase la S. Marks & Spencer, antes citada, apdo. 46)».

En similares términos, y con análoga rotundidad, se pronuncia la Sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*:

«73. La mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de una sociedad vinculada establecida en otro Estado miembro no puede invocarse para justificar una presunción general de prácticas abusivas y servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el tratado (véanse, en este sentido, las SS de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apdo. 45; X e Y, antes citada, apdo. 62; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apdo. 27, y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apdo. 50).

74. Para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (S. Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apdo. 55).

75. Al igual que las prácticas, mencionadas en el apartado 49 de la Sentencia Marks & Spencer, antes citada, que consisten en organizar transferencias de pérdidas, dentro de un grupo de sociedades, a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde, en consecuencia, el valor fiscal de dichas pérdidas sea mayor, el tipo de comportamientos descritos en el apartado anterior puede menoscabar el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y poner de este modo en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros (S. Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apdo. 56)».

Profundizando en sus pronunciamientos y razonamientos anteriores, en relación con los límites existentes a la justificación por la lucha contra el fraude fiscal, en su Sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, ELISA, el TJUE afirmará lo siguiente (la negrita es nuestra):

«91. Sobre este punto procede recordar que, **según reiterada jurisprudencia, solo cabe admitir una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal cuando tenga por objeto montajes puramente artificiales destinados a eludir la norma fiscal, lo que excluye toda presunción general de fraude. Por lo tanto, una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede bastar para justificar una medida fiscal que vaya en detrimento de los objetivos del tratado** (véanse, en este sentido, las SS de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apdo. 45; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apdo. 27, y la de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Rec. p. I-7995, apdo. 50, y jurisprudencia que allí se cita)».

También resulta destacable la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, en lo atinente a la necesidad de justificación concreta de las restricciones a las libertades comunitarias en defensa de los eventuales créditos tributarios insatisfechos:

«32. En consecuencia, procede distinguir el trato diferenciado permitido con arreglo al artículo 73 D, apartado 1, letra a), del tratado, de las discriminaciones arbitrarias o de las restricciones encubiertas prohibidas por el apartado 3 de ese mismo artículo. Pues bien, según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el asunto principal, que establece una distinción entre las fundaciones sujetas a impuesto por obligación personal y las que lo están por obligación real, pueda considerarse compatible con las disposiciones del tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario y la eficacia de los controles fiscales (véanse, en este sentido, las SS de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apdo. 43, y Manninen, antes citada, apdo. 29). Además, para que la diferencia de trato entre, por un lado, las fundaciones de utilidad pública reconocida y sujetas al impuesto por obligación personal en el territorio alemán y, por otro, las fundaciones del mismo tipo establecidas en otros Estados miembros resulte justificada, no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa controvertida.

[...]

48. Así, antes de conceder una exención fiscal a una fundación, un Estado miembro está autorizado a aplicar medidas que le permitan comprobar, de manera clara y precisa, si esta reúne los requisitos establecidos en la legislación nacional para acogerse a la exención y a controlar su gestión efectiva exigiendo, por ejemplo, la presenta-

ción de las cuentas anuales y de un informe de actividades. Es cierto que, en el caso de las fundaciones establecidas en otros Estados miembros, puede resultar más difícil realizar las comprobaciones necesarias. Sin embargo, se trata de meras dificultades administrativas que no son suficientes para justificar una negativa de las autoridades del Estado a conceder a dichas fundaciones las mismas exenciones fiscales que a las fundaciones del mismo tipo, en principio sometidas al impuesto por obligación personal en ese Estado (véase, en este sentido, la S. de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia, C-334/02, Rec. p. I-2229, apdo. 29).

49. A este respecto, cabe recordar que nada impide a las autoridades fiscales de que se trate exigir a la fundación de utilidad pública reconocida que reclama la aplicación de la exención fiscal aportar los justificantes pertinentes que les permitan realizar las comprobaciones necesarias. Por otra parte, la eficacia de los controles fiscales no puede justificar una normativa nacional que impide de manera absoluta al contribuyente aportar tales pruebas (véase, en este sentido, la S. Laboratoires Fournier, antes citada, apdo. 25).

[...]

56. En efecto, por una parte, a la ventaja fiscal consistente en la exención fiscal de los rendimientos procedentes de un arrendamiento no corresponde una carga que grave a las fundaciones en principio sujetas al impuesto por obligación personal. Dicho de otro modo, no existe un vínculo directo, desde el punto de vista del régimen tributario, entre esa exención y una compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado».

Como se ha señalado con anterioridad, uno de los aspectos fundamentales a la hora de enjuiciar la compatibilidad con la normativa europea de una medida nacional presuntamente restrictiva de las libertades comunitarias es el examen de su proporcionalidad; entendida esta como la posibilidad de obtener el resultado de la forma menos invasiva posible. Así lo afirma el TJUE en su Sentencia de 28 de octubre de 2010, asunto C-72/09, *Établissements Rimbaud*:

«33. En relación con la justificación derivada de la lucha contra el fraude fiscal y la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, procede recordar que una restricción a la libre circulación de capitales solo puede aceptarse por dicho motivo si es idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (SS de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rec. p. I-10837, apdo. 35; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, Rec. p. I-7995, apdo. 47; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Rec. p. I-2107, apdo. 64, y de 18 de diciembre de 2007, *A*, C-101/05, Rec. p. I-11531, apdo. 56).

34. Así, una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal solo puede aceptarse si se refiere a montajes meramente artificiales cuya finalidad sea burlar la ley fiscal, lo cual excluye toda presunción general de fraude. Por lo tanto, una presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede justificar una medida fiscal que vaya en detri-

mento de los objetivos del tratado (véanse, en este sentido, las SS de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. p. I-7587, apdo. 45, y Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas, antes citada, apdo. 50, y jurisprudencia citada).

[...]

45. En relación, en particular, con la cuestión de si, como sostiene la Comisión, las autoridades fiscales francesas deberían proceder a un examen puntual de los elementos probatorios facilitados por una sociedad establecida en un Estado miembro del EEE, debe señalarse que de la sentencia ELISA, antes citada, se desprende, en efecto, que, en el marco de la Unión, la denegación categórica de la concesión de una ventaja fiscal no está justificada, ya que nada impediría que las autoridades fiscales exigieran del contribuyente las pruebas que consideraran necesarias para la liquidación correcta de los impuestos y tasas pertinentes y, en su caso, denegar la exención solicitada si no se presentaran tales pruebas».

Sobre la necesaria proporcionalidad de las medidas presuntamente lesivas de las libertades comunitarias, poniendo en relación la restricción que estamos analizando con otros medios alternativos para la consecución del mismo fin –particularmente ponderando esta información con la que podría haberse obtenido mediante los convenios de doble imposición–, la Sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, ELISA, llegará a sostener lo siguiente (la negrita es nuestra):

«96. Así pues, no cabe excluir *a priori* la posibilidad de que el contribuyente esté en condiciones de aportar los justificantes pertinentes para que las autoridades fiscales del Estado miembro de tributación puedan comprobar, de manera clara y precisa, que no intenta evitar o eludir el pago de sus impuestos (véase en este sentido la S. de 8 de julio de 1999, Baxter y otros, C-254/97, Rec. p. I-4809, apdos. 19 y 20, y la de 10 de marzo de 2005, Laboratoires Fournier, C-39/04, Rec. p. I-2057, apdo. 25).

97. Por lo demás, procede señalar que, en las circunstancias del asunto principal, la eventual imposibilidad de solicitar directamente la cooperación de las autoridades fiscales del Gran Ducado de Luxemburgo puede hacer más difícil la verificación de la información.

98. Sin embargo, tal dificultad no puede justificar una negativa categórica a otorgar una ventaja fiscal a las inversiones realizadas por inversores procedentes de dicho Estado miembro. En efecto, cuando unas sociedades *holding* luxemburguesas soliciten la exención del impuesto controvertido, las autoridades fiscales francesas pueden solicitar a estas sociedades que aporten las pruebas que consideren necesarias para garantizar una total transparencia en cuanto a sus derechos de propiedad y a la estructura de su accionariado, y ello con independencia de la existencia de un convenio de asistencia administrativa o de un tratado que establezca una cláusula de no discriminación en materia fiscal.

**99. La normativa francesa que se discute en el litigio principal no permite que las sociedades no incluidas en el ámbito de aplicación de un convenio de asistencia administrativa ni en el de un tratado que establezca una cláusula de no discrimi-**

**minación en materia fiscal, pero que inviertan en inmuebles situados en Francia, aporten justificantes que puedan acreditar la identidad de sus accionistas o cualquier otra información que las autoridades fiscales francesas estimen necesarias. Por consiguiente, dicha normativa impide, sean cuales sean las circunstancias, que tales sociedades prueben que no persiguen objetivos fraudulentos.**

**100. De ello se deduce que el Gobierno francés podría haber adoptado medidas menos restrictivas para alcanzar el objetivo de combatir el fraude fiscal.**

**101. Por lo tanto, la lucha contra el fraude fiscal no puede justificar el impuesto controvertido».**

Le asiste plenamente la razón al TJUE. El principio de proporcionalidad obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, comparando los mismos y limitando, en la medida de lo necesario, el sacrificio de aquellos que deben ceder, pues de otra forma puede ponerse en peligro la entera coherencia del ordenamiento jurídico, toda vez que este constituye un entramado de principios y de normas de muy diverso origen que se puede llamar tal precisamente porque el comportamiento y las interacciones de sus distintos componentes o elementos se encuentran ordenados conforme a pautas que es necesario descubrir y que permiten entender el funcionamiento del conjunto. Por eso mismo, el TJUE no olvida que el ordenamiento es una totalidad organizada, un conjunto orgánico de elementos o subsistemas que son interdependientes; un conjunto que no es una simple suma o adición de partes, sino que es algo más que todo eso, de manera que, si bien cada elemento tiene sus propiedades, el sistema global tiene otras que son distintas de las de cada uno de sus distintos componentes. Efectivamente, la proporcionalidad es un principio general del derecho que informa la totalidad del ordenamiento jurídico (STC 62/1982, de 15 de octubre, y SSTs de 15 de junio de 1981 y de 26 de diciembre de 1984) y que al mismo tiempo, y como realidad jurídica poliédrica (STC 55/1996, de 28 de marzo), se erige en:

- Una consecuencia necesaria y derivada del «valor justicia» recogido por el artículo 1 de la Constitución española (SSTC 160/1987, 50/1995 y 173/1995).
- Un principio inherente o propio al Estado de derecho y, por ende, implícito en el mismo, cuyo reflejo expreso se condensa en una garantía penal común al ordenamiento sancionador (SSTs de 10 de junio de 1981 y de 7 de abril de 1982, y STC 160/1987).
- Una realidad derivada del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988 y 50/1995), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987).

Particularmente, debe destacarse cómo el TJUE ha sido especialmente riguroso al examinar las restricciones legales impuestas a los derechos de los contribuyentes (tal y como hace la normativa española promulgada en 2012) cuando las mismas operan de forma retroactiva, afectando a situaciones ya nacidas en el momento en que se alumbra la modificación legislativa. Así, resulta ejemplificativa la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2013, asunto C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation* (la negrita es nuestra):

«Sobre los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima

44. Debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, el principio de seguridad jurídica, que tiene como corolario el principio de protección de la confianza legítima, exige que una normativa que entrañe consecuencias desfavorables para los particulares debe ser clara y precisa y su aplicación previsible para los justiciables (véase, en particular, la S. de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. p. I-4983, apdo. 80). Como se recordó en el apartado 33 de la presente sentencia, un plazo de prescripción debe fijarse por anticipado para cumplir su función de garantizar la seguridad jurídica.

45. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que **el principio de protección de la confianza legítima se opone a que una modificación de la normativa nacional prive al contribuyente, con efecto retroactivo, del derecho que le asistía con anterioridad a dicha modificación** a obtener la devolución de los impuestos en cuya recaudación se ha infringido el derecho de la Unión (véase, en este sentido, la S. Marks & Spencer, antes citada, apdo. 46).

[...]

47. Ahora bien, la adopción del artículo 320 les privó de este derecho de manera retroactiva y sin régimen transitorio. Esta normativa introdujo así un cambio que afectó negativamente a su situación sin que hubieran podido prepararse para esta.

48. De ello se deduce que tal modificación legislativa vulnera los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima».

Desde otro punto de vista, pero en el mismo sentido apuntado, puede mencionarse la Sentencia del TJUE de 17 de septiembre de 2014, asunto C-341/13, Cruz & Companhia Lda, al afirmar que un plazo de prescripción de 20 años excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

## 7.4. SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE AMPLIACIÓN DEL PLAZO PRESCRIPTIVO

Como acaba de señalarse, el TJUE ha tenido ocasión de examinar la aplicación de los principios comunitarios en casos similares al que representa el modelo 720 español, particularmente, la concurrencia de la necesaria proporcionalidad a supuestos de establecimiento de plazos de prescripción ampliados en relación con la liquidación de las obligaciones tributarias de los bienes y derechos situados en el exterior respecto de los aplicables para las mismas liquidaciones cuando se refieran a bienes y derechos radicados en el territorio del Estado miembro en cuestión. Así lo ha hecho, por ejemplo, en sus Sentencias de 11 de junio de 2009, dictada en los asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, X y Passenheim, y de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10, Halley.

Esa jurisprudencia del TJUE pesa de forma fundamental, a la hora de examinar la razonabilidad de estas medidas legislativas nacionales, sobre un elemento concreto: la concurrencia o no

de indicios para la Administración tributaria de la existencia de tales bienes y derechos ocultos en el extranjero, lo que se convierte en el motivo fundamental que permite justificar el plazo ampliado. De esta manera, inexistentes dichos indicios, no podrá aplicarse tal plazo ampliado, pero cuando los mismos concurren pudiera resultar más razonable un plazo de prescripción ampliado (recordemos que nunca se ha regulado un plazo de prescripción ilimitado o inexistente, como el establecido por el vigente art. 39.2 de la LIRPF).

Con esta rotundidad se manifiesta el TJUE, en su Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, X y Passenheim:

«62. Para apreciar si una normativa como la controvertida en el litigio principal no va más allá de lo necesario para garantizar la eficacia de los controles tributarios y luchar contra el fraude fiscal, hay que distinguir dos hipótesis.

63. La primera hipótesis corresponde a una situación en la que los elementos impondibles en un Estado miembro y situados en otro Estado miembro se han ocultado a las autoridades tributarias del primer Estado miembro y estas no disponen de indicio alguno sobre la existencia de dichos elementos que permita emprender una investigación. En este caso, ese primer Estado miembro se encuentra imposibilitado de dirigirse a las autoridades competentes del otro Estado miembro con el fin de que estas le transmitan la información necesaria para la correcta liquidación del impuesto.

64. Puesto que el artículo 2 de la Directiva 77/799 solo permite a las autoridades de un Estado miembro dirigirse a las autoridades competentes de otro Estado miembro con relación a un caso concreto, las autoridades fiscales del primer Estado miembro que no dispongan de indicio alguno respecto a la existencia de elementos impondibles situados en ese otro Estado miembro solo estarán en condiciones de realizar una investigación si se les comunica previamente información sobre la existencia de esos elementos, ya sea por el otro Estado miembro, en particular mediante un sistema automático de intercambio de información como el establecido en el artículo 9 de la Directiva 2003/48, ya sea por el propio contribuyente o por terceras personas.

65. Contrariamente a lo que sostiene la Sra. Passenheim-van Schoot, el hecho de que un Estado miembro no tenga acceso a la posibilidad de intercambio automático de información prevista en el artículo 3 de la Directiva 77/799 para obtener los datos bancarios de sus contribuyentes no basta por sí solo para privar a este Estado miembro de la facultad de aplicar a dichos contribuyentes un plazo distinto para la liquidación complementaria, dependiendo de que sus activos procedentes del ahorro se posean en ese mismo Estado miembro o en otro Estado miembro. Efectivamente, al atribuir a los Estados miembros la responsabilidad de establecer un mecanismo regular y automático de intercambio de información para las categorías de casos que aquellos deben determinar en el procedimiento de consulta regulado en el artículo 9 de esta misma directiva, dicho artículo 3 se limita a prever la facultad de un Estado miembro de dirigirse a otros Estados miembros con el fin de establecer tal mecanismo, cuya realización depende por tanto de la decisión de esos otros Estados miembros.

66. Cuando los elementos imponibles situados en un Estado miembro se han ocultado a las autoridades tributarias de otro Estado miembro y estas no disponen de indicio alguno sobre su existencia que permita iniciar una investigación, la cuestión de si la aplicación por este último Estado miembro de un plazo ampliado para la liquidación complementaria constituye un medio proporcionado en relación con el objetivo de garantizar el respeto de las disposiciones tributarias no depende en modo alguno, por tanto, de si este plazo corresponde al lapso de tiempo necesario para obtener la información del Estado miembro en el que se poseen estos elementos imponibles.

67. Dado que, en un caso como este, al no haber datos que permitan iniciar una investigación, está descartado recurrir a un mecanismo de intercambio de información, debe considerarse que la concesión a las autoridades tributarias de un plazo mayor para liquidar el impuesto cuando se trata de elementos imponibles situados en otro Estado miembro no tiene por objeto procurar a dichas autoridades el tiempo necesario para obtener de ese otro Estado miembro la información sobre los elementos imponibles que se encuentran situados en él, sino únicamente establecer un periodo más largo durante el cual el posible descubrimiento de esos elementos imponibles todavía permita una liquidación complementaria en la medida en que la investigación iniciada a consecuencia de tal descubrimiento pueda conducir a esa liquidación complementaria antes de que expire este periodo.

68. Por otra parte, dado que la aplicación por un Estado miembro de un plazo ampliado para la liquidación complementaria en caso de elementos imponibles situados en otro Estado miembro, y con relación a los cuales las autoridades tributarias del primer Estado miembro no disponen de indicio alguno, no depende de la posibilidad de estas autoridades de obtener información de ese otro Estado miembro, tampoco es relevante saber si este último aplica el secreto bancario.

[...]

74. La segunda hipótesis corresponde a una situación en la que las autoridades tributarias de un Estado miembro disponen de indicios sobre los elementos imponibles situados en otro Estado miembro que permiten iniciar una investigación. En este caso, no puede justificarse la aplicación por ese primer Estado miembro de un plazo ampliado para la liquidación complementaria que no tenga por objeto específico permitir a las autoridades tributarias de este Estado miembro recurrir eficazmente a mecanismos de asistencia mutua entre Estados miembros y que se inicie desde el momento en que los elementos imponibles de que se trate se sitúen en otro Estado miembro.

75. En efecto, como sostienen los recurrentes en el litigio principal, en efecto, cuando las autoridades tributarias de un Estado miembro disponen de indicios que les permiten dirigirse a las autoridades competentes de otros Estados miembros, por medio de la asistencia mutua prevista en la Directiva 77/799 o por medio de la prevista en los convenios bilaterales, con el fin de que estas últimas autoridades les comuniquen la información necesaria para liquidar correctamente el impuesto, el simple hecho de que los elementos imponibles de que se trate se encuentren en otro Estado miembro no

justifica la aplicación general de un plazo suplementario para la liquidación complementaria que no depende en modo alguno del lapso de tiempo necesario para recurrir eficazmente a estos mecanismos de asistencia mutua.

76. Se desprende de cuanto precede que los artículos 49 y 56 de la CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, cuando los activos procedentes del ahorro y los rendimientos que de ellos se obtienen se ocultan a las autoridades tributarias de un Estado miembro, y estas no disponen de indicio alguno sobre su existencia que les permita iniciar una investigación, dicho Estado miembro aplique para proceder a la liquidación complementaria un plazo que es mayor cuando estos activos se poseen en otro Estado miembro que cuando se poseen en el primer Estado miembro. A este respecto, carece de relevancia que ese otro Estado miembro aplique el secreto bancario».

En su Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10, Halley, también referida a una ampliación del plazo de prescripción, el TJUE considera que la concurrencia de una declaración en la que se han puesto de manifiesto los bienes constituye un indicio de la existencia de los mismos en el extranjero. En consecuencia, la libre circulación de capitales se opone a que se aplique un plazo de prescripción extendido. Con elocuentes y precisos términos se expresa literalmente el Tribunal de Luxemburgo:

«33. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el plazo de liquidación en caso de que se oculten a las autoridades tributarias activos procedentes del ahorro o de rendimientos derivados de esos activos resulta que deben distinguirse dos hipótesis: la primera, correspondiente a una situación en la que los elementos imponibles se han ocultado, y dichas autoridades no disponen de indicio alguno que permita emprender una investigación, y la segunda, correspondiente a una situación en la que las autoridades tributarias disponen de información relativa a dichos elementos imponibles (S. de 11 de junio de 2009, X y Passenheim-van Schoot, C-155/08 y C-157/08, Rec. p. I-5093, apdos. 62 y 63).

34. En el asunto principal consta que las acciones nominativas de que se trata se mencionaron en las declaraciones de herederos, de manera que las autoridades tributarias del Estado miembro afectado disponen de información acerca de dichas acciones. La legislación controvertida en el litigio principal corresponde, por lo tanto, a la segunda hipótesis mencionada en el apartado anterior.

35. Pues bien, por lo que respecta a esta segunda hipótesis, el Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 74 de la Sentencia X y Passenheim-van Schoot, antes citada, que no puede justificarse la aplicación por un Estado miembro de un plazo ampliado para la liquidación complementaria que no tenga por objeto específico permitir a las autoridades tributarias de dicho Estado recurrir eficazmente a mecanismos de asistencia mutua entre Estados miembros y que se inicie desde el momento en que los elementos imponibles de que se trate se sitúen en otro Estado miembro.

[...]

40. Del conjunto de consideraciones anteriores resulta que procede responder a la cuestión planteada que el artículo 63 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que en materia de derechos de sucesión establece un plazo de prescripción de 10 años para la valoración de acciones nominativas de una sociedad de la que el causante era accionista y cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro, mientras que ese mismo plazo es de dos años cuando la dirección efectiva está establecida en el primer Estado miembro».

Debe destacarse, asimismo, la existencia de una diferencia importantísima entre la regulación asociada al incumplimiento del modelo 720 y las normas enjuiciadas por el TJUE en las sentencias antes mencionadas. Así, y frente a la rotunda imprescriptibilidad administrativa de la normativa española promulgada en 2012, en los casos examinados por el TJUE simplemente se había alargado el plazo de prescripción, tal y como ocurre, por cierto, en nuestro país con la propia prescripción penal, cuyos lapsos temporales prescriptivos son más amplios que el general de cuatro años existente en la vía puramente administrativa.

Esta diferencia es relevante, pues la entidad o el *quantum* de esa ampliación del plazo prescriptivo se tiene muy presente por el TJUE como otro de los parámetros esenciales en la valoración de la proporcionalidad de la medida adoptada por la regulación nacional del respectivo país. Así, en su Sentencia de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, X y Passenheim, el TJUE afirmará lo que sigue:

«69. En cuanto a la alegación de que el plazo para la liquidación complementaria previsto en el artículo 16, apartado 4, de la AWR se fijó arbitrariamente en 12 años, es preciso señalar que, en la medida en que tal plazo se prolongue en caso de ocultación de elementos imposables a la Hacienda pública, no parece desproporcionada la opción de un Estado miembro por limitar temporalmente este plazo y por determinar este límite tomando como referencia el plazo aplicable para las diligencias penales en los casos de delito fiscal».

Esta referencia expresa del TJUE a la necesaria proporcionalidad entre el instituto prescriptivo del sistema penal y el propio de la vía administrativa resulta capital. No es necesario recordar aquí que la imprescriptibilidad penal solo está prevista para delitos extraordinariamente graves, como los de lesa humanidad o genocidio, lo que resulta plenamente lógico, pues la prescripción del delito es la institución que regula los efectos del paso del tiempo para la subsistencia de la imperiosa necesidad de reacción penal, toda vez que ese transcurso temporal incide tanto en la disolución de la antijuridicidad material como en el propio decaimiento de las necesidades de prevención general o especial, sirviendo así a una política criminal útil para la convivencia.

La propia jurisprudencia nacional ha enfatizado la conveniencia de la prescripción penal. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1986, junto a «poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la aminoración, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre

los acontecimientos humanos», existen otras atinentes a «dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio, y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación», encontrando apoyo el instituto prescriptivo en justificaciones «de todo tipo, subjetivas, objetivas, éticas y prácticas». Y en análogo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995 razonará lo siguiente:

«La institución de la prescripción en general –se dice en la STC 157/1990, de 18 de octubre (RTC 1990, 157)– encuentra su propia justificación constitucional en el principio de seguridad jurídica consagrado de manera expresa en el artículo 9.3 de la Constitución, puesto que en la prescripción existe un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, que ha de ceder a veces para permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones jurídicas; desenvolvimiento que, en el ámbito del derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas».

El propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de mayo de 1994, alude a la clara vulneración del principio de proporcionalidad que se generaría con la supresión de la prescripción penal debido a la «aminoración de la alarma social producida, el palidecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos» (en este mismo sentido, las SSTs de 10 de junio de 1990, de 18 de junio de 1992, o de 26 de mayo de 1994). Es más, desde el punto de vista de la paz jurídica, el inicio del proceso penal por un acto tipificado ya prescrito no supondría sino una nueva alteración de la ya alcanzada, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989, cuando apostilla que «esa misma conciencia social se aquieta y pacifica [...] y la imposición de la pena en esas circunstancias supone un nuevo agravio, individual y colectivo».

También el Tribunal Constitucional ha señalado lo cuestionable que resultaría «un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas» (STC 157/1990), porque con la prescripción se asume que el desvalor social y jurídico que mereció en su momento un hecho concreto no puede mantenerse con la misma fuerza eternamente. De esta forma, la prescripción es considerada una circunstancia que modifica cualitativamente el contenido de injusto del delito, en cuanto que marca el límite temporal a la relevancia penal del hecho tipificado.

Resultaría paradójico, desproporcionado y plenamente contradictorio que la prescripción penal operase plenamente en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 131, 133 y 135 del CP) y, por el contrario, no rigiese en la vía puramente administrativa para conductas merecedoras de un menor reproche social. Nótese que la prescripción penal del delito tiene una repercusión inequívoca en el ámbito procesal, pues su carácter sustantivo se asocia a la necesidad de su apreciación de oficio, aun cuando no se hubiera alegado como artículo de previo pronunciamiento antes de la apertura del juicio oral, estimándose posible su apreciación, incluso, en vía casacional. Es más, la prescripción penal no se erige en un instituto jurídico disponible por las partes, porque no se instituye en interés del presunto delincuente (aunque su verificación ciertamente le beneficie), sino de la sociedad, que decide no utilizar los mecanismos penales donde ha dejado de estimarlos necesarios. Pudiera decirse, incluso, que la prescripción se instaura en provecho de la comunidad, y que el inculpado se beneficia a pesar de ello.

Por otra parte, el artículo 2.2 del Código Penal únicamente acepta la aplicación retroactiva de las normas que regulan los plazos y condiciones de prescripción en aquellos supuestos en los que la nueva ley resulte más favorable, al reputarse inadmisibles la reapertura de los plazos de prescripción ya vencidos, atendidos los principios básicos del Estado de derecho (art. 9.3 de la CE).

La imprescriptibilidad administrativa instaurada desde finales del año 2012 vulnera el principio constitucional de proporcionalidad que necesariamente debe existir entre el orden penal y el tributario. A este relevante extremo, como ya ha sido oportunamente señalado, alude expresamente la jurisprudencia del TJUE, considerándolo uno de los parámetros más significativos para dilucidar la validez jurídica de la medida adoptada por la normativa interna del país miembro de la Unión Europea. Con plazos legales de prescripción penal, como los contemplados actualmente en los artículos 131 y siguientes del Código Penal, no es posible ya sostener la validez jurídica de dicha imprescriptibilidad administrativa. Quizá el legislador pudo regularlo de otra manera, optando en su momento por la propia imprescriptibilidad penal –pues la jurisprudencia del TC ha señalado la corrección de tal posibilidad<sup>1</sup>–, pero existiendo plazos de prescripción en los delitos contra la Hacienda pública, resulta de muy dudosa constitucionalidad y adecuación a la normativa europea la solución adoptada en 2012 por el legislador español.

## 7.5. LA EXISTENCIA DE UN PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN CONTRA LA NORMA NACIONAL DETERMINANTE DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA DERIVADA DE LOS BIENES NO DECLARADOS EN EL MODELO 720

No puede dejar de destacarse, finalmente, que en la actualidad se sigue el procedimiento de infracción n.º 2014/4330, contra el Reino de España, iniciado por la Comisión Europea, precisamente en relación con la declaración de bienes y derechos radicados en el extranjero contenida en la Ley 7/2012.

<sup>1</sup> Las Sentencias del Tribunal Constitucional 255/1988, de 21 de diciembre; 83/1989, de 10 de mayo, y 203/1991, de 25 de diciembre, así lo apuntan. Pero, sin duda, son las Sentencias del Tribunal Constitucional 63, 64, 65, 66, 68, 69 y 70/2001, de 17 de marzo, las que recogen bien la doctrina del máximo intérprete de la norma fundamental: «La apreciación en cada caso de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los tribunales ordinarios y que carece, por su contenido, de relevancia constitucional [...] es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica [STEDH de 22 de junio de 2000 (TEDH 2000, 149), caso Coëme 146], así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones. Y es en este sentido, en relación con el legislador, en el que puede afirmarse, sin riesgo de confusión, que la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal, es decir, que queda deferida a la voluntad del legislador sin condicionamientos materiales que deriven de la Constitución. Su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores [STEDH de 22 de octubre de 1996 (TEDH 1996, 47), caso Stubbings, 46 y ss.] ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo o causas de interrupción) afectan, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados».

La Comisión entiende que la normativa española puede resultar contraria al tratado fundacional de la Unión Europea; en particular, puede suponer una vulneración a la libre circulación de capitales, al establecer una obligación que se proyecta exclusivamente respecto a los bienes y derechos sitos fuera de España, y que lleva aparejado un régimen sancionador específico, doblemente represivo, constituido, por un lado, por las propias sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de información y por las sanciones agravadas sobre las cuotas tributarias resultantes de las regularizaciones administrativas basadas en bienes y derechos ubicados en el extranjero no incluidos en el modelo 720 y, por otro, por la imprescriptibilidad administrativa, que no respeta los principios establecidos por el TJUE en la materia, al resultar más lesiva que la prevista para otros incumplimientos agravados, vulnerando con ello los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

Partiendo de la existencia de este procedimiento de infracción contra el Reino de España, los Tribunales Económico-Administrativos, como órganos «pseudojurisdiccionales» competentes para resolver las reclamaciones que los contribuyentes hubieran presentado contra los acuerdos de liquidación y sancionador dictados por la AEAT, deberían abstenerse de resolver, suspendiendo la tramitación de las reclamaciones en curso y planteando la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE, conforme a lo dispuesto por el artículo 237.3 de la LGT. Es más, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPACAP), cuya entrada en vigor se consumó el pasado 2 de octubre del presente año, señala en su artículo 22, atinente a la suspensión del plazo máximo de resolución del órgano administrativo, lo siguiente:

«1. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

[...]

c) Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado [...]».

Este precepto establece un poder/deber que obligará ciertamente a la AEAT a suspender cualquier procedimiento inspector, iniciado después del 2 de octubre de 2016, que pretenda sancionar la falta de presentación en plazo del modelo 720 o aplicar la imprescriptibilidad de ganancias patrimoniales no justificadas por bienes radicados en el extranjero no declarados en el modelo 720 (art. 39.2 de la LIRPF), dado que ya existe un procedimiento de infracción, n.º 2014/4330, contra el Reino de España, iniciado por la Comisión Europea, cuya decisión condicionará directamente la validez de las posibles resoluciones inspectoras. A tal efecto, conviene no olvidar que la disposición adicional primera.2 de la referida LPACAP señala expresamente lo siguiente:

«2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se registrarán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta ley:

- a) Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.
- b) Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de seguridad social y desempleo.
- c) Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.
- d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo».

Y lo cierto es que la normativa tributaria no tiene prevista la suspensión que ahora se regula en la previsión legal general administrativa, razón por la cual es de aplicación obligada en el sentido que apuntamos.

## 8. LA APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA PROMULGADA EN 2012

Cuanto hasta aquí se ha expuesto, en relación con la aplicación de un plazo de prescripción ampliado *ad infinitum* [como consecuencia del incumplimiento de la obligación de comunicar, en la declaración informativa (modelo 720), el control sobre bienes o derechos situados en el extranjero, llegando incluso a desaparecer la posibilidad de ganar la prescripción respecto de aquellos (realmente no se trata de una ampliación del plazo de prescripción, sino de una radical supresión de esta institución jurídica para este tipo de casos)] y a la posible vulneración de derechos y libertades fundamentales comunitarios (particularmente, el derecho a la libre circulación de capitales y a la libre prestación de servicios), debe ponerse en relación con las actuaciones administrativas que viene ejecutando desde el año 2012 la Inspección de los Tributos, susceptibles de ser constitutivas de una grave infracción al derecho comunitario, determinando a la postre que el ingreso percibido por la AEAT deviniese finalmente nulo.

En especial, resulta evidente que una previsión como la establecida en el artículo 39.2 de la LIRPF, por la que se suprime de plano la prescripción en relación con los bienes omitidos en la declaración de bienes y derechos en el extranjero, constituye una medida que restringe la libre circulación de capitales, tal y como claramente se afirma en las Sentencias del TJUE de 11 de junio de 2009, dictada en los asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, X y Passenheim, y de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10, Halley, que examinan precisamente supuestos de alargamiento indebido del plazo prescriptivo.

Recordemos también que la libertad de movimientos de capitales se aplica tanto a los Estados miembros entre sí como en las relaciones con un país tercero, pues el artículo 63 del TFUE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre estos y terceros países. Así lo ha ratificado el TJUE en su Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05.

Por consiguiente, la aplicación de la norma presuntiva contenida en el artículo 39.2 de la LIRPF constituye una restricción a la libre circulación de capitales y solo sería admisible si se encontrase amparada por la concurrencia de las circunstancias especiales que ha ido perfilando la propia jurisprudencia del TJUE.

De hecho, el primero de los condicionantes exigidos por el TJUE para que pueda aplicarse una restricción de la libre circulación de capitales es que se trate de una conducta especialmente maliciosa, tal y como destaca la Sentencia 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04, Cadbury Schweppes.

En este punto, es importante destacar que la inmensa mayoría de los contribuyentes inspeccionados han realizado inversiones directas y sin ningún artificio legal o elusivo en el capital de entidades radicadas en el extranjero o en bienes y derechos sitos fuera de España, habiéndose demostrado que dichas inversiones se materializaron en ejercicios prescritos, a pesar de lo cual, la Inspección dicta sus acuerdos de liquidación por entender que la adquisición efectuada en esos ejercicios prescritos no se ha demostrado que se efectuara con renta declarada, ni en periodos en los que los contribuyentes fuesen no residentes en España, únicos motivos que el artículo 39.2 de la LIRPF considera suficientes para evitar la liquidación por ganancias patrimoniales no justificadas.

De esta forma, el desconocimiento, olvido o dejadez de los sujetos pasivos, con relación a su obligación de presentar el modelo 720 de 2012, comportan unas consecuencias absolutamente desproporcionadas. Es de señalar, asimismo, que en la mayoría de los casos, los contribuyentes, salvo no presentar en plazo el modelo 720 de 2012, no han realizado actuación elusiva alguna, y conviene no olvidar tampoco a este respecto como en muchos casos presentaron declaración administrativa de las transferencias de fondos realizadas desde sus cuentas bancarias españolas al exterior, indicándose además expresamente que su destino era el extranjero. Transferencias que, en muchos casos, eran sobradamente conocidas por la AEAT. Por ello, en la inmensa mayoría de las regularizaciones practicadas por la Inspección no se aprecia la concurrencia de operaciones opacas y de difícil localización a las que alude la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo para legitimar posibles ampliaciones de la prescripción como forma legítima de lucha contra el fraude fiscal.

Otros elementos, a los que ha hecho referencia el TJUE, son la inexistencia de una presunción general de fraude, tal y como se refleja en su Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group*, o la imposibilidad de aplicar las restricciones cuando la Administración pueda dirigirse al contribuyente para justificar la correcta exigencia de una obligación tributaria, de conformidad con lo afirmado por la Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04, *Centro di Musicologica Walter Stauffer*.

Exige además el TJUE, en diversas sentencias (por todas, la de 28 de octubre de 2010, asunto C-72/09, *Établissements Rimbaud*), que medidas inhabituales o excepcionales, como la ampliación del plazo de prescripción, deben ser proporcionadas.

Sin embargo, la imprescriptibilidad querida por el artículo 39.2 de la LIRPF carece de toda proporcionalidad, ya que se establece con carácter general, olvidando que puede referirse a elementos no consignados en la declaración modelo 720 de bienes y derechos ubicados en el extranjero, pero recogidos en otras declaraciones administrativas o donde se han utilizado los mecanismos de intercambio de información previstos en los convenios de doble imposición, siendo este uno de los elementos que tiene presente el TJUE para considerar la ausencia de proporcionalidad de una restricción a la libre circulación de capitales, por existir medios alternativos y menos represivos conducentes al logro de los mismos objetivos (S. de 11 de octubre de 2007, asunto C-451/05, ELISA).

Igualmente, a la hora de valorar el respeto a la necesaria proporcionalidad, como principio fundamental comunitario, el TJUE destaca, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-362/12, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, que el grado o intensidad en la retroactividad de la medida constituye un elemento extraordinariamente relevante.

En gran parte de las actuaciones inspectoras desarrolladas por la AEAT la retroactividad aplicada ha sido de grado o intensidad máxima. Para valorar esta afirmación basta reseñar que se está aplicando una norma promulgada a finales del año 2012 (incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 7/2012) a unas rentas evidentemente mucho más antiguas. Por lo tanto, el artículo 39.2 de la LIRPF, cuya entrada en vigor data de 2012, se está utilizando para reabrir ejercicios que en el momento de su entrada en vigor se encontraban ya completamente prescritos.

Debe finalmente reseñarse que, sobre la duración de la ampliación del plazo de prescripción, el TJUE ha indicado con claridad, en su Sentencia de 11 de junio de 2009, dictada en los asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08, *X y Passenheim*, la medida o el límite en el que resultaría razonable esa ampliación de los plazos de prescripción, que no sería otro que el propio plazo de prescripción correspondiente a las conductas tipificadas penalmente como delito.

Como ha sido ya apuntado, en España el plazo de prescripción penal de los ilícitos tributarios en general es de 5 años, quedando el plazo de 10 años reservado para las infracciones penales más graves a las que se refiere el artículo 305 bis del Código Penal, y siendo frontalmente contraria a nuestra tradición jurídica patria una prescripción administrativa indefinida o ilimitada, que es lo que se contiene en el artículo 39.2 de la LIRPF. Es más, tal extremo es reconocido abiertamente por la Inspección de los Tributos, al afirmar en muchos de sus expedientes que el presunto delito contra la Hacienda pública estaría prescrito, pero que a pesar de ello puede dictarse la regularización administrativa y procederse a la imposición de las sanciones correspondientes, pues así lo permite el artículo 39.2 de la LIRPF.

De todo lo anterior se desprende una clara incongruencia jurídica en cuanto que la AEAT reconoce la prescripción penal—más prolongada y propia de conductas merecedoras de un mayor reproche social— no admitiendo, sin embargo, la prescripción administrativa—más breve y propia de infracciones menos graves—; actuación esta evidentemente contraria a la rotunda jurisprudencia del TJUE expuesta con anterioridad.

## 9. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 7/2012 Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### 9.1. LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS

Dispone expresamente el párrafo primero del artículo 10.2 de la LGT que:

«Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin periodo impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo periodo impositivo se inicie desde ese momento».

El artículo 178 de la LGT, aunque puntualiza que la aplicación habrá de llevarse a cabo «teniendo en consideración lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley», señala que:

«Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo. No obstante, las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado».

Cabe señalar a este respecto que una norma es retroactiva cuando se aplica a los actos jurídicos realizados o a las situaciones jurídicas nacidas o creadas bajo una norma anterior, e irretroactiva en caso contrario. Tanto el Código Civil como la LGT establecen el principio de la irretroactividad «si no dispusieren lo contrario», lo que equivale a decir que se deja en manos del legislador la solución que se aplique en cada caso (sin que quepa la retroactividad tácita, es decir, por vía interpretativa, dado su carácter subsidiario y excepcional). Únicamente para el caso en el que el legislador no haya ordenado nada, rige el principio de la irretroactividad.

Por su parte, el artículo 9.3 de la Constitución española establece literalmente que:

«3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Asimismo, el artículo 25.1 de la norma fundamental señala que:

«1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

También el artículo 2.3 del Código Civil establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario». El artículo 2 del Código Penal recoge asimismo y de forma expresa esa idea de irretroactividad, salvo aquella establecida *in bonam partem* cuando señala que:

«1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán igualmente de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.

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

En el plano administrativo, el artículo 128 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP y PAC) afirmaba que:

«1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor».

Y el artículo 4.1 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que lo desarrolla, dispone que «solo se podrán sancionar [...] infracciones administrativas delimitadas por ley anterior a su comisión» y «las disposiciones sancionadoras no se aplicarán con efecto retroactivo, salvo cuando favorezcan al presunto infractor». En el mismo sentido se expresa el artículo 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, al señalar que:

«1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efectos retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición».

De la interpretación de todos estos preceptos (y de otros, entre los que especialmente debe destacarse el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) puede inferirse con claridad la garantía constitucional y legal de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, así como, *a sensu contrario*, la retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables o menos restrictivas de esos mismos derechos individuales.

Este principio, además de operar a favor de los derechos de los ciudadanos, se erige en valor sustantivo del ordenamiento y es de algún modo consecuencia de la proclamación de otro relevante principio constitucional como es el de seguridad jurídica que la norma fundamental alienta. Conviene no perder de vista, por otra parte, el mandato constitucional que obliga a interpretar las normas conforme a lo querido por la norma máxima, lo que determina o prefigura el contenido de

las leyes ordinarias, condicionándolas así a la observancia de los principios y valores que el texto constitucional reconoce y consagra.

El artículo 9.3 de la Constitución española establece una serie de principios jurídicos que contienen, como todo precepto constitucional, un mandato imperativo tendente a conformar la realidad social en un determinado sentido. Unos principios que ocupan la máxima posición en el ordenamiento jurídico y que son obligatorios para todos los poderes del Estado (legislador incluido) y los ciudadanos, siendo además de aplicación directa e inmediata a cualquier caso, proceso, procedimiento, expediente o situación. En tal sentido, no es menester recordar que dichos mandatos no resulta imprescindible que sean recogidos o reiterados en ningún texto legal distinto de la Constitución, pudiendo servir de base incluso para fundar sobre ellos hasta el propio recurso de casación (art. 5.4 de la LOPJ), pues, como señaló un temprano pronunciamiento del Tribunal Constitucional:

«La Constitución es una ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar, de una parte, a la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación» (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 10/1981, de 6 de abril, y 67/1982, de 15 de noviembre).

Es evidente la relación existente entre los principios de irretroactividad y de seguridad jurídica, pues si este último comporta certidumbre del derecho aplicable a determinados actos, consecuentemente exige que el mismo sea el existente en el momento en que tales actos se realizaron a su amparo. La irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable resulta de la exigencia elemental de mantener un mínimo de seguridad jurídica que impida posibles arbitrariedades de los poderes públicos, conformando una parte relevante del principio de legalidad. Es doctrina jurisprudencial que nuestro ordenamiento positivo se inspira en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que sea permitido alterarla por preceptos ulteriores a menos que ofrezcan un inequívoco carácter retroactivo y encuentren acomodo constitucional (STS de 25 de mayo de 1995).

Asimismo, el principio de irretroactividad impide dotar de eficacia retroactiva a las disposiciones dictadas para sustituir a las anuladas judicialmente, de suerte que en el campo de la potestad sancionadora de la Administración la anulación judicial de una disposición reglamentaria produce un vacío normativo temporal que comporta la impunidad de las conductas en él tipificadas durante ese completo lapso temporal (SSTS de 5 de febrero de 1988 y de 22 de junio de 1989). Como bien señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2000 y de 11 junio de 2001:

«La prohibición de aplicar retroactivamente las normas desfavorables y la consiguiente retroactividad de las favorables (art. 2 del CP de 1995) alcanza tanto a las normas penales como a las administrativas que complementen el tipo».

En la misma sintonía milita el Tribunal Constitucional cuando señala a este respecto la identidad sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo:

«[...] "Los postulados del artículo 25 de la Constitución española no pueden aplicarse a ámbitos que no sean específicos del ilícito penal o administrativo, siendo impropiciente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador" [STC 57/2004, de 16 de enero (FJ 9), y en el mismo sentido, SSTC 239/1988, de 14 de diciembre (FJ 2), y 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 4)]».

«Una adecuada respuesta a la queja expuesta por la entidad demandante de amparo ha de partir de la reiterada doctrina de este tribunal, desde la Sentencia 18/1991, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado, no solo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 de la Constitución, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24.2 de la Constitución, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. Ello, como se ha afirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1996, de 8 de julio (FJ 5) del precepto. Ello, como se ha afirmado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1996, de 8 de julio (FJ 5), "constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de derecho" (STC 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3).

De los límites constitucionales a la retroactividad, sin duda el más difícil de precisar es el relativo a lo que deba entenderse por «derechos individuales». Es claro que la norma fundamental no puede referirse acriticamente y de forma generalizada a los derechos pertenecientes a los individuos, pues en ese caso todos los derechos serían individuales, toda vez que cualquier situación jurídica regulada por una ley determina, de una forma u otra, derechos para alguna o varias personas. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha negado que «derecho individual» sea sinónimo de «derecho adquirido» y, por el contrario, lo identifica con los derechos fundamentales del título I (SSTC 27/1981, de 20 de julio; 8/1982, de 4 de marzo, y 6/1983, de 4 de febrero, entre otras muchas).

Particularmente, y por lo que atañe a los tributos, la doctrina básica del Tribunal Constitucional sobre la retroactividad de las normas tributarias se contiene básicamente en la Sentencia 126/1987, de 16 de julio, completada por la Sentencia 182/1997. De acuerdo con esta doctrina, el respeto al principio de seguridad jurídica se erige en el límite a la retroactividad, sin que, en este sentido, quepa entender que dicho principio se ve resentido porque un determinado régimen jurídico no quede congelado de por vida.

Para valorar la posible restricción de los derechos individuales no basta con afirmar que una ley es retroactiva, sino que debe precisarse la intensidad de sus efectos. En tal sentido, y como es sabido, la retroactividad de una ley admite tres grados o tipos:

- Retroactividad de grado máximo. La ley nueva se aplicaría a la relación creada bajo el imperio de la ley antigua, y en cuanto a todos sus efectos, prescindiendo de si estuvieran consumados o no consumados.
- Retroactividad de grado medio. La ley nueva se aplicaría a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero solo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad que no se hubiesen ya consumado o agotado (*v. gr.* intereses devengados pero no satisfechos).
- Retroactividad de grado mínimo. La nueva ley se aplicaría a las situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero únicamente respecto de los efectos futuros, esto es, de aquellos que pudieran producirse con posterioridad a su entrada en vigor (*v. gr.* intereses devengados después de la promulgación de la nueva ley).

El Tribunal Constitucional insiste en la necesidad de atender al grado de retroactividad de la ley para ponderar su adecuación constitucional (junto con otros aspectos como la imperatividad de su motivación, su razonabilidad, etc.), decantándose por el rechazo a la retroactividad absoluta o de grado máximo, es decir, la que afecta a situaciones jurídicas pasadas o ya consumadas y consolidadas, por la vulneración de la seguridad jurídica que ello inequívocamente comportaría, declarando la constitucionalidad de la retroactividad en grado medio o mínimo (también llamada retroactividad relativa o impropia), es decir, la que incide sobre situaciones o relaciones jurídicas todavía no concluidas. Por lo tanto, más que al grado de retroactividad, la validez constitucional estará en función de su contraste con los principios de seguridad jurídica, igualdad y capacidad económica. A análoga conclusión ha llegado el TJUE en sus Sentencias de 3 de diciembre de 1998, asunto C-381/97, Belgocodex, SA, y de 26 de abril de 2005, asunto C-376/02, Stichting Goed Wonen.

Así, afirma el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 126/1987 (la negrita es nuestra):

«11. [...] En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto –retroactividad auténtica–, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo –retroactividad impropia–, la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Es de destacar que esta ponderación ha llevado al tribunal alemán, desde su Sentencia núm. 27, de 19 de diciembre de 1961, a considerar, en principio, constitucionalmente legítimas las normas fiscales retroactivas cuando la ley pretende

tener aplicación en el periodo impositivo dentro del cual entra en vigor y que, por su parte, el Tribunal Supremo norteamericano ha declarado también la constitucionalidad de medidas fiscales retroactivas cuando la retroactividad alcanza a periodos cercanos al de la tramitación de la ley en cuestión, como es el caso de leyes fiscales cuyo objeto es gravar rentas o beneficios obtenidos durante el año en que se aprobó la ley o incluso durante el año de la sesión legislativa anterior a la de su aprobación (Decisiones de 11 de enero de 1937, 21 de noviembre de 1938 y 12 de enero de 1981 en los casos U. S. versus Hudson, Welch versus Henry *et alii*, y U. S. versus Darusmont). Bien es cierto que tanto uno como otro tribunal tienen además en cuenta otras circunstancias específicas, como la importancia de las modificaciones introducidas, o el conocimiento por parte del contribuyente de la posibilidad de que se efectúen cambios en la legislación.

12. De acuerdo con las consideraciones anteriores es preciso analizar, en primer término, el alcance de la retroactividad de la disposición adicional sexta.<sup>3</sup>, cuya constitucionalidad se cuestiona.

**De los escritos presentados parece deducirse que la retroactividad de dicha norma se proyecta sobre relaciones jurídico-tributarias ya agotadas y que, por lo tanto, debería considerársela de grado máximo, con la consiguiente conclusión de su ilegitimidad constitucional.** Tal postura encuentra su apoyo en el hecho de que el devengo del tributo se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y parte de que el hecho imponible se agotó temporalmente en el instante del devengo [...]».

La jurisprudencia constitucional ha hilvanado los principios de claridad, retroactividad de las normas fiscales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad en algunas de sus sentencias. Tal es el caso de la Sentencia 150/1990, donde llega a decirse lo siguiente:

«La certeza de la norma, manifestación de la seguridad jurídica, significa previsibilidad sobre los efectos de su aplicación. Los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma. Es pues importante para la certeza del derecho y para la seguridad jurídica el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones jurídicas en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de todos los ciudadanos, atribuye a estos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y en la aplicación de los tributos. El legislador, tanto estatal como autonómico, debe esforzarse inexcusablemente en "alumbrar una normativa tributaria abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la Justicia". Aunque no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, admitir esa retroactividad no supone mantener siempre su legitimación constitucional, que puede ser cuestionada cuando la eficacia retroactiva contraría otros principios consagrados en

la Constitución, como el de seguridad jurídica. Este principio no es un valor absoluto que dé lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, ni implica el derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, pero sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad. Serán en definitiva las circunstancias específicas que concurran en cada caso y el grado de retroactividad de la norma cuestionada los elementos determinantes que permitan enjuiciar su pretendida inconstitucionalidad» (FJ 8).

O la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, de 31 de octubre, donde con toda rotundidad afirma literalmente que:

«[...] no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad [...]. La irretroactividad absoluta de las leyes fiscales, por otra parte, podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal [...]. [Pero] afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto a tales por la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 de la Constitución española, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener siempre y en cualquier circunstancia su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica recogido en el mismo precepto constitucional. La seguridad jurídica [...] es "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio" (SSTC 27/1981, 99/1987, 227/1988 y 150/1990). Y aun cuando [...] no puede erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, ni debe entenderse tampoco como el derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, "sí protege en cambio la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambio normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad" (SSTC 150/1990 y 197/1992)».

En el caso de autos (creación de un gravamen complementario de la tasa de juego por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990), la norma cuestionada ha llevado a cabo un incremento de la deuda de un impuesto periódico, antes de que finalizara el correspondiente periodo impositivo y de modo absolutamente imprevisible, de modo que los interesados que conocían las consecuencias tributarias que derivaban de su decisión de explotar el negocio de las máquinas o aparatos de juego,

«[...] cuando la Ley 5/1990 estableció un gravamen complementario aplicable sobre las tasas ya devengadas al comienzo del año 1990, vieron modificada de manera

imprevisible el *quantum* del deber de contribuir que ya había sido satisfecho, quebrantando [...] la seguridad jurídica de quienes en 1990 permanecieron en dicho sector del juego o iniciaron su actividad en él en la confianza de que sus obligaciones tributarias se hallaban delimitadas en el Real Decreto-ley 7/1989. Una modificación retroactiva y de tal magnitud de una cuota tributaria ya satisfecha solo podría reputarse conforme a la Constitución si existieran [que no es el caso de autos] claras exigencias de interés general que el principio de seguridad jurídica, que no es un valor absoluto, debiera ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos [...]» (FF. JJ. 3 y 5).

A esa relación de la retroactividad de las normas jurídicas con el principio de seguridad jurídica también se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 273/2000, de 15 de noviembre, en su fundamento jurídico 6.

Pero, sin duda, el mejor resumen en cuanto a la retroactividad de las normas tributarias se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1997, antes aludida:

«11. Antes de nada, conviene recordar la doctrina de este tribunal en relación con los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica en el ámbito tributario.

a) En primer lugar, hemos declarado que "no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado" en el artículo 9.3 de la Constitución española, pues el "límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el artículo 9.3 de la norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. [...] No cabe considerar, pues, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que se refiere expresamente el citado artículo 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas no tienen por objeto una restricción de derechos individuales, sino que responden y tienen un fundamento propio en la medida en que son directa y obligada consecuencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica impuesto a todos los ciudadanos por el artículo 31.1 de la norma fundamental" (STC 173/1996, FJ 3, que se apoya en las SSTC 27/1981, FJ 10; 6/1983, FJ 3; 126/1987, FJ 9, y 150/1990, FJ 8). Así pues, "fuera de las materias respecto de las que el artículo 9.3 de la Constitución veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo este, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política" (STC 150/1990, FJ 8). "La irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal" (SSTC 126/1987, 197/1992 y 173/1996, FJ 3).

b) Ahora bien, también hemos declarado que "afirmar que las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.3 de la Constitución española, en tanto que no son normas sancionadoras o

restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, FJ 9), señaladamente, por lo que aquí interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional" (STC 173/1996, FJ 3.4).

c) Sobre el significado del principio de seguridad jurídica en este particular contexto, también hemos señalado que dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (STC 126/1987, FJ 11), ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (STC 150/1990, FJ 8).

Determinar, en consecuencia, cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, FJ 11; 150/1990, FJ 8, y 173/1996, FJ 3).

d) Finalmente, como criterio orientador de este juicio casuístico, resulta relevante, a tenor de la doctrina de este tribunal, distinguir entre la retroactividad auténtica o de grado máximo y la retroactividad impropia o de grado medio. En el primer supuesto, que se produce cuando la disposición pretende anular sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas, solo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En el supuesto de la retroactividad de grado medio o impropia, que se produce cuando la ley incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas, la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares (SSTC 126/1987, FF. JJ. 11, 12 y 13; 197/1992, FJ 4, y 173/1996, FJ 3).

12. De acuerdo con la doctrina que acabamos de sintetizar, para analizar la constitucionalidad de la Ley 28/1992 es preciso, en primer término, determinar cuál es su grado de retroactividad.

A estos efectos, es preciso recordar que el IRPF es un tributo que grava la totalidad de la renta –los rendimientos netos y los incrementos de patrimonio (art. 2 de la LIRPF)– obtenida por las personas físicas durante el periodo de imposición, que coincide con el año natural (art. 93 de la LIRPF), cuyo devengo, esto es, el momento

en el que la ley considera que se ha realizado el hecho imponible, se produce el 31 de diciembre. Solo en los casos de fallecimiento, matrimonio, disolución o separación matrimonial el periodo impositivo será inferior al año natural, en los términos del artículo 94.1 de la Ley 18/1991, del IRPF, devengándose el impuesto cuando se produzcan las circunstancias indicadas (art. 94.2 de la LIRPF).

Sentado esto, es momento de aclarar que el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/1992, de medidas presupuestarias urgentes, entró en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 23 de julio de 1992, y lo hizo "con efectos para el impuesto que se devengue por los periodos que finalicen en 1992 con posterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley". El artículo 2 de la Ley 28/1992, por su parte, entró en vigor el 25 de noviembre del mismo año, fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disp. final única de la ley), extendiéndose sus efectos al "impuesto que se devengue por los periodos impositivos que finalicen en 1992 con posterioridad al 22 de julio de dicho año".

Con estos datos, hay que rechazar desde el principio que, con la salvedad que inmediatamente haremos, nos encontremos ante una retroactividad de las que hemos calificado como "plena" o "auténtica". La Ley 28/1992, en efecto, modifica, incrementándola, las tarifas del IRPF, en un momento en el que, aunque el periodo impositivo del impuesto está muy avanzado (el cambio normativo se produce el día 25 de noviembre), aún no ha llegado a concluir; atribuye efectos jurídicos futuros a hechos imponibles que todavía no se han realizado completamente, ya que las rentas percibidas antes de entrar en vigor la ley no son más que elementos materiales integrantes del hecho imponible duradero y unitario que consiste en la obtención de la renta global neta a lo largo de todo el periodo impositivo, que concluye el último día del año; se aplica, en definitiva, a deudas impositivas que aún no se han devengado y que, además, habrán de satisfacerse por los sujetos pasivos junto con la presentación de la declaración-liquidación del tributo que deberá tener lugar en el plazo reglamentariamente fijado para ello, es decir, conforme a lo que era y es usual, varios meses después, ya transcurrido gran parte del siguiente periodo impositivo.

En el anterior contexto, un supuesto particular podría venir configurado por los periodos impositivos finalizados entre el 23 de julio y el 25 de noviembre de 1992, a los que se extienden los efectos del artículo 2 de la Ley 28/1992 por propia disposición del mismo. Pues, en principio, cabría sostener que el precepto, aisladamente considerado, crea un supuesto de retroactividad auténtica al proyectarse sobre periodos agotados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Ocurre, sin embargo, que analizado el precepto de forma sistemática, inserto en una ley que solo deroga el decreto-ley pero que en modo alguno pretende hacer desaparecer los efectos del mismo durante los meses en los que estuvo en vigor, la aparente retroacción de los efectos del artículo 2 carece de efectos constitutivos, en el sentido de que no introduce retroactivamente una modificación respecto de una situación que ya venía regida por el citado decreto-ley. De otra parte, es únicamente nuestra actual declaración de inconstitucionalidad y nulidad del correspondiente precepto del real decreto-ley lo que confiere *ex*

*post* un efecto constitutivo, retroactivo en puridad, al artículo 2 de la Ley 28/1992, del que originariamente carecía; por ello, no cabe estimar que el legislador de 1992 haya vulnerado el principio de seguridad jurídica (único canon ahora de nuestro control), de forma sobrevenida, como consecuencia de nuestra actual declaración de inconstitucionalidad del decreto-ley por las razones que seguidamente se exponen.

13. La mera constatación de que la mencionada Ley 28/1992 tiene carácter retroactivo –aunque se trate de retroactividad impropia– debe llevar necesariamente a la conclusión de que la seguridad jurídica de los sujetos pasivos del IRPF ha quedado afectada. Tal corolario, sin embargo, no implica automáticamente que deba ser declarada inconstitucional. Como ya ha declarado este tribunal en ocasiones anteriores (SSTC 126/1987, FJ 13; 197/1992, FF. JJ. 4 y 5, y 173/1996, FJ 5), la naturaleza periódica del tributo afectado y la configuración de su hecho imponible no impiden, en principio, que el legislador pueda modificar algunos aspectos del mismo por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el periodo impositivo en el que deben surtir efectos. Insistimos una vez más en que la seguridad jurídica no es un valor absoluto, pues ello daría lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos –en este caso, de los sujetos pasivos del IRPF– al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

Lo que acabamos de decir, sin embargo, tampoco significa que cualquier regulación de este género deba reputarse conforme a la protección de la confianza de los ciudadanos que la Constitución dispensa en el artículo 9.3. Como hemos recordado anteriormente, si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que solo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Solo después de una ponderación de los diferentes elementos en presencia es posible concluir si el artículo 9.3 de la Constitución ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

a) La primera de las circunstancias que han de concretarse es, como hemos dicho, la previsibilidad de la medida adoptada retroactivamente por la Ley 28/1992, grado de previsibilidad que determina la medida en la que la seguridad jurídica ha quedado afectada.

A este respecto debe reconocerse, antes que nada, que la política de progresiva disminución de las tarifas del IRPF, plasmada en la disposición adicional octava de la Ley 18/1991, de 6 de junio, mantenida y confirmada implícitamente hacia escasos meses por la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1992, al no haberse introducido en ella modificación alguna de las tarifas del IRPF, no podía hacer esperar, en principio, ese cambio de rumbo de la política fiscal constituido por la elevación de las escalas de dicho impuesto para el propio ejercicio de 1992, efectuada a finales del mismo año.

Ahora bien, como se ha señalado con anterioridad, entre las exigencias de la seguridad jurídica no se incluye derecho alguno a la inalterabilidad del régimen fiscal, ni, en general, a la "congelación del ordenamiento jurídico existente". Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del artículo 9.3 de la Constitución, en efecto, no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir a las Cortes Generales, esto es, a la representación del pueblo español (art. 66.1 de la CE), tomar conciencia de situaciones de crisis financiera, o de cualquier otra especie, y hacerles frente adoptando las medidas que se estimen precisas u oportunas para ello, entre las que se cuentan incluso las necesarias para poner remedio a anteriores y eventuales imprevisiones o –como, sin duda, ha sucedido en este caso– falsas o erróneas expectativas económicas, volviendo, si fuere necesario, sobre anteriores decisiones del propio legislador.

Por otro lado, no puede negarse que la publicación en el Boletín Oficial del Estado del 23 de julio del Real Decreto-ley 5/1992, que establecía la elevación de las escalas del impuesto contenidas en los artículos 74.1 y 91.1 de la Ley 18/1991, y su tramitación posterior como proyecto de ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 86.3 de la Constitución española, tuvieron la virtud de poner sobre aviso, meses atrás, a los ciudadanos, permitiéndoles en aquel momento tomar conciencia de la situación crítica de las finanzas del Estado (a saber, el crecimiento espectacular del déficit público durante el primer semestre del año) y de las medidas que se proponían para afrontarla con urgencia y rigor, así como de "la posibilidad de que se efectuasen cambios en la legislación" (STC 197/1992, FJ 6, *in fine*), dándoles la oportunidad de ajustar su propio comportamiento económico a las consecuencias fiscales derivadas del cambio legislativo que se anunciaba en el IRPF vigente para el ejercicio de 1992.

Nada afecta a esta conclusión la circunstancia de que el Real Decreto-ley 5/1992 deba ser ahora declarado inconstitucional por vulneración del artículo 86.1 de la Constitución española. En primer lugar, porque dicho decreto-ley, en tanto no ha recaído sentencia de este tribunal, que tiene valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 164.1 de la CE), e implica la imposibilidad de aplicación de la norma declarada inconstitucional tras dicha publicación, ha estado plenamente vigente en el ordenamiento jurídico español, surtiendo todos sus efectos. A mayor abundamiento, porque la capacidad de prevenir a los ciudadanos es una cualidad de mero hecho que, como tal, no se ve afectada por una declaración de inconstitucionalidad. En otras palabras: con independencia de que el decreto-ley fuera contrario a la Constitución es evidente que su publicación en el Boletín Oficial del Estado tuvo un "efecto anuncio" sobre las medidas tributarias que se avecinaban en el marco del IRPF.

Sentado lo anterior, es conveniente también aclarar que la previsibilidad no es el único canon a los efectos de dilucidar si una norma retroactiva vulnera o no el artículo 9.3 de la Constitución. De ahí, precisamente, que después de afirmar con rotundidad en el fundamento jurídico 5 B) de la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996 que la norma impugnada era "absolutamente imprevisible", lejos de concluir automáticamente en su inconstitucionalidad, puntualizábamos que una norma de tales características "solo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés

general que justificaran que el principio de seguridad jurídica que, insistimos, no es un valor absoluto, debería ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos" [FJ 5 C)]. Exigencias de interés general que, debemos añadir ahora, deben ser especialmente nítidas cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el IRPF, un impuesto personal, subjetivo y de carácter periódico que, como recordábamos antes, ocupa una posición central en el conjunto de nuestro sistema tributario, circunstancias estas que incrementan notablemente la incidencia que sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos puede tener una norma que produce efectos sobre situaciones de hecho o relaciones jurídicas que han comenzado a constituirse antes de su entrada en vigor.

b) Pues bien, no cabe la menor duda de que, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, en este caso concreto concurren claras exigencias de interés público que fundamentan la medida adoptada por la Ley 28/1992, aunque esta tenga incidencia negativa sobre la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Efectivamente, como hemos señalado en los fundamentos jurídicos anteriores, la Ley 28/1992 no es más que el resultado de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 5/1992, norma que elevó las escalas del IRPF contenidas en los artículos 74.1 y 91 de la Ley 18/1991 ante la necesidad –que más atrás hemos reconocido como extraordinaria y urgente– de responder al espectacular crecimiento del déficit público durante el primer semestre del ejercicio 1992 (por diversas causas que aquí no cabe entrar a examinar), que afectaba gravemente al equilibrio de la Hacienda pública del Estado y al cumplimiento de uno de los requisitos esenciales del Programa de Convergencia Económica (mantener el déficit público dentro del límite del 3% del PIB) con vistas a alcanzar la Unión monetaria prevista en el Tratado de la Unión Europea celebrado en Maastricht y firmado por España. Objetivo este último que –debe recordarse– era, y sigue siendo, prioritario no solo para el Gobierno, sino también para la mayor parte de los grupos que gozan de representación parlamentaria y que, en definitiva, representan la voluntad del pueblo español (art. 66.1 de la CE). Resulta claro, por tanto, que existieron exigencias cualificadas de interés público, de índole esencialmente económica, que fundamentaron la medida adoptada por la Ley 28/1992.

Por otro lado, tampoco la elección del IRPF para luchar contra el déficit público fue caprichosa, sino que, como explica la exposición de motivos de la Ley 28/1992, se debió a que su generalidad determina que sus modificaciones sean más efectivas frente a la coyuntura que la de otros tributos de nuestro sistema fiscal menos flexibles o con finalidades más selectivas.

c) A mayor abundamiento, debe dejarse constancia también del alcance limitado de la medida adoptada. En efecto, la subida de los tipos de las escalas del IRPF establecida por el artículo 2 de la Ley 28/1992 no alcanza, desde la perspectiva que ahora importa del efecto retroactivo y la seguridad jurídica, la "notable importancia" de las que se han producido en otras ocasiones en las que este tribunal ha debido pronunciarse, como es el caso del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego declara-

do inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, en el que, como advertíamos en el fundamento jurídico 5 A), se provocaba un aumento de las tasas pagadas al inicio de 1990 de más del doble de su cuantía inicial.

En definitiva, de cuanto antecede se deduce que, atendidas las circunstancias concretas del presente caso —a saber, el grado de retroactividad de la norma impugnada, la finalidad de la medida que aprobaba, las circunstancias excepcionales y urgentes que justificaban su adopción y lo limitado de su alcance—, no puede decirse que el aumento de las tarifas del IRPF que ha realizado la Ley 28/1992 haya vulnerado el principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española».

Y es que el oficio de las leyes, como en su momento bien señalara FIORE, no es otro que regular el porvenir, puesto que el pasado no está jamás en su poder, salvo que el precio a pagar de contrario sea la inseguridad jurídica y la oscuridad normativa.

## 9.2. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS

El principio limitativo de la retroactividad de las normas alcanza su grado máximo cuando se refiere a las normas sancionadoras, al estar constitucionalmente prohibida toda retroactividad que no sea a favor del infractor. Así lo disponen los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

Nótese, además, como el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de mayo de 2007 (rec. de casación núm. 63/2002), ha recordado que el establecimiento del plazo prescriptivo, en relación con las infracciones administrativas, constituye claramente una cuestión material referida al régimen sancionador y que, como tal, se encuentra limitada por la prohibición de la retroactividad constitucional:

«Cuarto. En esta sentencia [nota: se refiere a la STS de 20 de febrero de 2007, rec. de casación núm. 6422/2001, citada en el FJ anterior] decíamos:

"Esta sala tiene declarado, con base en el artículo 25 de la Constitución, que el precepto aplicable a una infracción administrativa es la ley que está vigente en el momento de la comisión de infracción, habiéndose positivizado este criterio, para todas las infracciones administrativas en el nivel de la legislación ordinaria, por el artículo 128.1 de la Ley 30/1992, según el cual será de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyen infracción administrativa".

[...]

La cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias.

La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción.

Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable.

Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad.

Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así, el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 83/1989, de 10 de mayo; 157/1990, de 18 de octubre; 12/1991, de 28 de enero; 62/2001, de 17 de marzo, y 63/2005, de 14 de marzo, mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material.

También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993, 12 de febrero de 2002, 19 de noviembre de 2003 y 30 de marzo de 2004.

Por otra parte, esta Sala, en Sentencia de 22 de enero de 1991, de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculcado se refiere no solo a la tipificación de la infracción y sanción, sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior.

Ante esta valoración de alcance de la prescripción hay que concluir que la retroactividad establecida en el artículo 4.3 de la Ley 1/1998 es aplicable a la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias al integrarse en las normas sancionadoras sustantivas.

Frente a la anterior no cabe alegar que las normas sobre prescripción suponen una plasmación concreta del principio general de seguridad jurídica y que afectan a cualesquiera relaciones y situaciones jurídicas entre el contribuyente y la Administración, pues todo ello no es óbice para que en relación con el derecho sancionador se apliquen los principios propios de esta materia [...]».

### 9.3. SOBRE EL CARÁCTER Y NATURALEZA DE LAS MEDIDAS INCORPORADAS POR LA LEY 7/2012

La falta de declaración de los bienes y derechos situados en el extranjero en la declaración informativa (modelo 720) comporta, como ya ha sido señalado en líneas precedentes, tres efectos principales:

- La posible imposición de sanciones por el propio incumplimiento formal de la obligación informativa.
- La consideración de los bienes y derechos omitidos como ganancias patrimoniales injustificadas, imputables fiscalmente al último ejercicio no prescrito.

- La imposición de una sanción agravada (150%) sobre las cuotas que se liquiden a ingresar, por la regularización de dichas ganancias patrimoniales no justificadas.

Estas dos últimas consecuencias se aplican con todo rigor por la Inspección de los Tributos, cuando lo lógico y ajustado a la capacidad económica de los contribuyentes hubiera sido sancionarles únicamente por su negligencia en el incumplimiento de la nueva obligación formal de declaración del modelo 720.

Evidentemente, las sanciones por el incumplimiento relativo a la declaración informativa y la infracción con sanción agravada sobre la cuota regularizada constituyen un elocuente ejemplo de normas punitivas, sin necesidad de mayores o ulteriores explicaciones.

Con relación a la imprescriptibilidad, también puede afirmarse su carácter materialmente sancionador, en cuanto que constituye un castigo adicional asociado al incumplimiento de la obligación formal relativa al modelo 720. Tal aseveración puede sustentarse no solo por la propia explicación que de esta medida hace la exposición de motivos de la Ley 7/2012, a la que antes hemos hechos referencia, sino también por su propio e inherente carácter represivo y limitativo de los derechos del contribuyente, como claramente se deduce de todo lo expuesto en ordinales anteriores en relación con la aplicación de las restricciones a las libertades comunitarias. De hecho, la totalidad de la doctrina tributaria ha subrayado el carácter sancionador de esta medida.

En realidad, la referida imprescriptibilidad se erige en una previsión normativa dirigida a luchar contra hipotéticos o generalizados supuestos de fraude fiscal, siendo por ello materialmente sancionadora, aunque aparezca formalmente desposeída de la denominación de sanción y, por ende, de las garantías constitucionales que a esta siempre acompañan. Se trataría de una sanción impropia, calificada por la doctrina italiana y alemana como toda aquella consecuencia negativa, siempre conectada a la infracción de la norma, que influye sobre la determinación de la base imponible o directamente de la deuda tributaria, es decir, una desventaja subsiguiente a la comisión de un ilícito tributario formal que incidiría sobre los derechos del contribuyente, limitativa de la correcta determinación de su renta efectiva.

En tal sentido, el problema fundamental de la consecuencia desfavorable en la que se materializa la imprescriptibilidad se centra en que la misma puede contrariar gravemente varios principios constitucionales. En primer lugar, parece del todo inexistente su adecuación al artículo 25 de la Constitución española, pues se trata materialmente de una sanción, aunque desde el punto de vista formal no se la denomine como tal, logrando plenamente sus objetivos punitivos sin necesidad de que así sean previstos por un tipo legal, vulnerándose con ello el principio de legalidad penal.

Asimismo, vulnera el artículo 31 de la misma norma fundamental, por cuanto supone una mayor carga fiscal. De esta forma, si el tributo es tal y no es, claro está, una sanción, se puede decir que al menos una fracción del mismo se recauda no con arreglo al principio de capacidad económica o contributiva, sino a título de simple y llana pena. La racionalidad del tributo exige que el gravamen responda efectivamente a una capacidad económica, de tal forma que esa exigencia de conexión efectiva entre el presupuesto de hecho revelador de dicha capacidad y el gravamen es-

tablecido por la ley conduce a considerar inconstitucionales aquellas normas que, so pretexto de sancionar determinadas conductas ilícitas del contribuyente, determinan un incremento de la cantidad a pagar mediante el expediente de convertir en materia objeto del tributo lo que ya no es tal por obra de la prescripción.

En definitiva, toda previsión que aunque formalmente no llegue a tildarse de sanción pero que materialmente acarree consecuencias más desfavorables incluso que la propia multa, supone un verdadero atentado contra la idea de justicia y permite al legislador escamotear las legítimas garantías constitucionales establecidas en favor de los contribuyentes, coadyuvando a la construcción de un difuso derecho tributario «pseudosancionador», desligado de las normas comunes y fundamentales del *ius puniendi*, al servicio de la simple comodidad recaudatoria. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/2000, de 19 de julio, por la que se declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de tasas y precios públicos, constituye un ejemplo elocuente de la invalidez jurídica de medidas tendentes a la lucha contra el fraude fiscal mal diseñadas, al hacer tabla rasa de los principios constitucionales.

En el sentir del Tribunal Constitucional, el respeto al derecho y a los valores superiores del ordenamiento jurídico quedaba vulnerado, pues la previsión normativa suponía la tergiversación de institutos claramente perfilados y el robustecimiento de la norma tributaria como una previsión caprichosa y desconectada del derecho común, toda vez que la

«verdadera finalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de tasas y precios públicos no es otra que la de impedir que las partes contratantes en un negocio jurídico –la transmisión onerosa de un bien o derecho– sujeto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales hagan constar en el documento público o privado un precio notoriamente inferior al real de la operación, con el fin de defraudar a la Hacienda pública».

Y aunque dicha finalidad encuentra amparo en la Constitución, como dejó dicho el propio tribunal en la Sentencia 76/1990, de 26 de abril, y han corroborado otros pronunciamientos posteriores,

«es evidente que el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo. Por ello, tanto si se adoptan medidas de carácter tributario como si se recurre a medidas sancionadoras, deberán respetarse los preceptos constitucionales aplicables a cada una de estas figuras y, en especial, los principios del artículo 31.1 de la Constitución respecto de las primeras y los artículos 25 y 24 de la Constitución respecto de las segundas».

## 10. SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA NORMATIVA PROMULGADA EN 2012

Aunque ya nos hayamos referido a la prescripción tributaria en ordinales anteriores –relativos fundamentalmente a la aplicación de las consideraciones del TJUE sobre la libre circulación

de capitales—, procede verter ahora alguna reflexión ulterior para proyectar los criterios del Tribunal Constitucional español sobre la norma vigente en España desde el año 2012.

Así, y con relación al tipo de retroactividad máxima que estamos valorando, debe destacarse la disposición final quinta de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, que incorporó el apartado 2 al artículo 39 de la LIRPF, precepto fundamental en el que se apoyan las regularizaciones inspectoras que viene practicando la AEAT y que a este respecto dispone literalmente lo que sigue:

«Disposición final quinta. Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

[...].».

La Ley 7/2012 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 30 de octubre de 2012, entrando en vigor, en consecuencia, el 31 de octubre de 2012. Resulta evidente, como acaba de señalarse, que de los distintos grados de retroactividad, a los que hacía referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, nos encontramos ante una retroactividad de grado máximo. Y es que la nueva redacción del artículo 39.2 de la LIRPF se aplica a rentas correspondientes, según el propio criterio de la Inspección, a ejercicios ya prescritos. Es decir, sobre la base del artículo 39.2 de la LIRPF se vienen imputando a periodos impositivos vivos (generalmente al último no prescrito) unas rentas obtenidas mucho antes de que se produjera la modificación normativa.

Pero ni siquiera este grado de retroactividad máxima califica convenientemente lo que pretende la Inspección en sus regularizaciones. En efecto, deberíamos «inventar» un nuevo grado de retroacción, al que podríamos denominar, quizá, siguiendo modismos actuales, «ultrarretroactividad», pues la AEAT viene regularizando aquello que no solo queda más allá del grado máximo de retroactividad, sino que ya estaba plenamente extinguido por la prescripción ganada.

No puede alterar este juicio lo establecido en la disposición adicional segunda de la propia Ley 7/2012 (donde se reconoce el efecto retroactivo que pretende otorgarse a la modificación del art. 39.2 de la LIRPF), pues, tal y como se ha razonado con anterioridad, se trata de un grave vicio de constitucionalidad que limita la facultad del legislador en sus pretensiones de proyectar retroactivamente las normas tributarias a su más completo antojo.

Todo ello supone una gravísima vulneración jurídica, como muy recientemente ha confirmado el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 121/2016, de 23 de junio, en la que se declara la inconstitucionalidad del régimen establecido en el año 2011 por la Ley de economía sostenible del Gobierno Zapatero, por el que se restringió el beneficio fiscal del que disfrutaban las *stock options*, condicionándolo a la sola existencia del incentivo si este no se hubiera concedido de manera anual y otorgándole efecto retroactivo desde el año 2004, es decir, consagrando legalmente una retroactividad de grado máximo que afectaba de lleno a ejercicios impositivos que ya estaban

completamente prescritos. En los fundamentos jurídicos 4, 5 y 6 de la referida sentencia se afirma con toda rotundidad la violación del artículo 9.3 de la Constitución española y, por consiguiente, de los principios de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad (la negrita es nuestra):

«En los términos ya expuestos, la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006, incorporada por la disposición final cuadragésima novena, apartado uno, de la Ley 2/2011, se cuestiona únicamente por su efecto retroactivo, al aplicarse a rendimientos generados a partir del 5 de agosto de 2004.

Para examinar la compatibilidad de tal retroactividad con el artículo 9.3 de la Constitución española debemos antes de nada recordar que no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, pues las normas tributarias no tienen carácter sancionador, sino que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 de la CE). Tampoco, como hemos reiterado, existe en nuestro ordenamiento constitucional un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11, y 116/2009, de 18 de mayo, FJ 3), aun cuando sí se exija la protección de la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11; 89/2009, de 20 de abril, FJ 3; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10).

Por tanto, la retroactividad podrá ser contraria al principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3), dependiendo de su grado, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, lo que resultará clave en el enjuiciamiento a la luz de la Constitución [SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 11 c), y 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 5, entre muchas otras].

Asimismo, es preciso tener en cuenta de manera especial tanto el tipo de impuesto en que se produce, su naturaleza y la estructura del hecho imponible, como las circunstancias concretas concurrentes en el caso. Conviene recordar que, a efectos de la determinación de la norma aplicable, en la dogmática tributaria el devengo es el momento en que, por establecerlo así la ley, se entiende realizado el hecho imponible y nacida la obligación tributaria. En los tributos instantáneos el aspecto temporal del hecho imponible no adquiere relevancia jurídica y la realización del elemento material del hecho imponible determina el nacimiento de la obligación tributaria. Ahora bien, en los tributos periódicos, cuyo hecho imponible consiste en un estado de cosas o situación (elemento material) que no se agota en sí mismo sino que se prolonga de manera continuada en el tiempo, no basta, a fin de ponderar el alcance de la retroactividad de la norma, con atender solo al momento del devengo; ha de tenerse en cuenta también el periodo impositivo o dimensión temporal del elemento objetivo del hecho imponible.

En este caso, todas las partes coinciden en que, en los ejercicios 2004 a 2010, estamos ante un supuesto de retroactividad de grado máximo, pues se afecta a situaciones jurídicas cuyos efectos ya se han consolidado (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4, y 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11).

La norma afecta a siete ejercicios fiscales que ya habían finalizado en el momento de su entrada en vigor (ejercicios 2004 a 2010), por lo que solo puede concluirse que su incidencia inmediata sobre el principio de seguridad jurídica es evidente, lo que permite anticipar que es susceptible de trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11; 90/2009, de 20 de abril, FJ 4, y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10). En efecto, en los casos de retroactividad propia, hemos reiterado que, como regla general, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente, de modo que debe examinarse si concurren "exigencias cualificadas del bien común" [STC 176/2011, FJ 5, con cita de las SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11; 197/1992, de 19 de noviembre, FJ 4; 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5 C), y 182/1997, de 20 de octubre, FJ 11 d)], pues solo en tal caso podrá concluirse la licitud de la disposición y, por tanto, el sacrificio de ese principio.

Al respecto, hemos insistido en que dichas exigencias de interés general "deben ser especialmente nítidas cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el IRPF" [STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13 A)], que es lo que acontece en este caso.

**5. Constatado que, en los ejercicios 2004 a 2010, se produce una retroactividad de grado máximo, debemos examinar si concurre alguna razón que permita entender justificada la afectación que a la seguridad jurídica se ha producido,** examinando el conjunto de circunstancias que concurren en el supuesto. La disposición final cuestionada fue incorporada en el Senado mediante una enmienda del grupo socialista (la n.º 608), y fue justificada en la necesidad de "aclarar el régimen tributario aplicable a los rendimientos del trabajo derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones, incrementando la seguridad jurídica de las empresas y trabajadores cuyos planes de opciones se ajustaron a tales requisitos" (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, n.º nueve, de 28 enero 2011, pág. 509).

Esta finalidad, que puede guardar conexión con la decisión del legislador de otorgar rango de ley al régimen jurídico que, hasta ese momento, había venido siendo regulado mediante reglamento, no se encuentra sin embargo conectada con el grado de retroactividad otorgado a la medida, sino solo con su incorporación a la norma legal.

El abogado del Estado justifica la adopción de la disposición cuestionada afirmando que existen "poderosas razones de interés general", y resaltando que el objetivo del cambio normativo "es tan evidente que no requiere especial fundamento". Más concretamente, se refiere a dos tipos de justificaciones; por un lado, el contexto de crisis financiera que rodea el momento en que la medida se aprueba y, por otro, que las

opciones sobre acciones han sido empleadas en maniobras de planificación fiscal, con lo que la medida pretendería en suma salvaguardar el principio de justicia tributaria consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución española.

Estas razones no son suficientes para entender justificada la retroactividad en este caso.

En primer lugar, **las invocaciones genéricas a la crisis financiera no pueden tener virtualidad alguna, por sí mismas, para admitir el establecimiento de una medida con el grado de retroactividad como la que aquí se cuestiona. La realidad de la crisis financiera, y sus devastadores efectos sobre las cuentas públicas, no permiten sin más tener por justificado cualquier grado de retroactividad por el mero hecho de que este pueda facilitar que se atajen economías de opción como las que refiere el escrito del abogado del Estado. Todo ello sin perjuicio de que lo que se controvierte en este caso no es la medida en sí, sino su efecto retroactivo, que extiende sus efectos desde el ejercicio de 2004, alcanzando de lleno ejercicios en los cuales la crisis financiera y después económica no había ni siquiera empezado.**

En segundo lugar, y en concreto sobre la justicia tributaria, a la que también alude el abogado del Estado, no cabe duda de que la finalidad de luchar contra determinadas economías de opción, o directamente contra prácticas elusivas de impuestos, constituye, como tantas veces hemos reiterado, un mandato constitucional, ya que "la amplitud y la complejidad de las funciones que asume el Estado hace que los gastos públicos sean tan cuantiosos que el deber de una aportación equitativa para su sostenimiento resulta especialmente apremiante. De otra forma se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar" (por todas, STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3). La garantía de un sistema tributario justo es central a todo Estado social y democrático de derecho, ya que, en ausencia de tal sistema, no puede ni siquiera haber una sociedad civilizada. **Ahora bien, ello no permite, sin más, que el legislador pueda anudar a una disposición una retroactividad de efectos tan amplios como la que aquí se enjuicia, pues ello convertiría el principio de seguridad jurídica en una mera ilusión o en un principio vacío de contenido.** Tampoco el hecho de que, en ocasiones, el empleo de normas retroactivas pueda permitir atajar determinados mecanismos de elusión de impuestos, como se ha constatado entre otros casos en el decidido en la Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2005 (C-376/02), caso Stichting Goed Wonen contra Staatssecretaris van Financien, no permite sin más avalar una retroactividad auténtica y amplia como la que aquí se examina, pues ello supone desconocer abiertamente un valor central del ordenamiento jurídico como es el principio de confianza legítima, corolario del principio de seguridad jurídica y al que también se ha referido el mismo tribunal [entre otras, en las SS de 11 de julio de 2002, Marks & Spencer (C-62/00), párr. 46; o de 12 diciembre 2013 (C-362/12), caso Test Claimants in the Franken Investment Income Group Litigation, párrs. 44 y ss.].

En este sentido, no está de más recordar que la justicia tributaria fue ya invocada, en similares términos genéricos, en relación precisamente con una norma retroactiva del IRPF que afectaba a determinados rendimientos irregulares, en el asunto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2011, de 8 de noviembre. También en aquel caso, según constatamos, el efecto retroactivo pretendía ampararse en "la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria" (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 13). Dijimos entonces que "aunque pudieran haber existido razones que hicieran conveniente la modificación, sin embargo, en la medida en que dicha modificación afecta por igual a todas las rentas irregulares del trabajo, sin establecer distinciones de ningún tipo para aquellas rentas que pretendidamente serían el objeto de la medida porque con ellas se propiciaban operaciones de planificación fiscal, se produce un tratamiento indiscriminado. Este tratamiento indiscriminado implica que el efecto retroactivo se proyecte por igual sobre todas las rentas irregulares del trabajo, lo que no solo pone en duda la existencia misma de un cualificado fin de interés general, sino que tiene como consecuencia que la medida tenga un alcance más general que el que pudiera estar reflejado en la tramitación parlamentaria", lo que nos condujo a concluir que la norma cuestionada "ha llevado a cabo, retroactivamente, una alteración en la determinación de la deuda tributaria del IRPF sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado, lo que conduce a estimar que se ha producido la vulneración del principio seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución y, en su consecuencia, a declarar la inconstitucionalidad y nulidad" (STC 176/2011, FJ 5).

**6. En este caso, la conclusión no puede ser diferente a la alcanzada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2011, para aquellos ejercicios en los que la retroactividad es de grado máximo, pues el efecto retroactivo de la norma afecta, también indiscriminadamente, a todo tipo de retribución mediante opciones sobre acciones, se haya constatado o no su uso torticero en la elusión de impuestos. Todo ello sin perjuicio de que el hecho de que la retribución mediante opciones sobre acciones pueda emplearse para eludir impuestos de forma contraria al ordenamiento jurídico, no es razón suficiente para avalar sin más una modificación retroactiva de su régimen, pues es evidente que cualquier instrumento o negocio jurídico –como un contrato de compraventa o la creación de una sociedad– puede ser empleado para eludir impuestos. Dicho de otro modo, si se aceptara como justificación suficiente la potencialidad defraudadora de esta modalidad retributiva, ello permitiría admitir virtualmente cualquier tipo de medida retroactiva, siempre que pudiera demostrarse que afecta a algún negocio susceptible de ser empleado para la elusión de impuestos.**

Por último, no cabe cuestionar los motivos del legislador, pero si el objetivo de interés general era evitar una impropcedente tributación como rendimientos del trabajo irregulares a los que no resulta jurídicamente posible atribuirles ese carácter, es evidente que para su consecución hubiera bastado con introducir la norma legal con efectos pro futuro o, incluso, otorgarle una retroactividad impropia o de grado medio, lo que

habría exigido que resultara aplicable solo a aquellos contribuyentes cuyos periodos impositivos no hubieran finalizado.

**Cabe así concluir, a partir de lo anterior, que no se han constatado razones suficientes para justificar un grado de retroactividad como el examinado en este proceso, pues debe insistirse en que los efectos de la disposición cuestionada se retrotraen a casi siete años naturales, de manera que, como destaca el auto del promotor de la cuestión y también la fiscal general del Estado, afecta incluso a ejercicios ya prescritos.**

El hecho de que la modificación que ahora se regula en una ley hubiera estado antes contemplada en una norma reglamentaria no enerva la conclusión alcanzada. Primero, porque cuando se trata de una retroactividad de grado máximo como la que se produce en los ejercicios 2004 a 2010, la previsibilidad no forma parte del análisis de su constitucionalidad. Y, en todo caso, porque por mucho que la medida en concreto adoptada pudiera ser previsible, el grado de retroactividad de la ley, que es lo que aquí se controvierte, no lo era. A mayor abundamiento, y como destacan tanto el auto del Tribunal Supremo como el escrito de alegaciones de la fiscal general del Estado, si como parece era previsible la declaración de ilegalidad de la norma reglamentaria, por ser esta idéntica a otra anterior igualmente declarada ilegal, entonces la expectativa razonable de los contribuyentes era precisamente su anulación, de manera que el efecto retroactivo de la disposición que enjuicamos solo vendría justificado por la finalidad de sanar, *a posteriori*, una previsible declaración de exceso reglamentario».

A todas las conclusiones mencionadas en los párrafos anteriores debe añadirse otra muy significativa: la vulneración del plazo de prescripción alcanza una especial relevancia en lo referente a cualesquiera normas de carácter sancionador. Y lo cierto es que las regularizaciones practicadas a los contribuyentes al amparo de lo dispuesto por el artículo 39.2 de la LIRPF revisten una naturaleza claramente punitiva, tanto en lo relativo a la norma atinente a la propia calificación como ganancia patrimonial no justificada (con naturaleza de cuasi sanción), como, evidentemente, en la referida a la propia sanción agravada por aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 7/2012 (150% de la cuota no ingresada). Y es que, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en la jurisprudencia antes reseñada, el plazo de prescripción en materia sancionadora reviste una naturaleza netamente sustantiva, no procedimental, y se encuentra proscrita constitucionalmente toda retroactividad, no solo la máxima –que es la aplicada en el caso del presente dictamen por la AEAT–, sino hasta la mínima.

La aplicación retroactiva realizada por la Inspección, sobre la base de la modificación operada en el artículo 39.2 de la LIRPF, es tan extrema que cualquier tribunal de justicia que conociese de asuntos de esta naturaleza debería elevar la pertinente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, antes de proceder a aplicarla al caso concreto.

De todo lo anterior se colige que las regularizaciones administrativas dictadas como las sanciones impuestas por la AEAT no se ajustan a las mínimas exigencias constitucionales, ni respetan las libertades contenidas en el tratado fundacional de la Unión Europea.

## 11. CONCLUSIONES

Primera. La Inspección de los Tributos viene gravando, como renta imputable a ejercicios impositivos vivos, inversiones efectuadas en el extranjero materializadas en años ya prescritos.

Segunda. Si esas mismas inversiones se hubieran realizado en España, en lugar de haberse materializado en el extranjero, la Inspección no hubiera practicado liquidación alguna, al amparo de lo dispuesto por el artículo 39.2 de la LIRPF.

Tercera. El incumplimiento, incluso involuntario o por desconocimiento, de una obligación formal, como es la falta de presentación del modelo 720 con relación a bienes o derechos radicados en el extranjero, pero adquiridos en periodos prescritos, supone para los contribuyentes, por aplicación de la vigente regulación del artículo 39.2 de la LIRPF, la ampliación indefinida del plazo prescriptivo. En definitiva, una auténtica imprescriptibilidad, por la que desaparece de plano la posibilidad de alcanzar la prescripción, como forma de extinción del crédito tributario, asociada a las rentas invertidas en tales bienes o derechos.

Cuarta. La imprescriptibilidad penal solo está prevista para los delitos más aberrantes como los de lesa humanidad o genocidio, lo que evidencia la vulneración del principio constitucional de proporcionalidad por parte del vigente artículo 39.2 de la LIRPF.

Quinta. Existe un procedimiento de infracción contra el Reino de España, promovido por la Comisión Europea, en relación con esta declaración de bienes y derechos radicados en el extranjero. La Comisión ha entendido que la normativa española es contraria al TFUE, en particular, a la libre circulación de capitales, al establecer una obligación que se proyecta exclusivamente respecto a los bienes y derechos ubicados fuera de España y llevar aparejado un régimen sancionador específico, doblemente represivo, constituido, por un lado, por las propias sanciones derivadas del incumplimiento de la obligación de información y por las sanciones agravadas sobre las cuotas tributarias resultantes de las regularizaciones administrativas basadas en bienes y derechos en el extranjero no incluidos en la declaración informativa y, por el otro, por la propia imprescriptibilidad de la obligación tributaria.

A juicio de la Comisión Europea, dicha imprescriptibilidad es desproporcionada y atenta contra la seguridad jurídica y protección de la confianza legítima.

Compartimos plenamente los planteamientos de la Comisión con relación al conjunto de medidas aprobadas por el Parlamento español en torno al modelo 720, toda vez que se basan en reiterada jurisprudencia del TJUE que ha sido completamente ignorada por el legislador patrio.

Sexta. En la jurisprudencia del TJUE nunca se ha tratado un plazo de prescripción ilimitado, como el incorporado al vigente artículo 39.2 de la LIRPF. Frente a esta suerte de imprescriptibilidad establecida por la normativa española, en los casos examinados por el TJUE simplemente se había alargado un tanto el plazo prescriptivo. Existen múltiples precedentes de ampliaciones de

plazos, mucho más moderados que el aprobado por el Reino de España, que han sido finalmente reprobados y anulados por el TJUE, siendo la regla general el rechazo de cualquier ampliación de los plazos de prescripción tributaria si los distintos Estados nacionales podían adoptar otras medidas menos restrictivas para combatir el fraude fiscal. Es jurisprudencia comunitaria reiterada que solo cabe admitir una justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal cuando tenga por objeto montajes puramente artificiales destinados a eludir la norma fiscal, lo que excluye las presunciones generales de fraude, tal y como la que se contiene en el vigente artículo 39.2 de la LIRPF.

Séptima. Los Tribunales Económico-Administrativos no pueden resolver las reclamaciones dirigidas contra los acuerdos dictados por la AEAT al amparo del artículo 39.2 de la LIRPF sin plantear la obligatoria cuestión prejudicial ante el TJUE, conforme a lo dispuesto en el artículo 237.3 de la LGT. La tramitación de dichas reclamaciones económico-administrativas, actualmente en curso, debe suspenderse.

Octava. La normativa aprobada en el año 2012 y la aplicación de la misma realizada por la Inspección de los Tributos también vulnera la Constitución española. La retroactividad normativa establecida por la Ley 7/2012 ha sido máxima o absoluta. La AEAT viene aplicando una norma nacida en 2012 a unas rentas evidentemente más antiguas, que, como poco, se habrían obtenido cuando se materializaron las inversiones en el extranjero. La entrada en vigor, el 31 de octubre de 2012, del nuevo artículo 39.2 de la LIRPF se ha utilizado por la AEAT para liquidar cuotas correspondientes a rentas supuestamente obtenidas en ejercicios que, en ese momento, ya estaban plenamente prescritos. Por ello, obligaciones tributarias ya extintas por prescripción se han «reactivado» por medio de la Ley 7/2012, infringiendo así no solo lo dispuesto en el artículo 69 de la LGT, sino el relevante principio constitucional de seguridad jurídica, a cuyo servicio se instaura precisamente el instituto de la prescripción. Obvio es señalar que también de esta forma se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Novena. Esta aplicación retroactiva de grado máximo resulta absolutamente contraria a la norma fundamental. Cualquier tribunal de justicia que conozca de la aplicación administrativa del artículo 39.2 de la LIRPF debería elevar la pertinente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Décima. Esa infracción constitucional de la retroactividad es aún más grave en el ámbito del derecho sancionador, pues está constitucionalmente prohibida toda retroactividad que no sea a favor del infractor. El artículo 39.2 de la LIRPF contiene un evidente componente sancionador para aquellos contribuyentes que incumplen su obligación de presentar el modelo 720. La retroacción se ha producido también con relación a la sanción agravada del 150% que se ha aplicado sobre la cuota liquidada al contribuyente. Por ello, tanto las regularizaciones administrativas dictadas como las sanciones impuestas por la AEAT no se ajustan a las exigencias constitucionales.

# REFLEXIONES SOBRE LOS CONVENIOS FISCALES MULTILATERALES PARA EVITAR LA DOBLE NO IMPOSICIÓN: EL INSTRUMENTO MULTILATERAL DE BEPS Y LAS TENDENCIAS ACTUALES

**Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo**

*Doctorando. Área de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Málaga*

---

## EXTRACTO

Las soluciones fiscales articuladas frente a la doble imposición y doble no imposición de las rentas han sido eficaces durante el pasado siglo, sin embargo, actualmente no se pueden compartir en plenitud debido a, entre otros, el fenómeno de la globalización, la economía digital o las sofisticadas estrategias de planificación fiscal agresiva de determinadas empresas y grupos multinacionales. En este contexto, la comunidad internacional ha tomado conciencia de que los remedios frente a estos nuevos desafíos giran en torno a la articulación entre los Estados de un marco común de referencia, es decir, lo que actualmente se conoce como multilateralismo fiscal. Frente a ello, el debate está servido; cuestiones como la cesión de soberanía tributaria o los intereses enfrentados entre los Estados ponen en tela de juicio los proyectos articulados por los principales organismos e instituciones líderes en la lucha frente a la erosión de las bases imponibles (la OCDE y la Unión Europea, principalmente), y en el que el instrumento multilateral del Plan de Acción BEPS no va a pasar desapercibido.

**Palabras claves:** bilateralismo, multilateralismo, instrumento multilateral, Plan de Acción BEPS y convenios fiscales multilaterales.

---

*Fecha de entrada: 09-06-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016*

## CONSIDERATIONS ON MULTILATERAL TAX TREATIES TO AVOID DOUBLE NON-TAXATION: A MULTILATERAL INSTRUMENT OF THE BEPS AND CURRENT TRENDS

Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo

---

### ABSTRACT

The fiscal solutions classic articulated between Estates against double taxation and double non-taxation have been effective over the past century. However, in recent years they are currently not effective, among others, the globalization, the digital economy, sophisticated or aggressive tax planning strategies of certain companies and multinational groups. In this context, the international community demands solutions against to this. And they should be articulated in a multilateral tax solutions. There are some questions about this: the transfer of tax sovereignty or the competing interests among States difficult the projects articulated by leading agencies in the fight against the erosion of tax bases (the OECD and the European Union, mainly) and in which the multilateral instrument BEPS Action Plan will not go unnoticed.

**Keywords:** bilateralism, multilateralism, multilateral instrument, Action Plan on BEPS and multilateral tax treaty.

---

---

## Sumario

1. Introducción: El cambio de tendencia en la cooperación fiscal internacional
2. La insuficiencia de las soluciones bilaterales frente a la doble-no imposición internacional
  - 2.1. Las directrices internacionales
  - 2.2. Los convenios bilaterales de doble imposición y los nuevos retos del siglo XXI: la influencia decisiva de los modelos de negocio virtuales
3. El multilateralismo en un entorno globalizado
  - 3.1. Nota sobre las ventajas y desventajas de las soluciones multilaterales
  - 3.2. Experiencias internacionales de carácter multilateral y las tendencias actuales
4. El instrumento multilateral del Plan de Acción BEPS de la OCDE: ¿solución fiscal definitiva?
  - 4.1. Sucinta aproximación al instrumento multilateral del Plan BEPS
  - 4.2. El contexto internacional del instrumento multilateral
  - 4.3. Las conclusiones del *Final Report Action 15* de octubre de 2015
5. Conclusiones

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN: EL CAMBIO DE TENDENCIA EN LA COOPERACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

El sistema fiscal internacional ha experimentado un profundo cambio en las últimas décadas. Los principales actores internacionales que se erigen como líderes en la lucha frente a la erosión de las bases imponibles y la deslocalización de los beneficios (concretamente, la OCDE y la Unión Europea) han cambiado el rumbo en sus recomendaciones y directrices: desde un conjunto de medidas orientadas a combatir los territorios calificados como «sospechosos» de constituir un paraíso fiscal, hacia otras en las que los Estados deben reforzar los vínculos de cooperación fiscal y administrativa, a fin de solventar los graves problemas de los que adolece actualmente el sistema fiscal internacional y, principalmente, la volatilidad de las bases imponibles.

En esta línea, un hecho es notorio en el panorama fiscal internacional: los remedios frente a la erosión de las bases imponibles sustentados en los convenios de doble imposición de carácter bilateral han sido sumamente útiles durante gran parte del siglo XX, pero actualmente no se pueden ya compartir en toda su dimensión debido a los siguientes motivos: 1) La movilidad de capitales en el financiero, que supone un reto para los sistemas fiscales tradicionales sustentados en políticas unilaterales<sup>1</sup>; y 2) Los nuevos modelos de negocio virtuales, que han supuesto un punto de inflexión en la identificación de las rentas no declaradas y que la comunidad internacional exija soluciones al respecto.

Para ello, numerosas iniciativas se han articulado en los últimos años: desde la propuesta de Directiva *Common Consolidate Corporate Tax Base* de la Comisión Europea en 2011, hasta el conocido *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* en 2013 de la OCDE y el G20. Si bien la primera de estas no ha sido demasiado fructífera –no llegando ni a implementarse– tras la publicación del Plan de Acción BEPS la comunidad internacional ha puesto el foco de conflicto en ciertas prácticas empleadas por entes y grupos multinacionales que mediante elaboradas estrategias de ingeniería fiscal conseguía, a pesar de unos cuantiosos beneficios, una irrisoria tributación, como tal es el caso de Apple, Google o Starbucks<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. DE FRANCISCO GARRIDO, R.: «La cooperación multilateral en el ámbito OCDE», *IEF - Cuadernos de Formación*, vol. 3, 2007, págs. 87-88.

<sup>2</sup> Al respecto, véase el trabajo de VAN DER HURK, H.: «Starbucks versus the People», *Bulletin for International Taxation*, enero, 2014, págs. 27-34, que analiza cómo determinados entes y grupos multinacionales se han aprovechado de ciertas fricciones existentes en los ordenamientos jurídico-tributarios para minimizar su base imponible y, consecuentemente, logrando un ahorro fiscal lejos del país de la fuente, lo que suscitó un gran revuelo entre los principales actores de la masa social.

Al respecto, las prácticas fiscales desarrolladas por este tipo de empresas y grupos (generalmente, grandes empresas) han servido de incentivo para que la comunidad internacional se plantee la necesidad de actuar de manera conjunta. Es decir, ha suscitado la posibilidad de que los Estados consensúen directrices comunes frente a la deslocalización internacional de los beneficios, producto, por un lado, de los nuevos modelos de negocio virtuales (más conocidos como de «economía digital») y, por otro, de la ausencia de unos estándares mínimos consensuados a nivel internacional.

Sin embargo, estas iniciativas –que tienen como objetivo primordial asentar en la comunidad internacional el multilateralismo fiscal entre los Estados– no son novedosas, ya que desde el fin de la Primera Guerra Mundial la Sociedad de Naciones exploró esta vía más allá de los convenios de doble imposición de carácter bilateral, siendo este un contexto en el que el instrumento multilateral del Plan de Acción BEPS no va a pasar desapercibido.

## 2. LA INSUFICIENCIA DE LAS SOLUCIONES BILATERALES FRENTE A LA DOBLE-NO IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

### 2.1. LAS DIRECTRICES INTERNACIONALES

La evolución en las estrategias de los Estados para combatir la deslocalización de los beneficios por parte de las empresas y grupos multinacionales es un hecho asentado en la comunidad internacional. Desde una primera etapa en la que los esfuerzos de la OCDE y la Unión Europea se centraban en identificar los territorios «sospechosos» de constituir paraísos fiscales hacia una segunda etapa en la que estas medidas se han superado en beneficio de soluciones consensuadas entre los Estados en una lucha férrea frente al fraude fiscal a nivel internacional.

En relación con la primera de estas etapas, la OCDE centró sus esfuerzos a finales del pasado siglo en la lucha contra los paraísos fiscales y, más concretamente, en la identificación de sus elementos caracterizadores mediante el Informe *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* publicado en 1998, donde se recoge una serie de parámetros que permiten considerar a un territorio como constitutivo de un paraíso fiscal. Más adelante, ya en la primera década del año 2000 se creó la primera lista de países denominados «sospechosos» de constituir un paraíso fiscal y, frente a esto, se creó el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información y el Foro Global en 2002 y 2003, respectivamente. Así, en la recta final de esta etapa, durante los años 2006 a 2009 la tarea fundamental de la OCDE consistió en la elaboración de una lista negra de paraísos fiscales y en la firma de acuerdos de colaboración con determinadas jurisdicciones, que conllevó la eliminación de la mencionada lista y su conversión en la denominada «lista gris», en lo que la intervención del G20 en 2008 resultó fundamental.

En el plano de la Unión Europea las directrices iban al unísono con las dictadas por la OCDE: en el año 1998 se creó el Código de Conducta y, adentrados en el nuevo siglo, las directivas han sido el mecanismo utilizado para trasladar a los Estados miembros la preocupación acerca de los

paraísos fiscales y la lucha frente a estos. Ejemplo de ello, entre otras destacables, son la Directiva 2003/47/CE del Consejo, de 3 de junio, *en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*; la Directiva 2003/49/CE, *sobre el régimen fiscal común en materia de intereses y cánones*; y la Directiva 2009/133/CE, *sobre régimen fiscal común de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de títulos*.

Situados en la segunda etapa, la publicación en septiembre de 2013 por la OCDE del Plan de Acción BEPS supuso la confirmación definitiva del cambio de tendencia hacia las soluciones basadas en el multilateralismo, siendo este el resultado de numerosas reuniones en la cumbre del G20 y G8 que alertaban de la necesidad de que los Estados actúen de manera conjunta fijando pautas comunes en la lucha frente al fraude fiscal de manera global. Tras esto, los informes publicados en septiembre de 2014 y los *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 han implementado las medidas especificadas en el Plan.

En el plano comunitario, numerosas han sido las iniciativas que confirman este cambio de tendencia, como entre otras: la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo, *sobre la asistencia mutua en materia de recaudación*; la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, *relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad*; la Directiva 2014/107/UE, de 9 de diciembre, que implementa el intercambio automático obligatorio de información entre las Administraciones tributarias; y el «Paquete de medidas contra la elusión fiscal» publicado el 28 de enero de 2016<sup>3</sup>.

Esta sucinta exposición de las medidas articuladas por la OCDE y la Unión Europea sobre las estrategias para erradicar, primero, el uso de los paraísos fiscales y, más recientemente, el fraude fiscal a nivel internacional dejan una evidencia: estas instituciones que abanderan la lucha frente a la elusión fiscal internacional han abandonado las directrices basadas en las soluciones unilaterales o bilaterales entre los Estados para empujarlos a consensuar soluciones comunes en la lucha frente al fraude fiscal a nivel internacional<sup>4</sup>.

Tanto es así que el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki Moon, afirmó el 5 de noviembre de 2009 que «es el momento de renovar el multilateralismo. Un multilateralismo que

<sup>3</sup> Para la implementación de este último, el Consejo ECOFIN aprobará el 25 de mayo un conjunto de medidas contra la elusión fiscal. Además, cabe destacar, en el plano de la imposición indirecta, la reciente publicación del Plan de Acción del Impuesto sobre el Valor Añadido por la Comisión Europea, de 7 de abril de 2016, en el que, entre otras medidas destacables, se pretende la lucha contra el fraude, el apoyo a las empresas y ayudas a la economía digital y al comercio electrónico.

<sup>4</sup> Al respecto CARBAJO VASCO, D.: «Objetivos y medidas en la lucha contra el fraude fiscal a nivel internacional», *Revista de Economía Vasca*, núm. 88, 2015, pág. 150, que hace hincapié en el cambio de perspectiva en la importancia otorgada por las autoridades nacionales, tanto por la OCDE como por la Unión Europea, a la lucha frente a los paraísos fiscales, que ya no se ven como un problema aislado, sino que se enmarcan en una nueva filosofía: la búsqueda de una nueva gobernanza a nivel mundial. En este sentido, HINOJOSA TORRALVO, J. J. (dir.): «El fraude fiscal: una lucha de contrastes» en *Medidas y procedimientos de lucha contra el fraude fiscal*, Atelier, Barcelona, 2012, págs. 459-470, afirma que el fraude fiscal a nivel internacional plantea unas exigencias que solo un concierto del máximo nivel entre los países más importantes podría procurar algún resultado.

ofrezca soluciones reales para la gente real»<sup>5</sup>, como símbolo de que el camino al multilateralismo era ya un hecho necesitado de un impulso por parte de las instituciones con carácter supranacional.

Puede decirse, por tanto, que las nuevas técnicas y mecanismos de elusión tributaria han superado las posibilidades de actualización legislativa por parte de los Estados, y ello se ha materializado en un desfaldo en la recaudación, lo que ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que estamos ante un caso típico de una «crisis fiscal del Estado», por cuanto estos últimos son incapaces de hacer frente a las previsiones anuales de ingresos tributarios<sup>6</sup>.

Por ello, es palpable una ineficacia para erradicar la doble imposición pero también para la doble no-imposición, si bien la primera de estas ha intentado atajarse mediante la firma de convenios de doble imposición de carácter bilateral entre dos Estados y la segunda es un problema de gran magnitud en el panorama fiscal internacional y aun por solventar. En este sentido, creemos conveniente hacer mención al impacto del fenómeno digital y cómo ha dejado en evidencia los estándares clásicos fijados frente a la doble imposición y doble no-imposición.

## 2.2. LOS CONVENIOS BILATERALES DE DOBLE IMPOSICIÓN Y LOS NUEVOS RETOS DEL SIGLO XXI: LA INFLUENCIA DECISIVA DE LOS MODELOS DE NEGOCIO VIRTUALES

Desde que tenemos constancia de la existencia de los convenios de doble imposición de carácter bilateral<sup>7</sup> han alcanzado la cifra de 3.600 en la actualidad. Como es sabido, la instrumentación por la OCDE de un Modelo de Convenio para eliminar la doble imposición internacional en 1963 –si bien no exento de modificaciones parciales– ha servido de base para la elaboración de los sucesivos convenios en su gran mayoría, y que pervive en la actualidad.

Así lo ha entendido DAGAN cuando afirma que la labor de la OCDE ha llevado al dominio absoluto como referencia para la elaboración de convenios bilaterales, ya que el 75 % de los actuales convenios de doble imposición se sustentan en el Modelo de Convenio de la OCDE<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Puede consultarse el discurso completo del Secretario General de Naciones Unidas titulado «Working together, nations can tackle today's major challenges» disponible en línea: <http://huwu.org/apps/news/story.asp?NewsID=32856&Cr=multilateralism&Cr1=#>.

<sup>6</sup> Véase, entre otros, CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, págs. 148-149.

<sup>7</sup> Recordemos, como pone de manifiesto la doctrina alemana, que el primer convenio de doble imposición de carácter bilateral en materia de doble imposición de rentas se firmó en 1899 entre Austria y Prusia, si bien ya en el año 1843 y 1845 existieron dos convenios entre Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Francia centrados en la cooperación administrativa de carácter consular. Véase para más detalle BÜHLER, O.: *Principios de Derecho Internacional Tributario* (versión castellana de CERVERA TORREJÓN, F.), Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, págs. 189-197.

<sup>8</sup> *Cfr.* DAGAN, T.: «BRICS: Theoretical Framework and the Potential of Cooperation» en BRAUNER, Y. y PISTONE, P. (dir.), *BRICS and the Emergence of International Tax Coordination*, IBFD, Amsterdam, 2015, págs. 17-23. Véase

Además, la posibilidad de actualización mediante la introducción de nuevos comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE han servido para incorporar, según las necesidades existentes, nuevas situaciones que se escapaban del ámbito literal de aplicación de un artículo.

Sin embargo, la globalización unida al auge de otras formas alternativas de llevanza de la actividad económica ha traído consigo una mayor complejidad y grado de elaboración de las soluciones fiscales a nivel internacional. Como argumenta SANZ GADEA, «los patrones de tributación heredados del pasado siglo y hoy vigentes (aludiendo a los convenios de doble imposición bilaterales) no son los más idóneos para afrontar la realidad de los grupos multinacionales»<sup>9</sup>. Es más, incluso se ha llegado a afirmar que la globalización ha sido el detonante de la búsqueda actual de las soluciones multilaterales entre los Estados, algo defendido principalmente por la doctrina norteamericana<sup>10</sup>.

Actualmente no existe la necesidad de operar físicamente en un país mediante un establecimiento permanente, ya que las tendencias actuales giran en torno a la llevanza *online* de la actividad económica y los asentamientos en «la nube» de las empresas. Como argumentan DÍAZ-FAES, IRASTOZA y DURÁN, «se ha avanzado hacia un modelo basado en la centralización de funciones a nivel regional o global, dando lugar a la economía digital, haciendo surgir nuevos desafíos no contemplados en el sistema tributario que conocemos hoy en día»<sup>11</sup>. En efecto, el fenómeno virtual es el factor determinante que ha marcado la agenda fiscal de los Estados, ya que ha multiplicado el grado de complejidad existente en la persecución de las rentas no declaradas, superando a los modelos de negocio «físicos».

La economía digital ha supuesto una reformulación de los principios clásicos que han caracterizado al sistema fiscal internacional. Tanto es así que en el actual contexto internacional conviven dos modelos de política económica: por un lado, el modelo que ha primado a lo largo de los años anteriores a la consagración de internet y la globalización, que podemos catalogar como «economía preglobalización» y, por otro, lo que venimos denominando como «economía

---

la aportación de BOSMAN, A. (dir.): *Other Income under Tax Treaties*, Wolter Kluwer CISS, Netherland, 2015, págs. 11-41, que realiza un preciso análisis sobre las repercusiones que ha traído consigo el actual, no olvidemos, Modelo de Convenio de la OCDE.

<sup>9</sup> Cfr. SANZ GADEA, E.: «Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional», *Revista de Economía Vasca*, núm. 88, 2015, págs. 99-100.

<sup>10</sup> Entre otros, LOUKOTA, H. (dir.): «Multilateral Tax Treaty Versus Bilateral Treaty Network» en *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*, Wolter Kluwer, London, 1998, págs. 78-79; LIDERCRONA, C. y MATTSON, N.: «How to resolve international tax disputes?», *Intertax*, 1990, págs. 56-59; MCINTYRE, M. J.: «Options for Greater International Coordination and Cooperation in the Tax Treaty Area», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, núm. 54, 2002, págs. 98-101; VAN DER BRUGGEN, E.: «Compulsory jurisdiction of the International court of Justice in tax cases: do we already have an International Tax Court?», *Intertax*, núm. 250, 2001, págs. 45-47.

<sup>11</sup> Cfr. DÍAZ-FAES, J.; IRASTOZA, M. y DURÁN, V.: «La economía digital y el entorno BEPS» en SERRANO ANTÓN, F. (dir.): *Fiscalidad Internacional (II)*, CEF, Madrid, 2015, págs. 1.133-1.135.

digital»<sup>12</sup>, afianzándose en la comunidad internacional que la economía digital ha englobado los aspectos más relevantes de la economía clásica.

Esta nueva situación trae consigo una consecuencia para los Estados: debido a la imposibilidad de fijar dónde se crea la cadena de valor, el Estado de la fuente no logra la sujeción de las rentas en su territorio. Y del mismo modo puede suceder en el Estado de la residencia, ya que las rentas generadas en su mayoría son rentas virtuales y prevaleciendo los interesados de un convenio de doble imposición favorable se puede producir una doble exención de rentas y, por ende, no gravándose ni en el territorio fuente ni en el de la residencia.

Es por ello por lo que la sujeción de las rentas virtuales no puede afrontarse mediante la firma de un convenio de doble imposición entre dos Estados, ya que su volatilidad desplaza generalmente el campo de actuación a un tercer país. Así, este tipo de situaciones son cada vez más frecuentes en el panorama fiscal internacional y han supuesto, por un lado, el abandono definitivo de las soluciones fiscales con carácter bilateral entre los Estados debido a la escasez de resultados prácticos y, por otro, el asentamiento de una serie de prácticas internacionales que giran en torno a la multilateralidad en las soluciones fiscales y una mayor globalización de las mismas.

### 3. EL MULTILATERALISMO EN UN ENTORNO GLOBALIZADO

#### 3.1. NOTA SOBRE LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS SOLUCIONES MULTILATERALES

Los convenios fiscales multilaterales, además de constituir una solución para solventar la doble imposición y la doble no-imposición internacional, poseen una estructura y elementos propios que los hacen más o menos atractivos según los beneficios que reporte a los entes firmantes, por lo que son varias sus ventajas e inconvenientes.

En términos comparativos, los convenios fiscales bilaterales se caracterizan por representar fielmente las voluntades de los dos Estados miembros partícipes mediante un articulado redactado a medida, si bien en el caso de conflictos interpretativos requeriría de una nueva negociación y firma del convenio. Por su parte, los convenios fiscales multilaterales poseen unas normas interpretativas más desarrolladas y de mayor complejidad técnica, tendentes, como un sector doctrinal pone de manifiesto, a un mayor afán de universalidad, aunque el régimen de actualización se torna rígido en ausencia de cláusulas específicas para ello<sup>13</sup>. Al respecto, GRAU RUIZ argumenta

<sup>12</sup> En sentido contrario CARBAJO VASCO, D., *op. cit.*, págs. 151-152, afirma que esta nueva modalidad de economía que, en general se entiende por la doctrina, no representa un nuevo modelo económico, sino la digitalización y desmaterialización de las actividades económicas ordinarias, debido al impulso de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICS).

<sup>13</sup> DE FRANCISCO GARRIDO, R., *op. cit.*, págs. 88-89, donde el autor aclara que la excesiva objetivización de las cláusulas, en los convenios multilaterales, ha llevado a la introducción de protocolos bilaterales para que los Estados parte

que el convenio multilateral goza de una mayor eficiencia que los convenios bilaterales, siendo dos los motivos que avalan este parecer<sup>14</sup>:

1. Moderniza y armoniza las formas de asistencia administrativa, es decir, aparecen específicamente recogidas y suponen un punto de encuentro objetivo en que aunar voluntades diferentes.
2. Permite a los Estados alcanzar acuerdos cooperativos, aunque no conduzca necesariamente a una armonización de carácter multilateral de los procedimientos tributarios internacionales.

Las ventajas de los convenios multilaterales se pueden sintetizar en tres bloques: el primero, por los beneficios que reporta al comercio internacional; el segundo, como medio para prevenir la erosión de bases imponibles a nivel internacional; y el tercero, en materia de simplicidad administrativa.

En relación con el primero de ellos, los mayores beneficios se centran en solventar los llamados «casos triangulares»<sup>15</sup>, ya que si bien los convenios bilaterales son efectivos para solventar situaciones en las que se realiza una actividad económica en dos Estados, encuentran mayores dificultades cuando una empresa o grupo multinacional desarrolla una actividad económica en tres o más jurisdicciones. Sin embargo, existe otra ventaja digna de mención como es la ampliación de las redes de tratados entre los Estados, al producirse una mayor interconexión entre los ordenamientos jurídico-tributarios.

El segundo de los bloques se centra en combatir la volatilidad de las bases imponibles a nivel internacional, y trae consigo una serie de ventajas ya descritas por la doctrina norteamericana, y que podemos sintetizar en lo siguiente:

1. Facilita el intercambio de información entre las Administraciones tributarias, eso sí, únicamente las de aquellas jurisdicciones firmantes del convenio.
2. Reduce el llamado *treaty shopping* debido a una menor facilidad de las empresas y grupos multinacionales para deslocalizar su actividad a un tercer país que no sea parte de un convenio fiscal.
3. Reduce las distorsiones fiscales que genera la dispar configuración de la normativa tributaria en cada jurisdicción, porque supone establecer un marco de referencia

---

puedan establecer las particularidades que estimen pertinentes siempre que sean conformes con el contenido del tratado internacional.

<sup>14</sup> Cfr. GRAU RUIZ, M. A.: «Avances propuestos en la asistencia mutua en materia de recaudación», *Crónica Tributaria*, núm. 94, 2000, págs. 54-58.

<sup>15</sup> Véase para más detalle OCDE, «Triangular Cases» en *Model Tax Convention: Four Related Studies*, París, 1992, pág. 28.

en el que el conjunto de voluntades estatales se vea representada, sin necesidad de entrar en disputas por la prevalencia de una determinada norma a nivel interno<sup>16</sup>.

El tercero de los bloques se centra en la actividad administrativa y su simplicidad, tanto desde una perspectiva *ad intra* como *ad extra* de los Estados. En relación con el intercambio de información tributaria, si un gran número de Estados se sustenta en un marco de referencia común se armoniza un sistema en el que estos interactúan de la misma forma o, en otras palabras, intercambian datos siguiendo directrices homogéneas entre sus Administraciones tributarias, lo que, como resulta evidente, no sucede en una red amplia de convenios de doble imposición donde todos ellos cuentan con marcos de referencia de carácter bilateral, que pueden producir duplicidades administrativas y generar distorsiones fiscales entre los Estados. Así, en un marco de referencia común los principios de simplicidad y eficacia administrativa se ven reforzados, ya que cualquier cambio en el seno de ese tratado o convenio será inmediatamente trasladado al resto de jurisdicciones firmantes, reduciendo el tiempo de negociación o, si cabe, de renegociación.

Las desventajas, siguiendo principalmente lo recogido por LANG, SCHUCH y HUGH, pueden sintetizarse en lo siguiente<sup>17</sup>:

1. La conservación de la soberanía fiscal por los Estados se ha visto menoscabada a fin de armonizar principios y parámetros fiscales comunes.
2. Existe una divergencia clara entre los sistemas fiscales internacionales, no solo entre aquellos que promueven un sistema de retención en fuente y otros en residencia, sino divergencias entre los propios países que promueven el mismo sistema de sujeción de rentas, ya que la configuración de las disposiciones tributarias por los Estados no respeta un principio homogéneo entre las jurisdicciones, lo que conlleva una gran disparidad en la configuración de las bases imponibles y en el sistema de deducciones y bonificaciones en el Impuesto sobre Sociedades.
3. La definición de sustancia económica y la conclusión de un estándar único conllevan no menos problemas, ya que los Estados deben definir de manera precisa cuándo se entiende que se realiza una actividad económica y cuándo hay un motivo económico válido tras una operación económica internacional, algo sumamente complejo.
4. Los precedentes acaecidos tiempo atrás constituyen un pretexto no demasiado halagüeño para la conclusión de nuevos tratados o convenios, y como ejemplo de

<sup>16</sup> De este parecer es ARNOLD, B.: «Future Direction in International Tax Reform», *Australian Tax Forum*, núm. 5, vol. 5, 1988, págs. 451-469; OLIVER, D.: «Tax Treaties and the Market State», *Tax Law Review*, núm. 4, 2003, págs. 587-608.

<sup>17</sup> Véase para más detalle LANG, M. y SCHUCH, J.: «Europe on its way to a Multilateral Tax Treaty», *EC Tax Review*, núm. 9, 2000, págs. 197-246; HUGH, J.: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, 1997, pág. 587.

ello, entre otras destacables, la Propuesta de Directiva *Comon Consolidate Corporate Tax Base* (CCCTB)<sup>18</sup>.

Expuestas sucintamente las ventajas y desventajas de los convenios multilaterales, hemos observado que en la actualidad ha sido necesario prescindir de un marco de actuación bilateral entre dos Estados mediante un convenio de doble imposición para articular otro marco inclusivo de carácter general donde los Estados interactúen, con una configuración universal y de mayor aplicabilidad práctica, dejando en manos de las jurisdicciones implementar acuerdos específicos que clarifiquen ciertos aspectos no previstos en el marco general.

### 3.2. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES DE CARÁCTER MULTILATERAL Y LAS TENDENCIAS ACTUALES

Como bien ha puesto de manifiesto la doctrina norteamericana, el punto de inicio en los esfuerzos para coordinar los regímenes fiscales entre varios países usando como pretexto un convenio multilateral se remonta a los trabajos de la Sociedad de Naciones y la Primera Guerra Mundial<sup>19</sup>, en los que se encargó a un grupo de prestigiosos economistas que redactaran un informe donde se recogiesen soluciones alternativas frente a los convenios de doble imposición<sup>20</sup>. Sin embargo, estos esfuerzos quedaron sin eficacia práctica puesto que la conclusión principal que se plasmó en dicho informe fue que la Sociedad de Naciones debía centrarse en los convenios de doble imposición bilaterales en lugar de abordar o promover los convenios multilaterales<sup>21</sup>.

En esta línea, MARTÍN JIMÉNEZ pone de manifiesto que uno de los primeros convenios con carácter multilateral es el Acuerdo General sobre el Comercio y las Tarifas (conocido como GATT) firmado en 1948, si bien tras el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio en 1994, el GATT se centró principalmente en el comercio de bienes. Así, si bien este acuerdo es multilateral, como experiencia pionera de multilateralismo fiscal carece de sustento, ya que no constituye un marco de referencia con normas fiscales uniformes aplicables a una serie de Estados en supuestos

<sup>18</sup> Cfr. PISTONE, P.: *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, 2002, págs. 147-149; RAZIN, A. y SADKA, E.: «The Economics of Globalization», *Cambridge University Press*, 1999; TANZI, V.: *Taxation in an Integrating World*, Brookings Institution, Washintong D. C., 1995, págs. 346-367.

<sup>19</sup> Véase LANG, M. y SCHUCH, J., *op. cit.*, págs. 39-44; LOUKOTA, H. (dir.), *op. cit.*, págs. 86-89.

<sup>20</sup> Para más detalle, véase BRUINS, W.; EINAUDI, L.; SELIGMAN, E. y STAMP, S.: *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee*, League of Nations, Doc. Núm. 73/F. 19, 1923.

<sup>21</sup> No solo eso, en el seno de la institución se produjo una confrontación en las posturas defendidas; desde aquellas voces que promovían un reemplazo del sistema bilateral de convenios hacia un sistema multilateral, hasta la coexistencia de convenios bilaterales y multilaterales recogiendo este último las particulares casuísticas que no abarcaba la red bilateral de convenios. Véase para más detalles LOUKOTA, H., *op. cit.*, pág. 87; DUNLOP, J.: «Taxing the International Athlete; Working toward Free Trade in Americas Throught a Multilateral Tax Treaty», *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 27, 2006, págs. 227-233; OLIVER, D., *op. cit.*, págs. 587-608.

de doble imposición o doble no-imposición, aunque sí con base en otros aspectos no menos destacables (v. gr., desmantelamiento de las barreras al libre comercio; derechos de aduanas y tarifas).

Por otro lado, SERRANO ANTÓN trae a colación una serie de tratados o convenios con carácter multilateral que bien están en vigor o bien lo han estado en algún periodo. Destaca *L'Organisation Commune Africaine, Malgache et Maucienne* sobre cooperación fiscal en 1971; el Acuerdo para la eliminación de la doble imposición internacional y evitar la evasión fiscal entre los Estados de la Unión Económica Árabe, firmado en 1973; el Convenio Multilateral de los Estados miembros de la COMECON para eliminar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio de 1977; el Convenio de la ECOWAS de 1975; y el conocido Convenio Nórdico para la eliminación de la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio que entró en vigor en 1998, siendo este último un gran ejemplo a nivel internacional de cooperación eficaz de carácter multilateral<sup>22</sup>.

No solo eso, en materia de cooperación administrativa con carácter multilateral, la Organización Mundial de Aduanas impulsó el Convenio de Asistencia Mutua Administrativa para la prevención, investigación y represión de las infracciones aduaneras de 1977 y el Convenio Internacional de Asistencia Mutua Administrativa en materia aduanera de 2003<sup>23</sup>.

Llegados a este punto debemos hacer mención al que para un sector doctrinal<sup>24</sup> es el ejemplo más inmediato de éxito de las soluciones fiscales con carácter multilateral: el Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua de la OCDE, que entró en vigor en 1995<sup>25</sup>. Este convenio, como bien se encarga de remarcar CALDERÓN CARRERO, ha sido firmado por 84 países, pero solo ha entrado en vigor en 61 de ellos<sup>26</sup>, lo que no significa por ello, a nuestro juicio, una minusvaloración del convenio, ya que la multilateralidad obtenida aunando tan elevado número de voluntades estatales es digno de mención, si bien su objetivo es conseguir una eficaz coope-

<sup>22</sup> Cfr. SERRANO ANTÓN, F. (dir.): «Los principios básicos de la fiscalidad internacional y convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación» en *Fiscalidad Internacional (I)*, op. cit., págs. 313-315.

<sup>23</sup> DE FRANCISCO GARRIDO, R., op. cit., págs. 89-90.

<sup>24</sup> Por todos, FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 145-156.

<sup>25</sup> Los países firmantes del convenio multilateral a 15 de mayo de 2016 son: Albania, Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Belice, Brasil, Canadá, Colombia, Corea, Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Grecia, Guatemala, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, México, Moldavia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Túnez, Turquía y Ucrania.

<sup>26</sup> Cfr. CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El procedimiento de intercambio de información establecido en los Convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE», en SERRANO ANTÓN, F., *Fiscalidad Internacional*, op. cit., págs. 1.531-1.532.

ración administrativa entre los Estados firmantes y no una eliminación –al menos, directa– de la doble imposición o la doble no-imposición.

Expuestos sucintamente los ejemplos más representativos de colaboración fiscal internacional, bien tendentes a una cooperación administrativa o bien para eliminar la doble imposición o doble no-imposición, una idea es clara: estos convenios son una excepción a la tónica general que ha sido la firma por dos Estados de un convenio de doble imposición y, sin embargo, estos últimos se han mostrado ineficaces frente a los desafíos fiscales actuales.

En relación con lo descrito, queda patente que las tendencias actuales giran en torno al multilateralismo en las soluciones fiscales. Tras las experiencias desarrolladas con anterioridad, la comunidad internacional es consciente de los retos a solventar a corto y medio plazo (*v. gr.*, falta de voluntad para concretar acuerdos consensuados entre un elevado número de Estados que se traduzca en resultados prácticos).

Por ello, el multilateralismo es el presente y futuro de las soluciones fiscales internacionales. Sin embargo, hay que diferenciar el multilateralismo como sinónimo de la articulación de estándares fiscales comunes a nivel global y que sea *condictio sine qua non* la firma de un marco de común de referencia o un convenio multilateral.

Es decir, las jurisdicciones interesadas en la lucha frente a la deslocalización de los beneficios pueden actuar conjuntamente sin que ello signifique la implementación y firma de un convenio multilateral en el que los Estados firmantes se obliguen a ratificarlo posteriormente, ya que pueden aplicarse parámetros fiscales comunes sin la necesidad de recogerlo en un marco de actuación común.

Sin embargo, la obligatoriedad en su aplicación tras la firma de un convenio con carácter multilateral es determinante ya que, como viene siendo tónica general en la comunidad internacional, en ausencia de un marco común de referencia no llegan a aplicarse íntegramente los acuerdos alcanzados, a pesar del compromiso adquirido por parte de los Estados.

Por ello, el multilateralismo con carácter fiscal presenta dos acepciones:

1. Es un mecanismo de cooperación administrativa entre las Administraciones tributarias de una serie de jurisdicciones a fin de facilitar la identificación e intercambio de información de las rentas derivadas de actividades económicas o comerciales.
2. Es un marco de referencia común que contiene medidas fiscales aplicables a un número elevado de voluntades estatales, con el fin de eliminar la doble imposición o doble no-imposición de las rentas.

Así, a nuestro juicio, estas afirmaciones se ven afianzadas por las directrices seguidas por los principales organismos internacionales que se erigen líderes en la lucha frente a la erosión de las bases imponibles que, entre otras medidas destacables, la OCDE trata de implementar –antes

de diciembre de 2016— un instrumento multilateral que solviente los problemas de los que adolece actualmente el sistema fiscal internacional, y que pasamos a exponer a continuación<sup>27</sup>.

## 4. EL INSTRUMENTO MULTILATERAL DEL PLAN DE ACCIÓN BEPS DE LA OCDE: ¿SOLUCIÓN FISCAL DEFINITIVA?

### 4.1. SUCINTA APROXIMACIÓN AL INSTRUMENTO MULTILATERAL DEL PLAN BEPS

El instrumento multilateral previsto en la acción 15.<sup>a</sup> del Plan de Acción BEPS constituye el estandarte del proyecto promovido por la OCDE y el G20, poniendo de manifiesto que las tendencias actuales se centran en el multilateralismo entre los Estados.

La OCDE pretende articular un tratado internacional de corte multilateral que resuelva, por un lado, las situaciones analizadas en las restantes acciones del Plan BEPS (*v. gr.*, economía digital, estatuto del establecimiento permanente, híbridos, abuso de convenio) implementando un convenio que recoja las voluntades de los Estados miembros firmantes para conseguir a nivel internacional un consenso sobre normas fiscales uniformes en la materia y, por otro, que solviente los problemas que sufren los convenios de doble imposición de carácter bilateral desde hace más de 100 años y que han resultado ser insuficientes para solucionar el problema de la doble imposición durante el siglo XX y la doble no-imposición en la actualidad.

La trascendencia internacional de la acción 15.<sup>a</sup> es evidente: las situaciones analizadas en las restantes acciones del Plan de Acción BEPS encuentran su solución bajo la articulación del instrumento multilateral expuesto en la acción 15.<sup>a</sup>, como la solución fiscal definitiva a los problemas más significativos que engloban al sistema fiscal internacional. Por ello, los Estados miembros de la OCDE han decidido estudiar la viabilidad de un instrumento multilateral que produciría los mismos efectos que una renegociación simultánea de los miles de convenios fiscales bilaterales, debido al periodo temporal necesario para su actualización que, como sabemos, promedia los cuatro años de duración.

Es así como bajo el título «Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales» la acción 15.<sup>a</sup> del Plan de Acción BEPS pretende<sup>28</sup>:

<sup>27</sup> Debemos destacar el trabajo de SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E.: «La transmisión automática de información. Avances y perspectivas», *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2016, en el que se recoge otra posible acepción del multilateralismo, en este caso en el ámbito del intercambio de información tributaria, en el que la autora recoge la necesidad de «la instauración de un tratado multilateral de información con alcance mundial».

<sup>28</sup> *Vid.* OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OCDE Publishing, Bruselas, 2013, pág. 23.

«Analizar las cuestiones de derecho internacional público y tributario en relación con el desarrollo de un instrumento multilateral que permita que las jurisdicciones que lo deseen implementen las medidas que se desarrollen en el curso de los trabajos de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y así enmienden los convenios fiscales bilaterales. Sobre la base de este análisis, las partes interesadas desarrollarán un instrumento multilateral diseñado para ofrecer un enfoque innovador a la fiscalidad internacional, que reflejen la naturaleza rápidamente evolutiva de la economía global y la necesidad de adaptarse rápidamente a esta evolución».

Con el objetivo de llevar a cabo la completa implementación de la acción 15.<sup>a</sup> del Proyecto BEPS y, por consiguiente, del cúmulo de las acciones anteriores, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, refrendado por los ministros de finanzas congregados en el G20 y los gobernadores de los bancos centrales, mediante una reunión en febrero de 2015 establecieron la creación de un grupo de trabajo *ad hoc* formado por más de 80 países cuyo objetivo fundamental es completar el trabajo de la acción 15.<sup>a</sup> y contribuir a su rápida implantación conforme al calendario temporal establecido, y serán invitadas de igual modo organizaciones internacionales con el estatus de miembro observador<sup>29</sup>. Así, el comienzo de las actuaciones se produjo el 27 de mayo de 2015, y acordaron los participantes que sería a principios de noviembre de 2015 cuando se iniciaría el trabajo sustantivo, y tiene el firme propósito de llevar a término la tarea encomendada y abrir el convenio o instrumento multilateral a la firma no más tarde del 31 de diciembre de 2016.

Situados actualmente en la era pos-BEPS, el marco en el que los Estados la afrontan se antoja atípico: por un lado, urge la puesta en vigor del instrumento multilateral y, por otro, los Estados tienen la necesidad de articular los mecanismos necesarios para llevarlo a cabo.

Una idea queda clara tras las líneas de actuación seguidas por la OCDE: el instrumento multilateral del Plan BEPS se ha publicitado como la solución fiscal definitiva frente a todos aquellos problemas de los que adolece el sistema fiscal internacional y que han sido recogidos en las restantes acciones del Plan BEPS, como entre otras: la economía digital, los precios de transferencia, el abuso de convenio, los híbridos o la deducibilidad de intereses. En este sentido, la estrategia publicitaria del instrumento multilateral ha sido positiva, puesto que si bien va a ser la última acción en el periodo temporal en implementarse (no olvidemos, previsiblemente, se abrirá a la firma en diciembre de 2016), ha despertado no pocas opiniones en el panorama fiscal internacional, principalmente de-

<sup>29</sup> Los miembros del grupo *ad hoc* hasta el 1 de enero de 2016 son: Alemania, Andorra, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Bután, Canadá, China (República Popular), Chipre, Colombia, Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Islas Marshall, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kazajistán, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Moldavia, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumanía, Rusia, San Marino, Senegal, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Suazilandia Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Tanzania, Túnez, Turquía, Uruguay, Vietnam y Zambia.

bido a la persistencia en la que la OCDE afirma que va a resolver los problemas actuales del sistema fiscal internacional, pese a que, a nuestro juicio, los precedentes en la materia les son adversos.

## 4.2. EL CONTEXTO INTERNACIONAL DEL INSTRUMENTO MULTILATERAL

El contexto internacional en el que la OCDE y el G20 promueven el instrumento multilateral es favorable por la necesidad de articular soluciones eficaces a nivel internacional frente a la descontrolada volatilidad de las bases imponibles. Sin embargo, los precedentes internacionales no auguran un buen fin al estandarte estrella del Plan de Acción BEPS.

En primer lugar, el instrumento multilateral del Plan BEPS no es un instrumento de cooperación internacional novedoso, ya que otras iniciativas de corte multilateral se han promovido con anterioridad. En este sentido, no todos los proyectos articulados por la OCDE y el G20 –que precisamente promueven el instrumento multilateral– han sido fructuosos, al igual que varios de los proyectos promovidos por la Unión Europea.

Como bien es sabido, a nivel europeo la Propuesta de Directiva *Common Consolidate Corporate Tax Base* (CCCTB)<sup>30</sup> publicada en 2011 causó un revuelo internacional equiparable al que actualmente ha generado el instrumento multilateral de BEPS, ya que su impacto, según voces cualificadas, solventaría una gran parte de los problemas que adolecen los sistemas fiscales en Europa occidental<sup>31</sup>. A pesar de esto, tras la publicación en junio de 2015 por la Comisión Europea del *Plan de Acción para la creación de una coherencia necesaria en el Impuesto sobre Sociedades*<sup>32</sup> y la reactivación del sistema CCCTB como el buque insignia del proyecto, se atisba un hilo de esperanza, aunque el sistema de la fórmula de reparto requiera de modificaciones de gran envergadura, hecho de lo que la Comisión Europea es consciente.

Visto esto, aunque el proyecto CCCTB no es el único precedente internacional de lucha frente a la erosión de las bases imponibles, sí constituye un contexto en el que el Plan de Acción BEPS y particularmente el instrumento multilateral no deben sentirse especialmente cómodos.

En segundo lugar, las estrategias de planificación fiscal agresiva<sup>33</sup> articuladas por determinadas empresas y grupos multinacionales constituyen obras de ingeniería fiscal cada vez más sofisticadas.

<sup>30</sup> Vid. Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS). Bruselas, 23 de junio de 2011. COM (2011) 121 final.

<sup>31</sup> De este parecer es SANZ GADEA, E., *op. cit.*, págs. 101-103.

<sup>32</sup> Vid. «Communication from the Commission to the European Parliament and the Council», *A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, Bruselas, 17 de junio de 2015. COM (2015) 302 final.

<sup>33</sup> Puede verse un estudio sobre la delimitación de este concepto en CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE», *RCyT*. CEF, núm. 394, enero, 2016, págs. 41-92.

Mientras que a comienzos de los años 90 se utilizaban estructuras como la «doble irlandesa» o «la ruta de las Antillas»<sup>34</sup> y, por tanto, se ponía el punto de mira en los territorios con una legislación fiscal laxa, la evolución acelerada de las estrategias de planificación fiscal agresiva unida a la globalización y al fenómeno digital han permitido a ciertas empresas y grupos deslocalizar aún más, por un lado, la actividad económica y, por otro, la creación de la cadena de valor<sup>35</sup>.

Así, estas estrategias de planificación fiscal agresiva van un paso por delante que los avances en el seno de la OCDE para implementar de manera rápida y eficaz un instrumento multilateral que englobe multitud de voluntades de particulares jurisdicciones, sabiendo que aquellas que por motivos económicos –generalmente, pérdida de inversión extranjera– no les resulte beneficiosa la firma del mencionado instrumento, como resulta lógico, no formaría parte ni se vería vinculado por esas directrices.

En tercer lugar y continuando con la línea argumental, los Estados tienen un papel protagonista tanto en la implementación del instrumento multilateral como en erradicar la deslocalización de rentas y/o erosión de las bases imponibles. Por ello, la voluntad para llevar a buen término el instrumento multilateral depende en gran parte de su capacidad para llegar a acuerdos consensuados, lo que, visto los precedentes, no va a resultar del todo fácil.

Como argumentan MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, los Estados no solo tienen la capacidad para decidir la implementación del instrumento multilateral, sino que deben meditar muy bien las reacciones legislativas y de sus Administraciones tributarias a las recomendaciones internacionales que se deriven del Plan de Acción BEPS<sup>36</sup>. Es decir, si bien las multinacionales han llevado sus estrategias de planificación fiscal al límite de la regulación fiscal entre los Estados, estos últimos han articulado e implementado el marco legislativo en el que las multinacionales se han movido. Por ello, los Estados comparten la responsabilidad de que durante estos últimos años las multinacionales hayan desarrollado unas estrategias de planificación fiscal que ha burlado los sistemas legislativos de numerosas jurisdicciones y, por ende, tienen tanta responsabilidad como las propias multinacionales<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Para más detalle, véase FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E., *op. cit.*, págs. 232-237.

<sup>35</sup> A nuestro juicio, esto es así ya que, por ejemplo, una misma empresa puede tener su sede física en la Isla de Jersey, comerciar electrónicamente con países europeos a través de una página web asentada en Francia cuyo servidor se encuentra en Delaware y si, además, la actividad entrase en el ámbito de la cesión de derechos de explotación se complicaría aún más, puesto que los entramados societarios podrían agravar el problema buscando una subcesión de esos derechos hacia otros territorios con un convenio de doble imposición favorable, en los que el retorno de dividendos y/o intereses quedasen exentos tanto en fuente como en residencia.

<sup>36</sup> *Cfr.* MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, núms. 1-2, 2014, págs. 87-115.

<sup>37</sup> *Ibidem* nota 36, donde los autores plantean una reflexión acerca de si el fenómeno de la erosión de las bases imponibles es atribuible solo a las multinacionales o también a los Estados por facilitar dichos comportamientos.

Por ello, los intereses enfrentados en este asunto juegan un papel primordial: por un lado, dentro de los países que forman la OCDE existe un grupo de jurisdicciones –tanto importadoras como exportadoras de capital– que pueden ver peligrar su posición de dominio si el instrumento multilateral llegase a buen puerto, y por tanto pueden verse comprometidos en la firma y posterior ratificación del convenio.

En cuarto lugar, debemos hacer mención al valor normativo de las directrices emanadas por la OCDE, esto es, instrumentos de *soft law*, y la repercusión que trae consigo para el instrumento multilateral de BEPS.

Sin ánimo de ser exhaustivos en una delimitación del *soft law*, ya que voces más autorizadas para ello lo han hecho con rigor<sup>38</sup>, nos limitaremos a poner de manifiesto cómo puede afectar la posición en el sistema de fuentes de los *Final Report Action by Action* en la configuración del instrumento multilateral a nivel internacional. Bien es sabido que los *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 no contienen obligaciones jurídicas vinculantes y, por ende, son meras recomendaciones dirigidas a los Estados miembros.

Aunque las conclusiones esgrimidas en los *Final Report Action by Action* de las 14 primeras acciones BEPS han conllevado la modificación a nivel interno por los Estados de su normativa tributaria –aunque no de manera directa–, en términos comparativos con las directrices emanadas de la Unión Europea su posición jerárquica se ve debilitada.

En efecto, las conclusiones de los *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 del Plan BEPS no constituyen *per se* obligaciones jurídicas acatables para los Estados y, por tanto, son estos los que deciden su incorporación a los ordenamientos jurídico-tributarios. Sin embargo, sí se aprecia un avance en el compromiso de los Estados por adaptar las conclusiones que recojan estos *Final Report*, si bien la propia Unión Europea va un paso por delante en este aspecto ya que, como sabemos, el «Paquete de medidas contra la elusión fiscal» publicado el 28 de enero de 2016 que trae como novedad la propuesta de directiva *Anti Avoidance Tax Base* incorpora varias medidas recogidas en BEPS, y no solo eso, las implementa, lo que puede traer consecuencias negativas a la hora de implementar el instrumento multilateral.

En este asunto cabe una reflexión: el *Final Report Action 15* de octubre de 2015 es un instrumento de *soft law*, sin embargo, la conclusión del instrumento multilateral es un tratado internacional, por lo que estas últimas conclusiones abandonan el carácter meramente recomendatorio al recogerse en un tratado con carácter vinculante para los Estados miembros. Así, y como dice

<sup>38</sup> Entre otros, véanse SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional» en MÁLVAREZ PASCUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S., *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Aranzadi, Navarra, 2014, págs. 502-523; LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: «El *Soft Law* y sus implicaciones en la política fiscal de la UE», *Crónica Tributaria*, núm. 5, 2011, págs. 3-5; ANEIROS PEREIRA, J.: «*Soft Law* e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, 2011, págs. 10-12.

con buen criterio SERRANO ANTÓN, «no hay que presuponer que por el mero hecho de que un Estado haya votado a favor de la recomendación de emplear las recomendaciones BEPS las vaya a seguir en todos sus aspectos, ya que, al fin y al cabo, se trata de una mera recomendación»<sup>39</sup>.

Visto esto, ya que las conclusiones del *Final Report Action 15* van a ser recogidas en el instrumento multilateral, para solventar la problemática del *soft law* con el resto de acciones BEPS una posible solución sería recoger las conclusiones de los *Final Report Action by Action* en el nuevo instrumento multilateral, del mismo modo que las de la acción 15.<sup>a</sup>

En quinto y último lugar, la necesidad de renunciar por parte de los Estados a parte de su soberanía fiscal es un asunto que desde hace décadas no encuentra una solución clarividente. La conclusión del instrumento multilateral requiere la cesión de una parte de la soberanía fiscal estatal a fin de armonizar un nuevo convenio que solvete los problemas que afectan al sistema fiscal internacional y que no han sido resueltos por los proyectos que le preceden. Sin embargo, aunar tan elevado número de voluntades no ha sido tarea fácil a lo largo de los años.

Como bien es sabido, la capacidad soberana de los Estados se ha visto limitada desde la consolidación del espacio económico europeo. En este sentido MARTÍN QUERALT y MARTÍNEZ LAFUENTE argumentan que la limitación que sufren los Estados en su poder financiero por la integración en las Comunidades Europeas debe ser comprendida teniendo en cuenta la autolimitación que implica la transferencia a estas de competencias o, si se prefiere, de soberanía<sup>40</sup>. Así, estas limitaciones que sufren los Estados producto de la cesión de soberanía –en este caso, tributaria– tienen como contrapartida la necesidad de fijar principios y parámetros comunes en la aplicación de los tributos en la Unión Europea.

Sin embargo, este asunto es controvertido para los gobiernos e instituciones, puesto que parece ser que no es suficiente el fin último que esa cesión de soberanía fiscal conlleva: la conclusión de elementos comunes aplicables en la zona comunitaria, ya que los Estados persisten en modificar de manera unilateral su normativa interna a fin de introducir nuevos parámetros que, si bien siguen la línea impulsada por la OCDE y la Unión Europea, no tienen que ir en consonancia de manera estricta.

Por ello, a nuestro juicio, se antoja complicado el pretexto en el que el instrumento multilateral tiene que implementarse, ya que requiere un acuerdo de voluntades sin precedentes en el panorama fiscal internacional, y dados los antecedentes inmediatos no les auguran un buen fin.

<sup>39</sup> Cfr. SERRANO ANTÓN, F.: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre, 2015, págs. 96-97, donde incluso el autor plantea la posibilidad de que si el Plan BEPS no llegase a su culminación definitiva, cabría considerarlo en su conjunto como un instrumento de *soft law*.

<sup>40</sup> Cfr. MARTÍN QUERALT, J. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: «La política fiscal europea» en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 270-274.

#### 4.3. LAS CONCLUSIONES DEL *FINAL REPORT ACTION 15* DE OCTUBRE DE 2015

Las conclusiones que extrae el *Final Report Action 15* ponen de manifiesto una realidad candente: es prioritario implementar –en el periodo de tiempo más breve posible– el instrumento multilateral, y esta tarea ha de llevarse a cabo con base en tres bloques<sup>41</sup>.

El primer bloque hace referencia a la necesidad de comenzar rápidamente la implementación de las medidas. Como bien es sabido y pone de manifiesto el *Final Report Action 15*, la mayoría de las medidas relativas al instrumento multilateral requerirán cambios en los convenios fiscales bilaterales, aunque cabe recordar que los países son soberanos y que de ellos dependerá la puesta en marcha de estos cambios.

Como se viene discutiendo desde la publicación del Plan de Acción BEPS, la articulación posible entre los convenios de doble imposición de carácter bilateral y el instrumento multilateral propuesto por el Plan de Acción BEPS en su acción 15.<sup>a</sup> pueden plantear no pocas controversias. En la actualidad existen más de 3.600 convenios de doble imposición de carácter bilateral, por lo que son tres las posibilidades que se nos plantean, a saber: una supresión de los convenios bilaterales vigentes por el nuevo instrumento multilateral BEPS, el instrumento multilateral como un complemento a los convenios fiscales bilaterales que supla las lagunas existentes o una coexistencia en el tiempo entre los convenios bilaterales y el instrumento multilateral.

A nuestro juicio, las dos primeras opciones pueden traer consigo efectos perjudiciales: por un lado, la ruptura radical con el sistema de relaciones jurídicas articuladas a lo largo de estos años mediante los convenios de carácter bilateral conllevaría inseguridad jurídica entre los Estados; y por otro, el margen de actuación del que gozarían los Estados a la hora de eludir la aplicación del instrumento multilateral, ya que bastaría con la modificación del convenio bilateral en vigor para tal causa, dando como resultado una aplicación subsidiaria o residual del convenio multilateral del Plan BEPS.

Centrándonos en la tercera de estas opciones, la convivencia entre el instrumento multilateral y los convenios de doble imposición en un plano de coexistencia trae consigo dos consecuencias: la primera, articular una solución continuista sin una ruptura radical con el sistema vigente; y la segunda, la concepción del instrumento multilateral como un mecanismo de complemento ante situaciones en las que un convenio de doble imposición bilateral resulta insuficiente o suscita un conflicto<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Vid. OCDE, *Action 15: Final Report «Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties»*, OECD Publishing, París, págs. 12-15.

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA NOVOA, C.: «Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», *Nueva fiscalidad*, núm. 3, 2015, págs. 76-77, argumenta que la importancia de articular de manera precisa y adecuada la relación entre los convenios bilaterales y el instrumento multilateral ya que a partir del contenido del artículo 30 del Convenio de Viena de 1969, tendría que declarar expresamente (el instrumento multilateral) terminados

Sin embargo, el periodo temporal para el desarrollo del instrumento multilateral es de interés, puesto que desde la publicación en septiembre de 2013 del Plan de Acción BEPS se abrirá a su firma por los Estados en diciembre de 2016, y el plazo mínimo estimado de modificación de los convenios fiscales bilaterales es de cuatro. Además, se suma la posibilidad de que surjan multitud de situaciones complejas como, entre otras, la imposibilidad de llevar a cabo en el periodo acordado los objetivos que se pretenden<sup>43</sup>.

En otro orden de cosas, como se encarga de remarcar el *Final Report Action 15*, la implementación de las medidas puede llevarse a cabo de manera diversa, siempre que no entren en conflicto con los compromisos jurídicos internacionales. Además, se destaca la importancia decisiva de una adopción coherente de las medidas, para lo que la creación del grupo de trabajo *ad hoc* constituye una base sólida sobre la que actuar.

El segundo de los bloques lo constituye la necesidad del seguimiento en la implantación y la eficacia de las medidas adoptadas en el contexto del Proyecto BEPS. Los mecanismos de control sobre el compromiso de los Estados y su capacidad para llevar a cabo dicha implementación se tornan como un pilar fundamental, y precisamente de este compromiso y capacidad dependerá la mayor o menor implementación del instrumento multilateral.

Así, si bien es necesaria una adopción coherente de las medidas de forma unánime o, al menos, mínimamente consensuada entre los entes intervinientes, igual de imperiosa es la necesidad de un control sobre las medidas efectuadas, tanto desde una vertiente *ad intra* como *ad extra*, es decir, controles por los propios Estados y por los entes supranacionales. Este aspecto es de suma importancia, ya que si bien hace referencia el *Final Report Action 15* a la necesidad del seguimiento de las medidas adoptadas, no realiza recomendaciones al respecto o diseña una hoja de ruta y, por tanto, es una incógnita la metodología por la que los Estados deben, en primer lugar, asegurarse a nivel interno del cumplimiento efectivo de las mismas y, en segundo lugar, rendir cuentas a los entes supranacionales (concretamente, la OCDE) que han promovido e incentivado esa adopción de medidas mediante instrumentos, no debemos olvidarlo, de *soft law*.

El tercero de los bloques constituye la elaboración de un marco de carácter inclusivo basado en el diálogo y la cohesión, es decir, promover la cohesión tributaria internacional mediante el consenso entre los Estados y, además, el marco de participación en su puesta en marcha. Se pretende

---

o suspender los convenios fiscales bilaterales entre países que sean parte del acuerdo multilateral o bien establecer, expresamente, su prevalencia frente a los convenios bilaterales.

<sup>43</sup> Merece destacarse la opinión de CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La dimensión europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2016, pág. 22, que duda sobre la compatibilidad o el encaje de los instrumentos unilaterales, bilaterales o multilaterales, realizando la siguiente reflexión al respecto: «no resulta claro cómo terminarán encajando y operando las acciones europeas de ejecución de BEPS con el Convenio multilateral BEPS 2016 o con los propios convenios de doble imposición entre Estados miembros y países terceros. No parece fácil que esta combinación de medidas BEPS unilaterales, bilaterales y multilaterales y ahora comunitarias vaya a traer consigo un espacio económico más competitivo para las empresas europeas...».

establecer un marco todavía más inclusivo, donde seguirán teniendo cabida otros organismos internacionales y organizaciones fiscales regionales, y donde los países de la OCDE y el G20 trabajarán juntos durante el año 2016 para diseñar y proponer un marco que respalde y supervise la implementación del paquete BEPS, permitiendo la participación de los países en igualdad de condiciones.

Como ha sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones por la doctrina<sup>44</sup>, el Plan de Acción BEPS y sus *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 no constituyen el final del camino. Es decir, que la auténtica implementación no ha terminado con la publicación de sendos informes, sino que comienza a raíz de estos, lo que se manifiesta aún más si cabe en el instrumento multilateral en el que sus posibles efectos serán visibles tras su publicación –presumiblemente– en diciembre de 2016<sup>45</sup>.

Este marco inclusivo de puesta en marcha del Proyecto BEPS en general y del instrumento multilateral en particular pretende aunar multitud de situaciones que suceden en los distintos países actuantes y que pueden suponer un aporte a la configuración del propio convenio multilateral. En este sentido, resulta destacable la nota informativa publicada el pasado marzo de 2016 por la OCDE titulada *El marco inclusivo para la implementación de las medidas BEPS* en la que se pone de manifiesto que si bien las soluciones frente a las problemáticas BEPS deben realizarse de manera conjunta, la realidad práctica ha conducido a abrir un modelo estándar en el que los países interesados en adquirir la condición de miembro de dicho marco inclusivo se integren, debiendo aceptar el paquete BEPS en su conjunto<sup>46</sup>.

Todos los miembros aceptantes del marco, además de abonar una cuota anual de membresía para hacer frente a los costes y gastos del marco, respaldarán, con la firma de adhesión al mismo, la hipótesis general de trabajar en igualdad de condiciones para poner fin a la evasión fiscal, mejorar la coherencia de la normativa fiscal internacional y garantizar un entorno fiscal más transparente, materializado en las siguientes hipótesis específicas:

- Desarrollar normas concernientes a los restantes problemas de la erosión de las bases imponibles y del traslado de beneficios.

<sup>44</sup> Véanse MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: «El Plan de Acción de la OCDE...», *op. cit.*, págs. 110-111; CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La dimensión europea del Proyecto BEPS...», *op. cit.*, págs. 20-21.

<sup>45</sup> De este parecer es CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La dimensión europea del Proyecto BEPS...», *op. cit.*, págs. 20-21, argumentando que *BEPS is not a game over*, afirmando la idea de que BEPS comienza su implementación tras octubre de 2015.

<sup>46</sup> *Vid.* OCDE, Nota Informativa *El marco inclusivo para la implementación de las medidas BEPS*, OCDE Publishing, París, 2016, págs. 6-8, se recoge que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE permitirá el ingreso de los países y jurisdicciones interesadas en participar y poner en marcha este nuevo marco inclusivo, lo que pone de manifiesto la idea descrita *supra*: el enfoque previsto por la OCDE para implementar las medidas BEPS ha evolucionado desde la imperiosa necesidad de estar representados todos los países en la asunción de medidas siendo *condictio sine qua non*, hacia un enfoque en el que los Estados deciden libremente si aceptan o no dicho marco y por ende sus repercusiones.

- Supervisar la implementación de los estándares mínimos acordados articulando un sistema de control efectivo.
- Monitorear los problemas de la erosión de las bases imponibles y del traslado de beneficios, incluidos los desafíos fiscales que plantea la economía digital<sup>47</sup>.
- Simplificar los procesos de implementación de los miembros brindándoles orientación adicional, así como también contribuyendo al desarrollo de los *Toolkits* o herramientas y a la formulación de directrices para ayudar a los países en desarrollo con menor capacidad.

No nos cabe la menor duda de que ese marco inclusivo para desarrollar el instrumento multilateral se antoja complicado, máxime cuando se requiere un acuerdo de voluntades entre tan elevado número de Estados. Aunque podamos pensar que el grupo de trabajo *ad hoc* creado para implementar el instrumento multilateral supone un avance en cuanto a la voluntad de acción, no menos importante es el compromiso de cuantos más Estados sea posible y el marco de su puesta en marcha, para lo que, como es tónica general del proyecto BEPS, habrá que esperar la publicación definitiva del instrumento multilateral a fin de hallar soluciones claras al respecto.

Por ello, una idea es capital en el periodo pos-BEPS que surge a raíz de octubre de 2015 con la publicación de los *Final Report Action by Action*: si bien se han articulado los instrumentos para implementar las 15 acciones del Plan BEPS, esta implementación no incluye la acción 15.<sup>a</sup>, es decir, no incluye al instrumento multilateral, y por tanto debemos distinguir entre una era pos-BEPS y una era posinstrumento multilateral, esta última que de momento no ha sucedido y, por ello, actualmente nos encontramos en una era pos-BEPS y preinstrumento multilateral –al menos hasta su apertura a la firma en diciembre de 2016–.

La distinción es importante, puesto que trae como resultado dos bloques diferenciados:

1. El primero de ellos constituido por las 14 primeras acciones BEPS que ya se han implementado con los *Final Report* de octubre de 2015<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Sobre este asunto puede verse OCDE, *Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD Publishing, París, 2014, donde se recogen las problemáticas fiscales recientes que asolan al sistema económico reciente en torno a la economía digital y las soluciones que propone el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital (GEFED).

<sup>48</sup> Este asunto requiere de una aclaración ya que, formalmente, se han implementado las 14 primeras acciones BEPS mediante los *Final Report*. Sin embargo, no quiere ello decir que se hayan encontrado soluciones o que las problemáticas analizadas hayan sido resueltas. Es más, podríamos incluso aventurarnos a afirmar que en varias de estas acciones sucede lo contrario. A modo de ejemplo, véase el caso de la acción primera referente a solventar los problemas actuales sobre la economía digital, en los que como resultado trae consigo un abandono de las conclusiones esgrimidas por el Grupo de Expertos sobre la Fiscalidad de la Economía Digital de la OCDE un año antes, es decir, en el informe de septiembre de 2014, que, entre otras cosas, proponía un criterio de sujeción de rentas en los establecimientos permanentes basado en una «presencia digital significativa», algo que, como muchas otras opciones, finalmente no se adoptó en el *Final Report Action 1*, desembocando en el mantenimiento de la situación pre-BEPS, ya que los avances no han sido significativos.

2. El segundo por el instrumento multilateral, pendiente de implementación definitiva –presumiblemente, en diciembre de 2016–.

Los efectos de esta distinción conllevan que los resultados del Proyecto BEPS en su conjunto deben evaluarse aplicando baremos diferenciados, ya que si bien el instrumento multilateral es el estandarte del Plan de Acción BEPS, no deben mezclarse, tanto por ambiciosos como por trascendentales los objetivos perseguidos y la dificultad en su consecución, puesto que se pretende implementar un nuevo marco de actuación en el que confluyan voluntades tan dispares como confrontadas, o en otras palabras, articular un nuevo marco de referencia a nivel internacional partiendo desde la base, algo que, a nuestro parecer, no sucede en el resto de acciones BEPS, ya que el foco de conflicto en dichas acciones está identificado y se pretenden articular remedios concretos frente a cada uno de ellos, pero dentro de un marco de actuación ya creado, o al menos existente, lo que no sucede con el instrumento multilateral, puesto que debe ser creado desde prácticamente cero.

## 5. CONCLUSIONES

- **Primera.** Se ha afianzado en la comunidad internacional que para luchar frente a la erosión de las bases imponibles las actuaciones deben ser cohesionadas entre los Estados. Las soluciones fiscales articuladas mediante los convenios de doble imposición con carácter bilateral han dejado paso a instrumentos basados en un consenso a nivel internacional, alentados a su vez por las principales instituciones líderes en la lucha frente a la erosión de las bases imponibles (la OCDE y la Unión Europea) que han guiado sus directrices de actuación impulsando a los Estados a articular un marco común de referencia.
- **Segunda.** El multilateralismo fiscal tiene un objetivo claro: la lucha frente a la doble no-imposición a nivel internacional. Ahora bien, para su consecución caben dos opciones: por un lado, articular un convenio con carácter multilateral en el que se vean representadas las voluntades de un gran número de jurisdicciones y, por otro, implementar un instrumento de cooperación administrativa entre las Administraciones tributarias, hecho que debido al éxito alcanzado de las experiencias internacionales en la materia no desaconsejan (v. gr., el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua OCDE/G20, el Convenio Nórdico o los recientes avances en materia de intercambio de información entre las Administraciones tributarias).
- **Tercera.** Desde las primeras experiencias de la Sociedad de Naciones los Estados articulan remedios de carácter multilateral frente a la doble imposición y doble no-imposición. Ahora bien, no es la tónica dominante en el panorama fiscal internacional, ya que los 3.600 convenios de doble imposición existentes actualmente dificultan una articulación eficaz de los convenios multilaterales. Por ello, es preciso un cambio de rumbo en el panorama fiscal internacional en el que se frene

de manera contundente la firma de convenios bilaterales a fin de que se articulen marcos de actuación más inclusivos, y con ello asentar una nueva metodología o conjunto de prácticas que giren en torno al multilateralismo.

- **Cuarta.** El instrumento multilateral del Plan de Acción BEPS, estandarte de la OCDE sobre el que se depositan grandes esperanzas para solventar la deslocalización internacional de los beneficios, tiene que implementarse en un contexto cuanto menos controvertido: por un lado, los precedentes de BEPS no han sido del todo convincentes en la comunidad internacional (v. gr., el proyecto CCCTB) y, por otro, el valor normativo de los *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 de BEPS como instrumentos de *soft law* o la lejanía de la comunidad internacional a la cesión de soberanía tributaria constituyen obstáculos insalvables actualmente en el panorama fiscal internacional.

## Bibliografía

ÁLAMO CERRILLO, R. y LAGOS RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> G. [2015]: «La economía digital y la posibilidad de fraude fiscal», *Revista de Técnica Tributaria*, enero-marzo, págs. 135-136.

ANEIROS PEREIRA, J. [2011]: «Soft Law e interpretación: las directrices de la OCDE en materia de precios de transferencia», *Crónica Tributaria*, núm. 6, págs. 10-12.

ARNOLD, B. [1988]: «Future Direction in International Tax Reform», *Australian Tax Forum*, núm. 5, vol. 5, págs. 451-469.

BOSMAN, A. (dir.) [2015]: *Other Income under Tax Treaties*, Wolter Kluwer CISS, Netherland, págs. 11-41.

BRUINS, W.; EINAUDI, L.; SELIGMAN, E. y STAMP, S. [1923]: *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee*, League of Nations, Doc. núm. 73/F. 19.

BÜHLER, O. [1968]: *Principios de Derecho Internacional Tributario* (versión castellana de CERVERA TORREJÓN, F.), Editorial de Derecho Financiero, Madrid, págs. 189-197.

CALDERÓN CARRERO, J. M. [2015]: «El procedimiento de intercambio de información establecido en los Convenios de doble imposición basados en el Modelo de Convenio de la OCDE», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, págs. 1.531-1.532.

– [2016]: «La dimensión europea del Proyecto BEPS: primeros acuerdos del ECOFIN, la aprobación del mecanismo de intercambio automático de *tax rulings*, y el Paquete Anti-Elusión Fiscal 2016», *Quince-na Fiscal*, núm. 6, pág. 22.

CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A. [2016]: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE», *RCyT. CEF*, núm. 394, enero, págs. 41-92.

CARBAJO VASCO, D. [2015]: «Objetivos y medidas en la lucha contra el fraude fiscal a nivel internacional», *Revista de Economía Vasca*, núm. 88, pág. 150.

DAGAN, T. [2015]: «BRICS: Theoretical Framework and the Potential of Cooperation» en BRAUNER, Y. y PISTONE, P. (dir.), *BRICS and the Emergence of International Tax Coordination*, IBFD, Amsterdam, págs. 17-23.

- DÍAZ-FAES, J.; IRASTOZA, M. y DURÁN, V. [2015]: «La economía digital y el entorno BEPS» en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional (II)*, CEF, Madrid, págs. 1.133-1.135.
- DUNLOP, J. [2006]: «Taxing the International Athlete; Working toward Free Trade in Americas Through a Multilateral Tax Treaty», *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 27, págs. 227-233.
- DE FRANCISCO GARRIDO, R. [2007]: «La cooperación multilateral en el ámbito OCDE», *IEF - Cuadernos de Formación*, vol. 3, págs. 87-88.
- FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E. [2013]: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, págs. 145-156.
- GARCÍA NOVOA, C. [2015]: «Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», *Nueva fiscalidad*, núm. 3, págs. 76-77.
- GRAU RUIZ, M. A. [2000]: «Avances propuestos en la asistencia mutua en materia de recaudación», *Crónica Tributaria*, núm. 94, págs. 54-58.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. [2016]: «Régimen fiscal de las transmisiones de inmuebles realizadas a través de procesos de ejecución forzosa: especial referencia a las personas físicas», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 169.
- HINOJOSA TORRALVO, J. J. (dir.) [2012]: «El fraude fiscal: una lucha de contrastes» en *Medidas y procedimientos de lucha contra el fraude fiscal*, Atelier, Barcelona, págs. 459-470.
- HUGH, J. [1997]: *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*, Kluwer Law International, pág. 587.
- LAMPREAVE MÁRQUEZ, P. [2011]: «El *Soft Law* y sus implicaciones en la política fiscal de la UE», *Crónica Tributaria*, núm. 5, págs. 3-5.
- LANG, M. y SCHUCH, J. [2000]: «Europe on its way to a Multilateral Tax Treaty», *EC Tax Review*, núm. 9, págs. 39-44.
- LIDERCRONA, C. y MATTSON, N. [1990]: «How to resolve international tax disputes?», *Intertax*, págs. 56-59.
- LOUKOTA, H. (dir.) [1998]: «Multilateral Tax Treaty Versus Bilateral Treaty Network» en *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*, Wolter Kluwer, Londres, págs. 78-79.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2015]: «Otros tratados internacionales» en CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, Wolter Kluwer CISS, Madrid, págs. 869-870.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M. [2014]: «El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (BEPS): ¿el final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal*, núms. 1-2, págs. 87-115.
- MARTÍN QUERALT, J. y MARTÍNEZ LAFUENTE, A. [1986]: «La política fiscal europea» en GARCÍA DE ENTE-RRÍA, E. (dir.), *Tratado de Derecho comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, págs. 270-274.
- MCINTYRE, M. J. [2002]: «Options for Greater International Coordination and Cooperation in the Tax Treaty Area», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, núm. 54, págs. 98-101.
- OCDE [1992]: «Triangular Cases» en *Model Tax Convention: Four Related Studies*, París, pág. 28.
- [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Bruselas, pág. 23.
  - [2014]: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD Publishing, París,

- [2015]: *Action 15: Final Report «Developing a Multilateral Instrument to modify Bilateral Tax Treaties»*, OECD Publishing, París, págs. 12-15.
  - [2016]: Nota Informativa *El marco inclusivo para la implementación de las medidas BEPS*, OECD Publishing, París, págs. 6-8.
- OLIVER, D. [2003]: «Tax Treaties and the Market State», *Tax Law Review*, núm. 4, págs. 587-608.
- PISTONE, P. [2002]: *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Kluwer Law International, págs. 147-149.
- RAZIN, A. y SADKA, E. [1999]: «The Economics of Globalization», *Cambridge University Press*.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. [2016]: «La transmisión automática de información. Avances y perspectivas», *Quincena Fiscal*, núm. 10.
- SANZ GADEA, E. [2015]: «Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional», *Revista de Economía Vasca*, núm. 88, págs. 99-100.
- SERRANO ANTÓN, F. [2014]: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional» en MÁLVAREZ PASCUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S., *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Aranzadi, Navarra, págs. 502-523.
- [2015]: «La influencia del Plan de Acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales», *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre, págs. 96-97.
- TANZI, V. [1995]: *Taxation in an Integrating World*, Brookings Institution, Washintong D. C., págs. 346-367.
- VAN DER BRUGGEN, E. [2001]: «Compulsory jurisdiction of the International court of Justice in tax cases: do we already have an International Tax Court?», *Intertax*, núm. 250, págs. 45-47.
- VAN DER HURK, H. [2014]: «Starbucks versus the People», *Bulletin for International Taxation*, enero, págs. 27-34.

# CESIÓN DE COMPETENCIAS EN LA COMPROBACIÓN DE VALORES

**Análisis de las SSTC 25 y 33, de 15 y 18 de febrero de 2016**

**José A. Rozas Valdés**

*Profesor acreditado a Cátedra.  
Universitat de Barcelona*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado nueva y consecutivamente –en dos Sentencias publicadas en el mismo BOE, de 23 de marzo– sobre el alcance de las competencias de las comunidades autónomas en lo concerniente a la aprobación de disposiciones relativas a la normativa general tributaria, en concreto en cuanto a la regulación de los medios de comprobación de valores.

La primera de las Sentencias, 25/2016, de 15 de febrero (NCJ060977), es de su Sala Primera, que se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad 6245-2014, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el artículo 6.1.1 c) de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales.

La segunda, Sentencia 33/2016, de 18 de febrero (NCJ060984), se dicta por el Pleno del tribunal con ocasión de la resolución del recurso de inconstitucionalidad, 5458-2015, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con varios preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

En las dos, el objeto del recurso es el mismo. Se trata de enjuiciar la constitucionalidad de sendas normas de rango legal dictadas por las respectivas asambleas legislativas autonómicas, por las que se introduce un medio de comprobación de valores –o se concreta su aplicación– a los efectos de la liquidación de impuestos cedidos, matizando lo contemplado en la normativa estatal. Y en ambas se hace referencia explícita, como antecedente, a la doctrina sentada por el tribunal en su STC 161/2012, de 20 de septiembre (NCJ057400), que declaró inconstitucional el artículo 23.4, último párrafo, inciso final, de la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre, de redacción similar a los preceptos en estas ocasiones cuestionados<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un comentario de esta sentencia –crucial en lo relativo al ámbito competencial de las comunidades autónomas en materia de impuestos cedidos– *vid.* RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, M.: «El ejercicio de competencias normativas por las comu-

## 1.1. LA NORMA MURCIANA

Los hechos se remontaban al 2005 cuando en la comprobación de valores realizada por la Administración tributaria murciana al hilo de la transmisión de un inmueble sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), se utiliza como medio de comprobación el «valor asignado para las subastas en las fincas hipotecadas, en cumplimiento de lo prevenido en la legislación hipotecaria» previsto en el artículo 6.1.1 c) de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 15/2002. Interpuesto por el contribuyente recurso de reposición se rechaza, como la reclamación económico-administrativa por el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR); ante la interposición del recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia –en Sentencia de 17 de febrero de 2012 [rec. núm. 480/2007 (NFJ047272)], cuando aún no se había dictado la STC 161/2012 (NCJ057400)– entiende que la competencia reconocida a la comunidad autónoma para gestionar los impuestos patrimoniales, de ITP y AJD e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), se extiende a lo relativo a la comprobación de los valores declarados por los contribuyentes y, por ende, que no está justificada la presentación de una cuestión de constitucionalidad.

Siendo así que la cuantía reclamada, el objeto de la litis, superaba por 100.000 euros largos los 600.000 por entonces necesarios para interponer recurso de casación, se pudo este interponer por la parte actora y, ahora sí, el 3 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo mediante Auto [rec. núm. 2636/2012 (NFJ062282)] planteó la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, por la posible vulneración del artículo 149.1.14, en relación con los artículos 133.1, 150.1 y 157, apartados 1 y 3, todos ellos de la Constitución; artículos 10.3 y 19.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), y el artículo 47.1 a) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, vigente cuando se dictó la norma impugnada.

## 1.2. LA NORMA GALLEGA

En el caso gallego estamos ante un recurso de inconstitucionalidad presentado, el 30 de septiembre de 2015, por el abogado del Estado, en nombre del presidente del Gobierno, contra los artículos 5.2 y 84 de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2014, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

En el primero de los artículos impugnado –el que tiene relevancia a efectos tributarios– modificaba el artículo 27.2 del Decreto Legislativo 1/2011 por el que se establecía el sistema de imputación de rendimientos como medio de comprobación de valores, concretando que la capitalización

---

nidades autónomas en el ámbito de los tributos cedidos», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.), VEGA BORREGO, F. A. (coord.), *La distribución del poder financiero en España*, Marcial Pons, 2014, págs. 467 y ss.

debía realizarse al tipo de interés de mora (*sic*) del artículo 26.6 de la Ley General Tributaria (LGT), con el objeto de que la Junta de Galicia lo adaptase a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 161/2012 (NCJ057400), cosa que no se habría hecho, y de ahí el recurso.

En esencia –y prescindiendo aquí del interés que pudiera tener una sinuosa disquisición procesal sobre galgos y podencos en torno a si el objeto de impugnación afectaba a la letra a) o a la letra e) del art. 57 LGT– los letrados de la asamblea gallega y de la Junta de Galicia entienden que cuando se dispone que en la comprobación de valores se utilizarán los medios fijados por las «normas de cada tributo», no se refiere única y exclusivamente a la normativa estatal específica de cada tributo, en este caso el ITP y AJD e ISD, sino que, a estos efectos, puede entenderse como tal la normativa general tributaria, el artículo 57.3 de la LGT, tal y como se concreta por las disposiciones legislativas autonómicas relativas a los impuestos afectados, que son tan «normas de cada tributo» como las leyes estatales. Mientras que la abogacía del Estado entiende que al no estar previsto expresamente en las normativas estatales de ambos tributos el medio de comprobación fijado en la disposición legal gallega –aunque sí esté contenido en la LGT– los preceptos impugnados van más allá del ámbito competencial autonómico en materia de tributos cedidos.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Un primer aspecto relevante, que confirma la tendencia al respecto del Tribunal Constitucional en esta materia, es la de extender el llamado «bloque de constitucionalidad» en lo relativo a la delimitación de las potestades autonómicas en materia de impuestos cedidos no ya a la LOFCA, sino a la Ley 22/2009 (o a sus precedentes, las Leyes 14/1996 y 21/2001) por las que la misma es objeto de desarrollo, así como a las normas específicas de cesión para cada comunidad autónoma. Tratándose, además, de tributos de titularidad cuyo rendimiento, normativa y gestión es objeto de cesión parcial o total, para interpretar la constitucionalidad de un precepto impugnado es preciso integrar como parte de lo que el tribunal denomina «canon (o parámetro) de enjuiciamiento» los preceptos de la legislación estatal –LGT y leyes propias de cada tributo– que conciernen al régimen jurídico de la cesión de competencias, cuando sea necesario recurrir a las mismas para fijar el marco constitucional de delegación competencial<sup>2</sup>.

El eje de la doctrina constitucional en ambos casos es nítido y sencillo. Las comunidades autónomas tienen competencia en materia de gestión de los tributos cedidos, en particular del ISD y del ITP y AJD<sup>3</sup>, pero la comprobación de valores en dichos impuestos se llevará a cabo «utilizando los mismos criterios que el Estado»<sup>4</sup>. Bien es verdad que, entre estos medios, podría estar

<sup>2</sup> Cfr. FF. JJ. 1 de las SSTC 25/2016 y 33/2016, citando las SSTC 192/2000 (NFJ009101), 161/2012 (NCJ057400), 172/2012 (NCJ057431) y 197/2012 (NCJ057492).

<sup>3</sup> Cfr. artículo 41.2 de la Ley 21/2001 y artículos 48.2 y 49.2 de la Ley 22/2009.

<sup>4</sup> Cfr. artículo 47.1 a) de la Ley 21/2001 y artículo 55.1 a) de la Ley 22/2009. El FJ 6 de la STC 161/2012 (NCJ057400) es bien explícito al respecto.

cualquier otro que se estableciera en «la ley propia de cada tributo». Se trata, pues, de dilucidar si los medios de comprobación establecidos por los preceptos legales impugnados son congruentes, o no, con tales limitaciones.

En el caso de la norma murciana, curiosamente –y sin perjuicio de que se hubiera de estimar la cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta de la dimensión temporal de su objeto– a partir del 1 de diciembre de 2006 no hay duda de que los preceptos que la sustituyeron, y que hoy están vigentes, no se extralimitan, por cuanto el medio de comprobación que contemplan como aplicable ha sido asumido –¿tal vez por inspiración murciana o por la andaluza que la precedió?– desde dicha fecha por el propio prelegislador estatal que impugnó la normativa autonómica<sup>5</sup>, al incorporarlos como letra f) al artículo 57 de la LGT.

El Tribunal Constitucional viene defendiendo el imperio de la legislación estatal, la LGT, como marco normativo exclusivo de ordenación de todos los tributos, en particular de los cedidos, con dos fundamentos: i) por tratarse de una «verdadera norma de unificación de criterios a cuyo través se garantiza el mínimo de uniformidad imprescindible en los aspectos básicos del régimen tributario» [STC 66/1998, de 18 de marzo (NSJ003535), FJ 14]; y ii) por ser fundamental «para garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas» [STC 14/1986, de 31 de enero (NFJ000130), FJ 14].

Admitir la aplicación de medios de comprobación de valores –o del modo de aplicarlos por los peritos– distintos en cada comunidad autónoma generaría «sustanciales diferencias entre ellas en el cálculo de los elementos determinantes de la obligación tributaria, lo que, en particular tratándose de impuestos estatales como el ISD y el ITP y AJD, sería contradictorio con las indicadas finalidades –asegurar un mínimo de uniformidad en los aspectos básicos del régimen tributario y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones públicas– que la doctrina constitucional viene atribuyendo a la Ley General Tributaria» [STC 33/2016 (NCJ060984), FJ 5].

Por esta razón el tribunal entiende que no es admisible defender que entendiendo que la expresión «ley de cada tributo» alcanza a toda la normativa legal de los tributos afectados –ISD e ITP y AJD– incluyéndose en la misma la legislación autonómica relativa a los mismos, pueda extenderse el ámbito de cesión de competencias en la materia a la regulación de los medios de comprobación aplicables en dichos impuestos. Esta materia, los medios de comprobación de valores –que tiene carácter específico respecto a la de gestión y liquidación–, se ha querido reservar al legislador estatal, al objeto de preservar en la misma un marco normativo uniforme, en sus aspectos básicos y garantías, para el conjunto de los contribuyentes españoles.

En consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 55.1 de la Ley 22/2009, que concreta el marco constitucional de cesión competencial en tributos cedidos, «los órganos de gestión tributaria de la comunidad autónoma tan solo podrán incoar expedientes de comprobación de valores utilizando los mismos criterios que el Estado» [STC 33/2016 (NCJ060984), FJ 5].

<sup>5</sup> En varios fragmentos de las sentencias se citan informes de la Dirección General de Tributos que defienden las tesis acogidas por el Tribunal Constitucional.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Merece la pena, en primer lugar, felicitar al Tribunal Constitucional, en esta ocasión, por la celeridad –poco más de un año en un caso, y menos de cinco meses, con vacaciones navideñas de por medio, en el otro– con la que ha resuelto ambos recursos. Todo parece indicar que el Constitucional tiene muy claro que las comunidades autónomas carecen de competencia en lo relativo a la aprobación de disposiciones normativas de carácter general aplicables a los tributos cedidos, en lo que a la configuración de los medios de comprobación de valores se refiere.

Un aspecto procesalmente singular del caso murciano es el del objeto del recurso y sus efectos, que se circunscriben al periodo que media entre enero de 2003 y noviembre de 2006, y a aquellos actos en los que, aplicándose los preceptos anulados, no hubieran adquirido firmeza. El artículo impugnado ya no está vigente, aunque ha sido sustituido por otros equivalentes, con la peculiaridad de que el medio de comprobación en el mismo previsto, entre tanto, mediante la Ley 36/2006, se ha incorporado –como ya se ha señalado– a la normativa estatal, como letra g) del artículo 57.1 de la LGT. De forma y manera que, declarado el derogado precepto inconstitucional (once años después de su aplicación), el Tribunal Supremo deberá estimar el recurso de casación y el tribunal de instancia anular la liquidación. Pero héteme aquí que la Administración tributaria murciana, en aplicación de la doctrina del tiro único –debidamente matizada por la de la última bala en la recámara– retomará el expediente de comprobación de valores donde había quedado, y por mor de lo dispuesto en el ahora vigente Decreto Legislativo 1/2010, actualmente en consonancia con lo establecido en el artículo 57.1 g) de la LGT..., dictará una liquidación equivalente en cuantía a la del 2005. Tras más de una década de peregrinación administrativa, judicial, costes, reuniones, avales, devoluciones y otras vainas. Aunque tal vez, si se pagó la deuda, la sociedad haya recibido una cierta compensación por lo peregrinado, gracias a lo que se le haya satisfecho por intereses de demora, como consecuencia de la devolución de la primera liquidación ahora anulada, a cargo, claro está, del sufrido erario público, es decir, del conjunto de los contribuyentes. Y así estamos, afirmando una y otra vez, pese a ello, que el sistema español de resolución de controversias tributarias no precisa de reformas sustanciales. No me gustaría estar en el pellejo del abogado que se lo haya de explicar al consejo de administración de la sociedad penitente, Polaris World Real Estate, SL, si es que a estas alturas está operativa y los inversores extranjeros no han perdido ya la paciencia.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, de las disposiciones que regulan la cesión de competencias normativas sobre impuestos cedidos en la Ley 22/2009 –en las leyes propias de cesión de cada comunidad autónoma– y en el modo en el que el perfil de la delegación se ha de interpretar, a la luz de lo prescrito en la LGT y en las leyes estatales que rigen los impuestos cedidos («canon» o «parámetro» de enjuiciamiento, al decir del Constitucional) se deduce que queda excluido del mismo la regulación de los medios de comprobación de valores.

¿Quiere esto decir que las comunidades autónomas de régimen común no tendrían competencias normativas para establecer disposiciones generales aplicables a todos los tributos cuya administración les corresponde? En absoluto. El propio Tribunal Constitucional deja bien claro, como correlato de su fallo en una de las sentencias objeto de comentario, que se estima el re-

curso «sin perjuicio de reiterar que la comunidad autónoma (de Galicia) tiene atribuidas facultades normativas en materia de gestión de los tributos cedidos y en particular del impuesto sobre sucesiones y donaciones y del impuesto de transmisiones» [STC 33/2016 (NCJ060984), FJ 5].

El mismo Tribunal Constitucional ya había asentado su doctrina al respecto, en su Sentencia 130/2013, de 4 de junio (NFJ051146)<sup>6</sup>, en cuanto a la competencia autonómica para ordenar lo que el tribunal llama su «Hacienda privativa», que supuestamente sería toda la actividad autonómica financiera, de gastos e ingresos, diferente de la de aquellos tributos estatales –Hacienda estatal, por tanto– sobre la que se le hubiesen reconocido ciertas competencias.

Ciertamente, no han faltado ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha puesto coto a la capacidad normativa autonómica en lo relativo a disposiciones generales aplicables a todos los tributos, pero no porque sea esta materia exclusiva del Estado en ejercicio de su competencia en lo relativo a Hacienda general, sino atendiendo a otros títulos competenciales contemplados en el artículo 149 de la Constitución española (CE)<sup>7</sup>. De lo que cabría deducir, *a sensu contrario*, que, en tanto que no se entre en colisión con esos otros títulos competenciales de exclusividad estatal, habría un espacio, y de hecho lo hay –también por delegación, como recalca el Constitucional– para que, de forma justificada y razonable, las comunidades autónomas de régimen común desplieguen su capacidad normativa al respecto. Máxime cuando, en el marco de sus respectivas leyes de Concierto y Convenio, así se reconoce a las Haciendas forales, sin que con ello se ponga en peligro la igualdad de todos los españoles<sup>8</sup>.

Evidentemente, el título segundo de la LGT, en el que se contiene el armazón conceptual básico del régimen sustantivo del tributo entra de lleno en el ámbito propio de la Hacienda general, competencia exclusiva del Estado. Pero en el ámbito de la aplicación de los tributos, de la ordenación de los procedimientos por los que esta discurre, del hecho de que la LOFCA no haga

<sup>6</sup> «En efecto, como hemos tenido ya ocasión de señalar, el artículo 149.1.14 de la CE "no es obstáculo para que deba admitirse que la Hacienda privativa de las comunidades autónomas 'es materia propia de dichas Comunidades'" [SSTC 14/1986, de 31 de enero (NFJ000130), FJ 2 y 192/2000, de 13 de julio (NFJ009101), FJ 6], pues la organización de la propia hacienda "es no tanto una competencia que se reconoce a las comunidades autónomas, cuanto una exigencia previa o paralela a la propia organización autonómica" [STC 14/1986 (NFJ000130), FJ 2]].»

<sup>7</sup> Como se ha señalado, «el TC toma como título competencial aplicable para decidir sobre la competencia autonómica para la determinación cuantitativa del interés de demora, la regulación de la interrupción de los plazos de prescripción de los derechos de naturaleza pública y de las garantías del crédito tributario el previsto en el artículo 149.1.18 relativo a las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas a fin de garantizar un tratamiento común a los administrados». SARTORIO ALBALAT, S.: «La introducción de los ADR en el ordenamiento tributario de Catalunya», en ANDRÉS AUCEJO, E. y ALONSO GONZÁLEZ, L. M. (dirs.), *Els sistemes alternatius de resolució de conflictes tributaris i la seva aplicació a l'Administració tributaria de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, 2015, cap. VII, pág. 479.

<sup>8</sup> Como oportunamente ha hecho notar el profesor PALAO TABOADA, «no parece lógico afirmar que las normas contenidas en la LGT, en su mayor parte de contenido procedimental, afectan a la igualdad de todos los españoles ante la ley mientras que no lo hacen las normas sustantivas de los tributos propios, de las que derivan diferencias de carga tributaria entre los ciudadanos de unas y otras comunidades autónomas» (cit. por SARTORIO ALBALAT, S.: «La introducción de los ADR...», pág. 476).

una mención explícita al respecto no cabe deducir que se cercene de cuajo toda posible proyección normativa autonómica al respecto<sup>9</sup>.

Y el hecho cierto es que así es. Sistemáticamente, respetándose claro está las exigencias derivadas de lo que constituye el marco normativo del procedimiento administrativo común, las comunidades autónomas ejercitan sus competencias, con amparo constitucional [SSTC 227/1988, de 29 de noviembre (NCJ023760), y 50/1999, de 6 de abril (NFJ007561)], en la ordenación de los procedimientos especiales conforme a los que les corresponde desplegar las funciones y competencias que se les han atribuido. También en relación, como es lógico, con las que tienen que ver con su actividad financiera, sea en lo atinente a la ordenación de sus gastos como a la de sus ingresos, tributarios o no, y entre aquellos, también, de los cedidos<sup>10</sup>.

Sin perjuicio, claro está, y las dos sentencias del Tribunal Constitucional son en este orden de cosas impecables, que el ejercicio de las competencias autonómicas en la gestión de los impuestos cedidos se deba, lógicamente, atener al marco particular de la delegación que al respecto han recibido. Y no encaja en la misma lo relativo a los medios de comprobación de valores, en el que, como con toda rotundidad, se afirma en la normativa de cesión se han de utilizar «los mismos criterios que el Estado».

Hasta aquí el comentario *de lege data*. Lo que cabe preguntarse es si semejante marco normativo garantiza, como reivindica el Tribunal Constitucional, que no se produzcan sustanciales diferencias en el cálculo de los elementos determinantes de la obligación tributaria de impuestos estatales, como el ISD y el ITP y AJD, entre los españoles, por razón de residencia; y si está o no garantizado el mínimo de uniformidad en los aspectos básicos del régimen tributario de un tratamiento común de los contribuyentes ante las Administraciones públicas que la doctrina constitucional viene atribuyendo a la LGT [STC 33/2016 (NCJ060984), FJ 5].

Pues más bien parece que no. En esta misma materia, la valoración de los inmuebles a efectos de los impuestos patrimoniales, lo cierto y verdad es que la situación está bien lejos de obedecer a semejante mínimo de uniformidad que garantice un tratamiento razonablemente homogéneo en todo el territorio al conjunto de los contribuyentes. La Administración General del Estado, o los jueces, pueden estar bien atentos a denunciar ante el Tribunal Constitucional, y este a sancionar, estas singulares extralimitaciones autonómicas en cuanto a los medios de comprobación de valores que se puedan emplear en los procedimientos iniciados al respecto. Pero lo cierto y verdad es que, sin discusión alguna al respecto, y con pleno respeto del marco de delegación establecido

<sup>9</sup> Como ha puesto de relieve la profesora SARTORIO, se puede derivar tal competencia del artículo 17 h) de la LOFCA, «Las demás funciones o competencias que le atribuyan las leyes», y, de forma implícita, del hecho de que en la vigente LGT no se contenga un precepto explícito al respecto, cuando así se había auspiciado, y así se había hecho expresamente notar por el Consejo de Estado (*cf.* SARTORIO ALBALAT, S.: «La introducción de los ADR...», pág. 481).

<sup>10</sup> Sobre el marco competencial de los impuestos cedidos las monografías más relevantes en la materia son, probablemente, la de RUIZ ALMENDRAL, V.: *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*, Tirant lo Blanch, 2004, y la de RAMOS PRIETO, J.: *La cesión de impuestos del Estado a las comunidades autónomas*, Comares, Granada, 2001.

en lo relativo a la gestión de los impuestos cedidos, las comunidades autónomas ejercitan –insisto, con plena sujeción a la ley y al Derecho– sus competencias en materia de información y asistencia al contribuyente indicándole –de modos bien diversos en cada una de ellas– qué valores es «recomendable» declarar para conseguir que no se inicie un procedimiento de comprobación y, por ende, la autoliquidación devenga firme y definitiva.

En la práctica, pues, las liquidaciones de estos impuestos, en su inmensa mayoría, se ajustan a bases imponibles que se determinan con arreglo a valores bien diversos –los que derivan de los distintos sistemas autonómicos de «recomendación»– que generan «sustanciales diferencias» entre los españoles. Por no entrar, todo sea dicho de paso, en los aberrantes agravios comparativos que derivan, ya no de diferencias procedimentales, sino de un sistema disparatado de cesión sin fronteras de mínimos, o máximos de los elementos de cuantificación de los impuestos patrimoniales cedidos.

En definitiva, desde que hace más de 35 años arrancase el modelo de cesión de impuestos a las comunidades autónomas de régimen común, nuestro sistema de ordenación territorial de competencias sustantivas y formales –en lo político, en lo administrativo y en lo financiero– ha cambiado más que considerablemente. Se puede seguir discutiendo en términos minimalistas sobre el alcance del párrafo cuatro del artículo 149.1 de la CE<sup>11</sup>, en contraposición con el párrafo 18 y el primero de ellos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 148 de la CE. Magistrados, abogados del Estado, letrados autonómicos, académicos y otros especialistas de «la cosa» estaremos bien entretenidos al respecto. Mientras no se reflexione pausadamente sobre lo ocurrido y se concierte con tino y sentido –a la luz de la experiencia acumulada– una reforma en profundidad de todo el modelo de financiación autonómica, común y foral en conjunto, no se saldrá del atolladero<sup>12</sup>. Entendiendo, claro está, que la dinámica seguida hasta el presente, de tensión entre la centralidad y la periferia, con el Tribunal Constitucional sistemáticamente en la picota del conflicto, no tiene ya ningún recorrido. ¿Tiene sentido que mientras el Estado –el Ministerio de Hacienda, la DGT, la AEAT– ha abandonado los impuestos patrimoniales –IP, ISD e ITP y AJD– a su suerte, sin que parezca preocuparles las flagrantes desigualdades que su dispersión normativa genera, se invierta un esfuerzo desproporcionado en litigar a cuenta de un particular, y marginal, medio de comprobación? Claro está que para avanzar en una mayor cohesión y coordinación institucional, que sería la única vía para hacerlo, es imprescindible una reforma constitucional del modelo orgánico, sustantivo y formal de distribución de competencias administrativas y financieras entre los distintos niveles en los que se estructura el Estado compuesto en el que vivimos. El resto serán parches.

<sup>11</sup> Sobre este particular difícilmente se puede ir más allá de lo que con carácter exhaustivo ha expuesto ya ALONSO MURILLO, F.: «Alcance del concepto de Hacienda general como criterio de atribución de competencias al Estado», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dirs.), VEGA BORREGO, F. A. (coord.): *La distribución del poder financiero en España*, Marcial Pons, 2014, págs. 39-56.

<sup>12</sup> Hace tiempo que se vienen realizando propuestas ambiciosas y sensatas en este sentido, sin que desde los ámbitos de responsabilidad política y administrativa se advierta particular interés al respecto. *Cfr.*, por todos, GRAU RUIZ, A.: *La coordinación legislativa en los impuestos cedidos*, Iustel, 2007, 319 págs.; y CHECA GONZÁLEZ, C.: *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las comunidades autónomas de régimen común, en materia de impuestos propios y cedidos*, Thomson-Aranzadi, 2008, 193 págs.

## PUUEDE APLICARSE LA REDUCCIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA LIRPF EN LOS ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA CONCERTADOS CON PERSONAS JURÍDICAS

**Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 5138/2013)**

**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, sucede que un contribuyente persona física, con fecha 3 de mayo de 2009, concertó contrato de arrendamiento de un inmueble constando en el mismo como arrendataria una sociedad anónima, que interesa alquilar «para destinar el inmueble como vivienda habitual de su director general D. D. y su familia».

En el entendimiento de que se trata de un arrendamiento destinado a vivienda, el contribuyente debió presentar autoliquidación en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), correspondiente al año 2009, incluyendo en la misma los rendimientos del capital inmobiliario (RCI) derivados del precitado arrendamiento y aplicando sobre estos la reducción prevista en el artículo 23.2 en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF). En su redacción vigente a fecha de las actuaciones disponía el artículo 23.2 de la LIRPF que «En los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, el rendimiento neto calculado con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior, se reducirá en un 50 por ciento», redacción que este precepto mantiene *grossa modo* en la actualidad con las salvedades del porcentaje de reducción –que ha pasado a ser del 60%– y de la aclaración de que tal beneficio fiscal solo se aplica a los RCI netos positivos.

La Administración tributaria competente comprobó la referida autoliquidación y, poniendo fin al procedimiento de verificación de datos instado, dictó liquidación en virtud de la cual exigía al contribuyente 5.846,42 euros en concepto de IRPF correspondiente al año 2009, se entiende por considerar no aplicable la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF. Contra esta liquidación el contribuyente interpuso recurso de reposición que, en lo que aquí interesa, fue desestimado motivándose tal decisión en que «no resultará de aplicación dicha reducción en el supuesto en el que el bien se arrienda a una persona jurídica, ya que en este caso, con independencia de la posterior utilización de la vivienda por parte de esta última, no constituye la vivienda del arrenda-

tario, por lo que se debe entender, a los exclusivos efectos de este impuesto, que se trata de un arrendamiento distinto del de vivienda».

El contribuyente formuló reclamación económico-administrativa contra la resolución del recurso de reposición, la cual fue estimada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Andalucía con su Resolución de 18 de enero de 2013 que, *grosso modo*, aceptó la aplicación de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en la medida en que, en su parecer, «la norma citada establece como único requisito el destino del inmueble arrendado, requisito que, visto el contrato de arrendamiento suscrito en 13 de mayo de 2009 concurre en este caso. Tanto en la manifestación 4, como en la cláusula 1.1 del referido contrato, se expresa que el objeto del arrendamiento se destinará a vivienda habitual del director general de la compañía y su familia, así como que el cambio de uso sin previa autorización expresa por escrito del arrendador será causa bastante de resolución del contrato; quedando prohibido el uso comercial, la cesión, el subarrendamiento. Por lo que consideramos que resulta procedente la reducción del rendimiento neto de capital inmobiliario».

Estimando esta doctrina del TEAR de Andalucía gravemente dañosa y errónea para el interés general, un órgano competente de la Administración tributaria interpuso ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio cuya resolución ocupa este comentario.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Delimitada la cuestión a dilucidar con la resolución en comentario (la aplicabilidad o no de la reducción del art. 23.2 de la LIRPF cuando se trata de rentas derivadas de un contrato de arrendamiento destinado a vivienda concertado con una persona jurídica), el TEAC va a aceptar la aplicación de este beneficio fiscal en supuestos como el descrito siempre y cuando «quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda de determinadas personas físicas», única condición legal necesaria para hacer valer esta reducción, «sin que se exija que la vivienda deba ocuparse por el propio arrendatario o que el beneficio fiscal quede excluido para el supuesto de arrendatarios personas jurídicas».

Para fundamentar tales conclusiones, como se verá en el comentario crítico, el TEAC, *ex* artículo 12.1 de la Ley General Tributaria (LGT), va a realizar una exégesis del artículo 23.2 de la LIRPF siguiendo distintas pautas interpretativas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil (CC), exégesis con la cual entiende que supera los argumentos en contrario aducidos por la Administración tributaria recurrente.

## 3. COMENTARIO CRÍTICO

Con su Resolución de 8 de septiembre de 2016 [R. G. 5138/2013 (NFJ063583)], el TEAC viene a aclarar el ámbito de aplicación de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF, mostrándose,

como se ha dicho, a favor de la misma en los supuestos de arrendamientos destinados a vivienda concertado con una persona jurídica siempre que los inmuebles sean efectivamente dedicados a morada de una determinada persona física. Con esta posición este centro directivo decanta la solución que debe darse a esta cuestión compleja, y se dice compleja por la existencia de distintas resoluciones y precedentes que dan diferente solución a la misma.

Por ello, por la existencia de dos corrientes enfrentadas en torno a la posibilidad de aplicar la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF a rentas derivadas de un contrato de arrendamiento destinado a vivienda concertado con una persona jurídica, para analizar con la debida profundidad esta cuestión es necesario repasar cuáles son los argumentos esgrimidos por una y otra corriente para justificar su posición en contra o a favor de la aplicación de este beneficio fiscal, repaso que se articulará atendiendo a los siguientes aspectos: A. Imposibilidad de aplicar la reducción: Las personas jurídicas no tienen necesidad de vivienda. B. Posibilidad de aplicar la reducción: Prevalencia de la interpretación literal del artículo 23.2 de la LIRPF. C. Conclusión: Carácter vinculante de la resolución... en el sentido de los precedentes jurisdiccionales.

## A. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR LA REDUCCIÓN: LAS PERSONAS JURÍDICAS NO TIENEN NECESIDAD DE VIVIENDA

Patrocinada fundamentalmente por la Dirección General de Tributos (DGT) mediante numerosas resoluciones en contestación a consultas, este órgano de la Administración tributaria ha sustentado en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), en los términos que se dirán, su negativa a que pueda aplicarse la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF a los RCI netos derivados de contratos de arrendamientos concertados con personas jurídicas, aun cuando el destino de los inmuebles cedidos sea servir de vivienda a una persona física.

En efecto, trayendo a colación el artículo 2.1 de la LAU («Se considera arrendamiento de vivienda aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario»), la DGT mantiene *grosso modo* que los arrendamientos concertados con personas jurídicas no pueden reputarse como arrendamientos de vivienda en la medida en que estas, las personas jurídicas, al no detentar para sí misma necesidad de vivienda difícilmente pueden ser las destinatarias de tales arrendamientos.

Son múltiples las resoluciones de este centro directivo en ese sentido, destacándose por todas la más reciente de 21 de junio de 2016, en contestación a la Consulta vinculante número V2797/2016 (NFC060752). En esta resolución se somete al parecer de la DGT un supuesto idéntico al de las actuaciones que ocupan (consultante copropietario, junto a su mujer, de inmueble que se desea alquilar a una sociedad mercantil para ser destinada exclusivamente a vivienda de uno de sus empleados, identificándose al mismo en el contrato), y el centro directivo, tras reproducir el contenido del artículo 2.1 de la LAU, concluye que «en el caso consultado no resultará de aplicación dicha reducción puesto que, con independencia de la posterior utilización de la vi-

vienda por parte de la empresa, no constituye la vivienda del arrendatario, por lo que se debe entender, a los exclusivos efectos de este impuesto, que se trata de un arrendamiento distinto del de vivienda». En idéntico sentido, véase la Resolución de 14 de octubre de 2014, en contestación a la Consulta vinculante número V2757/2014 (NFC052902).

Tras este proceso deductivo de la DGT se esconde en realidad un intento de interpretación sistemática del artículo 23.2 de la LIRPF, deseable atendiendo al artículo 3.1 del CC («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»), mas que no debe prevalecer sobre la interpretación literal –*rectius* interpretación gramatical– que se haga del primero de los preceptos. Además, resulta algo contradictorio apoyar una posición en una interpretación sistemática de una norma para, a reglón seguido, aislar la misma al afirmar que se trata de un arrendamiento distinto de vivienda «a los exclusivos efectos de este impuesto».

En todo caso, también resulta llamativo que este centro directivo, en casos de alquileres concertados con personas jurídicas, autolimite sus indagaciones sobre cuál es el destino último del inmueble arrendado («con independencia de la posterior utilización de la vivienda por parte de la empresa»), cuando, en otras ocasiones, sí se permite valorar ese destino último y admitir incluso la aplicación del beneficio fiscal que ocupa en supuestos en los que la confesa finalidad del arrendamiento es mixta (personal y profesional). Así acaeció en la Resolución de 12 de diciembre de 2015, en contestación a la Consulta vinculante número V3461/2015 (NFC056787), en la que la DGT, pronunciándose sobre la aplicabilidad de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en un supuesto de alquiler de inmueble a una persona física que lo destinará en parte a vivienda habitual (71 %) y en parte a despacho profesional (el resto), concluyó que «al tener el inmueble arrendado una doble utilidad, resultará aplicable únicamente sobre el rendimiento neto que corresponda a la parte del inmueble destinado a vivienda del arrendatario».

Finalmente, la Administración tributaria recurrente aduce otros argumentos a favor de la imposibilidad de aplicar la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF relativos a la finalidad de esta norma. Concretamente, aceptándose que su objetivo último es minorar el precio de los alquileres y que, en su caso, las personas jurídicas podrían decantarse por esta forma de retribución en especie a sus trabajadores por motivos fiscales (señala la recurrente en este sentido que «el coste para la persona física, en ausencia de beneficios fiscales, coincidiría con el precio a satisfacer al arrendador, mientras que en el caso de la sociedad hay que tener en cuenta que parte de ese precio será recuperado por la vía de la deducción en su imposición personal sobre beneficios, al ser un coste de personal», lo que podría neutralizar parcialmente el efecto de esta disposición por el aumento de la demanda de alquileres que esta última circunstancia podría suponer), subraya la parte recurrente que «En opinión de este centro directivo el objetivo último de la medida, minorar el precio de los alquileres, es determinante para concluir que el legislador estaba pensando en un arrendatario de la vivienda que es, además, destinatario directo del servicio», interpretación atendiendo a un pretendido espíritu y finalidad de esta disposición que tampoco debe prevalecer sobre la interpretación literal que el TEAC realiza y se recoge en la letra que sigue.

## B. POSIBILIDAD DE APLICAR LA REDUCCIÓN: PREVALENCIA DE LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA LIRPF

Frente a los esfuerzos exegeticos de la DGT para tratar de justificar la imposibilidad de aplicar el beneficio fiscal que ocupa a los supuestos comentados, se cree más correcta la labor interpretativa realizada por el TEAC que va a desembocar, como se ha comentado, en el nuevo criterio administrativo al respecto en virtud del cual «resulta procedente la aplicación de la reducción prevista en el apartado segundo del artículo 23 de la Ley 35/2006 [...] sobre los rendimientos netos derivados del arrendamiento de bienes inmuebles cuando siendo el arrendatario una persona jurídica, quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda de determinadas personas físicas». En este sentido, y como se subrayará más adelante, recuérdese que este criterio, *ex* artículo 242.4 de la LGT, es vinculante «para los tribunales económico-administrativos [...] y para el resto de la Administración tributaria del Estado y de las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía».

Para alcanzar tal conclusión, el TEAC va a realizar en la resolución una interpretación literal (fundamento de derecho tercero), sistemática (fundamento de derecho cuarto) y teleológica (fundamento de derecho quinto) del artículo 23.2 de la LIRPF.

### B.1. Interpretación literal

Así es, comenzando por el análisis de esta disposición «según el sentido propio de sus palabras» y tras traer a colación las pautas interpretativas de las normas fiscales (art. 12.1 de la LGT que se remite al art. 3.1 del CC), el TEAC señala que el artículo 23.2 de la LIRPF «otorga al contribuyente, como perceptor de la renta por alquiler de un inmueble, un incentivo fiscal de reducción del rendimiento neto siempre que se cumpla el único requisito especificado relativo al destino dado al objeto del contrato, esto es, únicamente en función del destino a vivienda del inmueble arrendado», añadiendo, *a contrario*, que «En el texto de la ley no se hace referencia alguna a la condición del arrendatario y, por tanto, literalmente, el beneficio se establece independientemente de la misma. Donde la ley no distingue, no se debe distinguir».

Aunque con este análisis, respetuoso por cierto con los límites a la analogía consagrados en el artículo 14 de la LGT («No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales»), debiera bastar para abogar por la supremacía de esta interpretación literal del artículo 23.2 de la LIRPF, el TEAC refuerza la misma aduciendo *a fortiori* el argumento de que, si se hubiera pretendido incluir algún presupuesto relativo a la condición o naturaleza del arrendatario, así se habría hecho tal y como sucedía con la ya derogada reducción del 100% de los RCI netos prevista en su día en el párrafo segundo del artículo 23.2 de la LIRPF («Dicha reducción será del 100 por ciento, cuando el arrendatario tenga una edad comprendida entre 18 y 30 años [...]»), concluyendo por tal que «mientras el apartado 2.º se exige en el arrendatario una determinada edad para ampliar el importe de la reducción, en este apartado 1.º del punto 2 del artículo 23 de cuya aplicación se trata ahora, no se menciona condición, naturaleza o característica alguna, que en su

caso, habría de reunir el arrendatario. En consecuencia, exigir que este sea necesariamente una persona física y no una persona jurídica, supondría introducir un nuevo requisito no establecido literalmente en la ley del impuesto».

## B.2. Interpretación sistemática y teleológica

Expuesta su interpretación literal, el TEAC aborda igualmente una interpretación sistemática del artículo 23.2 de la LIRPF para contestar la realizada por la Administración tributaria recurrente expuesta anteriormente, la cual, en opinión que se comparte del primero de los órganos administrativos, «supondría una alteración de la interpretación literal expuesta».

En efecto, sosteniendo la parte recurrente que el concepto de arrendamiento de vivienda, en cuanto no definido por la norma tributaria, debe integrarse necesariamente en los términos del artículo 2.1 de la LAU, el TEAC rechaza esa interpretación sistemática defendiendo que «dicho precepto no pretende definir qué se entiende por arrendamiento de vivienda a todos los efectos, sino, por contraposición a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda (art. 3 LAU), delimitar el régimen jurídico que le es aplicable (arts. 1 y 4 LAU)»; o con otras palabras, que la definición de arrendamiento de vivienda contenida en el artículo 2.1 de la LAU sirve fundamentalmente, si se atiende a todo el articulado de este cuerpo legal, para dar a estos, a los arrendamientos de vivienda, una mayor protección en lo relativo a su duración (arts. 9 y 10 de la LAU sobre duración mínima trienal y régimen de prórroga tácita del contrato) y al mantenimiento de su renta o precio (arts. 18 y 19 de la LAU sobre los límites a la actualización y a la elevación de la renta por mejoras), garantías de las que carecen los arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Una interpretación auténtica del artículo 2.1 de la LAU confirma lo acertado de la interpretación sistemática del artículo 23.1 de la LIRPF patrocinada por el TEAC, pues en el preámbulo del primero de los cuerpos legales, tras diferenciar entre arrendamientos de vivienda y para usos distintos al de vivienda, se señala en este sentido que «Este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas».

Finalmente, el TEAC va a rechazar también la (débil) interpretación teleológica sostenida por la Administración tributaria recurrente, interpretación en virtud de la cual, como se ha dicho, la aplicación de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en los supuestos de arrendamientos destinados a vivienda concertado con personas jurídicas determinaría una cierta neutralización de los efectos de esta medida al aumentarse la demanda de alquileres consecuencia, fundamentalmente, de que las mismas, las personas jurídicas, podrían deducir de su impuesto, en concepto de gastos de personal, el coste de los arrendamientos concertados.

En efecto, el TEAC, tras afirmar que «no puede afirmarse que exista una relación directa entre las políticas empresariales de distribución de sus gastos de personal entre retribuciones di-

nerarias y en especie, y un hipotético aumento de la demanda de viviendas que contrarreste el incentivo del arrendador para la oferta, de forma que termine afectando a los precios de los alquileres», añade que, en todo caso, «el coste de las retribuciones, dinerarias y en especie, constituyen gasto deducible para la empresa», por lo que la entidad que concierne arrendamientos para vivienda de sus trabajadores no obtiene ninguna ventaja por el hecho de que el arrendador pueda o no aplicar el beneficio fiscal que ocupa.

### C. CONCLUSIÓN: CARÁCTER VINCULANTE DE LA RESOLUCIÓN... EN EL SENTIDO DE LOS PRECEDENTES JURISDICCIONALES

Aunque el más completo y convincente proceso hermenéutico del TEAC es argumento suficiente para abogar por la aplicación de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF a los supuestos de arrendamientos destinados a vivienda concertado con personas jurídicas (siempre que «quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda de determinadas personas físicas»), se advertía anteriormente que hay una razón de índole normativa que coadyuva a estar con el parecer de este órgano: el carácter vinculante para toda la Administración tributaria de las resoluciones de los recursos extraordinario de alzada para la unificación de criterio (art. 242.4 de la LGT).

Además, con este criterio el TEAC converge con el parecer de distintos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) que se han pronunciado sobre esta cuestión, y así, más allá de los fallos citados por el propio TEAC en su resolución, se traen a colación las siguientes sentencias:

1. Sentencia del TSJ de Madrid de 26 de julio de 2016 [rec. núm. 1343/2014 (NFJ064090)]. Tras quedar acreditado que el inmueble «fue arrendado mediante contrato de fecha 1 de febrero de 2004 a la entidad Banco Español de Crédito, SA para su uso como vivienda permanente por el empleado de dicha entidad D. Juan Francisco, constando en la estipulación segunda de dicho contrato que el inmueble se arrendaba para ser destinado única y exclusivamente a residencia permanente, no pudiendo destinarse a ningún uso distinto, ni siquiera en parte», en el fundamento de derecho quinto de esta resolución se concluye en relación con la aplicación del beneficio fiscal que ocupa que «se cumple la condición legal exigida para aplicar la mencionada reducción fiscal cuando el inmueble se arrienda para que constituya la residencia de una persona física, sin que sea preciso que la vivienda tenga que ser ocupada por el propio arrendatario, que puede ser una persona jurídica, si bien esta no puede dar al inmueble un destino distinto al de vivienda, y sin que pueda supeditarse la aplicación de dicha reducción fiscal al cumplimiento de exigencias no previstas legalmente».
2. Sentencia del TSJ de Andalucía (sede en Málaga) de 14 de julio de 2014 [rec. núm. 877/2012 (NFJ057592)]. Interpretándose *a contrario* y para destacar la importancia a estos efectos de la identificación del empleado que pasa a habitar el inmueble arrendado por la persona jurídica (recuérdese, que «quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda de determinadas personas físicas»), en el fundamento de dere-

cho cuarto de esta resolución se niega la aplicación de la reducción del artículo 23.2 de la LIRPF en la medida en que «No consta la identificación del inquilino y de su dedicación a vivienda habitual, finalidad que el legislador tuvo en cuenta en la configuración de la exención sin que el precepto citado presuponga o exija otra condición. Debe estarse en consecuencia con la resolución impugnada negando, al tratarse de una mercantil, la existencia de vivienda habitual, en el concepto usual del término y sin que pueda ser objeto de interpretaciones extensivas como la demandante pretende, ya que ello desvirtuaría el espíritu de la reducción, que tiene un único fin: satisfacer la necesidad de vivienda facilitando su acceso pero con carácter de permanencia».

Por todo lo anterior, se cierra este comentario crítico señalando, como en el título de este trabajo, que, en virtud de la interpretación realizada por el TEAC en su Resolución de 8 de septiembre de 2016 [R. G. 5138/2013 (NFJ063583)] en línea con la jurisprudencia mayoritaria, resulta de aplicación la reducción prevista en el artículo 23.2 de la LIRPF a los supuestos de arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda concertados con personas jurídicas (siempre que «quede acreditado que el inmueble se destina a la vivienda de determinadas personas físicas»).

# LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR LA CONTINUACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS TRAS LA SUPERACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN REQUIERE UN ACTO FORMAL DE REANUDACIÓN

**Análisis de la RTEAC de 5 de julio de 2016 (R. G. 35/2013)**

**Javier Bas Soria**

*Doctor en Derecho  
Inspector de Hacienda del Estado*

## 1. SUPUESTO DE HECHO

Se plantea ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en la resolución que analizamos una cuestión sobre el plazo de duración de las actuaciones inspectoras, a saber, la forma en la que deben reanudarse las actuaciones inspectoras una vez que se haya superado el plazo máximo de duración de las mismas.

Los hechos sobre los que tiene que pronunciarse el tribunal son, resumidamente, los que a continuación se exponen.

Las actuaciones inspectoras se iniciaron mediante personación de la Inspección en el domicilio del sujeto pasivo el día 22 de febrero de 2011. Las actuaciones concluyeron mediante la notificación de la liquidación producida el 24 de septiembre de 2012. Concurren en el procedimiento dilaciones no imputables a la Administración que suman 81 días, que deben excluirse del cómputo de la duración de las actuaciones de comprobación.

Adicionalmente, con fecha 18 de noviembre de 2011 fue notificada al contribuyente una comunicación, siendo la anterior actuación con este una diligencia de fecha 13 de abril de 2011, en la que la Inspección reconocía la existencia de una interrupción no justificada con una duración superior a seis meses y en la que se comunica la reanudación formal del procedimiento.

En la liquidación se hace constar que las actuaciones habían tenido una duración superior al plazo máximo de doce meses previsto legalmente, siendo la primera actuación realizada con conocimiento formal del obligado tras la superación del plazo la puesta de manifiesto para la apertura del trámite de alegaciones, notificada al obligado tributario el 13 de junio de 2012, considerando la Inspección, en aplicación del artículo 150.2 de la Ley General Tributaria (LGT), que la misma constituía la primera actuación interruptiva de la prescripción. A la vista que el objeto de la regularización era el Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2007 y 2008, y que el día de inicio del cómputo del plazo de prescripción era el último del plazo de presentación de la declaración-liquidación correspondiente, que finalizaron respectivamente los días 25 de julio de 2008 y 25 de julio de 2009, se considera que no ha prescrito el derecho de la Administración a liquidar dicho concepto y periodos de liquidación.

El contribuyente somete al tribunal una petición de reconocimiento de la prescripción ganada, ya que, a su juicio, debió dictarse un acuerdo formal de reanudación de actuaciones una vez superado el plazo máximo de duración de las actuaciones, sin que sea bastante la realización de una actuación con conocimiento formal del obligado tributario en la que no se indiquen los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse tras dicha superación del plazo.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

### 2.1. LA DOCTRINA DEL TEAC RELATIVA A LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN TRAS LA SUPERACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Comienza constatando la existencia de una doctrina continuada del mismo que declaraba que no es requisito necesario para la interrupción del plazo de prescripción tras la superación del plazo máximo de duración de las actuaciones la existencia de un acuerdo formal de reanudación de las actuaciones.

Las razones en las que se apoyaba tal doctrina eran, fundamentalmente, una interpretación literal del precepto y otra teleológica.

Constata el tribunal que el literal del segundo párrafo del artículo 150.2 a) de la LGT no deja dudas al afirmar que «[...] se entenderá interrumpida la prescripción por la [...] realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo».

Entiende que no es óbice a ello la deficiente técnica del legislador que contempla en el mismo precepto dos circunstancias perfectamente diferenciadas, la superación del plazo máximo de doce meses para la finalización de las actuaciones inspectoras y la interrupción no justificada por un periodo superior a seis meses, estableciendo a continuación de forma conjunta las consecuencias de cualquiera de ellas: no se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones realizadas hasta la interrupción injustificada o hasta la finalización del plazo de duración de las mismas y los ingresos efectuados se considerarán ingresos fuera de plazo sin requerimiento previo, estableciendo una suerte de identificación entre ambos vicios.

No obstante, continúa el TEAC, en el párrafo segundo del artículo 150.2 a) se llena un vacío que existía en la normativa previa a la LGT regulando expresamente en qué condiciones podrá volver a interrumpirse la prescripción en los procedimientos en los que se haya producido alguno de los vicios referidos, lo que esta vez no se realiza conjuntamente, sino individualizadamente: se entenderá interrumpida la prescripción por la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado tras la interrupción injustificada (lo que se refiere, evidentemente, al supuesto de interrupción injustificada) o la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo (lo que se refiere a la superación del plazo máximo para dictar liquidación).

Constata el tribunal que, en ambos supuestos, se añade que el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse.

A partir de esta lectura detallada del precepto, el TEAC manifiesta cuál es la interpretación literal de lo que hemos reflejado. Constata que la reanudación formal se ha previsto, exclusivamente, para los supuestos de interrupción injustificada, mientras que en el caso de superación del plazo máximo se prevé que sea cualquier actuación, aun sin comunicación formal de la continuación, la que interrumpa la prescripción.

Entiende además que no altera esta circunstancia la previsión relativa al derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse, pues no se configura como una obligación de la Administración (como ocurre en el caso de la comunicación del alcance al inicio de los procedimientos de comprobación, ya sea un procedimiento de comprobación e investigación, ya sea de comprobación limitada o de verificación de datos), sino como un derecho del obligado.

En cuanto a la interpretación teleológica, entiende el tribunal que dicho precepto no puede ser entendido de otra forma, ya que a diferencia de la interrupción injustificada, que es eminentemente objetiva, la superación del plazo es una cuestión que, en no pocas ocasiones, resulta muy compleja y que, ni siquiera, resulta reconocida por la propia Inspección sino por los órganos revisores, económico-administrativos o judiciales, por ejemplo, como consecuencia de apreciar que determinados hechos considerados como dilación por la Inspección no lo son, lo que impide de toda forma constatar la superación del plazo máximo para dictar resolución, haciendo imposible que la Inspección informara al obligado del nuevo alcance de las actuaciones, cuando en su opinión el plazo no se ha superado.

Lo contrario supondría que, cuando se apreciara por un órgano revisor la superación del plazo máximo para finalizar las actuaciones inspectoras, el legislador hubiera dispuesto que, en la práctica, ninguna actuación inspectora posterior a dicho vencimiento tuviese virtualidad para interrumpir la prescripción, ya que si la Inspección consideraba que el plazo no se había superado, es obvio que no iba a «reanudar actuaciones» comunicando al obligado la superación del plazo y el nuevo alcance.

Añade también que la exigencia de esta comunicación alteraría la estructura general del procedimiento inspector, al obligar a anticipar una parte de la resolución de fondo (llegando incluso a declarar la prescripción de una parte de los ejercicios por los que se inició) a un momento previo a la finalización de su instrucción, encomendando además tal finalización al actuario que desarrolla el procedimiento y no al inspector-jefe al que compete dictar los actos finalizadores del procedimiento.

Concluye además el TEAC que con este criterio no se aprecia ninguna merma significativa de las posibilidades de defensa del contribuyente, ya que sus posibilidades de determinación de momento en el que concluyó el plazo máximo de duración del procedimiento y, por tanto, de sus efectos, entre los que está la posible prescripción de alguno, o de todos, los ejercicios comprobados, permanecen intactas, y se podrán hacer valer al alegar, ante la propia Inspección o ante los órganos de revisión, frente al acuerdo de liquidación.

## 2.2. LA INEXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA REITERADA PREVIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Consciente el TEAC de que el Tribunal Supremo (TS) había dictado la Sentencia de 12 de marzo de 2015 [rec. núm. 4074/2013 (NFJ064068)], a la que después nos referiremos, y cuyo contenido resulta claramente contrario a la doctrina a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, hace un análisis de los precedentes existentes para acabar concluyendo que no existía jurisprudencia reiterada que se opusiera a la doctrina del TEAC.

Destaca que existían varios pronunciamientos referidos a la normativa previa a la LGT. Las SSTS de 7 de diciembre de 2012 [rec. núm. 4728/2009 (NFJ064074)] y de 28 de septiembre de 2012 [rec. núm. 4728/2009 (NFJ049180)] en las que se considera que la superación del plazo legal de duración del procedimiento, advertida por el órgano revisor, no requiere de una «reanudación formal de actuaciones» para interrumpir la prescripción con posterioridad al vencimiento del plazo legal, sino que se limitan a analizar si han existido actuaciones posteriores.

Otras sentencias [SSTS de 18 de diciembre de 2013, rec. núm. 4532/2011 (NFJ053198); de 6 de marzo de 2014, rec. núm. 6287/2011 (NFJ053966), y de 13 de junio de 2014, rec. núm. 848/2012 (NFJ064071)] en las que el citado tribunal negó el efecto interruptivo de la prescripción, una vez superado el plazo máximo del procedimiento, a la mera continuación de las actuaciones inspectoras.

Ya referida a la LGT 58/2003 se dictó la Sentencia de 12 de marzo de 2015 [rec. núm. 4074/2013 (NFJ064068)] en la que el Alto Tribunal estipuló la exigencia de un acto formal de reanudación de las actuaciones para considerar interrumpida la prescripción. Aunque como se trataba de una sola sentencia, entendía el TEAC que la jurisprudencia no podía considerarse reiterada. Así se recoge en el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia:

«Pues bien, en la Sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2013 (recurso de casación número 4532/2011), en supuesto bajo la vigencia de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y artículo 31 quater del Reglamento de Inspección de 1986 –añadido por Real Decreto 136/2000–, se dejó sentado el criterio de que la mera continuación de las actuaciones realizadas con posterioridad a la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector no tenía la capacidad interruptiva que defendía la Administración del Estado, teniéndola, en cambio una actuación formal de la Inspección, tras el transcurso del plazo de doce meses, poniendo en conocimiento del obligado tributario la reanudación de actuaciones.

Esta interpretación, después recogida en la Sentencia de 6 de marzo de 2014 (recurso de casación 6287/2011), ha de mantenerse a la luz del artículo 150.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria, pues según dicho precepto, el incumplimiento del plazo de doce o veinticuatro meses (previsto en el apartado 1) no determina la caducidad del procedimiento "que continuará hasta su terminación", pero con la particularidad de que no se entenderá interrumpida la prescripción, si bien sí se producirá la interrupción mediante reanudación formal posterior al transcurso del plazo de duración legal, supuesto en el que el obligado tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse».

Esta inexistencia de jurisprudencia reiterada previa determinó que, aun conociendo la existencia de la mencionada Sentencia del TS de 12 de marzo de 2015 (NFJ064068), el TEAC siguiera manteniendo el criterio al que nos hemos referido en el apartado anterior en resoluciones posteriores, tales como la de 2 de junio de 2015, R. G. 6254/2011, que se cita en la propia resolución que estamos comentando.

### 2.3. LA REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Constata el TEAC que el TS ha reiterado su jurisprudencia en Sentencias de 3 de mayo de 2016 (rec. núm. 240/2014), de 23 de mayo de 2016 [rec. núm. 789/2014 (NFJ063017)] y de 21 de junio de 2016 [rec. núm. 1591/2015 (NFJ063066)].

Afirma el TS en la Sentencia de 23 de mayo de 2016 [rec. núm. 789/2014 (NFJ063017)] lo siguiente:

«Segundo. Motivos de casación.

[...]

Esta representación del Estado tiene interés en defender que una vez excedido el plazo máximo de duración de las actuaciones, no es la liquidación el único acto posterior que puede tener efectos interruptivos, sino también que, de acuerdo con el art. 150.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, aplicable "ratione temporis", las actuaciones posteriores al exceso del plazo, aunque no sean la liquidación final, también tienen el efecto de interrumpir.

[...]

Tercero. Decisión de la Sala.

Es manifiesta la necesidad de desestimar el recurso de casación interpuesto.

Las diligencias invocadas por el Abogado del Estado no reúnen los requisitos que el artículo 150 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), exige para que el efecto interruptivo de la prescripción vuelva a ponerse en marcha.

El precepto invocado no consagra, como parece entender el Abogado del Estado, que cualquier continuación del procedimiento inicial reanuda la prescripción interrumpida. Para que ello tenga lugar es preciso que el obligado tributario sea informado acerca de los periodos y conceptos que van a ser objeto del nuevo procedimiento.

Es decir, la ley parte del hecho de que el procedimiento inicial ha dejado de producir efectos interruptivos. Por eso, la reanudación de la prescripción exigía que se comunicase al destinatario "los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a practicarse". Sin esa comunicación no se reinicia la prescripción.

[...]».

Señala por su parte la Sentencia de 21 de junio de 2016 [rec. núm. 1591/2015 (NFJ063066)] en su fundamento jurídico segundo:

«Ahora bien, esta previsión legislativa debe entenderse en sus estrictos términos; no se trata de que una mera actuación ulterior sin más "reviva" un procedimiento ya fenecido, como sin duda es el del caso enjuiciado, según admite la propia Administración recurrente [las actuaciones tenían que durar doce meses como máximo, pues el acuerdo de ampliación se adoptó fuera de plazo, y, sin embargo, se extendieron más allá, notificándose la liquidación cuando ya habían transcurrido más de cuatro años desde el día final para la presentación de la autoliquidación del último periodo comprobado –2005–], sino de una decidida actuación administrativa de llevar a cabo la tarea que inicialmente no realizó en el tiempo legalmente requerido. Por ello el precepto matiza en su segunda parte que "el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse". No se trata, por tanto, de cualquier diligencia, sino de una reanudación formal de las actuaciones inspectoras».

## 2.4. FALLO DEL TEAC

Concluye el tribunal que, por acatamiento al criterio jurisprudencial reiterado, no habiéndose producido la «reanudación formal» tras la superación del plazo máximo de duración del procedimiento inspector, se debe estar, como hito interruptivo de la prescripción, a la notificación del acuerdo de liquidación. En consecuencia, como a dicha fecha había transcurrido en exceso el plazo de prescripción de cuatro años a contar desde la fecha final del plazo de presentación de la autoliquidación relativa al Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2007, se declara prescrito el derecho de liquidar dicho tributo y ejercicio, pero no así el ejercicio 2008, ya que la liquidación interrumpió el plazo de prescripción.

## 3. COMENTARIO CRÍTICO

Es cuestión clara que el plazo de duración de las actuaciones ha sido una fuente constante de conflictos entre la Administración y el administrado. Tampoco descubrimos nada nuevo si afirmamos que la construcción de las garantías sobre el plazo máximo de duración de los procedimientos tributarios en general y de las actuaciones inspectoras en particular ha ido avanzando «a golpe» de sentencias. La reacción habitual hasta el momento ha sido confiada al legislador, que ha ido modificando los preceptos normativos tratando de acotar las vías de escape que ofrece el procedimiento a los administrados que han sido objeto de comprobaciones.

No ha sido una excepción la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de reforma de la LGT, que aunque ha entrado a regular la duración del procedimiento (acotando las siempre problemáticas dilaciones) ha mantenido, precisamente, la misma regla cuya aplicación se examina en esta sentencia. Así manifiesta el segundo párrafo de la letra a) del artículo 150.6 de la LGT: «La prescrip-

ción se entenderá interrumpida por la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1. El obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse». Por ello, esta dista de ser una cuestión cerrada.

La primera cuestión que cabe plantear es cuál es el alcance real de la resolución que analizamos. En la medida en que, tal y como hemos visto, la misma se limita a constatar la existencia de una doctrina previa del TS, a cuyo acatamiento se somete, podríamos considerar que carece de relevancia práctica. Ahora bien, el hecho de que el TEAC reciba la jurisprudencia del TS (como, por otra parte, siempre hace) supone que se despliegue el efecto vinculante previsto para la doctrina de este órgano administrativo en el artículo 239.8 de la LGT: «La doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Económico-Administrativo Central vinculará a los tribunales económico-administrativos regionales y locales y a los órganos económico-administrativos de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía y al resto de la Administración tributaria del Estado y de las comunidades autónomas y de las ciudades con estatuto de autonomía. El Tribunal Económico-Administrativo Central recogerá de forma expresa en sus resoluciones y acuerdos que se trata de doctrina reiterada y procederá a publicarlas según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 86 de esta ley». Por otra parte, triste es afirmarlo, en muchas ocasiones tienen mayor difusión los pronunciamientos del TEAC que las sentencias del TS, por lo que sin duda esta resolución, que se limita a recibir una jurisprudencia consolidada, ha servido y servirá para dar mayor alcance a este importante criterio. Aunque no fuera más, el hecho de que por las razones expuestas se pongan fin a pleitos en vía administrativa, aplicando la solución debida como consecuencia de este pronunciamiento, sería causa bastante para destacar la resolución.

El segundo punto que conviene analizar es el alcance que tiene este pronunciamiento en relación con la constatación de la superación del plazo. El TEAC razonaba que en aquellos supuestos en los que la Inspección constataba que se había producido la superación del plazo, hubiera podido exigirse la comunicación formal de la reanudación de las actuaciones inspectoras, pero que, desde luego, resultaba imposible que se exigiera tal comunicación formal de la reanudación de las actuaciones cuando era un órgano revisor el que apreciaba que se había producido tal superación del plazo. Añadía el tribunal que en estos casos sería tanto como negar eficacia interruptiva de la prescripción a todos los actos posteriores a la superación del plazo (y a los anteriores por el propio tenor literal del art. 150 LGT), sin tal comunicación formal. Pues bien, con la recepción de la jurisprudencia del TS cabe afirmar que tal comunicación formal de reanudación de las actuaciones es preceptiva, tanto si se trata de supuestos en los que la superación del plazo se ha apreciado por la propia Inspección como si el que lo estima es el órgano revisor, y todas las actuaciones posteriores pierden virtualidad interruptiva de la prescripción. La consecuencia lógica de todo ello es que cuando un pronunciamiento en vía de revisión estime que se ha superado el plazo máximo para dictar resolución por cualquier causa que no fue apreciada por la Inspección, todas las actuaciones posteriores, en ausencia de la comunicación formal, pierden eficacia interruptiva de la prescripción.

El punto más reseñable, con todo, de la resolución es el momento en el que se entiende nuevamente interrumpida la prescripción sin la existencia de la comunicación formal de reanudación

de las actuaciones. La resolución del TEAC lo fija en el día en el que se notifique la liquidación (o, al menos, según resulta del art. 104 LGT, el día en el que se produzca el primer intento válido de notificación de aquella); ahora bien, no puede dejar de destacarse que en el presente caso, en la liquidación, se constataba la superación del plazo máximo para dictar resolución y, aunque erróneamente, a la luz de la jurisprudencia, considerara que la siguiente actuación realizada tras la superación del plazo, sin comunicación formal, interrumpía la prescripción, en la liquidación se incluían, al menos aparentemente, las formalidades necesarias para la comunicación de reanudación.

Ahora bien, resulta altamente discutible si las liquidaciones en las que no se haya constatado la superación del plazo máximo para dictar resolución pueden, por sí mismas, ser el primer acto interruptivo de la prescripción.

Desde luego, puede parecer absurdo hablar de prescripción del derecho a liquidar [recuérdese que lo que se extingue por prescripción son las acciones, entre ellas, el derecho a liquidar, según establece el art. 66 a) LGT] cuando ya se ha ejercitado el citado derecho y se ha producido el resultado propio de su ejercicio, mediante la práctica de la liquidación; pero no es menos cierto que existe una doctrina y jurisprudencia consolidadas que confirman la extinción por prescripción del derecho a liquidar en un momento muy posterior al de su ejercicio mediante la práctica de la liquidación. Así, se estima que prescribe el derecho a liquidar en el caso de procedimientos de revisión (recursos de reposición y reclamaciones económico-administrativas) en los que la Administración ha permanecido inactiva durante un periodo de cuatro años en la sustanciación de tales procedimientos, siempre que no haya actos interruptivos de la prescripción. Por consiguiente, el mismo hecho de que se haya producido la liquidación no sería bastante para afirmar que la misma tiene eficacia interruptiva de la prescripción.

Tampoco si consideramos la exigencia de una reanudación formal informando del alcance de las actuaciones y comparamos esta con el contenido típico de la liquidación, el resultado se aprecia claro. Desde luego, aunque las liquidaciones incluyen los periodos objeto de liquidación, en los casos en los que la superación del plazo máximo se apreciara por el órgano revisor, la liquidación tendría como alcance el de la comunicación inicial (o, en su caso, el alcance ampliado) y no el que resultara de la reanudación de las actuaciones. En este punto, cabe además añadir que la liquidación, por sí misma, no convalida ni sana nada del procedimiento previo, por lo que es lógico pensar que si el procedimiento seguido ha incurrido en un vicio que determina que las actuaciones, tras la comunicación de inicio y la superación del plazo, no interrumpan la prescripción, tampoco puedan interrumpirse estas por la liquidación que persiste en el vicio. Esta conclusión, aunque a nuestro juicio y desde un punto de vista estrictamente doctrinal pueda parecer la más correcta, resultaría devastadora, como señalaba el TEAC al exponer su doctrina, ya que el órgano revisor que apreciara superado el plazo debería considerar que las actuaciones no se han reanudado formalmente hasta el momento en el que estuviera dictando la resolución del procedimiento revisor, lo que sería determinante de multitud de prescripciones.

Esta, con mucho la más interesante de las consecuencias, debe quedar pendiente hasta el desarrollo posterior de la jurisprudencia.

## COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS Y OBLIGACIONES TRIBUTARIAS CONEXAS (CASOS PRÁCTICOS)

**Carlos Javier Lacorte Sentenach**

*Inspector de Hacienda del Estado*

---

### EXTRACTO

A través de estos dos supuestos prácticos, el autor da a conocer al lector, desde un enfoque eminentemente práctico, dos aspectos novedosos que Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación de la Ley General Tributaria, ha introducido en la misma. Uno de ellos es la diferenciación entre los derechos de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación y para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas o autoliquidadas –que tienen el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 66 de la LGT y que no se ha modificado–, y el derecho de la Administración tributaria a comprobar e investigar que, en principio, no tiene fijado un plazo de prescripción. En el segundo de los supuestos se pretende analizar la ejecución por parte de la Agencia Tributaria de las resoluciones y sentencias de los tribunales y, a la vez, relacionar este punto con el novedoso concepto de las «obligaciones tributarias conexas».

**Palabras claves:** compensación bases imponible negativas, obligaciones tributarias conexas, reforma LGT y Ley 34/2015.

---

## **CASO 1. COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

La entidad ABC, SA ha recibido una comunicación de inicio de actuaciones inspectoras el 20 de julio de 2015 con alcance general y que tiene como objeto la comprobación del impuesto sobre sociedades (IS) correspondiente a los ejercicios 2010 a 2013. ABC, SA tiene periodo impositivo coincidente con el año natural y ha presentado las correspondientes autoliquidaciones por el impuesto el día 25 de julio del año siguiente al cierre del ejercicio.

En los últimos años la mencionada entidad solo ha sido objeto de una actuación de comprobación por parte de la Agencia Tributaria que se efectuó en el ejercicio 2011 y que consistió en un procedimiento de verificación de datos realizado por gestión tributaria para comprobar el importe de las retenciones deducidas por la entidad en su autoliquidación correspondiente al ejercicio 2009 al existir discrepancias entre las declaradas y las que le constaban a la Administración tributaria. Dicho procedimiento acabó con una corrección a la baja de la devolución solicitada por el contribuyente por el importe de dicha discrepancia, y a la que el contribuyente no opuso reparo alguno.

La entidad arrastraba una base imponible negativa (BI negativa) pendiente de compensar de 1.000.000 de euros correspondiente al ejercicio 2004 y de la que se habían compensado 700.000 euros en el ejercicio 2009 y los 300.000 euros restantes están compensados en el ejercicio 2010 que es el primer ejercicio a comprobar por el procedimiento de inspección abierto con la comunicación del 20 de julio de 2015.

La inspección, que ya tiene en su poder la autoliquidación correspondiente al IS del ejercicio 2004, solicita que se aporte la contabilidad de dicho ejercicio y la documentación justificativa del mismo y llega a la conclusión de que la BI negativa en dicho ejercicio que procede son -500.000 euros en vez del -1.000.000 de euros declarados.

A 12 de octubre de 2015 está pendiente de formulación la propuesta de regularización derivada de las actuaciones de la Inspección.

*Se pide:*

- 1.º Comentar la trascendencia en el procedimiento inspector descrito, de la nueva regulación en materia de compensación de BI negativas establecida por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Ley 34/2015).



El origen de la nueva regulación debe justificarse en la necesidad de comprobar la obligación tributaria correspondiente a ejercicios prescritos cuando tengan repercusión en ejercicios no prescritos. En este sentido se producen las siguientes novedades:

1. Se introduce un nuevo artículo 66 bis en la LGT:

**Artículo 66 bis.** *Derecho a comprobar e investigar.*

«1. La prescripción de los derechos establecida en el artículo 66 de esta ley **no afectará al derecho de la Administración para realizar comprobaciones e investigaciones** conforme al artículo 115 de esta ley, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. El derecho de la Administración para iniciar el procedimiento de comprobación de las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicación, **prescribirá a los diez años** a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario establecido para presentar la declaración o autoliquidación correspondiente al ejercicio o periodo impositivo en que se generó el derecho a compensar dichas bases o cuotas o a aplicar dichas deducciones.

En los procedimientos de inspección de alcance general a que se refiere el artículo 148 de esta ley, respecto de obligaciones tributarias y periodos cuyo derecho a liquidar no se encuentre prescrito, **se entenderá incluida, en todo caso, la comprobación de la totalidad de las bases o cuotas pendientes de compensación o de las deducciones pendientes de aplicación, cuyo derecho a comprobar no haya prescrito de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior.** En otro caso, deberá hacerse expresa mención a la inclusión, en el objeto del procedimiento, de la comprobación a que se refiere este apartado, con indicación de los ejercicios o periodos impositivos en que se generó el derecho a compensar las bases o cuotas o a aplicar las deducciones que van a ser objeto de comprobación.

La comprobación a que se refiere este apartado y, en su caso, la corrección o regularización de bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o deducciones aplicadas o pendientes de aplicación respecto de las que no se hubiese producido la prescripción establecida en el párrafo primero, **solo podrá realizarse en el curso de procedimientos de comprobación relativos a obligaciones tributarias y periodos cuyo derecho a liquidar no se encuentre prescrito.**

3. Salvo que la normativa propia de cada tributo establezca otra cosa, la limitación del derecho a comprobar a que se refiere el apartado anterior **no afectará a la obligación de aportación de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron las bases, cuotas o deducciones y la**

**contabilidad**, con ocasión de procedimientos de comprobación o investigación de ejercicios no prescritos en los que se produjeron las compensaciones o aplicaciones señaladas en dicho apartado».

2. Se modifica el apartado 3 del artículo 70 de la LGT, «Efectos de la prescripción en relación con las obligaciones formales», añadiendo un inciso final a la redacción anterior que destacamos en negrita:

«3. La obligación de justificar la procedencia de los datos que tengan su origen en operaciones realizadas en periodos impositivos prescritos se mantendrá durante el plazo de prescripción del derecho para determinar las deudas tributarias afectadas por la operación correspondiente **y, en todo caso, en los supuestos a que se refiere el artículo 66 bis 2 y 3 de esta ley**».

3. Se da una nueva redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 115 de la LGT, «Potestades y funciones de comprobación e investigación».

«1. La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, negocios, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables.

Dichas comprobación e investigación se podrán realizar aun en el caso de que la mismas afecten a ejercicios o periodos y conceptos tributarios respecto de los que se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66 a) de esta ley, **siempre que tal comprobación o investigación resulte precisa en relación con la de alguno de los derechos a los que se refiere el artículo 66 de esta ley que no hubiesen prescrito, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 66 bis 2 de esta ley, en los que resultará de aplicación el límite en el mismo establecido.**

En particular, dichas comprobaciones e investigaciones podrán extenderse a hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios **que**, acontecidos, realizados desarrollados o formalizados en ejercicios o periodos tributarios respecto de los que se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66 a) citado en el párrafo anterior, **hubieran de surtir efectos fiscales en ejercicios o periodos en los que dicha prescripción no se hubiese producido.**

2. En el desarrollo de las funciones de comprobación o investigación a que se refiere este artículo, la Administración tributaria **podrá calificar** los hechos, actos, actividades, explotaciones y negocios realizados por el obligado tributario **con independencia de la previa calificación que este hubiera dado a los mismos y del ejercicio o periodo en el que la realizó, resultando de aplicación, en su caso, lo dispuesto en los artículos 13, 15 y 16 de esta ley**».

**Nota:** La disposición transitoria única de la Ley 34/2015, que fija el régimen de derecho transitorio para la entrada en vigor de las nuevas normas, establece en su número 2 que lo dispuesto en los artículos citados en los puntos 1, 2 y 3 anteriores, resultará de aplicación en los procedimientos de comprobación e investigación ya iniciados a la entrada en vigor de la misma en los que, a dicha fecha, no se hubiese formalizado propuesta de liquidación.

Por su parte, *la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS) –Ley 27/2014, de 27 de noviembre–*, en vigor desde el 1 de enero de 2015, regula la cuestión en los siguientes artículos: artículo 26.5 (compensación de BI negativas), artículos 31.7 y 32.8 (deducciones por doble imposición pendientes de aplicar) y artículo 39.6 (normas comunes a las deducciones).

**Nota:** Estos apartados de los artículos señalados son objeto de una modificación técnica por la disposición final sexta apartados Dos a Cinco de la Ley 34/2015.

La fórmula de estilo del conjunto de estos artículos –de conformidad con la nueva redacción que establece la citada disp. final sexta– es la siguiente:

«El derecho de la Administración para **iniciar el procedimiento de comprobación de** [las bases imponibles negativas, deducciones por doble imposición interna, internacional, otras deducciones... pendientes de compensar o de aplicar] **prescribirá a los 10 años** a contar desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo establecido para presentar la declaración o autoliquidación correspondiente al periodo impositivo en que se generó el derecho a [su compensación o deducción].

Transcurrido dicho plazo, el contribuyente deberá acreditar que [las bases imponibles negativas, las deducciones...] cuya [compensación o deducción] pretenda resultar procedentes, así como su cuantía, mediante la exhibición de la liquidación o autoliquidación y de la contabilidad, con acreditación de su depósito durante el citado plazo en el Registro Mercantil».

Además el artículo 120 de la LIS («Obligaciones contables. Facultades de la Administración tributaria») en su apartado 2, segundo párrafo, establece:

«La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria. **En este sentido, podrá regularizar los importes correspondientes a aquellas partidas que se integren en la base imponible en los periodos impositivos objeto de comprobación, aun cuando los mismos deriven de operaciones realizadas en periodos impositivos prescritos**».

Por su parte, la disposición adicional décima de la LGT (norma de derecho transitorio) establece que lo dispuesto en los artículos que hemos citado resultará de aplicación en los procedi-

mientos de comprobación e investigación ya iniciados a la entrada en vigor de la nueva LIS, en los que, a dicha fecha –1 de enero de 2015–, no se hubiese formalizado propuesta de liquidación.

Una vez enunciada la reforma normativa introducida por la **Ley 34/2015** en esta materia, podemos retomar la solución del caso práctico planteado:

Como la inspección se refiere al ejercicio 2010 –ejercicio más antiguo no prescrito a la fecha de la comunicación de inicio de actuaciones el 20 de julio de 2015– y en dicho ejercicio el contribuyente ha compensado una parte de la BI negativa del ejercicio 2004 y como a dicha fecha no ha transcurrido el plazo de **10 años** establecido por la nueva normativa para comprobar las BI negativas –que respecto al ejercicio 2004 vence el 25 de julio de 2015–, se puede comprobar con ocasión de la inspección del ejercicio 2010 la procedencia de la BI negativa de 2004.

Si se tratara de 2003 o ejercicios anteriores solo se podría solicitar la autoliquidación correspondiente y la contabilidad del ejercicio, a efectos meramente verificativos, pero como en este caso no han pasado más de 10 años desde la fecha de presentación de la autoliquidación de 2004 –el 25 de julio de 2005–, también se pueden solicitar los documentos que respalden los asientos contables reseñados en la contabilidad de dicho ejercicio para proceder a efectuar una comprobación exhaustiva.

La Inspección llega a la conclusión de que la BI negativa correcta es de 500.000 euros en vez del 1.000.000 de euros declarados por el contribuyente.

Resulta que del importe originariamente arrastrado por el contribuyente de dicha BI (–1.000.000 €) en los ejercicios siguientes al 2004 no se ha compensado nada hasta el 2009 en que aplica 700.000 euros. ¿Se puede corregir en la inspección que nos ocupa la citada compensación efectuada? No, porque al inicio de la inspección el ejercicio 2009 está prescrito.

En relación con los 300.000 euros compensados en 2010, serán improcedentes ya que el contribuyente solo podía compensar de 2004 500.000 euros y esa cifra ya se ha compensado, en exceso, en el ejercicio 2009. Procederá eliminar la compensación efectuada de 300.000 euros en el ejercicio 2010.

**Nota:** Por cierto, nada de aplicar un reparto proporcional de la BI de 2004 declarada improcedente (el 50%) y decir que solo podría compensar el 50% de lo compensado en 2010 (150.000 €). Bastante generoso ha sido el legislador permitiendo un límite de 10 años a la comprobación de BI negativas, en contraposición al plazo ilimitado que tiene el contribuyente para realizar la compensación para que, vía aplicación de la normativa, «nos inventemos» un reparto proporcional que en ningún momento ha sido enunciado por la norma.

2.º El enunciado introduce un elemento perturbador: el contribuyente ha sufrido en 2011 un procedimiento de verificación de datos correspondiente al ejercicio 2009 –ejercicio en que la entidad compensó 700.000 euros provenientes de la BI negativa de 2004– y que se refería a una cuestión concreta cual es la existencia de una discrepancia entre el importe de las retenciones descontadas por el contribuyente en su autoliquidación y los importes de las mismas que le cons-

taban a la Agencia Tributaria en sus bases de datos. Es decir, nada que ver con la procedencia o improcedencia del importe compensado por BI negativas.

Según la actual redacción del artículo 68.1 a) de la LGT que regula la interrupción del plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, este se interrumpe:

«a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos **o parte de los elementos de la obligación tributaria** que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario».

De conformidad con esta norma, el procedimiento de verificación de datos efectuado en el ejercicio 2011 respecto al IS del ejercicio 2009 **ha interrumpido la prescripción** por lo que cuando se efectúa la inspección iniciada en 2015, en principio, para los ejercicios 2010 al 2013, al comprobar la improcedencia de la BI de 2004 compensada en parte en 2010, se podrá ampliar la inspección al ejercicio 2009 para eliminar el exceso compensado improcedentemente en dicho ejercicio por importe de 200.000 euros (el contribuyente ha compensado 700.000 € cuando el importe máximo que procedía eran 500.000 €).

Aquí debemos plantearnos la siguiente cuestión:

¿Es justo que una actuación administrativa realizada con un objetivo preciso –la corrección del importe de las retenciones– sirva para interrumpir la prescripción de **todo** el impuesto?

Con este interrogante estamos anticipando la problemática de la posibilidad de admitir **interrupciones parciales de la prescripción**. Por el momento el legislador fiscal no se ha planteado formalmente la cuestión pero, es de temer, dada la tendencia a la complejidad al infinito de la normativa tributaria que, en un tiempo no lejano, se lo plantee creando un nuevo foco de conflictividad entre los contribuyentes y la Administración tributaria.

## **CASO 2. EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS CONEXAS**

La entidad ABC, SA presentó autoliquidación por el IS correspondiente al ejercicio 2014 el día 25 de julio de 2015 con una cuota a ingresar de 200.000 euros. Figura en su contabilidad una dotación para la provisión por insolvencias de 300.000 euros por un cliente, la sociedad Transportes Z, SA, al que le suministra regularmente gasóleo para su flota de camiones.

El 1 de febrero de 2016, ABC, SA recibe una comunicación de inicio de actuaciones inspectoras por el IS 2014 de carácter parcial y limitada a la comprobación de la procedencia del importe de 300.000 euros que consta en la casilla correspondiente de la autoliquidación del impuesto en concepto de provisiones por insolvencias de clientes.

En el desarrollo de la actuación se comprueba la coincidencia del importe computado en la autoliquidación como gasto con la dotación que figura en la contabilidad por los 300.000 euros. El representante del contribuyente indica que el origen de la dotación es por una insolvencia que se ha producido en relación con la entidad Transportes Z, SA que es un cliente habitual al que se le venía suministrando gasóleo a sus camiones desde hace muchos años, que no existe contrato que regule el suministro con carácter general y que se le factura el último día de cada mes en función de las notas de suministro mensual firmadas por los chóferes de los camiones. También indica que dicho cliente les va entregando cheques bancarios por cantidades redondas no coincidentes con ninguna factura y que su saldo deudor suele ser de media de unos 100.000 euros, correspondiendo los 300.000 euros al importe pendiente a 1 de septiembre de 2014 fecha en la que le cortaron el suministro, ya que el último cheque de 50.000 euros lo habían recibido en julio de 2014. Además facilita al inspector actuario una copia del auto de fecha 1 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de la provincia de Z por la que se declara a Transportes Z, SA, incurso en proceso concursal, figurando en la relación de acreedores el importe del crédito de 300.000 euros de ABC, SA, calificado como ordinario.

La Inspección considera que no procede la dotación de 300.000 euros a 31 de diciembre de 2014 al no haber transcurrido más de seis meses desde el vencimiento del crédito a esa fecha pero que, no obstante, al haber sido declarado en concurso de acreedores en 2015, sería deducible en dicho ejercicio.

Se levanta acta de inspección de disconformidad con fecha 30 de mayo de 2016 con una propuesta de liquidación provisional por importe de 84.000 euros y propuesta de imposición de sanción por 42.000 euros. El inspector-jefe dicta acto administrativo de liquidación y de imposición de sanción confirmando las propuestas y es notificado a la entidad ABC, SA, con fecha 15 de julio de 2016.

El contribuyente presenta recurso de reposición tanto contra el acto administrativo derivado del acta de inspección como de la imposición de la sanción con fecha 14 de agosto de 2016. Solicita y obtiene la suspensión de la liquidación tributaria de los 84.000 euros mediante la presentación de aval bancario de carácter indefinido. El recurso se desestima mediante Resolución de 10 de septiembre de 2016 notificada el 14 de septiembre de 2016. No estando conforme ABC, SA presenta reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional correspondiente (TEA) el 10 de octubre de 2016.

Como la entidad conoce la postura de la inspección de Hacienda manifestada por el inspector actuario y ratificada en el acto administrativo de liquidación derivado del acta correspondiente al IS de 2014 de fecha 15 de julio de 2016, el día 25 de julio de 2016 presenta la autoliquidación de dicho impuesto correspondiente al ejercicio 2015 y, a pesar de no estar de acuerdo con el criterio

administrativo, efectúa un ajuste negativo al resultado contable por importe de 300.000 euros, para el caso de que el pleito se resuelva a favor de la Hacienda Pública, y así quede computada la pérdida en el ejercicio que considera la inspección. El resultado de la autoliquidación supone una cuota a devolver de 150.000 euros de los que 75.000 euros corresponden al cómputo del ajuste citado.

El 20 de mayo de 2017 Hacienda le devuelve los 150.000 euros solicitados por el IS de 2015.

Con fecha 31 de julio de 2020 se resuelve y notifica la reclamación económico-administrativa con estimación parcial en el sentido de que, al no existir contrato de suministro que establezca las condiciones de pago, debe entenderse que la exigibilidad debe ser al contado, es decir, cada vez que se efectúa el suministro del gasóleo y que como del saldo pendiente de pago a 31 de diciembre de 2014 por 300.000 euros, 150.000 euros corresponden a suministro efectuado con anterioridad al 1 de julio de 2014, corresponde admitir el 50% de lo dotado por el contribuyente en el ejercicio 2014. Asimismo se anula la sanción impuesta en su totalidad.

ABC, SA decide no seguir pleiteando y no presenta recurso contencioso-administrativo contra la resolución del TEA.

El día 1 de octubre de 2020 se recibe por la Oficina Técnica de la Inspección la citada resolución del TEA para su ejecución.

*Se pide:*

Acuerdos a adoptar para la ejecución de la resolución del TEA del 31 de julio de 2020 en relación con el IS de 2014 y la existencia de obligación tributaria conexas afectada por dicha resolución.

## **SOLUCIÓN**

Con el planteamiento de este supuesto se pretende analizar la ejecución por parte de la Agencia Tributaria de las resoluciones y sentencias de los tribunales y, a la vez, relacionar este punto con el novedoso concepto de las «obligaciones tributarias conexas» introducido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Antes de entrar al caso concreto planteado y dada la novedad del concepto, es conveniente hacer una serie de comentarios sobre lo que representa esta regulación:

En primer lugar, debemos señalar que ya el legislador efectuó una primera incursión en el terreno de las obligaciones tributarias conexas si bien sin definir las. En efecto, 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**, modificó el apartado 1 del artículo 68 («Interrupción de los plazos de prescripción») de la LGT (dando un primer paso en esta novedosa figura de la «obligación tributaria conexas», con la siguiente redacción:

«1. El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo a) del artículo 66 de esta ley [de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación] se interrumpe:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento, y liquidación de todos o parte de los elementos *de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario.*

[...]».

¿En qué estaba pensando el legislador con esta nueva redacción que hemos remarcado en «negrita»?

El contribuyente declara una operación por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), la Administración le requiere para comprobar el IVA declarado y con ocasión de dicha comprobación se determina que la operación no estaba sujeta a IVA sino al impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITP). No era extraordinario que cuando se advirtiera esta circunstancia el ITP hubiera prescrito. No coinciden los sujetos pasivos de ambos tributos. ¿El requerimiento inicial para comprobar el IVA del transmitente de un inmueble interrumpe el plazo para liquidar el impuesto que procede que es el ITP al adquirente? A este interrogante pretendía responder la modificación que hemos indicado.

El legislador retoma el tema en la reforma de la LGT efectuada por la Ley 34/2015 planteando por primera vez en nuestro derecho positivo tributario el concepto de obligación tributaria conexas –si bien referido a obligaciones tributarias del mismo contribuyente–.

Con la introducción de un concepto de «obligación tributaria conexas» por la Ley 34/2015 se pretende una definición amplia de la misma y que valga para todo siendo el antecedente señalado la reforma del artículo 68.1 a) introducida por la Ley 7/2012 para un caso específico y que, no obstante, si coincidiera el obligado tributario en ambos impuestos, entraría en el concepto amplio de obligación tributaria conexas que ahora se establece.

La exposición de motivos de la Ley 34/2015 señala que la existencia de *obligaciones tributarias conexas* plantea importantes problemas en materia de prescripción que no estaban resueltos actualmente en la LGT. Así, cuando la Administración tributaria regulariza una obligación

tributaria *relacionada con otra del mismo obligado tributario*, si la Administración, de oficio o en virtud de una solicitud de rectificación de autoliquidación presentada por el obligado tributario, pretende modificar la obligación tributaria conexas aplicando los criterios en los que se ha fundamentado la regularización de la primera obligación, es posible que no pueda hacerlo por encontrarse la deuda ya prescrita, dando lugar a situaciones en las que los obligados tributarios y el acreedor público pueden resultar gravemente perjudicados.

Así, pueden darse supuestos de doble imposición en perjuicio del obligado tributario, pero también pueden producirse situaciones de nula tributación en detrimento de los intereses del erario público.

Para dar solución a los problemas expuestos, *se regula el régimen de interrupción de la prescripción de obligaciones tributarias conexas de titularidad del mismo obligado*.

Como complemento, se regula el cauce procedimental a través del cual la Administración ejercerá su derecho a liquidar, interrumpido conforme a lo anteriormente expuesto, se posibilita la compensación de oficio de posibles cantidades a ingresar y a devolver resultantes, y se garantiza el reintegro de aquellas devoluciones que estén vinculadas a liquidaciones que están siendo objeto de recurso o reclamación por el mismo obligado tributario.

En este sentido, la Ley 34/2015 (**apartado Diez**) introduce un nuevo apartado 9 en el artículo 68 con el siguiente contenido –que incluye en su último párrafo el concepto de obligación tributaria conexas–:

«La interrupción del plazo de prescripción del derecho a que se refiere la letra a) del artículo 66 de esta ley [el derecho a liquidar] relativa a una obligación tributaria determinará, asimismo, la interrupción del plazo de prescripción de los derechos a que se refieren las letras a) [derecho a liquidar] y c) [derecho a solicitar devoluciones] del citado artículo **relativas a las obligaciones tributarias conexas del propio obligado tributario cuando en estas se produzca o haya de producirse una tributación distinta** como consecuencia de la aplicación, ya sea por la Administración tributaria o por los obligados tributarios, de los criterios o elementos en los que se fundamente la regularización de la obligación con la que estén relacionadas las obligaciones tributarias conexas.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, **se entenderá por obligaciones tributarias conexas aquellas en las que alguno de sus elementos resulten afectados o se determinen en función de los correspondientes a otra obligación o periodo distinto»**.

La disposición transitoria única de la Ley 34/2015, en su apartado 3, establece que esta norma será aplicable a aquellos casos en los que la interrupción del plazo de prescripción, del derecho al que se refiere la letra a) del artículo 66 (derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación), se produzca a partir de la fecha de entrada en vigor de esta ley –el 12 de octubre de 2015–.

El legislador se plantea la existencia de supuestos en los que la regularización de un elemento de una obligación tributaria tiene una directa incidencia en la forma de tributar de otra obligación distinta ya sea en el mismo u otro impuesto o relativa a otro periodo.

Por esta razón, si el obligado tributario presenta un recurso de reposición o una reclamación económico-administrativa contra la liquidación derivada de la regularización practicada por la Administración, una resolución total o parcialmente estimatoria de dichos recursos, tendría eficacia no solo en la liquidación recurrida sino también en la liquidación sobre la obligación tributaria conexas, debiendo dictarse una nueva liquidación de la misma.

El nuevo apartado 9 del artículo 68 de la LGT regula el régimen de interrupción de la prescripción de las obligaciones tributarias conexas que sean titularidad del mismo obligado tributario y además regula el cauce para que la Administración tributaria pueda liquidar al mismo tiempo que se establece la posibilidad de compensar de oficio las cantidades a ingresar y a devolver. También queda garantizado el reintegro de aquellas cantidades que se hayan devuelto al obligado tributario y que estén vinculadas a la liquidación que ha sido impugnada.

Con esta finalidad y para completar la regulación de las consecuencias de la existencia de «obligaciones tributarias conexas», la Ley 34/2015 –además de definir las en el citado art. 68.9 de la LGT– tiene en cuenta que si el recurso de reposición o la reclamación económico-administrativa afecta a una deuda tributaria que, a su vez, ha determinado el reconocimiento de una devolución a favor del obligado tributario, las garantías aportadas para obtener la suspensión garantizarán asimismo las cantidades que deban reintegrarse como consecuencia de la estimación total o parcial del recurso o de la reclamación. [Así se introduce (**apdo. Treinta y ocho de la Ley 34/2015**) un nuevo apdo. 5 en el art. 224 de la LGT en relación con la suspensión en el recurso de reposición y un nuevo apdo. 7 en el art. 233 en relación con la reclamación económico-administrativa (**apdo. Cuarenta y dos**)].

También se establece que en la ejecución de las resoluciones de los recursos de reposición y reclamaciones económico-administrativas que estimen total o parcialmente el recurso contra la liquidación de una obligación tributaria conexas a otra del mismo obligado tributario, se regularizará la obligación conexas distinta de la recurrida en la que la Administración hubiese aplicado los criterios o elementos en que se fundamentó la liquidación de la obligación tributaria objeto del recurso o de la reclamación.

Si de dicha regularización resultase la anulación de la liquidación de la obligación conexas distinta de la recurrida y la práctica de una nueva liquidación que se ajuste a lo resuelto en el recurso o reclamación, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.5 de la LGT (en relación con la conservación de los actos y trámites no afectados por la causa de anulación y la liquidación de intereses de demora de la nueva liquidación).

[En este sentido se introduce (**apdo. Treinta y nueve**) un nuevo apdo. 3 en el artículo 225 de la LGT en relación con la resolución en el recurso de reposición y un nuevo apdo. 7 en el

art. 239 (**apdo. Cuarenta y ocho**) en relación con la resolución en la reclamación económico-administrativa].

Volviendo a lo planteado en el caso práctico, nos encontramos con una resolución del TEA que estima parcialmente el recurso del contribuyente y que no solo afecta al IS de 2014 regularizado incorrectamente por la inspección de Hacienda sino «indirectamente» también al IS de 2015 (que sería en este caso la «obligación tributaria conexas») que ha sido autoliquidado por el contribuyente siguiendo el criterio de la inspección y que, ahora, la resolución económico-administrativa pone en evidencia.

Además, es importante observar el siguiente detalle:

La entidad ABC, SA presenta la autoliquidación por el IS de 2015 el último día de declaración –el 25 de julio de 2016– solicitando una devolución de 150.000 euros que se efectúa por la Administración tributaria el 20 de mayo de 2017, sin que haya existido ninguna actuación de interrupción de la prescripción de este impuesto y ejercicio que ha prescrito el 25 de julio de 2020.

La resolución estimatoria parcial del TEA es de 31 de julio de 2020 –notificada ese mismo día–. A esta fecha el IS de 2015 está prescrito.

Sin la novedosa regulación de las «obligaciones tributarias conexas» se habría producido lo que la nueva regulación evita: que la Administración tributaria –vía ejecución de la resolución económico-administrativa– anule parcialmente una liquidación del IS 2014 y que no pueda exigir una parte de lo devuelto por el IS de 2015.

Como la notificación de inicio de la actuación inspectora referida al IS de 2014 se ha producido el 1 de febrero de 2016 una vez ha entrado en vigor la modificación del apartado 9 del artículo 68 de la LGT (el 12 de octubre de 2015) ya puede aplicarse al caso planteado evitando el problema enunciado.

Es importante también detenerse a comentar lo siguiente:

La notificación de la comunicación de inicio de la actuación inspectora de comprobación del IS de 2014 efectuada el 1 de febrero de 2016 no puede interrumpir la prescripción de algo que aún no ha nacido –la autoliquidación del IS de 2015 se presenta el 25 de julio de 2016 último día del plazo reglamentario de presentación y, por tanto, el plazo de prescripción de esta obligación inicia su cómputo al día siguiente, el 26 de julio de 2016. Lo mismo podríamos decir de la notificación del acto administrativo de liquidación del acta efectuado el 15 de julio de 2016.

En cambio, sí que interrumpe la prescripción del IS 2015 la presentación del recurso de reposición el 14 de agosto de 2016 y la presentación de la reclamación económico-administrativa el 10 de octubre de 2016. Nos quedamos con esta fecha que es la de la última interrupción de la prescripción, ya que marca la fecha límite para que al contribuyente se le notifique el acto administrativo de ejecución que será el 10 de octubre de 2020, si quiere evitarse la prescripción del IS de 2015.

Los órganos de la Administración tributaria encargados de la ejecución de la resolución económico-administrativa solo van a tener 10 días para actuar, ya que han recibido la resolución para su ejecución el 1 de octubre de 2020 y deberán notificar el acto administrativo de ejecución con aquella fecha límite.

El lector disculpará las fechas a futuro utilizadas en el ejercicio, también ahora deberá ser benevolente con el autor que va a plantear cómo debería ejecutarse la resolución por la Oficina Técnica de la Inspección careciendo de la normativa reglamentaria de desarrollo de las modificaciones introducidas a la LGT por la Ley 34/2015 y las Instrucciones oportunas que seguramente estarán dictadas a la fecha que el ejercicio las requeriría –el 1 de octubre de 2020–:

- 1.º Respecto al IS de 2014 corresponde la anulación parcial de la liquidación practicada por la Inspección, procediendo solo el 50% de la liquidación, es decir: el  $50\% \text{ s}/84.000 = 42.000$  euros de cuota. La liquidación de intereses de demora se efectuará desde el día 26 de julio de 2015 al día en que se ejecuta que suponemos el mismo día 1 de octubre de 2020 (imaginemos la cifra de 6.500 € que correspondería a 1.892 días a un tipo hipotético del 3%).

Total: Cuota + Intereses = 48.500 euros

Esto lo puede hacer directamente la Oficina Técnica a la vista de la resolución del TEA. Las Instrucciones dirán si también es de su competencia regularizar la obligación tributaria conexas o si deberá pedir informe de la Inspección, o incluso si pudiera ser necesario abrir algún procedimiento inspector para cuantificar dicha obligación.

Sea cual sea el procedimiento, una cosa debe quedar clara:

No se puede aprovechar la circunstancia de tener que «retocar» una obligación tributaria conexas para aprovechar la ocasión y liquidar también otras cosas. (Aquí debería mencionar a las «prescripciones parciales» pero sería como citar al diablo).

- 2.º Respecto al IS de 2015 el contribuyente obtuvo una devolución de 150.000 euros el 20 de mayo de 2017 de los que correspondían 75.000 euros al ajuste que efectuó derivado de la interpretación administrativa. Dado que el 50% es improcedente ( $50\% \text{ s}/75.000 = 37.500$ ): existió un exceso de devolución de 37.500 euros.

Además se calcularán intereses de demora desde la fecha de devolución –el 20 de mayo de 2017– al día de ejecución del acuerdo –el 1 de octubre de 2020– (suponemos la cifra de 3.780 € que correspondería a 1.228 días a un tipo hipotético del 3%).

Total: Cuota + Intereses = 41.280 euros

El acto administrativo le representaría al contribuyente una deuda tributaria total de  $48.500 + 41.280 = 89.780$  euros a pagar en el plazo de voluntaria establecido por el artículo 62.2 de la LGT que se abre con la notificación del acto de ejecución.

**Notas:**

- 1.<sup>a</sup> Caso de que el contribuyente no hubiera suspendido el acto de liquidación derivado del acta y hubiera ingresado, se originaría una devolución a su favor que se compensaría con el importe a ingresar por el ejercicio 2015.
- 2.<sup>a</sup> El contribuyente tiene derecho al reintegro del 50% de los costes del aval presentado para suspender la liquidación derivada del acta.

## LA FUTURA NORMA CONTABLE DE LOS ARRENDAMIENTOS: NIIF 16/ASC 842. IMPACTO EN EL SECTOR HOTELERO

**Rocío Caña Palma**

*Doctora en Economía y Profesora Colaboradora.  
Departamento de Contabilidad y Gestión.  
Universidad de Málaga*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit del Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Contabilidad y Administración de Empresas**.

El jurado ha estado compuesto por: don Germán DE LA FUENTE ESCAMILLA, don Eric DAMOTTE, doña Clara I. MUÑOZ COLOMINA, don Alfonso OSORIO ITURMENDI y don Alberto PLACENCIA PORRERO.

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

---

### EXTRACTO

Los antecedentes del arrendamiento son antiguos como la historia misma. Desde la primera mitad del siglo XX, la contabilización de los arrendamientos ha sido objeto de preocupación por parte de la profesión contable. A lo largo de casi setenta años se han intentado emitir recomendaciones, pronunciamientos y normas por parte de los legisladores contables con el objetivo de conseguir una mayor transparencia sobre los compromisos surgidos por los arrendamientos, encontrándonos actualmente con unos nuevos estándares contables emitidos por el IASB (NIIF 16) y el FASB (ASC 842), los cuales van a suponer una revolución en la forma de contabilizar los arrendamientos, y que, al igual que los actuales estándares contables, no están exentos de polémica al establecer la inclusión en balance de los compromisos de pago derivados de los arrendamientos operativos. Además se van a producir diferencias entre ambas normas en cuanto a la presentación en resultados. Setenta años después todavía no se ha conseguido una normativa contable de arrendamientos que satisfaga a legisladores, usuarios y preparadores de la información financiera. Es objeto del presente trabajo repasar la evolución de la contabilidad de los arrendamientos centrándonos fundamentalmente en los nuevos estándares contables así como evidenciar el impacto de la futura capitalización de los arrendamientos operativos en un sector tan intensivo en el uso de los arrendamientos operativos como el hotelero.

**Palabras claves:** contabilidad de los arrendamientos, compromisos por arrendamientos, reforma, ratios, NIIF 16 y ASC 842.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016*

## THE FUTURE OF THE LEASE ACCOUNTING STANDARD: IFRS 16/ASC 842. IMPACT IN THE HOSPITALITY INDUSTRY

Rocío Caña Palma

---

### ABSTRACT

The beginnings of the lease are as old as history itself. Since the first half of the twentieth century, the lease accounting has been subject of concern by the accounting profession. Throughout nearly seventy years have been attempted to issue recommendations, declarations and standards accounting by legislators with the aim of achieving greater transparency of the commitments arising from leases, finding us currently with the new accounting standards issued by the IASB (IFRS 16) and FASB (ASC 842), which will mean a revolution in the way of accounting for leases, which, like the current accounting standards, are not without controversy by establishing the inclusion in the balance sheet of the commitments payment derived from operating leases. Finally, there are going to produce differences between the two standards for the presentation of results. Seventy years later it has not been got a lease accounting rules that satisfy lawmakers, users and preparers of financial information. It is object of this paper to review the evolution of the lease accounting focusing mainly on the new accounting standards and demonstrate the impact of the future capitalization of the operating leases in an intensive sector in the use of operating leases as the hospitality.

**Keywords:** lease accounting, lease commitments, reform, ratios, IFRS 16 and ASC 842.

---

---

## Sumario

1. Antecedentes históricos de los arrendamientos
2. Evolución de la contabilidad de los arrendamientos
3. Críticas al modelo contable actual de los arrendamientos
4. Evolución del proyecto de reforma de la contabilidad de los arrendamientos
5. Futuro tratamiento contable de los arrendamientos: NIIF 16/ASC 842
  - 5.1. ¿Cuál es el objetivo de la nueva norma contable?
  - 5.2. ¿Cómo se van a tratar los arrendamientos a corto plazo y arrendamientos de activos de bajo valor?
  - 5.3. ¿Qué se entiende por arrendamiento?
  - 5.4. ¿Se aplicará la norma a los contratos de prestación de servicios?
  - 5.5. ¿Cómo se van a clasificar los arrendamientos?
  - 5.6. ¿Cuál va a ser la fecha de entrada en vigor?
  - 5.7. ¿Cómo se van a reflejar los arrendamientos en los estados financieros del arrendatario?
6. Medidas a tomar por las empresas a lo largo del periodo de transición
7. Revisión de la literatura sobre la capitalización de los arrendamientos operativos
8. Impacto de la futura capitalización de los arrendamientos operativos en el sector hotelero
  - 8.1. Formas de gestión hotelera
  - 8.2. Reacción de las cadenas hoteleras al proyecto de reforma de la contabilidad de los arrendamientos
  - 8.3. Población y muestra
  - 8.4. Objetivos de la investigación e hipótesis
  - 8.5. Los instrumentos estadísticos
  - 8.6. Resultados
9. Conclusiones

### Bibliografía

### Anexo 1

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ARRENDAMIENTOS

Aristóteles dijo que «la verdadera riqueza no está en la posesión de bienes, sino en el derecho de usarlos». Una empresa no tiene que ser la propietaria de sus propios recursos para obtener el beneficio de los mismos, sino que a menudo es suficiente adquirir el derecho a utilizar esta propiedad durante un periodo determinado de tiempo.

Los antecedentes del arrendamiento son tan antiguos como la historia misma. Las primeras referencias de las que se tiene constancia se encuentran en las antiguas culturas de Oriente Medio hace cinco mil años, en el pueblo sumerio (LIVJIN, 1969). Más tarde, en Babilonia, bajo el mandato del rey Hammurabi, así como en Egipto, Grecia, Pueblo Fenicio y Roma, se practicó el arrendamiento de esclavos, minas, tierras, bancos, barcos, viviendas, etc. De hecho, una de las cláusulas que se incluían en dichos contratos a través de los cuales se fletaban los buques era *contra viento y marea*, lo cual implicaba que pasara lo que pasara había que cumplir con las estipulaciones establecidas en los mismos.

Siguiendo estos inicios, el arrendamiento continuó utilizándose durante toda la Edad Media y Renacimiento hasta llegar a la Primera y Segunda Revolución Industrial, momento a partir del cual el mundo de los negocios tomó un auge sin precedentes y es durante el siglo XIX cuando empieza a utilizarse una forma de arrendamiento similar a lo que hoy entendemos como arrendamiento financiero.

Ya, en la industria minera de Estados Unidos de finales del siglo XIX, ciertos capitalistas arrendaban por periodos eventuales o temporales equipos para la explotación de los minerales en general. Por otra parte, las compañías explotadoras de los grandes ferrocarriles norteamericanos, ante la carencia de capitales para la adquisición de locomotoras, vagones u otros equipos, utilizaron dicha fórmula como última alternativa, lo que les permitió la construcción de casi toda la red ferroviaria de Estados Unidos, en tiempos de Rockefeller, Morgan y Melcon.

Posteriormente, fueron los propios departamentos financieros y comerciales de las empresas los que trataban de encontrar nuevas fórmulas para la financiación de sus equipos convirtiéndose en el origen de las primeras empresas de *leasing*. Así ocurrió por ejemplo con la empresa estadounidense de teléfonos Bell Telephone System que alquilaba los teléfonos en vez de venderlos a IBM (International Business Machine).

Es en 1952 cuando se funda la primera compañía de *leasing* tal y como lo conocemos actualmente, y en 1960 cuando aparecen las primeras sociedades en Europa a raíz de la expansión de las

sociedades americanas, interesadas en extender sus actividades en el extranjero (VIDAL, 1976). En España es en 1965 cuando aparecen las primeras sociedades de *leasing*. Destaca en 1975 la operación realizada por Renfe a través de la cual se contrataron bienes por valor de 7.000 millones aproximadamente con tres compañías españolas pertenecientes a tres grandes grupos bancarios.

Como veremos a continuación, a lo largo del siglo XX y sobre todo desde finales de los años setenta, cuando se empiezan a emitir los primeros estándares contables de la regulación de los arrendamientos, la evolución de los mismos a nivel internacional ha estado directamente relacionada con la de la normativa contable, influyendo esta de forma significativa en la utilización de los arrendamientos como forma de financiación fuera de balance.

## 2. EVOLUCIÓN DE LA CONTABILIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS

Ya desde la primera mitad del siglo XX, la contabilización de los arrendamientos, sobre todo desde el punto de vista de los arrendatarios, ha sido objeto de preocupación de legisladores, investigadores, preparadores y usuarios de la información financiera al utilizarse los arrendamientos como forma de financiación fuera de balance. La evolución de los mismos como forma de financiación ha estado directamente relacionada con la normativa contable, influyendo esta de manera definitiva en la forma de estructurar los contratos de arrendamientos para conseguir la clasificación contable deseada.

Se puede establecer un doble origen en los arrendamientos a largo plazo. Por un lado, tienen un origen en las operaciones de venta con arrendamiento posterior (*sale and leaseback*). Estas eran realizadas por muchas compañías que habían vendido durante la década de los cuarenta muchos de sus bienes inmuebles procediendo a realizar inmediatamente contratos de arrendamientos por un largo periodo de años. Por otra parte, en aquellos contratos de arrendamiento que surgían como la única forma de poder realizar negocios, que de otra manera no se hubieran podido llevar a cabo.

Por qué se realizaban dichas operaciones y cómo se debían revelar en los estados financieros eran ya cuestiones de interés para los investigadores contables, al considerar que los requerimientos básicos de información de los estados financieros deberían incluir alguna mención sobre los arrendamientos a largo plazo, para poder conocer la verdadera posición financiera de las empresas.

La creciente importancia de los arrendamientos como una forma de financiación fue reconocida desde muy pronto por la profesión contable. De ahí que entre 1949 y 1973, la Securities and Exchange Commission (SEC) y el American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) emitieron dos Accounting Research Bulletin (ARB), cuatro Opinions emitidas por el Accounting Principles Board (APB), un Accounting Research Study (ARS) y tres Accounting Series Releases (ASR) para guiar tanto el registro como la información a revelar de los arrendamientos, a la espera de una norma definitiva sobre cómo regular la presentación de los arrendamientos en los estados financieros (IASB, 2007).

A lo largo de los diferentes pronunciamientos se ponen de manifiesto dos cuestiones que han ido evolucionando y que han tomado diferentes opciones. La primera cuestión sería si la base sería un enfoque basado en analogías, o bien un enfoque basado en conceptos. Un segundo problema que también se ha ido poniendo de manifiesto es si los derechos y obligaciones surgidos de los arrendamientos deben revelarse en la memoria, o reconocerse en el balance y en la cuenta de resultados. Se puede decir que estas son las dos grandes tendencias hacia las que ha ido evolucionando el regulador. Asimismo, junto a dichas cuestiones los diferentes reguladores se plantean si es oportuno establecer unos límites cuantitativos o si es suficiente con unos criterios que sirvan de referencia para establecer cuándo se produce la transferencia real de riesgos y beneficios. Estaríamos entonces ante una regulación basada en reglas y otra basada en principios (BARRAL, 2014).

Transcurrieron 25 años desde la emisión del primer pronunciamiento sobre la contabilidad de los arrendamientos, hasta que en 1976 el FASB y en 1982 el IASB emitieran, no exentas de polémica, las actuales normas para la contabilidad de los arrendamientos, FAS 13, actualmente ASC 840, «Leases», tras la nueva codificación implantada por el FASB en 2009, y la NIC 17, «Arrendamientos», respectivamente.

El objetivo de los reguladores al establecer dichas normas era intentar reducir el número de contratos de arrendamientos que quedaran fuera de balance. En ambas se establece la clasificación de los arrendamientos como financieros y operativos, exigiéndose el reconocimiento en el balance de los primeros y la revelación en la memoria de los compromisos de pago derivados de los segundos.

	<b>International Accounting Standards Board®</b>		<b>FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD</b>
<b>NIC 17</b>		<b>FAS 13</b>	
Reducir el número de contratos de arrendamientos que queden fuera de balance			
ARRENDAMIENTOS FINANCIEROS (BALANCE)			
ARRENDAMIENTOS OPERATIVOS (MEMORIA)			

### 3. CRÍTICAS AL MODELO CONTABLE ACTUAL DE LOS ARRENDAMIENTOS

Prácticamente desde la entrada en vigor de los actuales estándares contables de arrendamientos en los años 70 y 80, el modelo contable ha sido frecuentemente criticado al permitir la utilización de los arrendamientos operativos como forma de financiación fuera de balance. Es decir, se vuelve a repetir la misma historia que se produjo en su momento antes de la emisión de la actual normativa, cuando los reguladores, inversores y usuarios de la información financiera mostraban su preocupa-

ción por el elevado nivel que habían alcanzado las operaciones de financiación fuera de balance a través de los acuerdos de arrendamiento. Podríamos resumir las críticas realizadas en las siguientes:

1. Tras la emisión del FAS 13 en 1973 y de la NIC 17 en 1982, se empezó a poner de relieve una disminución del arrendamiento financiero y un aumento del operativo con el objetivo de mantener la financiación fuera de balance, lo cual pone de manifiesto el margen que da la norma al permitir estructurar los contratos de arrendamiento para conseguir la clasificación contable deseada. Hay sectores como, por ejemplo, el sector aéreo, el sector hotelero así como el sector del retail, donde prácticamente el 100% de los compromisos por arrendamientos se corresponden con arrendamientos operativos revelados y no reconocidos en los estados financieros.
2. En segundo lugar y relacionada con la anterior, otras de las críticas realizadas al actual modelo es que permite la utilización de los arrendamientos operativos como forma de financiar el inmovilizado mediante contratos de deuda que escapan del reconocimiento contable *off balance sheet*, presentando de esta forma una imagen de solvencia (endeudamiento) superior (inferior) a la real. Las compañías han disfrutado durante décadas de los beneficios de los arrendamientos operativos debido a que los activos arrendados como los pasivos pueden mantenerse fuera de balance solamente con notas de desglose con relación a los futuros pagos de arrendamiento (DUKE, HSEH y SU, 2009).
3. La diferenciación entre arrendamientos financieros y operativos, basada en la dicotomía del todo o nada sin admitir grados de grises entre medias, responde más a una construcción de normativa contable que a una realidad económica (SEC, 2005).
4. De ahí que lo primero que hacen los inversores al analizar unos estados financieros es actualizar los compromisos de pago derivados de los arrendamientos operativos, considerándolos directamente como un mayor apalancamiento, lo cual lleva a pensar que el mercado responde ante los arrendamientos operativos igual que para el resto de la deuda. ТААТАН, especialista en contabilidad de PwC, explica que las agencias de *rating* y los inversores calculan el coste futuro de los alquileres con una regla genérica: multiplican por siete la renta anual, afirmando que habrá sorpresas cuando las empresas anuncien el impacto en balance (CASADO, 2010).

Para dar una idea del volumen de compromisos por arrendamientos operativos que quedan fuera de balance, el propio IASB (2016) cuantifica que los compromisos por contratos de arrendamientos de las sociedades cotizadas en el mundo que elaboran sus estados financieros bajo NIIF o US GAAP alcanzan los tres trillones de dólares de los cuales el 85% corresponde, es decir, 2,8 millones, a compromisos por arrendamientos operativos que quedan fuera de balance.

5. La existencia de umbrales o puntos de corte *bright lines* en el caso del FASB llegan a fomentar operaciones que, cumpliendo con la letra de la norma, infrinjan claramente el espíritu de la misma. Es decir, operaciones que cumpliendo con los requisitos del

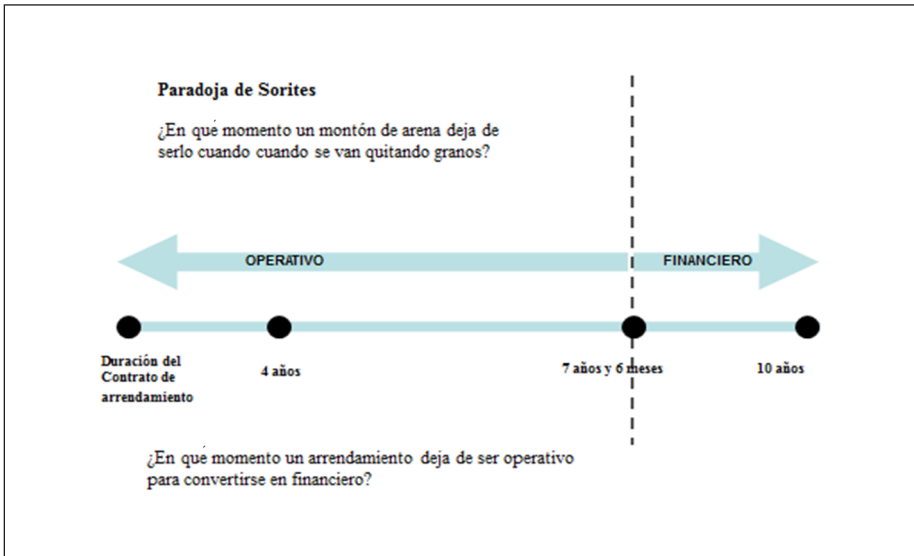
marco conceptual para considerarse activo y pasivo, no se registren como tales. Por ejemplo, mediante arrendamientos que cubran el 74% (75% límite de la norma) de la vida económica del activo o bien por un valor actual de los compromisos de pago del 89% (90% límite de la norma) sobre el valor razonable del bien objeto del arrendamiento.

A modo ilustrativo ponemos el siguiente ejemplo:

**EJEMPLO 1**

Firmamos un contrato de arrendamiento sobre una máquina, a la que se le estima una vida útil de 10 años. En este caso, y dependiendo de la duración del contrato tendríamos:

Duración del contrato	Clasificación del arrendamiento
7 años y 4 meses	Arrendamiento operativo
7 años y 6 meses	Arrendamiento financiero



- 6. Otra de las críticas realizadas al modelo actual se basa en que los derechos y obligaciones derivados de los mismos cumplirían con las definiciones de activos y pasivos

del actual marco conceptual. David Tweedie (antiguo presidente del IASB) citado por FITÓ, MOYA y ORGAZ (2013: 343), afirma que: «el actual tratamiento contable de los arrendamientos omite información relevante con relación a derechos y obligaciones que cumplen con la definición de activos y pasivos en los marcos conceptuales de los organismos».

Para entender mejor dichas críticas, nos parece ilustrativo comentar el caso de un grupo hotelero tan importante como NH Hoteles. Según las cuentas anuales del ejercicio 2015 de dicho grupo, los compromisos por arrendamiento operativo a dicha fecha ascienden a 2.230 (millones de euros) representando dicho importe un 141 % aproximadamente sobre el total del pasivo y un 82 % sobre el total del activo. Asimismo de los 363 hoteles explotados por dicha cadena 208 son explotados en régimen de arrendamiento clasificados como operativos, un 58 % del total de la cartera de hoteles. Con base en dicha información y de acuerdo con las definiciones de activo y pasivo según el marco conceptual del IASB, cabe cuestionarse lo siguiente:

Activos (marco conceptual)	Preguntas	Respuesta
Recursos controlados económicamente por la empresa.	¿Controla NH sus hoteles?	SÍ
Resultante de sucesos pasados.	¿Son resultantes de sucesos pasados?	SÍ
Se espera que la empresa obtenga beneficios económicos futuros.	¿Se espera que obtenga beneficios económicos futuros?	SÍ
Pasivos (marco conceptual)	Preguntas	Respuesta
Obligaciones actuales.	¿Tiene NH obligaciones actuales derivadas de sus arrendamientos?	SÍ
Surgidas a raíz de sucesos pasados.	¿Surgidas a raíz de sucesos pasados?	SÍ
Para cuya extinción la empresa desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro.	¿Se tiene que desprender de recursos para la cancelación de las mismas?	SÍ

A través de este ejemplo se evidencia el enfrentamiento actual entre la norma contable y el marco conceptual, al permitir que determinados elementos, que cumplen con las definiciones de activo y pasivo según el marco conceptual, queden fuera de balance.

#### 4. EVOLUCIÓN DEL PROYECTO DE REFORMA DE LA CONTABILIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS

En respuesta a las críticas que acabamos de comentar, ya en 1996 el G4+1, grupo que integra a los reguladores de Australia, Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Reino Unido y

el entonces IASC (antecesor del IASB), se plantea la necesidad de un nuevo tratamiento para la contabilidad de los arrendamientos. Como resultado de dicho proyecto se obtuvo en 1996, el informe *Accounting for leases: A new approach. Recognition by lessors of assets and liabilities arising under lease contracts* (MCGREGOR, 1996). En dicho informe se concluye la necesidad de llevar a cabo una reforma en la contabilidad de los arrendamientos debido principalmente a la arbitrariedad así como a la falta de comparabilidad que introduce el doble sistema de reconocimiento de los arrendamientos entre financieros y operativos.

Manteniéndose en la misma línea, un nuevo informe fue emitido en el año 2000 *Leases: Implementation of a new approach*, firmado en este caso por NAILOR y LENNARD (2000). Esos informes ya adelantaban las líneas en las que se basa la propuesta de contabilización de arrendamientos de la que estamos hablando, poniéndose de manifiesto las carencias del enfoque actual a la hora de reconocer los activos y pasivos que surgen de los contratos de arrendamiento.

Dicho proyecto de arrendamiento del G4+1 se impulsa por el Accounting Standard Board (ASB) británico, en el que sir David Tweedie, presidente en dicho momento del Consejo del IASB, tenía un papel relevante. A tal respecto, nos parece interesante mencionar la nota emitida por la Finance & Lease Association británica (2000) con el expresivo titular: *Think again, Sir David: Lease Accounting Reform is not as simple as you think*.

A raíz del escándalo de Enron, el supervisor de valores norteamericano (SEC) realizó un informe sobre las transacciones fuera de balance (SEC, 2005), estimándose para las compañías cotizadas norteamericanas en 1,25 trillones de dólares el volumen de compromisos derivados de los arrendamientos operativos y que permanecían fuera de balance. Ese organismo se suma a las críticas ya conocidas sobre la contabilidad de los arrendamientos, poniéndose de manifiesto en dicho informe, que ese enfoque de «todo o nada» puede dar lugar a transacciones diferentes reconocidas de la misma manera, mientras que transacciones similares puedan recibir tratamientos opuestos, originando una falta de comparabilidad entre los balances y los ratios de las empresas sobre todo en cuanto a los ratios relacionados con el endeudamiento. Además afirma que el diseño de la norma contable mediante puntos de corte ha permitido desarrollar toda una línea de negocio para abogados, asesores y bancos de inversión cuya única ventaja para el cliente era conseguir el tratamiento contable deseado. Este informe considera que la norma contable del FASB es deficiente y debe ser objeto de mejora, animando a desarrollar ese proyecto de forma conjunta con el IASB. Fue la iniciativa del G4+1 más la postura de la SEC la que impulsó al FASB y al IASB a incluir en su agenda en el 2006 un proyecto conjunto para la reforma de la contabilidad de los arrendamientos.

El paso definitivo hacia la renovación de las reglas existentes se produce con la emisión, el 19 de marzo de 2009, de un *Discussion Paper* (DP 2009/1), *Leases, Preliminary Views*, donde se plantean las cuestiones conceptuales básicas del nuevo modelo de regulación de los arrendamientos así como las líneas generales por las que se pretendía que se dirigiera el proyecto (MOLINA y MORA, 2015).

Fruto de ese trabajo conjunto se emitieron dos borradores (ED/2010) *Leases* y (ED/2013) *Leases*, siendo la piedra angular de ambos y sobre lo que no había discusión alguna la inclusión en balance de los derechos y obligaciones derivados de los contratos de arrendamiento.

Tras la emisión de ambos borradores, se recibieron un elevado número de cartas de comentarios (**figura 1**) sobre todo por parte de los preparadores de la información financiera mostrando su desacuerdo con muchos aspectos de la misma, a raíz de las cuales se realizaron las correspondientes deliberaciones, centradas fundamentalmente en aspectos relacionados con la definición de arrendamiento, plazo del arrendamiento, pagos variables, impacto en el resultado, etc. A pesar de dichas deliberaciones lo que sí tenían claro los consejos desde un principio es que la incorporación al balance de los activos y pasivos derivados de los arrendamientos no tenía marcha atrás.

Figura 1. Cartas de comentarios enviadas al IASB y al FASB por parte de los preparadores de la información financiera

Documento	Total cartas recibidas	Cartas preparadores	% Preparadores
DP/2009 .....	302	193	64 %
ED/2010 .....	786	554	70 %
ED/2013 .....	636	453	71 %

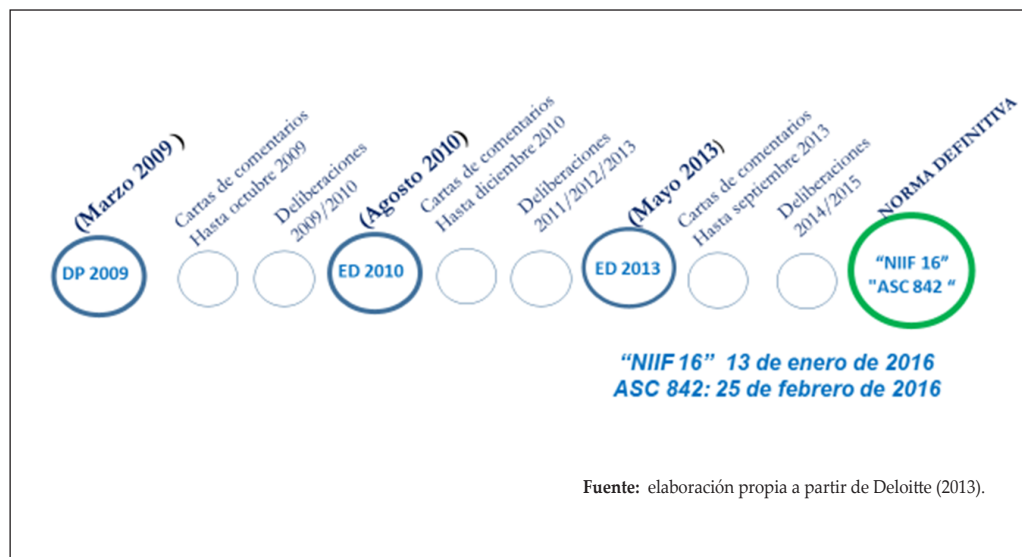
Fuente: BARRAL (2014).

En marzo de 2015, el IASB completó las deliberaciones del proyecto confirmando que se cerrarían todas las cuestiones abiertas sin que fuera necesaria la emisión de un nuevo borrador. Asimismo, finalmente se descarta la reforma de la contabilidad del arrendador, centrándose solo en la contabilidad del arrendatario. A partir de dicho momento, parece ser que se separa el camino conjunto emprendido por el FASB y el IASB en el año 2006, ya que, como veremos a continuación, existen diferencias entre las normas emitidas finalmente por ambos organismos principalmente en lo relativo a la presentación en la cuenta de resultados.

Por otra parte, si bien en un principio se argumenta que la propuesta trata de evitar que las empresas estructuren los contratos con la finalidad de conseguir determinada representación, la justificación conceptual de la modificación reside, tal y como afirman MOLINA y MORA (2015), en la insuficiencia del modelo para recoger el fondo económico de la operación.

Para MOLINA, DE VICENTE y RAMÍREZ (2011: 68) la nueva norma supondría «[...] una evolución del concepto de activo, considerándolo como un conjunto de servicios futuros que pueden ser transferidos. La contrapartida implica reconocer un pasivo por el compromiso derivado del contrato firmado, siempre que sea irrevocable, dado que el IASB entiende que es una obligación actual derivada de un suceso pasado cuya cancelación implicará el sacrificio de flujos de caja futuros [...]».

Figura 2. Evolución del proyecto de reforma de la contabilidad de los arrendamientos



## 5. FUTURO TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS ARRENDAMIENTOS: NIIF 16/ASC 842

El 13 de enero, el IASB ha publicado la nueva norma de arrendamientos NIIF 16, «Leases», que va a sustituir los criterios de reconocimiento, valoración y desglose contenidos en la actual NIC 17. Por su parte, el FASB ha publicado el 25 de febrero el ASC 842, «Leases», el cual sustituirá los criterios de reconocimiento, valoración y desglose contenidos en el actual ASC 840, «Leases». Los dos organismos están convencidos de que la implantación de ambas normas presentará unos beneficios que superan ampliamente los costes relacionados con dicho proceso.

Con la publicación de ambas normas se acaba un largo proceso que, como ya hemos comentado anteriormente, se inició en 2009 de forma conjunta por el IASB y por el FASB, y que no se ha visto exento de importantes discrepancias como las manifestadas por alguno de los sectores que recurren de forma habitual a este tipo de contratos como elementos propios de sus modelos de negocio, los cuales han manifestado su preocupación por el coste que supondría la aplicación de la nueva norma así como por las implicaciones que podría tener sobre determinados ratios económico-financieros.

Tal y como reconoció el presidente del IASB, Hans Hoogervost: «los nuevos requisitos contables llevan a la contabilidad de los arrendamientos al siglo XXI, poniendo fin a las conjeturas con relación al cálculo de las obligaciones por arrendamiento, a menudo sustanciales» (IASB, 2016b).

A pesar de ser una historia que empezó de forma conjunta, las conclusiones finales del IASB y del FASB van a ser diferentes en ciertos aspectos. El más significativo es que el FASB ha decidido finalmente seguir con un modelo dual para el arrendatario, en el que todos los arrendamientos estarán igualmente en balance, pero será diferente la forma de presentarlos en la cuenta de resultados, siendo similar el efecto en resultados al recogido actualmente tanto en la NIC 17 como en el FAS 13.

Se van a poner de manifiesto diferencias en áreas en las que con la actual norma no se identificaban tratamientos contables distintos en cuanto a la presentación en resultados de aquellos arrendamientos considerados como operativos por parte del FASB. Muchas empresas que elaboran sus estados financieros bajo el entorno del IASB aceptarían de menor grado la norma emitida por el FASB. Finalmente, se han defraudado las expectativas de unos mercados globales cuyo objetivo era conseguir dar un paso más en la armonización contable internacional.

A continuación vamos a exponer los aspectos más significativos de dicha reforma contable a través de las respuestas dadas por los consejos a las principales cuestiones que se han ido planteando a lo largo de la evolución de dicho proyecto de reforma contable de la contabilidad de los arrendamientos. Asimismo, nos vamos a centrar en la contabilidad del arrendatario, ya que apenas se van a producir cambios en la contabilidad del arrendador. Al comentar los diferentes aspectos vamos a hablar de la norma en general para aquellos casos en los que no se producen diferencias entre ambas haciendo referencia específica a cada una de ellas en el caso de que se produzcan diferencias.

## 5.1. ¿CUÁL ES EL OBJETIVO DE LA NUEVA NORMA CONTABLE?

Independientemente de las diferencias que acabamos de comentar, el objetivo principal de ambas normas es el reconocimiento en el balance de los activos y pasivos derivados de todos los arrendamientos clasificados como operativos tanto por la NIC 17 como por el FAS 13. En ambos casos se van a producir excepciones de contratos que quedarán fuera del ámbito de aplicación de la norma como por ejemplo: arrendamientos para explotar o utilizar minerales, petróleo, gas natural así como recursos similares no renovables; acuerdos de concesión de servicios, licencias de propiedad intelectual, arrendamientos de activos biológicos así como otros derechos obtenidos en virtud de contratos de licencias.

## 5.2. ¿CÓMO SE VAN A TRATAR LOS ARRENDAMIENTOS A CORTO PLAZO Y ARRENDAMIENTOS DE ACTIVOS DE BAJO VALOR?

Como respuesta a la preocupación manifestada por muchas empresas en relación con los arrendamientos a corto plazo así como a los de bajo valor, se ha incluido en ambas normas una simplificación práctica al permitir contabilizar los arrendamientos como un gasto en ambos casos.

Se entiende por *arrendamiento a corto plazo* aquel que no incluye una opción de compra y que posee una duración desde la fecha de inicio igual o inferior a 12 meses. La elección de apli-

car esta excepción a los arrendamientos a corto plazo deberá hacerse para cada clase de activo arrendado. En cuanto a la elección para arrendamientos de activos de bajo valor podrá aplicarse de forma individualizada para cada arrendamiento. La excepción de *bajo valor* no es usual conceptualmente, puesto que se aplica en términos absolutos, en lugar de tener en cuenta el tamaño de la entidad, no estando pensada en términos de materialidad del arrendamiento.

### 5.3. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR ARRENDAMIENTO?

Por lo que respecta a la definición de arrendamiento, no existen diferencias entre la NIIF 16 y el ASC 842. Se diferencia un arrendamiento y un contrato de servicios en función de la capacidad del cliente de controlar el activo objeto del arrendamiento. Un contrato es o contiene un arrendamiento si otorga al cliente el derecho a ejercer el control del uso del activo identificado durante un periodo de tiempo a cambio de una contraprestación. Se considera que existe control si el cliente tiene:

- a) El derecho a obtener sustancialmente todos los beneficios económicos procedentes del uso de un activo identificado.
- b) El derecho de dirigir el uso de dicho activo.

Por lo tanto, será necesario prestarle mucha atención a los distintos componentes de los contratos para determinar si contienen un arrendamiento o bien suponen una prestación de servicios, lo cual supondrá un trabajo adicional que no se realizaba hasta ahora.

Las entidades deberán identificar al inicio del arrendamiento si un contrato es o contiene un arrendamiento, y esta conclusión únicamente se reevaluará en caso de modificación de los términos de las condiciones del contrato. Respecto a los contratos previamente clasificados como arrendamientos, se permite aplicar la norma a aquellos que previamente se han identificado como arrendamientos, no siendo necesaria su reevaluación, o no aplicar la norma a los que previamente no se habían identificado como tales.

La definición hace hincapié en el concepto de control debido a la decisión del IASB de que para controlar el uso de un activo deben darse dos elementos. El cliente deberá poseer no solamente el derecho a obtener sustancialmente todos los beneficios económicos del uso del activo a lo largo de todo el periodo de uso, sino también la facultad de dirigir el uso de dicho activo. Esta definición es coherente con el concepto de control de la NIIF 15, «Ingresos procedentes de contratos con clientes», así como las propuestas del IASB sobre la definición de control en su borrador sobre el marco conceptual.

Se ha intentado alinear el concepto de *control del uso* con el concepto del control que se incluye en la NIIF 15, «Ingresos procedentes de contratos con clientes». Dicha norma emitida en mayo de 2014 es el resultado de uno de los proyectos de convergencia entre el IASB y el FASB. La NIIF 15 ha sido calificada por alguna empresa internacional en el *Financial Times* (DELOITTE, 2014) como la *joya de la corona* del esfuerzo de convergencia contable, dado que permitirá comparar de forma

globalizada una magnitud tan relevante como la cifra de negocios, y ya que el proyecto de convergencia no está pasando por sus mejores momentos, podría ser una de las últimas normas conjuntas.

Actualmente, las compañías no centran su atención en identificar los distintos componentes de un contrato de arrendamiento, ya que su tratamiento contable es con frecuencia prácticamente similar. Con la nueva norma, y en cuanto a los contratos que contengan componentes distintos del arrendamiento, la entidad tendrá que separar los componentes de arrendamiento y los componentes que no se refieran al arrendamiento y contabilizar estos últimos de conformidad con otras normas. Los arrendatarios asignarían los pagos a los componentes de arrendamiento y a los componentes que no se refieran al arrendamiento basándose en los precios observables independientes sobre una base de valores relativos de los componentes individuales.

Las entidades deberán identificar al inicio del arrendamiento si un contrato es o contiene un arrendamiento, y esta conclusión únicamente se reevaluará en caso de modificación de los términos de las condiciones del contrato.

Respecto a los contratos previamente clasificados como arrendamientos, se permite aplicar la norma a contratos que previamente se han identificado como arrendamientos, no siendo necesaria su reevaluación, o no aplicar la norma a lo que previamente no se habían identificado como tales. A tal respecto, las compañías deberán evaluar si el ahorro de trabajo que supone el no tener que reevaluar los contratos de arrendamiento les compensa el incremento que se puede producir en el pasivo del balance o bien si prefieren reevaluar todos los contratos de arrendamiento en vigor para poder sacar todos los componentes que no cumplen con la definición de arrendamiento e intentar de esta forma minimizar en gran medida el posible impacto en el balance. Todo dependerá del volumen de compromisos por arrendamientos operativos así como del incremento sobre el total del pasivo que representarían los mismos.

#### 5.4. ¿SE APLICARÁ LA NORMA A LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?

En cuanto a la comparación entre los contratos de arrendamientos y los contratos por prestación de servicios, el argumento de los consejos es señalar que se trataría de operaciones solo aparentemente similares, por lo que no se podría aplicar un tratamiento análogo. En los arrendamientos de bienes, la prestación del arrendador finaliza con la entrega del bien, surgiendo en ese momento la obligación para el arrendatario, mientras que en los contratos de servicios la actividad del prestador del mismo culminará con la ejecución del servicio, no habiendo surgido aún la obligación para el receptor. Las prestaciones de servicios que impliquen el uso de un activo fijo y su similitud con los contratos de arrendamiento han obligado a depurar el concepto de arrendamiento, exigiendo para este último que el activo esté especificado y definiendo más claramente qué se entiende por tal.

Actualmente la contabilización de los contratos de arrendamiento operativo y de los contratos de prestación de servicios es similar, por lo que determinar si un contrato corresponde a

una prestación de servicios o a un arrendamiento operativo no resulta relevante. Esto cambiará al requerirse que los activos y pasivos de todos los arrendamientos se registren en el balance. La futura norma no afectará a la contabilización de los contratos de servicios y en el caso de que en un mismo contrato se combine la prestación de un servicio y un arrendamiento, las cantidades relacionadas con los servicios no se incorporarán al balance, ya que la futura norma se aplicará solo a los arrendamientos o a los componentes de arrendamientos dentro de un mismo contrato.

Por lo tanto, la definición de un contrato de arrendamiento, la cual requiere la realización de una serie de juicios y estimaciones, se convertirá en un área de creciente importancia, dadas las posibles consecuencias en los estados financieros para los acuerdos que caigan dentro del alcance de la norma que se propone.

Asimismo, con el fin de distinguir una obligación de pago que surja como consecuencia de un contrato de arrendamiento de la obligación de pago que surja como consecuencia de un contrato de ejecución, como son los contratos de servicios, los consejos argumentan que, en un arrendamiento, en el momento en que se cede el control del activo y la gestión del mismo al arrendatario se está cumpliendo la obligación contraída por el arrendador. El arrendatario asumirá los riesgos y ventajas derivados del uso del activo concreto, estando de esa forma ejecutada la obligación del contrato por parte del arrendador. Sin embargo, en un contrato de ejecución, como puede ser el de un servicio, lo que se garantiza es la prestación de un servicio que se irá ejecutando en el futuro y, por tanto, no existe obligación de pago mientras ese servicio no se haya ejecutado.

## 5.5. ¿CÓMO SE VAN A CLASIFICAR LOS ARRENDAMIENTOS?

Es en el tema de la clasificación donde se produce la mayor diferencia entre la NIIF 16 y el ASC 842. En la NIIF 16 desaparece el test de clasificación actual eliminándose la diferenciación entre arrendamiento financiero y operativo de forma que todos los contratos se van a reconocer de forma muy similar a la que actualmente se desarrolla en la NIC 17 para los arrendamientos financieros. Pero aunque desaparezca el test de clasificación actual, será necesario pasar un nuevo test cada vez que se firme un contrato de arrendamiento para identificar los componentes que son y no son arrendamiento dentro de cada uno de ellos.

Por lo que respecta al ASC 842, se sigue manteniendo la doble clasificación de los arrendamientos como financieros y operativos, eliminándose en este caso las denominadas *bright lines* establecidas en el ASC 840 y que tantas críticas han desatado a lo largo de los últimos años al permitir diseñar los contratos que cumpliendo con la letra de la norma infringían el espíritu de la misma.

Por lo tanto, mientras que en la NIIF 16 se considera, con las debidas excepciones, un solo tipo de arrendamiento, el ASC 842 sigue manteniendo la clasificación de los arrendamientos operativos como financieros. Por lo tanto, en este caso suponemos que apenas se van a producir cambios en la clasificación de los arrendamientos antes y después de la primera aplicación de la norma, por lo que prácticamente la totalidad de los arrendamientos que estaban clasificados como

financieros van a seguir estando clasificados como tal, salvo los que se han realizado utilizando las denominadas *bright lines* para conseguir la clasificación como operativos y que con la nueva norma sí deberían ser clasificados como financieros. En cuanto a los arrendamientos que estaban clasificados como operativos, la novedad será la incorporación en el balance del activo y pasivo correspondiente, pero sin que se produzcan cambios en el patrimonio.

Por lo tanto, a pesar de un proyecto que se inició de forma conjunta en el 2009, las normas finales difieren en algunos aspectos. Finalmente, el FASB ha preferido seguir con un modelo dual para el arrendatario, en el que todos los arrendamientos estarán en balance igualmente, pero tendrán una distinta presentación en la cuenta de pérdidas y ganancias, utilizando para calificar el tipo de arrendamiento, forma e importe en que este se presenta en la cuenta de resultados, criterios similares a los actuales de la NIC 17. Por lo tanto, y a pesar de los orígenes del proyecto, no se va a producir finalmente la deseada convergencia entre ambas normas.

## 5.6. ¿CUÁL VA A SER LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR?

La NIIF 16 es aplicable para los ejercicios anuales iniciados a partir del 1 de enero de 2019. Se permite la aplicación anticipada a las entidades que apliquen la NIIF 15, «Ingresos procedentes de contratos con clientes», con anterioridad o en la misma fecha de aplicación inicial de la NIIF 16. En el caso del ASC 842 se establece que dicha norma entrará en vigor para los ejercicios que comiencen después del 15 de diciembre de 2018 en el caso de entidades de interés público. Para el resto de entidades dicha norma será efectiva para los ejercicios que comiencen a partir del 15 de diciembre de 2019.

## 5.7. ¿CÓMO SE VAN A REFLEJAR LOS ARRENDAMIENTOS EN LOS ESTADOS FINANCIEROS DEL ARRENDATARIO?

### a) Reconocimiento inicial-Derecho de uso

Por lo que respecta al reconocimiento inicial, no se producen diferencias entre ambas normas, no ocurriendo lo mismo con el reconocimiento posterior. El arrendatario deberá reconocer en la fecha de inicio del arrendamiento un derecho de uso del activo y un pasivo por arrendamiento. La fecha de inicio de un arrendamiento se define en la norma como la fecha en la que el arrendador pone el activo subyacente a disposición del arrendatario para su uso.

El coste del derecho de uso de los activos incluye las siguientes partidas:

- El importe de la valoración inicial del pasivo por arrendamiento.
- Cualquier pago por arrendamiento abonado al arrendador con anterioridad al comienzo o en la misma fecha, una vez descontado cualquier incentivo recibido por el arrendamiento.

- Cualquier coste directo inicial incurrido por el arrendatario.
- Una estimación de los costes en los que incurrirá el arrendatario para el desmantelamiento y retiro del activo subyacente, o para restaurar el activo subyacente al nivel exigido en los términos y condiciones del arrendamiento o en el sitio en el que se encuentre ubicado.

## b) Reconocimiento inicial-Pasivo por arrendamiento

Las entidades deberán valorar los pasivos por arrendamiento al valor actual de sus cuotas de arrendamiento, descontadas utilizando el tipo de interés implícito en el arrendamiento, si dicho interés puede determinarse fácilmente. Si una entidad no es capaz de calcular el tipo de interés implícito en el arrendamiento, el arrendatario deberá utilizar el tipo de interés incremental de sus préstamos.

Los pasivos por arrendamiento incluirán:




- Cuotas fijas (cuotas en sustancia fijas) menos cualquier incentivo del arrendamiento que se vaya a recibir del arrendador. Se deben incluir las cuotas fijas con independencia de la forma en la que se hayan estructurado en el contrato. Es decir, se pretenden incluir los pagos que podrían ser teóricamente variables pero que realmente son inevitables siendo fijos en esencia.
- Cuotas variables (contingentes) que dependen de un índice (por ejemplo, índice de precios al consumo) o de un tipo de interés (por ejemplo, tipo de interés de referencia). Los contratos de arrendamiento también pueden incluir cuotas variables relacionadas con el desempeño futuro (por ejemplo, en función de las ventas) o uso del activo subyacente. En este caso, y tras muchas deliberaciones al respecto, los consejos decidieron que las mismas se reconocerían en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio en el que se produzcan. En definitiva, las cuotas contingentes basadas en el uso o en el desempeño no son controladas por la entidad, y la obligación no surge hasta que no se toma la decisión en el futuro. Por el contrario, las cuotas vinculadas a un índice o tasa son obligaciones actuales de las que habría que estimar la cuantía. Por tanto, la decisión sobre las primeras es sobre su reconocimiento, cuándo existe el pasivo; mientras que en las segundas es de valoración, es decir, cuánto es el sacrificio de activos estimados para cancelar la obligación.
- Importes que el arrendatario espera pagar en virtud de garantías de valor residual.
- Precio de ejercicio de la opción de compra si el arrendatario tiene certeza razonable del ejercicio de dicha opción.
- Pagos de penalizaciones por terminar el arrendamiento, si el periodo de arrendamiento refleja el ejercicio de la opción de terminarlo por parte del arrendatario (si existe una certeza razonable al respecto).

Los activos y pasivos por derechos de uso podrán presentarse por separado en el balance o incluirse en el mismo renglón con los activos y pasivos similares y hacer una revelación en la memoria.

Por lo que respecta al FASB, en el momento de la valoración inicial se incorporará al balance un activo por el derecho de uso y un pasivo tanto en el caso de los arrendamientos operativos como financieros, teniendo en cuenta en este último caso y en el caso de que se traten de arrendamientos financieros, el posible efecto en el patrimonio.

En la **figura 3** se observa como todos los arrendamientos operativos que hasta ahora permanecían fuera de balance se incorporan al mismo, por lo que aumentará el tamaño de los balances de una gran cantidad de empresas.

Figura 3. Incorporación al balance de los derechos y obligaciones derivados de los arrendamientos operativos

	NIC 17/FAS 13		NIIF 16
	Arrendamientos financieros	Arrendamientos operativos	Todos los arrendamientos ASC 842 Arrendamientos operativos y financieros
Activos		-	
Pasivos	\$, €	-	→ \$, €
Derechos y obligaciones fuera de balance	-	 \$, €	-

Fuente: elaboración propia a partir de IASB (2016c).

### c) Reconocimiento posterior

En cuanto al reconocimiento posterior sí se van a producir diferencias importantes entre la NIIF 16 y el ASC 842.

Según la NIIF 16, el derecho de uso será objeto de amortización sistemática durante el plazo del arrendamiento. Se reconocerá en las cuentas un gasto financiero por los intereses re-

lacionados con el pago de las cantidades aplazadas. De esta forma, el gasto de arrendamiento lineal que se desprende de la actual norma se verá sustituido por un gasto de amortización constante y por unos gastos financieros decrecientes, lo que alterará el resultado final del ejercicio (**figura 4**). Procedimiento similar al establecido por la NIC 17 y por el nuevo ASC 842 para los arrendamientos financieros. Asimismo, el derecho de uso de los activos podrá ser ajustado como resultado de ciertos cambios en el pasivo por arrendamiento de manera posterior al inicio del arrendamiento.

Por lo que respecta al pasivo, el arrendatario lo deberá ir incrementando para reflejar el interés devengado (y reconocido en la cuenta de pérdidas y ganancias), deducir las cuotas que se van pagando del pasivo y recalcular de nuevo el valor contable para reflejar cualquier revisión, modificación del arrendamiento o revisión de las denominadas cuotas «en sustancia» fijas.

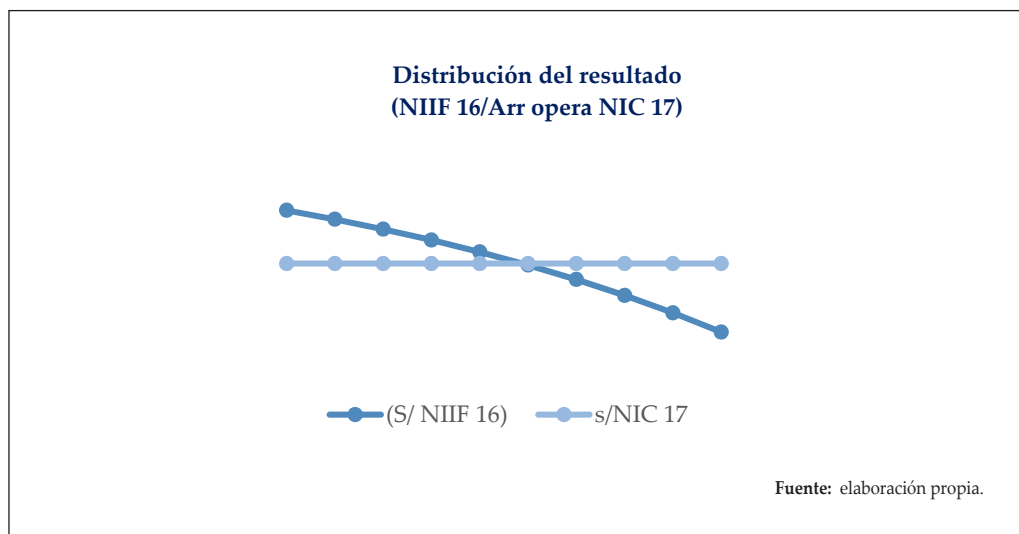
Figura 4. Comparación efectos en resultados antes y después de la capitalización de los arrendamientos operativos

	NIC 17/FAS 13		(NIIF 16)	ASC 842	ASC 842
Cuenta de resultados ....	Arrendamientos financieros	Arrendamientos operativos	Todos los arrendamientos	Arrendamientos financieros	Arrendamientos operativos
Gastos operativos (excluidos amortización) .....	-	Gasto arrendamiento	-		Gasto arrendamiento
Ebitda .....			AUMENTA		
Amortización .....	Amortización		Amortización	Amortización	
Resultado de explotación			AUMENTA		
Gastos financieros .....	Intereses		Intereses	Intereses	

Fuente: elaboración propia a partir de IASB (2016c).

El diferente tratamiento del derecho de uso del activo (amortización generalmente lineal) y el pasivo por arrendamiento (a coste amortizado) sería el impacto más significativo de la NIIF 16 sobre el resultado neto del arrendatario, ya que da lugar a una distribución decreciente del gasto (debido al mayor gasto financiero al principio), frente al modelo actual de arrendamiento operativo en la NIC 17, que distribuye el gasto de forma uniforme a lo largo de todo el periodo del arrendamiento (**figura 5**). Para arrendamientos ya existentes, se reducirá el gasto en arrendamientos antiguos y se espera que el efecto sea mínimo para aquellas compañías que mantienen un volumen de activos arrendados con diferentes momentos de inicio y fin.

Figura 5. Distribución del gasto antes y después de la capitalización de los arrendamientos operativos



En el caso del ASC 842, diferirán en función de cómo hayan sido clasificados dichos arrendamientos. Para los financieros, los arrendatarios deberán reconocer de forma separada los gastos financieros en el pasivo y el gasto de amortización en el derecho de uso. No se producen diferencias por lo tanto con la actual forma de reconocimiento de los arrendamientos financieros. En el caso de los arrendamientos operativos, se reconocerá un gasto por alquiler lineal durante el periodo del arrendamiento, por lo que la diferencia entre el gasto lineal y el importe de los intereses devengados se deducirá del importe del activo.

Debido a la presión recibida por parte del Congreso de los Estados Unidos, a través del cual se ha transmitido la preocupación de las empresas al FASB, se ha conseguido que el efecto en resultados derivado de la incorporación al balance de los arrendamientos operativos no difiera del actual. Por lo que, para las empresas americanas, el impacto de la nueva norma va a ser mucho menor que para las empresas que elaboran sus cuentas bajo los pronunciamientos del IASB. Si van a ver incrementado el tamaño de su balance, algo que ya tenían en cuenta los inversores a la hora de analizar los estados financieros a través de la información revelada en la memoria. En esta norma al final se contempla la doble clasificación de los arrendamientos como operativos y financieros, similar a la clasificación que se contempló en el ED/2013 donde se establecía una clasificación de los mismos como arrendamientos tipo A y tipo B.

Asimismo, y por lo que respecta al estado de flujos de efectivo la nueva norma no tendrá ningún efecto en la variación total, pero sí a nivel intermedio. Aumentará el flujo de efectivo de las actividades de explotación, al repartirse el gasto entre amortización e intereses, disminuyendo el flujo de efectivo de las actividades de financiación.

#### d) Revisión del pasivo por arrendamiento

El arrendatario deberá revisar el pasivo por arrendamiento en las siguientes circunstancias:

- Cuando se produzca un cambio en el importe esperado a pagar en virtud de una garantía de valor residual.
- Cuando se produzca un cambio en las futuras cuotas de arrendamiento para reflejar la variación en un índice o en un tipo de interés utilizado para determinar dichas cuotas.
- Cuando se produzca un cambio en la duración del arrendamiento como resultado de una modificación en el periodo no cancelable del mismo.
- Cuando se produzca un cambio en la evaluación de una opción de compra del activo subyacente.

El arrendatario deberá reconocer el importe de la modificación del pasivo por arrendamiento como un ajuste en el derecho de uso de un activo a menos que el valor contable del derecho de uso del activo se haya reducido a cero. En este caso, el arrendatario deberá reconocer cualquier cantidad restante en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Con la reforma de la contabilidad de los arrendamientos, como reconocen los consejos, se pretende reconocer el pasivo y evitar así el abuso de la norma. Por lo tanto, y dado que la inclusión de normas antiabusos sería incompatible con una regulación basada en principios, los consejos justifican los cambios normativos basándose en argumentos conceptuales.

### 6. MEDIDAS A TOMAR POR LAS EMPRESAS A LO LARGO DEL PERIODO DE TRANSICIÓN

Como ya hemos comentado anteriormente el periodo de transición desde la emisión de ambas normas hasta su entrada en vigor va a ser de tres años aproximadamente. El motivo sería, desde nuestro punto de vista, tener en cuenta el tiempo y el coste necesario para implementar la nueva norma.

Los cambios que tendrán que realizar las empresas serán más o menos significativos dependiendo del volumen de contratos de arrendamientos que mantenga y de la mayor o menor complejidad de los mismos, de los sistemas contables disponibles, de los controles internos, etc. (MORALES, 2016). La empresa deberá recopilar información sobre el volumen de contratos que se verán afectados por el nuevo sistema contable así como sobre el estado actual del sistema de gestión administrativa y contable de los contratos de arrendamiento.

Ahora les toca a las empresas empezar a estudiarla con calma a lo largo del periodo de transición a lo largo del cual las empresas tendrán que considerar los siguientes aspectos:

1. Los análisis de impactos necesarios, fundamentalmente aquellos cualitativos que puedan implicar juicios. Por ejemplo, aquellos relativos a la definición de arrendamiento, periodo de arrendamiento, pagos de arrendamiento (fijos y variables o contingentes), tipo de interés, etc.
2. Será necesario evaluar la necesidad de realizar cambios en sistemas y procesos, para poder gestionar y realizar un seguimiento de los diferentes contratos que componen la cartera de los arrendamientos, así como buscar la información necesaria para poder cumplir con las necesidades de información a desglosar en los estados financieros. Los manuales internos tendrán que adaptarse a la nueva norma. Asimismo, en empresas con una importante descentralización geográfica deberá realizarse un importante trabajo de recopilación de información así como de unificación de sistemas.
3. Estudiar la necesidad de realizar cambios en la política de distribución de dividendos.
4. Estudiar las posibles implicaciones fiscales.
5. Estudiar el impacto de la norma sobre ratios importantes para el negocio y cómo podrían afectar los mismos a las condiciones establecidas en los contratos de deuda (*covenants*), condiciones de remuneración a la dirección, tipos de interés de financiación, etc. Todo esto podrá dar lugar a cambios en las negociaciones.
6. Las empresas tendrán que preparar la forma de comunicar todas las implicaciones de la futura norma contable a los usuarios, tanto internos como externos, de la información financiera.
7. Renegociación de los contratos de arrendamiento. Consideramos que a lo largo del periodo de transición, las empresas con un volumen importante de arrendamientos operativos van a intentar renegociar las condiciones establecidas en los actuales a través de medidas como:
  - Reducir el plazo de los contratos. Cuanto menor sea el plazo comprometido del arrendamiento menor será el pasivo a reconocer, por lo que se espera que probablemente muchas empresas decidan acortar los plazos de sus contratos de arrendamiento.
  - Aumentar los pagos variables no referenciados a un índice o tasa, ya que estos no se incluyen en el reconocimiento inicial del pasivo, en detrimento de los pagos fijos y variables que estén referenciados a un índice o tasa.
  - A raíz de la entrada en vigor tanto del FAS 13 como de la NIC 17 aumentaron significativamente los arrendamientos operativos en detrimento de los financieros. Una de las críticas realizadas a los actuales estándares contables de los arrendamientos es el permitir diseñar los contratos de tal forma que al amparo de la norma permita conseguir la clasificación contable deseada.
  - ¿Nos podríamos encontrar en este caso con situaciones similares a las que se produjeron en dicho momento? ¿Van a volver a utilizar las empresas la

norma contable de tal forma que al amparo de la Teoría Positiva de la Contabilidad (WATTS y ZIMMERMAN, 1978) poder conseguir los efectos contables deseados? Será la investigación a lo largo de periodo de transición así como a partir de la entrada en vigor de la nueva norma la que nos permitirá contestar dicha pregunta.

Tras comentar estos aspectos lo que sí queda claro es que las empresas con un uso intensivo del arrendamiento operativo tienen por delante un amplio trabajo para que en el momento de aplicación de la nueva norma por primera vez tengan toda la información preparada y organizada para que la aplicación de la misma se pueda aplicar sin incidencias. Asimismo, se abre una posible línea de negocio para despacho de abogados, asesores, etc., que ayuden a las empresas a organizar todo lo necesario para la aplicación de la norma.

La reforma de los arrendamientos implica un cambio que va a transformar en cierto modo el concepto así como la valoración de los activos de las compañías por lo que «no se trataría de un simple cambio contable sino de una norma con importantes efectos económicos».

Las empresas deberán hacer algo más que convertir la información revelada en la memoria sobre los compromisos por arrendamientos operativos para poder cumplir con los requisitos establecidos en la nueva norma contable sobre los arrendamientos y para poder reflejar los activos y pasivos derivados de los compromisos por arrendamiento (EY, 2016). Asimismo, merece la pena destacar que aquellos grupos internacionales que tengan que preparar estados contables bajo los ámbitos normativos del IASB y del FASB deberán mantener dos modelos distintos de arrendamiento, con la complejidad que ello supondría.

Tal y como comenta FITÓ (2012: 1): «Habrà que esperar a que la norma definitiva entre en vigor para conocer cuál será el comportamiento de las empresas, donde es de esperar que reaccionen cambiando sus sistemas de financiación con el fin de evitar el incremento de la deuda registrada. Esta relación causa efecto entre los cambios en la normativa contable y las consecuencias, deseadas o no, que se derivan de los mismos, pone de manifiesto que en el marco de las decisiones empresariales, la contabilidad sí importa».

## 7. REVISIÓN DE LA LITERATURA SOBRE LA CAPITALIZACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS OPERATIVOS

Pocas normas contables han generado tanta controversia, de ahí que exista una amplia literatura científica relacionada con la capitalización de los compromisos derivados de los arrendamientos. Tras el cambio en 1976 de la normativa del arrendamiento a través del SFAS 13 y en 1982 a través de la NIC 17, en el que se pasa de no reconocer ningún arrendamiento en el balance a capitalizar los denominados arrendamientos financieros, aparecen numerosos estudios que tratan

de describir los posibles impactos derivados de la aplicación de dichas normas. Posteriormente, y a raíz de la propuesta actual de cambio de la contabilidad de los arrendamientos, gran parte de la literatura contable relativa a los arrendamientos se refiere al debate sobre la capitalización o no de los arrendamientos operativos en los estados financieros del arrendatario, intentando algunos estudios evaluar el impacto potencial de los cambios propuestos mientras que otros tratan de evaluar los efectos de la propuesta desde otras perspectivas.

Aunque ya se habían realizado estudios sobre el impacto de la capitalización de los arrendamientos con anterioridad a la emisión de los actuales estándares contables, es a partir de los años noventa cuando se empiezan a incrementar de forma significativa los estudios realizados con el objetivo de simular la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros del arrendatario. Posteriormente, y a partir de los años noventa, muchos de dichos estudios se han basado en el método desarrollado por IMHOFF, LIPE y WRIGHT (1991) denominado *Constructive Capitalization Method* para tratar de analizar cuál sería el efecto de la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros del arrendatario.

La mayor parte de dichos estudios tratan de estimar cuál sería el efecto de la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros del arrendatario a través del impacto en los principales ratios financieros, principalmente en la rentabilidad económica y los ratios relacionados con el endeudamiento. Muchos de estos estudios se han basado y han ido complementando el método desarrollado en 1991 por IMHOFF, LIPE y WRIGHT en 1991, destacando los estudios realizados por BEATTIE, EDWARDS y GOODACRE (1998); GOODACRE (2003); FÜLBIER, LIRIO y PFERDEHIRT (2008); DUKE, HSIEH y Su (2009); JAMAL (2011); así como el de WONG y MAHESH (2015). A nivel nacional destacan los trabajos de BARRAL, GÓMEZ y MOLINA (2006); FITÓ, MOYA y ORGAZ (2013); BARRAL, CORDOBÉS y RAMÍREZ (2014) así como PARDO, GINER y CAMACHO (2015).

Tras la revisión de dichos estudios, consideramos que existe evidencia suficiente del impacto tan significativo que tendría esta capitalización de los arrendamientos operativos en los ratios de balance, principalmente en los ratios utilizados para medir el apalancamiento. También resultaría afectado aunque en menor medida la rentabilidad económica, así como los ratios que se utilizan para medir la rotación de los activos. Dichas variaciones en los ratios darían lugar a variaciones importantes en los *rankings* de las compañías que se elaboran con base en los ratios financieros.

Asimismo, existen importantes variaciones intersectoriales siendo los sectores que recurren de forma habitual a este tipo de contratos como elementos propios de sus modelos de negocio los que resultarían más afectados. Empresas de servicios, tales como compañías aéreas, hoteles, empresas comerciales, etc., así como empresas del sector energético y telecomunicaciones son las que sufrirían un importante impacto en los ratios analizados. Por otra parte, en cuanto a la tipología de activos arrendados registrados como operativos en la mayoría de los casos se corresponden con bienes básicos para el desarrollo de la actividad. Así para las compañías aéreas son los aviones, para las compañías hoteleras los propios hoteles, para las empresas comerciales los inmuebles donde se realizan las ventas al público, etc.

Tras una revisión de la literatura académica sobre la capitalización de los arrendamientos operativos desde diferentes vertientes, nos parece interesante comentar una serie de trabajos realizados desde el ámbito profesional sobre el impacto principalmente de la propuesta de reforma de la contabilidad de los arrendamientos.

En Estados Unidos la SEC (2005), a raíz del escándalo Enron, y como ya hemos comentado en los epígrafes anteriores, realizó un estudio donde se revelaba que el 63,3 % de las compañías americanas revelaban compromisos de pagos por arrendamientos operativos y un 22 % reconocían y revelaban sobre arrendamientos financieros. El valor de los compromisos de pago de los arrendamientos operativos ascendería a 1.252.006 millones de dólares, siendo el ratio de compromisos futuros por arrendamientos operativos sobre financieros de 25 a 1.

En juego está según PwC (2010), a través de un estudio realizado sobre 3.000 empresas de diferentes sectores, un aumento del 58 % de la deuda reflejada en los balances si se aplica la norma propuesta de registrar los compromisos de pago futuros por alquileres, ascendiendo dicho incremento en el caso del comercio minorista a un 217 %. El incremento en el ebitda sería del 18 %, ya que el gasto de arrendamiento sería sustituido por los gastos financieros y la amortización de los derechos de uso.

En el año 2012 una coalición de varias organizaciones entre ellas la United States Chamber of Commerce encargaron un informe *The Economic Impact of the current IASB and FASB Exposure Draft on Leases* con el objetivo de examinar el impacto económico de la propuesta para la contabilización de los arrendamientos. Según este estudio, dicho resultado afectaría negativamente a la creación de empleo, a la salud del sector inmobiliario así como a los pasivos de las compañías cotizadas. Se estimó un incremento de los pasivos en 1,5 trillones de dólares, una pérdida de unos 190.000 empleos así como una reducción en el PIB de unos 27,5 billones de dólares. Tras el mencionado informe, dicha coalición realizó un llamamiento tanto al IASB como al FASB para que llevaran a cabo un análisis exhaustivo de los costes y beneficios derivados de dicha propuesta.

Según afirma CASADO (2016), se calcula que las empresas del IBEX aflorarán pasivos por 40.000 millones de euros, señalando como empresas más afectadas a Telefónica (alquileres futuros de redes y otros activos), Inditex (alquiler de tiendas de Zara y otras marcas), IAG (contratos de alquiler de aviones), Meliá y NH (hoteles explotados en régimen de arrendamiento operativo).

## 8. IMPACTO DE LA FUTURA CAPITALIZACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS OPERATIVOS EN EL SECTOR HOTELERO

Tras comentar los aspectos más significativos de la futura norma contable de los arrendamientos, y tras la consideración de varios sectores de actividad, hemos seleccionado el sector hotelero para estudiar los efectos de la misma por dos motivos fundamentalmente.

En primer lugar, como se pone de manifiesto en algunos de los estudios referidos en el epígrafe anterior, por el importante volumen de compromisos por arrendamientos operativos revelados en las cuentas anuales de las grandes cadenas hoteleras a nivel mundial, ascendiendo a finales del ejercicio 2014 a 25.517 millones de euros aproximadamente, siendo desde nuestro punto de vista una importante forma de financiación para dicho sector. Asimismo, en el trabajo de FITÓ, MOYA y ORGAZ (2013), así como en el de PwC (2010), donde se compara cuál sería el impacto por sectores de la capitalización de los arrendamientos operativos, se evidencia como los hoteles serían uno de los sectores más afectados.

En segundo lugar, hemos optado por la actividad hotelera, debido a la escasa literatura específica existente sobre el uso y efectos de los arrendamientos operativos en este sector, para así intentar contribuir con nuestro trabajo a las investigaciones realizadas al respecto.

## 8.1. FORMAS DE GESTIÓN HOTELERA

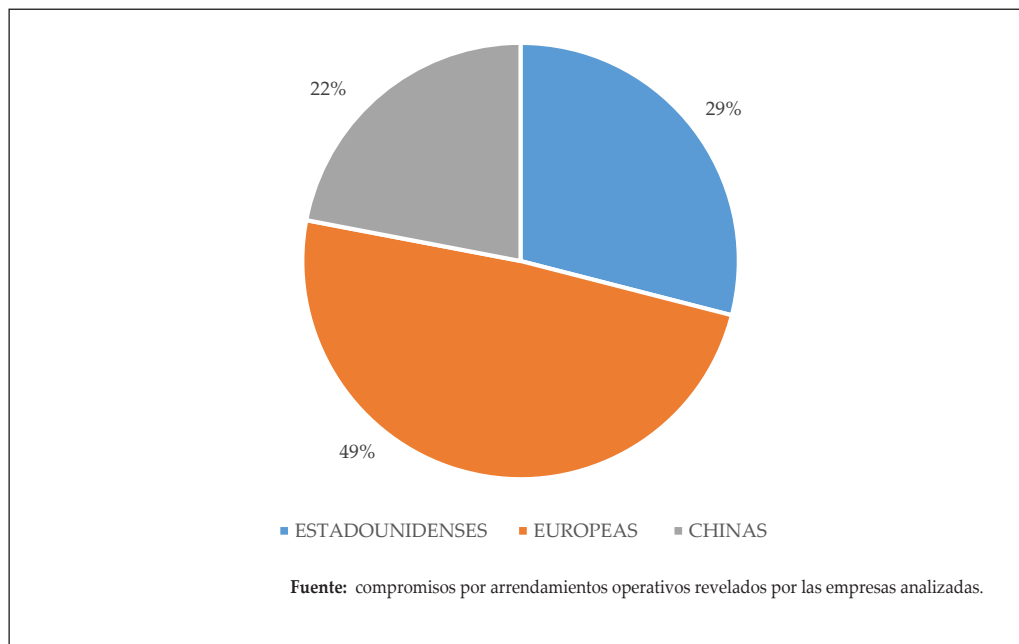
Antes de centrarnos en la utilización de los arrendamientos operativos en el sector hotelero así como las implicaciones económicas y contables que tendría la capitalización de los mismos derivada de la futura norma contable, creemos necesario comentar, en primer lugar, las distintas formas de gestión hotelera, al ser el arrendamiento una de ellas.

Pero antes de estudiar el arrendamiento operativo en el sector hotelero, nos parece interesante comentar las distintas formas de gestión hotelera así como la importancia de cada una de ellas. Existen cuatro formas de gestión hotelera: propiedad, alquiler, gestión y franquicia siendo diferente el peso de cada una de ellas en función de la titularidad de las cadenas hoteleras.

Hasta finales de los años noventa la política de expansión de las grandes cadenas hoteleras se realizaba a través de una política de compra de nuevos hoteles, explicada por los bajos precios del sector inmobiliario, pero a partir de dicho momento se empezó a desarrollar el arrendamiento y otras formas de gestión. Sin embargo, ya en el año 61 Gabriel Escarrer abrió en régimen de arrendamiento el primer hotel de la futura Sol Meliá. Posteriormente, sobre todo a partir del año 2000 el arrendamiento se ha convertido en una importante forma de gestión hotelera permitiendo la expansión tanto nacional como internacional de muchas cadenas hoteleras

En la **figura 6**, se observa como casi la mitad de dicho volumen de compromisos por arrendamientos operativos corresponden a las cadenas hoteleras europeas. Aunque son las cadenas norteamericanas las que explotan el mayor número de hoteles, no ocurre lo mismo con el volumen de compromisos por arrendamientos operativos debido a que las cadenas europeas se han centrado más en la propiedad y el arrendamiento como forma de gestión mientras que las norteamericanas se han expandido a lo largo de los últimos años principalmente a través de hoteles explotados en régimen de franquicia. Destaca también el importante volumen de las cadenas chinas, el cual se ha incrementado de forma exponencial a lo largo de los últimos diez años.

Figura 6. **Porcentaje volumen compromisos por arrendamientos operativos**



## 8.2. REACCIÓN DE LAS CADENAS HOTELERAS AL PROYECTO DE REFORMA DE LA CONTABILIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS

Como ya hemos comentado anteriormente, se ha producido un rechazo generalizado por parte de los preparadores de la información financiera a la futura norma de contabilidad de los arrendamientos, quedando patente el mismo a través de las cartas de comentarios enviadas tanto al FASB como al IASB por parte de los preparadores de la información financiera.

En nuestro caso y para el sector hotelero, hemos realizado una búsqueda a través de la base de datos de dichas cartas disponibles tanto en las páginas del FASB ([www.fasb.org](http://www.fasb.org)) como del IASB ([www.ifrs.org](http://www.ifrs.org)).







Tras revisar el contenido de las cartas de comentarios enviadas por las distintas cadenas hoteleras, en lo que están de acuerdo todas las compañías es en la dificultad que supondría la realización de los juicios y estimaciones relacionados con los plazos de arrendamiento y con las cuotas contingentes. Asimismo, prácticamente todas manifiestan que los costes de aplicación de la nueva norma superarían a los beneficios obtenidos de la misma. Entre las cadenas hoteleras que han mostrado mayor oposición a la nueva norma contable de los arrendamientos, destaca la cadena hotelera española NH y la francesa Accor, siendo precisamente dichas cadenas las que se

van a ver más afectadas tanto por el incremento del ratio de endeudamiento como por la disminución del ROA (figura 7).

El rechazo generalizado de la reforma por parte de las empresas es coherente con la Teoría Positiva de la Contabilidad, en concreto en lo referente a los efectos económicos de los contratos de deuda y la de los costes políticos. En el caso concreto del proyecto de reforma de la norma sobre arrendamiento, el incremento del ratio de endeudamiento de las entidades es un efecto fundamental del cambio. Existe además la creencia de que un cambio de modelo tan radical puede acabar trasladándose a las regulaciones nacionales y a las entidades de menor tamaño que no cotizan en los mercados de valores.

A tal respecto, nos parece interesante comentar que hay determinadas cadenas hoteleras españolas como son Room Mate y Vincci Hoteles que tienen un importante volumen de compromisos por arrendamientos y que se verían afectadas junto a otras cadenas hoteleras españolas por una futura modificación de la contabilidad de los arrendamientos en el Plan General de Contabilidad.

Figura 7. Impacto del ratio de endeudamiento (*debt/equity*) y en el ROA en las cadenas hoteleras que han mostrado sus discrepancias ante el FASB y el IASB a través de las cartas de comentarios

	Diferencia ratio endeudamiento ( <i>debt/equity</i> )	Diferencia ROA	Compromisos arrendamientos operativos (millones euros)
	78 %	(30 %)	3.816
	15 %	(11 %)	2.524
	141 %	(45 %)	2.157
	12 %	(14 %)	875
	20 %	(8 %)	557
	10 %	(11 %)	448
Fuente: elaboración propia.			

### 8.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

El ámbito de estudio de nuestro trabajo son las grandes cadenas hoteleras internacionales. Para ello, a partir del *ranking* de las 50 grandes cadenas hoteleras a nivel mundial (Hotels, 2015), hemos seleccionado aquellas cadenas hoteleras que cotizan en bolsa, representando las mismas un 74 % sobre el total de hoteles, y un 71 % sobre el total de habitaciones de las cadenas hoteleras a nivel mundial (**figura 8**). Hemos partido de dicho *ranking*, ya que es uno de los más utilizados en los estudios de diversos ámbitos realizados del sector hotelero.

De dichos grupos cotizados todos excepto el grupo chino Shanghai Jin Jiang International Hotel Group<sup>1</sup>, que cotiza en la bolsa de Shanghái, se regulan bajo los parámetros establecidos por los dos grandes sistemas contables vigentes en la actualidad: el de las NIIF desarrolladas por el IASB y el de los ASC desarrollados por el FASB. Por otra parte, y aunque no sea un grupo cotizado, hemos considerado interesante incluir en nuestro análisis el grupo español Barceló, ya que elabora sus cuentas consolidadas con base en las NIIF.

De las cadenas hoteleras seleccionadas, hemos elegido para nuestro estudio el periodo 2005-2014. La selección de dicho periodo no ha sido por casualidad, sino porque es el año 2005 el primer ejercicio de aplicación obligatoria de las NIIF para los grupos hoteleros europeos.

Figura 8. *Ranking* mundial por habitaciones de las cadenas hoteleras cotizadas

Ranking mundial	Compañía	Habitaciones	Hoteles
1	Hilton Worldwide (EE. UU.) .....	715.062	4.322
2	Marriot International (EE. UU.) .....	714.765	4.175
3	Intercontinental Hotel Groups (R. U.) .....	710.295	4.840
4	Wyndham Hotel Group (EE. UU.) .....	660.826	7.645
5	Choice Hotels International (EE. UU.) .....	500.000	6.300
6	Accor (Francia) .....	482.296	3.717
			.../...

<sup>1</sup> La tercera gran cadena hotelera china que hemos incluido en nuestro trabajo es el grupo hotelero Shanghai Jin Jiang International que como hemos comentado anteriormente cotiza en la bolsa de Shanghái presentando sus estados financieros con base en los Hong Kong Financial Reporting Standards (HKFRS) siendo similar en lo fundamental la forma de reconocer y revelar los arrendamientos con respecto a la NIC 17 y al ASC 840.

Ranking mundial	Compañía	Habitaciones	Hoteles
.../...			
8	Starwood Hotels & Resorts (EE. UU.) .....	354.225	1.222
9	Shanghai Jin Jiang International (China) .....	352.538	2.910
11	Home Inns & Hotel Management (China) .....	296.075	2.609
12	China Lodging Group (China) .....	209.955	1.995
14	Hyatts Hotel Corporation (EE. UU.) .....	155.265	587
17	Meliá Hotels International (España) .....	98.829	377
22	Extended Stay Hotels (EE. UU.) .....	75.995	682
24	Whitbread (R. U.) .....	59.138	697
25	NH Hotel Group (España) .....	57.127	363
28	MGM Resorts International (EE. UU.) .....	46.908	20
33	Walt Disney Co (EE. UU.) .....	39.751	43
34	Caesars Entertainment Corp (EE. UU.) .....	37.820	30
39	Millenium & Copthorne Hotels (R. U.) .....	33.367	120
42	Barceló Hotels & Resorts (España) .....	31.230	100
	<b>Total cadenas cotizadas</b> .....	<b>6.559.236</b>	<b>48.524</b>
	<b>Total cadenas hoteleras</b> .....	<b>8.876.023</b>	<b>68.238</b>
	<b>% sobre el total</b> .....	<b>74 %</b>	<b>71 %</b>
Fuente: elaboración propia a partir del ranking publicado por la revista <i>Hotels</i> , 2015.			

#### 8.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN E HIPÓTESIS

¿Han utilizado las cadenas hoteleras la norma contable de tal forma que, al amparo de la Teoría Positiva de la Contabilidad (WATTS y ZIMMERMAN, 1978), poder conseguir la clasificación de los mismos como operativos quedando de dicha forma fuera de balance?

A raíz de la anterior pregunta, se formulan los siguientes objetivos e hipótesis de nuestra investigación:

<b>Objetivo 1</b>	Cuantificar a nivel global el efecto en los ratios más significativos, tales como el retorno sobre activos (ROA) (Resultado de la explotación/Total activo) y el ratio de endeudamiento (Total pasivo/Patrimonio neto) de la inclusión de los compromisos por arrendamientos operativos revelados en la memoria pero que se encuentran fuera de balance.
Hipótesis 1.1.	La capitalización de los arrendamientos operativos tendrá un impacto notable en el ROA.
Hipótesis 1.2.	La capitalización de los arrendamientos operativos tendrá un impacto notable en el endeudamiento de las cadenas hoteleras.
Hipótesis 1.3.	Si el efecto de dichos ratios resulta significativo a lo largo de los años analizados evidenciaría la importancia de los arrendamientos como forma de financiación y como forma de gestionar los activos a lo largo de los mismos.
<b>Objetivo 2</b>	Cuantificar si existen diferencias en el ROA y en el ratio de endeudamiento en función de la titularidad de las cadenas hoteleras.
Hipótesis 2.1.	El efecto en el ROA es independiente de la titularidad de las cadenas hoteleras.
Hipótesis 2.2.	El efecto del endeudamiento es independiente de la titularidad de las cadenas hoteleras.
Hipótesis 2.3.	Existen diferencias significativas en el efecto en el ROA y en el endeudamiento entre las diferentes cadenas hoteleras.

Nuestra investigación se desarrolla a partir de la información consolidada publicada por cadenas hoteleras internacionales que cotizan en bolsa. El trabajo de campo ha consistido en recabar las cuentas así como otros informes anuales de las compañías y su posterior lectura para la extracción de la información relevante al objeto de nuestro trabajo para el periodo 2005-2014 (anexo 1). Además de los balances y las cuentas de resultados se han revisado las memorias de todas las compañías para buscar la nota correspondiente a los compromisos de pago derivados de los arrendamientos operativos así como otros informes anuales publicados en las webs de las cadenas hoteleras donde también hemos podido encontrar información relevante para nuestro estudio, sobre todo en cuanto a la forma de gestión hotelera y en cuanto a las políticas de gestión de activos.

Las cadenas hoteleras seleccionadas las hemos dividido en tres grupos en función de la titularidad de las mismas (estadounidenses, europeas y chinas), que prácticamente coinciden con las cadenas hoteleras que siguen los parámetros del FASB (norteamericanas y chinas), con la excepción de la cadena china Shanghai Jin Jiang, y las que siguen los parámetros del IASB (europeas).

Tal y como hemos comentado anteriormente, existe un amplio volumen de trabajos académicos que han tratado de simular el efecto de la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros del arrendatario, en muchos de los cuales se han realizado determinadas suposiciones sobre la duración de los arrendamientos, periodo transcurrido así como sobre el tipo de interés de descuento. En nuestro caso, tal y como hace la SEC (2005) cuyo objetivo, entre otros, era conocer el volumen de compromisos por arrendamientos no revelados por parte de las compañías así como cuantificar el efecto de la capitalización de los mismos, consideramos

un tipo de descuento cero. Las compañías no proporcionan dicha información y desde nuestro punto de vista el hecho de realizar suposiciones y estimaciones principalmente sobre la duración del arrendamiento así como sobre la tasa de descuento a aplicar no implicaría que se obtengan mejores resultados en la investigación que si no se realizan dichas suposiciones. El objetivo de nuestra investigación no es cuantificar exactamente el valor descontado de los compromisos de pago derivados de los arrendamientos sino, como ya hemos comentado, poder obtener evidencia de la utilización de los arrendamientos operativos de las cadenas hoteleras como forma de financiación así como del impacto futuro de la capitalización de los mismos.

## 8.5. LOS INSTRUMENTOS ESTADÍSTICOS

En la **figura 9**, se presentan los principales resultados descriptivos para los ejercicios 2005, 2010 y 2014, ya que por limitaciones a la extensión del trabajo no se pueden mostrar los resultados de todo el periodo analizado. Por lo que respecta a la primera parte de nuestro estudio, es decir, el impacto que tendría la capitalización de los arrendamientos sobre el ROA y el endeudamiento, nuestro objetivo es comparar dichos ratios antes y después de la capitalización de los arrendamientos operativos. Para ello, lo primero que tenemos que ver es si los ratios financieros siguen una distribución normal.

Figura 9. Principales resultados descriptivos para los ejercicios 2005, 2010 y 2014

### Resultados descriptivos totales

Variables	N	2014	2014	2010	2010	2005	2005
		Media	DS	Media	DS	Media	DS
CAO .....		1.343	1.161	1.396	1.608	1.483	2.655
Dif EN .....	19	92 %	170 %	104 %	194 %	85 %	130 %
Dif ROA .....	19	-22 %	21 %	-24 %	21 %	-24 %	22 %

### Resultados descriptivos cadenas hoteleras estadounidenses

Variables	N	2014	2014	2010	2010	2005	2005
		Media	DS	Media	DS	Media	DS
CAO .....		823	738	2.967	2.269	1.340	2.418
Dif EN .....	9	11 %	5 %	14 %	10 %	29 %	46 %
Dif ROA .....	9	-9 %	4 %	-9 %	7 %	-13 %	15 %

**Resultados descriptivos cadenas hoteleras europeas**

Variables	N	2014	2014	2010	2010	2005	2005
		Media	DS	Media	DS	Media	DS
CAO .....		1.803	1.453	2.159	1.959	2.253	3.420
Dif EN .....	7	76 %	58 %	87 %	44 %	79 %	56 %
Dif ROA .....	7	-27 %	15 %	-32 %	13 %	-29 %	15 %

**Resultados descriptivos cadenas hoteleras chinas**

Variables	N	2014	2014	2010	2010	2005	2005
		Media	DS	Media	DS	Media	DS
CAO .....	3	1.831	1.145	744	288	116	62
Dif EN .....	3	372 %	318 %	415 %	387 %	267 %	267 %
Dif ROA .....	3	-52 %	33 %	-52 %	27 %	-50 %	33 %

La literatura previa como FÜLBIER, LIRIO y PFERDEHIRT (2008), GOODACRE (2003) o FITÓ (2012) indican que los ratios financieros no siguen una distribución normal y entonces no se pueden aplicar tests paramétricos para analizar la diferencia de los mismos antes y después de la capitalización.

En nuestro trabajo, hemos podido confirmar que para la muestra objeto de estudio, los ratios no siguen una distribución normal y, por lo tanto, hemos aplicado el test no paramétrico de Wilcoxon para obtener evidencia sobre si existen diferencias significativas entre las variables antes y después de un determinado cambio entre ellas. En este caso si el nivel de significación es menor o igual a 0,05 se rechaza la hipótesis nula y, por lo tanto, la diferencia entre los ratios analizados antes y después de la capitalización de los arrendamientos sería significativa.

Asimismo y una vez aplicado dicho test estadístico nos planteamos la siguiente pregunta: ¿sería diferente el impacto en las variables y ratios en función de la titularidad de las cadenas hoteleras? Es decir, ¿se verían afectados las variables y los ratios de la misma forma para todas las cadenas hoteleras en función de su titularidad? Para ello vamos a realizar la prueba de Kruskal-Wallis, aplicable para variables que no siguen una distribución normal, para comprobar si existe diferencia entre el impacto en los ratios la titularidad de las cadenas hoteleras y en función del tamaño. En este caso si el nivel de significancia es menor o igual a 0,05 se rechazaría la hipótesis nula de que no existe diferencia entre los correspondientes ratios o variables.

## 8.6. RESULTADOS

**OBJETIVO 1.** Cuantificar a nivel global el efecto en los ratios más significativos, tales como el retorno sobre activos (ROA) (Resultado de la explotación/Total activo) y el ratio de endeudamiento (Total pasivo/Patrimonio neto) de la inclusión de los compromisos por arrendamientos operativos revelados en la memoria pero que se encuentran fuera de balance.

*Hipótesis 1.1. La capitalización de los arrendamientos tendrá un impacto notable en el ROA.* El contraste de nuestra hipótesis 1.1 queda confirmada a través del test de Wilcoxon para el ejercicio 2014 (**figura 10**). Partiendo de los datos del ejercicio 2014, el nivel de significación para la comparación del ROAa y del ROAd es  $< 0,005$  contrastándose nuestra hipótesis de que la capitalización de los arrendamientos tendrá un impacto significativo en el ROA de las cadenas hoteleras.

*Hipótesis 1.2. La capitalización de los arrendamientos tendrá un impacto notable en el endeudamiento de las cadenas hoteleras.* El contraste de nuestra hipótesis 1.2 queda confirmada a través del test de Wilcoxon para el ejercicio 2014 (**figura 10**). Partiendo de los datos del ejercicio 2014, el nivel de significación para la comparación del ratio de endeudamiento antes y después es  $< 0,005$  contrastándose nuestra hipótesis de que la capitalización de los arrendamientos tendrá un impacto significativo en el endeudamiento de las cadenas hoteleras.

*Hipótesis 1.3. Si el efecto de dichos ratios resulta significativo a lo largo de los años analizados evidenciaría la importancia de los arrendamientos operativos como forma de financiación y como forma de gestionar los activos a lo largo de los mismos.*

En este caso, hemos podido contrastar para todos los años 2005, 2010 y 2014 (**figura 10**) el impacto significativo de los mismos, lo cual nos permite contrastar nuestra hipótesis 1.3 de la importancia de los arrendamientos operativos como forma de financiación y como forma de gestionar los activos a lo largo de los mismos.

**OBJETIVO 2.** Cuantificar si existen diferencias en el ROA y en el ratio de endeudamiento en función de la titularidad de las cadenas hoteleras.

*Hipótesis 2.1. El efecto en el ROA es independiente de la titularidad de las cadenas hoteleras.*

En este caso (**figuras 11, 12 y 13**), si comparamos el resultado de dicha prueba para las distintas cadenas hoteleras, observamos que en todas ellas el ROA se vería significativamente afectado por la capitalización de los arrendamientos para el ejercicio 2014, por lo que queda contrastada nuestra hipótesis de que el efecto del ROA es independiente de la titularidad de las cadenas hoteleras.

Para el ejercicio 2010 el impacto en el ROA también sería significativo para los tres grupos de análisis. Sin embargo en el ejercicio 2005, observamos que para las cadenas chinas la variación en el ROA no resultaría estadísticamente importante, lo cual se explica por el escaso nivel

tanto de hoteles como de compromisos por arrendamientos en dicho año. Es a partir de dicho año cuando se empieza a producir un incremento exponencial tanto de hoteles como de compromisos por arrendamientos, llegando casi a igualar en el año 2014 al total de hoteles explotados en régimen de arrendamiento por las cadenas norteamericanas.

*Hipótesis 2.2. El efecto en el endeudamiento es independiente de la titularidad de las cadenas hoteleras.*

En este caso al igual que ocurre con el ROA, el impacto resultaría significativo para 2014 (**figuras 11, 10 y 13**) para todas las cadenas, por lo que contrastamos nuestra hipótesis de que el efecto del endeudamiento es independiente de la titularidad de las cadenas.

Para los años anteriores, el impacto en el endeudamiento también sería significativo, tanto para las cadenas norteamericanas como para las europeas. Sin embargo, en el caso de las cadenas chinas, se observa como en el ejercicio 2005 no resultaría significativo, lo cual se explica por el aumento exponencial de los compromisos por arrendamientos operativos experimentado por dichas cadenas a lo largo de los últimos años.

*Hipótesis 2.3. Existen diferencias significativas en el efecto en el ROA y en el endeudamiento entre las diferentes cadenas hoteleras.*

Por último y para acabar de estudiar el efecto de la capitalización de los arrendamientos operativos en el ROA y en el endeudamiento, y una vez que hemos contrastado el efecto significativo que tendría la futura norma contable sobre dichos ratios, nos hacemos la siguiente pregunta:

¿Sería diferente el impacto entre las diferentes cadenas hoteleras?

Para contestar a esta pregunta hemos realizado la prueba de Kruskal-Wallis (**figura 14**). Se puede observar que tanto para el ejercicio 2014 como para los anteriores existirían diferencias significativas tanto en el ROA como en el endeudamiento entre las distintas cadenas hoteleras. Por lo tanto, queda contrastada nuestra hipótesis de que el impacto en dichos ratios sería diferente entre las cadenas hoteleras. Es decir, para todas las cadenas hoteleras el impacto en dichos ratios sería significativo pero existirían diferencias importantes entre las mismas.

Figura 10. Resultado test Wilcoxon para el total de la muestra

	2014				2010				2005			
VAR.	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt
ROAa	19	0,09	0,08		19,00	1,98	4,64		19	0,09	0,12	
												.../...

2014					2010				2005						
.../...															
ROAd	19	0,07	0,08	Sig.	0,002	19,00	1,04	1,94	Sig.	0,001	19	0,07	0,11	Sig.	0,010
dif		-0,02	-0,01			0,00	-0,94	-2,70				-0,01	-0,02		
EN a	19	0,72	3,19			19,00	1,13	0,48			19	1,24	1,88		
EN d	19	1,60	3,91	Sig.	0,001	19,00	0,07	0,10	Sig.	0,001	19	2,42	3,06	Sig.	0,010
Dif		0,88	0,72			0,00	-1,06	-0,38				1,18	1,18		
Fuente: elaboración propia.															

Figura 11. Resultado test Wilcoxon para cadenas estadounidenses

2014					2010				2005						
VAR.	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt			
ROAa	9	0,10	0,10		9,00	0,17	0,12		9,00	0,13	0,16				
ROAd	9	0,09	0,09	Sig.	0,043	9,00	0,14	0,10	Sig.	0,014	9,00	0,12	0,14	Sig.	0,024
Dif		-0,01	-0,01			0,00	-0,03	-0,02			0,00	-0,02	-0,01		
EN a	9	0,99	4,30		9,00	1,20	0,66		9,00	0,98	2,58				
EN d	9	1,11	4,72	Sig.	0,038	9,00	0,07	0,13	Sig.	0,039	9,00	1,48	3,08	Sig.	0,024
Dif		0,12	0,42			0,00	-1,12	-0,52			0,00	0,50	0,50		
Fuente: elaboración propia.															

Figura 12. Resultado test Wilcoxon para cadenas europeas

2014					2010				2005						
VAR.	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt			
ROAa	7	0,08	0,08		7,00	1,35	0,85		7,00	0,06	0,03				
ROAd	7	0,07	0,07	Sig.	0,026	7,00	0,87	0,44	Sig.	0,027	7,00	0,05	0,03	Sig.	0,02
													.../...		

2014				2010				2005				
.../...												
dif		-0,02	-0,01		0,00	-0,48	-0,41		0,00	-0,02	0,00	
EN a	7	0,35	2,37		7,00	1,18	0,23		7,00	1,43	0,44	
EN d	7	1,18	3,02	Sig. 0,043	7,00	0,06	0,06	Sig. 0,018	7,00	2,55	1,04	Sig. 0,018
Dif		0,83	0,65		0,00	-1,12	-0,17		0,00	1,12	0,60	

Fuente: elaboración propia.

Figura 13. Resultado test Wilcoxon para cadenas chinas

2014					2010				2005			
VAR.	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt	N	Media	DS	Wt
ROAa	3	0,06	0,01		3,00	8,89	10,18		3,00	-0,01	0,12	
ROAd	3	0,03	0,03	Sig. 0,013	3,00	4,15	3,87	Sig. 0,002	3,00	0,01	0,05	Sig. 0,061
dif		-0,03	0,02		0,00	-4,74	-6,31		0,00	0,02	0,07	
EN a	3	0,78	0,19		3,00	0,83	0,06		3,00	1,55	1,95	
EN d	3	4,07	3,19	Sig. 0,001	3,00	0,07	0,03	Sig. 0,044	3,00	4,90	5,47	Sig. 0,055
dif		3,29	3,01		0,00	-0,76	-0,03		0,00	3,35	3,52	

Fuente: elaboración propia.

Figura 14. Prueba de Kruskal-Wallis

2014	Dif ROA	Dif End
Sig. Asintótica .....	0,008	0,003
2010	Dif ROA	Dif End
Sig. Asintótica .....	0,003	0,002
2005	Dif ROA	Dif End
Sig. Asintótica .....	0,04	0,016

## 9. CONCLUSIONES

Los antecedentes del arrendamiento son tan antiguos como la historia misma, habiendo pasado por diferentes culturas y civilizaciones hasta llegar a la situación actual, llegando a ser una importante fuente de financiación para las empresas.

Ya desde la primera mitad del siglo XX, la contabilización de los arrendamientos ha sido objeto de preocupación de legisladores, investigadores, preparadores y usuarios de la información financiera. Por qué se realizaban dichas operaciones y cómo se debían revelar en los estados financieros eran ya cuestiones de interés para los investigadores contables.

Transcurrieron 25 años desde la emisión del primer pronunciamiento sobre la contabilidad de los arrendamientos, hasta que en 1976 el FASB y en 1982 el IASB emitieran, no exentas de polémica, las actuales normas para la contabilidad de los arrendamientos. En ambas se establece la clasificación de los arrendamientos como financieros y operativos, exigiéndose el reconocimiento en el balance de los primeros y la revelación en la memoria de los compromisos de pago derivados de los segundos.

Ha sido fuertemente criticado el margen que permite el actual modelo de financiar el inmovilizado de las sociedades mediante contratos de deuda que escapan del reconocimiento contable *off balance sheet*.

Debido a la importancia de las críticas recibidas por el actual modelo contable de los arrendamientos, en los años 2010 y 2013 el FASB y el IASB emiten de forma conjunta sendos borradores para la reforma de la contabilidad de los arrendamientos cuya piedra angular es la capitalización de los compromisos de pago derivados de los arrendamientos operativos. Finalmente, las nuevas normas contables, NIIF 16 y el ASC 842, han sido emitidas por el IASB y por el FASB el 19 de enero y el 25 de febrero, respectivamente. Dichas normas afectarán principalmente a la contabilidad del arrendatario sin que se vayan a producir cambios significativos en la contabilidad del arrendador.

Finalmente, y debido a las elevadas presiones recibidas por el FASB por parte de los políticos, al ser un organismo emisor de un solo país, parece ser que finalmente no se va a producir la ansiada convergencia en la contabilidad de los arrendamientos ya que, aunque en ambos casos no hay dudas de la incorporación en balance de los activos y pasivos derivados por arrendamientos, sí se van a producir diferencias en la presentación de resultados, al permitir el FASB una presentación más próxima a los criterios que actualmente se están aplicando en la NIC 17 para los arrendamientos operativos.

Los indicadores habituales utilizados por los inversores, entidades financieras y por las propias empresas, como el ebit, ebitda, los ratios de apalancamiento, ROA, rotación de activos, etc., se verán afectados de forma significativa, circunstancia que habrá que tener en cuenta a la hora de realizar comparaciones con la información disponible de años anteriores.

A lo largo del periodo de transición hasta la entrada en vigor de las mismas, las empresas deberán tomar una serie de medidas relacionadas con la recopilación de información, mejora de los sistemas de control interno, revisión de todos los contratos, etc. Incluso se renegociarán los contratos de arrendamiento para intentar disminuir el plazo de los mismos así como incrementar los pagos variables que no formen parte del pasivo reconocido para intentar mitigar en la medida de lo posible el futuro impacto de la norma. Además, las empresas se verán obligadas a renegociar las condiciones establecidas en sus convenios de deudas antes de la entrada en vigor de la norma. No se trata de un simple cambio contable, sino que estamos ante una norma con importantes efectos económicos.

Tanto el FASB como el IASB, aunque con discrepancias, están convencidos de que la implantación de la futura norma contable, superará ampliamente los costes necesarios para dicho proceso.

La contabilización de los arrendamientos ha sido siempre una cuestión controvertida y no exenta de polémica. A lo largo de casi setenta años se han intentado emitir recomendaciones, pronunciamientos y normas por parte de los legisladores contables con el objetivo de conseguir una mayor transparencia sobre los compromisos surgidos por los arrendamientos, encontrándonos actualmente con unos nuevos estándares contables emitidos por el IASB y el FASB respectivamente, los cuales van a suponer una revolución en la forma de contabilizar los arrendamientos, y que, al igual que los actuales estándares contables, no están exentos de polémica. Setenta años después todavía no se ha conseguido una normativa contable de arrendamientos que satisfagan a legisladores, usuarios y preparadores de la información financiera.

Nunca una norma contable había generado tanta controversia, de ahí que exista una amplia literatura científica relacionada con las implicaciones derivadas de la capitalización de los compromisos derivados de los arrendamientos, tanto tras la emisión de los actuales estándares contables al pasar de no reconocer ningún arrendamiento en el balance a capitalizar los denominados arrendamientos financieros, como posteriormente y a raíz de la propuesta actual de cambio de la contabilidad de los arrendamientos.

Tras la revisión de la literatura sobre el impacto que tendría la capitalización de los arrendamientos operativos en los estados financieros de las compañías, existe evidencia suficiente del impacto tan significativo que se produciría tanto a nivel del activo como del pasivo, siendo el ROA y los ratios de endeudamiento los que sufrirían un mayor impacto mostrando un mayor nivel de apalancamiento. Dichas variaciones en los ratios darían lugar a variaciones importantes en los *rankings* de las compañías que se elaboran con base en los ratios financieros.

Será la investigación *ex-post* la que permita determinar si realmente se van a producir diferencias importantes entre la información revelada por las empresas y la reconocida cuando entre en vigor la futura norma.

La percepción de los usuarios y los preparadores de la información ante la reforma de la contabilidad de los arrendamientos difiere en términos de coste-beneficio. Mientras que la mayor parte de los usuarios apoyan la propuesta basándose en el beneficio que tendría sobre la fiabilidad de la información financiera, los preparadores parecen no verla con buenos ojos.

Uno de los sectores más afectados por la futura norma sería el hotelero debido al importante volumen de compromisos por arrendamientos operativos revelados en los correspondientes estados financieros, ya que este sector recurre de forma habitual a este tipo de contratos como forma de gestión de sus modelos de negocio, así como también debido a la respuesta adversa mostrada a través de las cartas de comentarios enviadas tanto al IASB como al FASB. La capitalización de los arrendamientos operativos tendrá un impacto significativo en el ROA y en el endeudamiento, tanto a nivel global como en función de la titularidad de las cadenas hoteleras, existiendo a su vez diferencias significativas en dicho impacto en función de la titularidad de las mismas.

Hasta que la norma definitiva no entre en vigor, no podremos a ciencia cierta saber cuál será la reacción de las cadenas hoteleras ante la misma, aunque se puede esperar que empiecen, o incluso ya han empezado, a tomar medidas para mitigar el efecto de dicha norma. Medidas como, por ejemplo, renegociar los contratos de arrendamientos para reducir la duración de los mismos, o bien, aumentar las cuotas contingentes o parte variables de los pagos para reducir el volumen de los compromisos derivados de los arrendamientos, ante lo cual se nos abre un interesante campo de investigación.

---

## Bibliografía

BARRAL, A. [2006]: «Impacto de la propuesta de reforma internacional sobre arrendamientos», *Revista de AECA*, 76, págs. 31-38.

– [2014]: *El posicionamiento de los preparadores en la reforma de la Norma Internacional de Contabilidad sobre Arrendamientos*, Tesis Doctoral. Universidad de Córdoba.

BARRAL, A.; CORDOBÉS, M. y RAMÍREZ, J. [2014]: «Los arrendamientos operativos: impacto de su reconocimiento en los estados financieros y en la política de financiación de las compañías españolas y del Reino Unido», *Revista de Contabilidad*, 1 17 (2), págs. 212-223.

BEATTIE, V.; EDWARDS, K. y GOODACRE, A. [1998]: «The impact of constructive operating lease capitalisation on key accounting ratios», *Accounting and Business Research*, 28(4), págs. 233-254.

CASADO, R. [2010]: «Una vara de medir que mide a empresas e inversores», *Expansión*, 14 de noviembre.

– [2016]: «Una nueva norma contable subirá la deuda del Ixer en 40.000 millones», *Expansión*, 13 de enero.

DELOITTE [2013]: *El IASB presenta nuevamente propuestas sobre contabilidad de arrendamientos*, junio.

– [2014]: *NIIF 15. Ingresos procedentes de contratos con clientes. El IASB emite la nueva norma de reconocimiento de ingresos ordinarios*, julio.

DUKE, J.; HSIEH, S. y SU, Y. [2009]: «Operating and synthetic leases: Exploiting financial benefits in the post-Enron era», *Advances in Accounting*, 25(1), págs. 28-39.

EY [2016]: *IFRS Practical Matters. Leases make their way onto the balance sheet*.

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (FASB) [1976]: *Statement of Financial Accounting Standards No. 13 Accounting for Leases*, Ed. FASB, Norwalk.

- [2010]: *Proposed Accounting Standards Update: Leases. Exposure Draft. (Topic 840)*, Ed. FASB, Norwalk.
- [2011]: *Accounting Standards Codification Topic 840 Leases*, Ed. FASB, Norwalk.
- [2013]: *Accounting Standards Codification Topic 842 Leases. A revision of the 2010 proposed FASB Accounting Standards Update, Leases (Topic 840)*, Ed. FASB, Norwalk.
- [2016]: *Accounting Standards Codification Topic 842 Leases*. Ed. FASB, Norwalk.

FINANCE & LEASING ASSOCIATION [2000]: *Think again, Sir David: Leases Accounting Reform is not as simple you think*, enero.

FITÓ, M. [2012]: «En el alquiler, la contabilidad sí importa», *El Economista*, 22 de octubre.

FITÓ, M.; MOYA, S. y ORGAZ, N. [2013]: «Considering the effects of operating lease capitalization on key financial ratios», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 42(159), págs. 341-369.

FÜLBIER, R.; LIRIO, J. y PFERDEHRT, M. [2008]: «Impact of Lease Capitalization on Financial Ratios of Listed German Companies», *Schmalenbach Business Review*, 60, págs. 122-124.

GOODACRE, A. [2003]: «Operating lease finance in the UK retail sector», *The International Review of Retail, Distribution and Consumer Research*, 13(1), págs. 99-125.

HOTELS [2015]: *Ranking of the world's biggest hotel companies*, julio/agosto.

IMHOFF, E.; LIPE, R. y WRIGHT, D. [1991]: «Operating Leases: Impact of Constructive Capitalization», *Accounting Horizons*, 5(1), págs. 51-63.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS COMMITTEE (IASC) [1982]: *International Accounting Standard 17, Accounting for Leases*, Ed. IASC, Londres.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARD BOARD (IASB) [2007]: *Information for Observers. Board Meeting 22 March 2007. Project: Leases. History of lease accounting (Agenda Paper 12C)*, Ed. IASB, Londres.

- [2009]: *Discussion Paper DP/2009/1, Leases, Preliminary Views*. March. Ed. IASB, Londres.
- [2010]: *Exposure Draft ED/2010/9, Leases*. August. Ed. IASB, Londres.
- [2013]: *Exposure Draft ED/2013/6, Leases*. May. Ed. IASB, Londres. Leases-Standard-May-2013.
- [2016]: *IFRS 16. Leases*.
- [2016b]: *IASB shines light on leases by bringing them onto the balance sheet*.
- [2016c]: *Effects Analysis*.

JAMAL, K. [2011]: «A perspective on the joint IASB/FASB exposure draft on accounting for leases», *Accounting Horizons*, 25(4), págs. 861-871.

LIVIJN, C. [1969]: *5000 años de leasing*, Informe anual de Saljfinans AB. Suecia.

MCGREGOR, W. [1996]: *Accounting for Leases: A New Approach. Recognition by Lessess of Assets and Liabilities Arising under Lease Contracts*, Ed. FASB, Norwalk.

MOLINA, H.; DE VICENTE, M. y RAMÍREZ, J. [2011]: «Los arrendamientos desde el punto de vista de los arrendadores», *XVI Congreso Aeca*, Granada.

- MOLINA, H. y MORA, A. [2015]: «Cambios conceptuales en la contabilidad de los arrendamientos: retos normativos y académicos», *Spanish Accounting Review* 18(1), págs. 99-113.
- MORALES, J. [2016]: «La Nueva Revolución contable de los arrendamientos-efectos contables y económicos», *Revista Contable*, 43, págs. 8-24.
- NAILOR, H. y LENNARD, A. [2000]: *Leases: Implementation of a New Approach*, Ed. FASB, Norwalk.
- PARDO, F.; GINER, B. y CANCHO, R. [2015]: *Operating Leases: An Analysis of the Economic Reasons and the Impact of Capitalization on Ibox 25 Companies*.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC) [2010]: *The Future of Leasing: Research on Impact of Companies' Financial Ratios. Research on Impact of Companies' Financial Ratios*, New York.
- SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC) [2005]: *Report and Recommendations Pursuant to Section 401(c) of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*.
- UNITED STATES CHAMBER OF COMMERCE [2012]: *The Economic Impact of the current IASB and FASB Exposure Draft on Leases*.
- VIDAL, C. [1976]: *El Leasing, una innovación en la técnica de la financiación*, Instituto de Estudios Fiscales, Instituto de Planificación Contable, Madrid.
- WATT, R. y ZIMMERMAN, J. [1978]: «Towards a positive theory of the determination of accounting standards», *The Accounting Review*, 53, págs. 112-134.
- WONG, K. y MAHESH, J. [2015]: «The Impact of Lease Capitalisation on Financial Statements and Key Ratios: Evidence from Australia», *Australian Accounting, Business and Finance Journal*, vol. 9 (3), págs. 27-44.

## ANEXO 1

### Relación de cuentas e informes anuales de las cadenas hoteleras utilizados para nuestro estudio y páginas web consultadas

Hilton Worldwide Holdings Inc.	
2005	Form 10-K
2005	Annual reports & accounts
2006	Form 10-K
2006	Annual reports & accounts
2007	Annual reports & accounts
2008	Annual reports & accounts
2009	Annual reports & accounts
2010	Annual reports & accounts
2011	Annual reports & accounts
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://ir.hiltonworldwide.com/financial-reporting/annual-reports">http://ir.hiltonworldwide.com/financial-reporting/annual-reports</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

Marriott International, INC.	
2005	Form 10-K
2005	Annual reports & accounts
2006	Form 10-K
.../...	

<b>Marriott International, INC.</b>	
.../...	
2006	Annual reports & accounts
2007	Form 10-K
2007	Annual reports & accounts
2008	Form 10-K
2008	Annual reports & accounts
2009	Form 10-K
2009	Annual reports & accounts
2010	Form 10-K
2010	Annual reports & accounts
2011	Form 10-K
2011	Annual reports & accounts
2012	Form 10-K
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual Reports & Accounts
<a href="http://investor.shareholder.com/mar/reports.cfm">http://investor.shareholder.com/mar/reports.cfm</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

<b>Choice Hotels International, INC.</b>	
2005	Form 10-K
2005	Annual reports & accounts
.../...	

Choice Hotels International, INC.	
.../...	
2006	Form 10-K
2006	Annual reports & accounts
2007	Form 10-K
2007	Annual reports & accounts
2008	Form 10-K
2008	Annual reports & accounts
2009	Form 10-K
2009	Annual reports & accounts
2010	Form 10-K
2010	Annual reports & accounts
2011	Form 10-K
2011	Annual reports & accounts
2012	Form 10-K
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://investor.choicehotels.com/phoenix.zhtml?c=99348&amp;p=irol-reportsannual">http://investor.choicehotels.com/phoenix.zhtml?c=99348&amp;p=irol-reportsannual</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

Starwood Hotels & Resorts Worldwide, INC.	
2005	Form 10-K
.../...	

Starwood Hotels & Resorts Worldwide, INC.	
.../...	
2005	Annual reports & accounts
2006	Form 10-K
2006	Annual reports & accounts
2007	Form 10-K
2007	Annual reports & accounts
2008	Form 10-K
2008	Annual reports & accounts
2009	Form 10-K
2009	Annual reports & accounts
2010	Form 10-K
2010	Annual reports & accounts
2011	Form 10-K
2011	Annual reports & accounts
2012	Form 10-K
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://www.starwoodhotels.com/corporate/about/investor/">http://www.starwoodhotels.com/corporate/about/investor/</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

<b>Hyatt Hotel Corporation</b>	
2005	Annual reports & accounts
2006	Annual reports & accounts
2007	Annual reports & accounts
2008	Annual reports & accounts
2009	Form 10-K
2010	Form 10-K
2010	Annual reports & accounts
2011	Form 10-K
2011	Annual reports & accounts
2012	Form 10-K
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://investors.hyatt.com/investor-relations/financial-reporting/annual-reports/default.aspx">http://investors.hyatt.com/investor-relations/financial-reporting/annual-reports/default.aspx</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

<b>Extended Stay America, INC.</b>	
2005	Annual reports & accounts
2006	Annual reports & accounts
2007	Annual reports & accounts
2008	Annual reports & accounts
2009	Annual reports & accounts
.../...	

<b>Extended Stay America, INC.</b>	
.../...	
2010	Annual reports & accounts
2011	Annual reports & accounts
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://www.aboutstay.com/GenPage.aspx?IID=4409177&amp;GKP=1073750121">http://www.aboutstay.com/GenPage.aspx?IID=4409177&amp;GKP=1073750121</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

<b>MGM Resorts International</b>	
2005	Form 10-K
2005	Annual reports & accounts
2006	Form 10-K
2006	Annual reports & accounts
2007	Form 10-K
2007	Annual reports & accounts
2008	Form 10-K
2008	Annual reports & accounts
2009	Form 10-K
2009	Annual reports & accounts
2010	Form 10-K
2010	Annual reports & accounts
.../...	

<b>MGM Resorts International</b>	
.../...	
2011	Form 10-K
2011	Annual reports & accounts
2012	Form 10-K
2012	Annual reports & accounts
2013	Form 10-K
2013	Annual reports & accounts
2014	Form 10-K
2014	Annual reports & accounts
<a href="http://mgmresorts.investorroom.com/annual-reports">http://mgmresorts.investorroom.com/annual-reports</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

<b>Caesars Entertainment Corporation</b>	
2005	Form 10-K
2006	Form 10-K
2007	Form 10-K
2008	Form 10-K
2009	Form 10-K
2010	Form 10-K
2011	Form 10-K
2012	Form 10-K
2013	Form 10-K
2014	Form 10-K
<a href="http://investor.caesars.com/financials.cfm">http://investor.caesars.com/financials.cfm</a>	
<a href="http://www.sec.gov/search/search.htm">http://www.sec.gov/search/search.htm</a>	

Intercontinental Hotel Group (IHG)	
2005	Annual report and financial statements
2005	Annual review and summary financial statement
2006	Annual report and financial statements
2006	Annual review and summary financial statement
2007	Annual report and financial statements
2007	Annual review and summary financial statement
2008	Annual report and financial statements
2008	Annual review and summary financial statement
2009	Annual report and financial statements
2009	Annual review and summary financial statement
2010	Annual report and financial statements
2010	Annual review and summary financial statement
2011	Annual report and financial statements
2011	Annual review and summary financial statement
2012	Annual report and financial statements
2012	Annual review and summary financial statement
2013	Corporate review
2013	Annual form 20-F
2014	Corporate review
2014	Annual form 20-F
<a href="http://www.ihgplc.com/index.asp?pageid=56&amp;data=Reports#ref_reports">http://www.ihgplc.com/index.asp?pageid=56&amp;data=Reports#ref_reports</a>	

Accor	
2005	Registration document
2006	Registration document
2007	Registration document
2008	Registration document
2009	Consolidated financial statements and notes
2010	Consolidated financial statements and notes
2011	Consolidated financial statements and notes
2012	Consolidated financial statements and notes
2013	Consolidated financial statements and notes
2013	Consolidated financial statements and notes
<a href="http://www.accorhotels-group.com/en/finance/financial-library/regulated-information/annual-financial-report.html">http://www.accorhotels-group.com/en/finance/financial-library/regulated-information/annual-financial-report.html</a>	

Meliá Hotels International	
2005	Memoria anual
2005	Informe financiero
2006	Memoria anual
2006	Informe financiero
2007	Memoria anual
2007	Informe financiero
2008	Memoria anual
2008	Informe financiero
2009	Memoria anual
2009	Informe financiero
.../...	

<b>Meliá Hotels International</b>	
.../...	
2010	Memoria anual
2010	Informe financiero
2011	Memoria anual
2011	Informe financiero
2012	Memoria anual
2012	Informe financiero
2013	Informe financiero
2013	Informe anual y RSC
2014	Informe financiero
2014	Informe anual y RSC
<a href="http://www.meliahotelsinternational.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-financiera/informes-anales">http://www.meliahotelsinternational.com/es/accionistas-e-inversores/informacion-financiera/informes-anales</a>	

<b>Whitbread</b>	
2005-2006	Annual report and accounts
2006-2007	Annual report and accounts
2007-2008	Annual report and accounts
2008-2009	Annual report and accounts
2009-2010	Annual report and accounts
2010-2011	Annual report and accounts
2011-2012	Annual report and accounts
2012-2013	Annual report and accounts
2013-2014	Annual report and accounts
.../...	

Whitbread	
.../...	
2014-2015	Annual report and accounts
<a href="https://www.whitbread.co.uk/investors/reports-and-presentations/annual-reports-accounts.html">https://www.whitbread.co.uk/investors/reports-and-presentations/annual-reports-accounts.html</a>	

Barceló Corporación Empresarial, Sa	
2005	Memoria anual
2006	Memoria anual
2007	Memoria anual
2008	Memoria anual
2009	Memoria anual
2010	Memoria anual
2011	Memoria anual
2012	Memoria anual
2013	Memoria anual
2014	Memoria anual
<a href="https://www.barcelo.com/BarceloGroup/es_ES/Images/memoria-grupo-barcelo-2013-es30-139836.pdf">https://www.barcelo.com/BarceloGroup/es_ES/Images/memoria-grupo-barcelo-2013-es30-139836.pdf</a>	

Shanghai Jin Jiang International Hotels (Group) Company Limited	
2005	Annual report
2006	Annual report
2007	Annual report
2008	Annual report
2009	Annual report
	.../...

<b>Shanghai Jin Jiang International Hotels (Group) Company Limited</b>	
.../...	
2010	Annual report
2011	Annual report
2012	Annual report
2013	Annual report
2014	Annual report
<a href="http://www.jinjianghotels.com.cn/en/InvestorRelations.aspx?cid=14">http://www.jinjianghotels.com.cn/en/InvestorRelations.aspx?cid=14</a>	

<b>Homeinns Hotel Group</b>	
2005	Annual report (Form 20-F)
2006	Annual report (Form 20-F)
2007	Annual report (Form 20-F)
2008	Annual report (Form 20-F)
2009	Annual report (Form 20-F)
2010	Annual report (Form 20-F)
2011	Annual report (Form 20-F)
2012	Annual report (Form 20-F)
2013	Annual report (Form 20-F)
2014	Annual report (Form 20-F)
<a href="http://english.homeinns.com/phoenix.zhtml?c=203641&amp;p=irol-IRHome">http://english.homeinns.com/phoenix.zhtml?c=203641&amp;p=irol-IRHome</a>	

<b>China Lodging Group, Limited</b>	
2005	Annual report (Form 20-F)
2006	Annual report (Form 20-F)
.../...	

China Lodging Group, Limited	
.../...	
2007	Annual report (Form 20-F)
2008	Annual report (Form 20-F)
2009	Annual report (Form 20-F)
2010	Annual report (Form 20-F)
2011	Annual report (Form 20-F)
2012	Annual report (Form 20-F)
2013	Annual report (Form 20-F)
2014	Annual report (Form 20-F)
<a href="http://ir.huazhu.com/annuals.cfm">http://ir.huazhu.com/annuals.cfm</a>	

## SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE AUDITORÍA Y CONTABILIDAD

Miguel Ángel Gálvez Linares

Ángel Montes Carrillo

José Tovar Jiménez

*Profesores del CEF y la UDIMA*

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso, por el sistema general de acceso libre y acceso por el sistema de promoción interna, en el Cuerpo Técnico de Auditoría y Contabilidad, convocado por Orden HAP/1795/2015, de 1 de septiembre (BOE de 7 de septiembre)].

---

### Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Constitución de sociedades, desembolso de dividendos, operaciones con acciones propias y reparto de resultados con acciones sin voto.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Coste de producción de inmovilizado, capitalización de gastos y pruebas de funcionamiento. Compra de venta de mercaderías y operaciones de descuento de efectos. Deterioro de créditos comerciales. Tratamiento de envases con facultad de devolución. Anticipos. Provisiones para riesgos y gastos. Provisión para otras operaciones comerciales y operaciones vinculadas.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Deterioro de inmovilizado material. Activos financieros para negociar. Coste de producción de existencias. Plan de pensiones de prestación definida. Provisión para otras operaciones comerciales. Prestación de servicios.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Ajustes y contabilidad del impuesto sobre beneficios.
- Caso 5. Operaciones financieras.** Valor del patrimonio de una persona física. Anualidad que amortiza un préstamo. Rentabilidad de los bonos.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 1

### Contabilidad de sociedades

#### APARTADO 1.1

El 1 de enero de este año se procede a la constitución simultánea de una sociedad, emitiendo 30.000 acciones de 10 cada una, con una prima de emisión del 50%, que son suscritas en su totalidad.

La sociedad percibe el desembolso mínimo exigido por la legislación vigente y procede a la correspondiente inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Los gastos de constitución ascienden a 7.500.

El 30 de junio del mismo año nuestra sociedad anuncia el cobro, en el plazo de un mes, del 25% de los desembolsos pendientes. El 31 de julio se produce la totalidad del cobro anunciado.

*Se pide:*

Contabilizar estos hechos.

#### APARTADO 1.2

Nuestra sociedad adquiere 6.000 acciones propias de 10 euros nominales al precio de 12 cada una, con unos gastos para toda la operación de 1.200.

Posteriormente realiza las siguientes operaciones:

1. Vende 3.000 acciones a 14 cada una, con unos gastos de 1.500.
2. La junta de accionistas acuerda reducir capital por las restantes acciones.
3. Se procede a la reducción de capital con unos gastos de 600.

*Se pide:*

Formule los asientos correspondientes a estas operaciones con acciones propias.

## APARTADO 1.3

Antes del cierre del ejercicio, nuestra sociedad presenta un saldo en la cuenta de pérdidas y ganancias de 88.000. En dicha cuenta se han contabilizado todas las partidas del ejercicio, excepto las resultantes del reparto del resultado, cuya propuesta será presentada en breve a la junta de accionistas del siguiente modo:

- Dividendo: 2% sobre el capital, que asciende a 2.200.000.
- Reserva legal: según la Ley de sociedades de capital. Su saldo actual dista mucho todavía del 20% del capital.
- El resto, a reservas voluntarias.

El capital de nuestra sociedad está formado por dos series de acciones:

- Serie A: 200.000 acciones ordinarias.
- Serie B: 20.000 acciones sin voto.

El nominal de cada una de las acciones de ambas series es de 10. Las acciones sin voto tienen garantizado un 1% mínimo de dividendo sobre el capital.

*Se pide:*

Indicar los importes que se destinarán a cada uno de los componentes del reparto del resultado y formular los asientos derivados del acuerdo de reparto.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 1.1

*1 de enero*

Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (30.000 × 10 × 150%) .....	450.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....		450.000

Por la suscripción y desembolso:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (30.000 × 10 × 75 %)	225.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción	225.000	
190	Acciones o participaciones emitidas .....		450.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción .....	450.000	
100	Capital social .....		300.000
110	Prima de emisión o asunción .....		150.000

Por la reclasificación de los dividendos pasivos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social .....	225.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción		225.000

Por los gastos de constitución, que se registrarán como menores reservas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias .....	7.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		7.500

30 de junio

Por la solicitud del dividendo pasivo (el enunciado indica un 25 % de los desembolsos pendientes):

Código	Cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos (225.000 × 25 %) .....	56.250	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social .....		56.250

31 de julio

Cobro del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	56.250	
5580	Socios por desembolsos exigidos .....		56.250

## APARTADO 1.2

Por la adquisición de las acciones propias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales ..... (6.000 × 12)	72.000	
113	Reservas voluntarias .....	1.200	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		73.200

De acuerdo con el apartado de la norma de valoración 9.<sup>a</sup> del Plan General de Contabilidad (PGC) los gastos derivados de las transacciones con instrumentos de patrimonio propio se registrarán directamente contra el patrimonio neto como menores reservas.

### 1. Venta de 3.000 acciones

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	40.500	
	(3.000 × 14 - 1.500)		
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales ..... (3.000 × 12)		36.000
113	Reservas voluntarias .....		4.500

Según el mismo apartado mencionado anteriormente, no se registrará ningún resultado en la cuenta de pérdidas y ganancias como consecuencia de las operaciones realizadas con los instrumentos de patrimonio propio, por lo que la diferencia entre el precio por el que se adquirieron las acciones y su precio de venta se registrará como un aumento o, en su caso, una disminución de reservas.

## 2. Acuerdo de reducir el capital

Código	Cuenta	Debe	Haber
109	Acciones o participaciones propias para reducción de capital .... (3.000 × 12)	36.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales .....		36.000

## 3. Reducción de capital

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (3.000 × 10) .....	30.000	
113	Reservas voluntarias .....	6.000	
109	Acciones o participaciones propias para reducción de capital ....		36.000

Por los gastos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias .....	600	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		600

### APARTADO 1.3

Al cierre del ejercicio aún está pendiente de registro el dividendo mínimo garantizado de las acciones sin voto que asciende a:  $1\% \times 200.000 = 2.000$ . Este dividendo deberá registrarse como un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias por tratarse de la retribución de un pasivo financiero.

Código	Cuenta	Debe	Haber
664	Gasto por dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros .....	2.000	
507	Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros .....		2.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	2.000	
664	Gasto por dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros .....		2.000

El resultado a distribuir será de 86.000 u.m. (88.000 – 2.000).

Por la distribución del resultado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	86.000	
112	Reserva legal (1) .....		8.600
526	Dividendo activo a pagar (2) (2.200.000 × 2 %) .....		44.000
113	Reservas voluntarias .....		33.400

(1) Reserva legal. Según el artículo 274 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital, deberá destinarse a la reserva legal, al menos, un 10 % del resultado del ejercicio hasta que alcance el 20 % del capital social.

(2) En este momento se reconoce, con cargo al resultado del ejercicio, el dividendo ordinario de las acciones.

Por el pago del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
507	Dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros .....	2.000	
526	Dividendo activo a pagar .....	44.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		46.000

## CASO PRÁCTICO NÚM. 2

### Contabilidad financiera

#### APARTADO 2.1

Nuestra sociedad, dedicada a la fabricación y comercialización de harinas, acomete la construcción de un molino hidráulico a orillas de un río, cuya fuerza será utilizada en la molienda.

Los estudios previos en varias cuentas hidráulicas, al objeto de elegir la ubicación adecuada, se extendieron durante cinco meses y tuvieron un coste de 2.000.000.

Una vez elegido el emplazamiento, los estudios de viabilidad y levantamiento de planos ascendieron a 800.000.

El terreno se adquirió mediante una entrega en efectivo de 4.000.000 y tres pagos anuales de 3.000.000 cada uno.

Se pagaron 100.000 a gestores e intermediarios que intervinieron en la venta del terreno.

Se pagaron 300.000 como compensación a unos aparceros que cultivaban hasta el momento una parte del terreno adquirido.

La demolición de la construcción existente en el terreno importó 1.200.000.

La construcción del molino, desde las primeras operaciones de acondicionamiento del terreno elegido hasta su entrada en funcionamiento, tuvo una duración de 10 meses.

Durante este tiempo se arrendaron unos terrenos colindantes, destinados a almacenar materiales y maquinaria de construcción, pagándose en total 600.000.

También durante el mismo tiempo se realizaron actividades de promoción del nuevo molino y de su nulo impacto en el medio ambiente entre la población del área geográfica próxima a su emplazamiento que importaron 350.000.

Por el proyecto de obra y tasas municipales previas se pagaron 800.000.

Se pagaron primas de seguros por los siguientes conceptos:

- Cobertura de riesgos en la obra por 460.000.
- Cobertura de riesgos en las pruebas de funcionamiento del molino por 220.000.
- Primer año de funcionamiento del molino por 400.000.

Por la obra se acordaron con el contratista cuatro pagos: el primero de 10.000.000, al comienzo de la obra, y los otros tres (a uno, dos y tres años) de 6.000.000 cada uno.

Se pagaron tasas e impuestos relacionados con la construcción por 1.000.000, de los cuales la cuarta parte corresponde a IVA recuperable.

Durante la construcción del molino fue necesario acometer la obra de un dique de contención que mitigara los efectos de la crecida anual del río. Su importe fue de 1.500.000.

Las pruebas de funcionamiento del molino ascendieron a 400.000, durante las cuales se consumió trigo que no fue posible convertir en harina por 150.000 adicionales.

Además, se computaron pérdidas por 600.000 en los dos primeros meses de actividad del molino.

Simultáneamente a estas pruebas de funcionamiento, se acometió a capacitación de los operarios destinados al molino al objeto de adiestrarles en la técnica específica utilizada por el mismo. A tal objeto se contrató personal especializado, al cual se pagaron 250.000.

Tras la entrada en funcionamiento, se constatan niveles de ruido superiores a los permitidos legalmente, cuya corrección importa 1.000.000.

La empresa utiliza su coste promedio de capital como tasa de interés, cuando proceda, tanto para actualizar sus activos y pasivos como para, en su caso, imputar costes financieros al inmovilizado. En el ejercicio en curso es el 6%.

*Se pide:*

Importes por los que figurarán en los libros de la harinera el terreno y el molino en el momento de entrada en funcionamiento de este último.

## APARTADO 2.2

Nuestra empresa, dedicada a la comercialización sin transformación de bienes utilizados en la realización de actividades agrícolas, realiza las siguientes operaciones:

1. Vende productos por 180.000 más un 10% de IVA. Por el importe resultante el cliente acepta, en el mismo momento de la venta, una letra de cambio a 90 días.
2. Diez días después de la venta descontamos el efecto. El tipo de interés que nos aplica el banco es del 8%, al que hay que añadir una comisión de 400.
3. Al vencimiento, la letra resulta impagada, con lo que el banco adeuda a nuestra empresa el importe correspondiente, más 600 en concepto de comisión por devolución.
4. Nuestra empresa renegocia el crédito con el cliente y ante las dificultades por las que atraviesa el mismo decide condonarle la cuarta parte del nominal de la letra y no repercutirle los gastos, acordando un nuevo vencimiento a los tres meses a contar desde el impago, que estima podrá llegar a buen término.
5. Un mes más tarde, a la vista de la negativa evolución de la situación del cliente, reconoce el deterioro de valor por la mitad de la deuda pendiente, a la espera de dilucidar si realmente se podrá recuperar de sus dificultades financieras.

6. Al llegar el vencimiento, considera definitivamente incobrable la totalidad del saldo que le adeuda el cliente.
7. Por otro lado, un cliente, distinto del anterior, que adeudaba 100.000, para el que se había reconocido un deterioro por la totalidad de la deuda, nos abona dicho importe íntegramente.
8. Además, finalizado el ejercicio, nuestra empresa, parte de cuyas ventas incluyen envases cargados al cliente con posibilidad de devolución por el mismo, estima que los envases en poder de clientes por este concepto, que ascienden a 20.000, no serán devueltos por haber finalizado el plazo estipulado.

*Se pide:*

Contabilice las operaciones enumeradas en los puntos anteriores. Utilice el año comercial de 360 días. El tipo de interés para cualquiera de los conceptos por los que sea necesario es el 8 %.

## APARTADO 2.3

### 2.3.1.

Nuestra empresa, dedicada a la fabricación y venta de aparatos de aire acondicionado, ofrece importantes descuentos en las ventas realizadas en invierno de aparatos que serán instalados en verano. El 1 de enero vende una partida de productos de este tipo por 100.000, que cobra al contado en ese momento, y el 1 de junio procede a entregarlos e instalarlos.

*Se pide:*

Formule los asientos correspondientes a estas dos fechas: 1 de enero y 1 de junio.

### 2.3.2.

Una disposición legislativa promulgada al comienzo del ejercicio obligaba a nuestra empresa a colocar filtros para el humo en las chimeneas de sus fábricas antes del 30 de junio de dicho ejercicio.

Sin embargo, al cierre del ejercicio no se ha procedido a aplicar esta medida medioambiental. Nuestra empresa estima que el coste de la adquisición e instalación de estos filtros ascenderá a 600.000 y que es probable que seamos sancionados con una multa por 1.000.000, que previsiblemente deberá ser hecha efectiva en el corto plazo.

*Se pide:*

Formule los asientos a realizar al cierre del ejercicio por estos hechos.

2.3.3.

Llegado el cierre del ejercicio, nuestra empresa evalúa en un 1 % los gastos por reparaciones derivados de la garantía de los productos vendidos, siendo el plazo de la garantía de un año. Las ventas del periodo ascienden a 100.000, mientras que el saldo en balance por este concepto, antes de la dotación de este ejercicio, es de 800.

*Se pide:*

Contabilice este hecho, relativo a las operaciones de cierre del ejercicio.

2.3.4.

Nuestra empresa vende existencias a un accionista, cobrando al contado, por un importe de 25.000. El valor razonable de tales existencias es de 100.000.

*Se pide:*

Contabilizar esta venta.

## **SOLUCIÓN**

### **APARTADO 2.1**

La norma de registro y valoración 2.<sup>a</sup> del PGC, y en el mismo sentido la Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) del inmovilizado material de 1 de marzo de 2013, dispone que los bienes comprendidos en el inmovilizado material se valorarán por su coste, ya sea este el precio de adquisición o el coste de producción. El coste de producción se desarrolla en la Resolución del ICAC de 14 de abril de 2015.

El precio de adquisición incluye, además del importe facturado por el vendedor después de deducir cualquier descuento o rebaja en el precio, todos los gastos adicionales y directamen-

te relacionados que se produzcan hasta su puesta en condiciones de funcionamiento, incluida la ubicación en el lugar y cualquier otra condición necesaria para que pueda operar de la forma prevista; entre otros: gastos de explanación y derribo, transporte, derechos arancelarios, seguros, instalación, montaje y otros similares.

El coste de producción de los elementos del inmovilizado material fabricados o construidos por la propia empresa se obtendrá añadiendo al precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles los demás costes directamente imputables a dichos bienes. También se añadirá la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los bienes de que se trate en la medida en que tales costes correspondan al periodo de fabricación o construcción y sean necesarios para la puesta del activo en condiciones operativas.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la normativa contable anteriormente expuesta:

Conceptos que integrarán el coste del terreno:

• Estudios de viabilidad y levantamiento de planos .....	800.000,00
• Adquisición del terreno (4.000.000 + 3.000.000 $a_{3-0,06}$ ) .....	12.019.035,85
• Demolición de la construcción .....	1.200.000,00
• Comisiones a intermediarios .....	100.000,00
• Compensación a los aparceros .....	300.000,00
Valor del terreno .....	<u>14.419.035,85</u>

**Notas:**

- a) Estudios previos para elegir la ubicación: el coste de un elemento del inmovilizado material incluye los costes directamente relacionados con la ubicación del activo en su lugar y en las condiciones necesarias para que pueda funcionar de la forma prevista por la dirección de la empresa.

Los estudios previos para elegir la ubicación que estén relacionados con el emplazamiento específico que vaya a desarrollarse sí que serían capitalizables. Dado que el enunciado habla de estudios previos en varias cuentas sin detallar cuáles corresponden concretamente al lugar elegido por el emplazamiento, optamos por no incluir dentro del coste ningún importe.

- b) Los estudios de viabilidad y levantamiento de planos, así como la demolición de la construcción preexistente formará parte del precio de adquisición del terreno [véase la norma de registro y valoración 3.<sup>a</sup> a) del PGC].
- c) Las comisiones y la compensación a aparceros son gastos necesarios para la puesta en condiciones operativas del terreno.

Conceptos que integrarán el coste del molino:

• Arrendamiento de terrenos colindantes .....	600.000,00
• Proyecto de obra y tasas municipales previas .....	800.000,00
• Seguro de cobertura de riesgos en la obra .....	460.000,00
• Seguro de cobertura de riesgos en las pruebas .....	220.000,00
• Pagos al contratista $(10.000.000 + 6.000.000 \ddot{a}_{3-0,06} \times 1,06^{-2/12})^1$ ..	26.836.056,39
• Tasas e impuestos relacionados con la construcción .....	750.000,00
• Dique de contención .....	1.500.000,00
• Pruebas de acondicionamiento y consumo de trigo .....	550.000,00
Valor del molino .....	<u>31.716.056,39</u>

### Notas:

- El arrendamiento de terrenos colindantes, en tanto que es un coste relacionado directamente con la construcción del activo, ya que en el mismo se almacenan materiales y la maquinaria de construcción, formará parte del coste de producción.
- Las actividades de promoción, en tanto que no están relacionadas con la construcción, no forman parte del coste de producción.
- Las primas de seguro relacionadas con la construcción hasta que el activo esté en condiciones operativas se incluirán en el coste de producción.
- La construcción del dique, en tanto necesario para que el activo se pueda explotar con regularidad, forma parte del coste de producción.
- Los costes del periodo de prueba forman parte del coste de producción.
- No formarán parte del coste de producción las pérdidas de explotación iniciales hasta que se alcancen los niveles operativos planificados.
- Los costes de formación del personal para poder utilizar el activo cuando esté en condiciones operativas no forman parte del coste de producción.
- Los desembolsos que se tengan que acometer una vez el activo se puso en condiciones de funcionamiento se registrarán como gasto, salvo que puedan cumplir la definición de mejora, renovación o ampliación.

<sup>1</sup> El enunciado indica que el primer pago se realiza al comenzar la obra (que dura 10 meses) y los tres pagos restantes al año, dos y tres por lo que el primer pago se realizará a los dos meses de la recepción del molino.

Por último cabe reseñar que no se realizará la capitalización de los gastos financieros como mayor valor del inmovilizado dado que, como indica el enunciado, el periodo de tiempo transcurrido desde las primeras operaciones de acondicionamiento del terreno hasta la entrada en funcionamiento es de 10 meses, siendo este periodo inferior a 1 año.

## APARTADO 2.2

### 1. Venta de productos

Código	Cuenta	Debe	Haber
4310	Clientes, efectos comerciales a cobrar .....	198.000	
700	Ventas de mercaderías .....		180.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido .....		18.000

### 2. Descuento del efecto

Código	Cuenta	Debe	Haber
4311	Efectos comerciales descontados .....	198.000	
4310	Clientes, efectos comerciales a cobrar .....		198.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	194.080	
665	Intereses por descuento de efectos y operaciones de <i>factoring</i> .... (198.000 × 8% × 80/360 + 400)	3.920	
5208	Deudas por efectos descontados .....		198.000

### 3. Vencimiento de la letra

Código	Cuenta	Debe	Haber
5208	Deudas por efectos descontados .....	198.000	
626	Servicios bancarios y similares .....	600	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		198.600

Código	Cuenta	Debe	Haber
4315	Efectos comerciales impagados .....	198.000	
4311	Efectos comerciales descontados .....		198.000

#### 4. Condonación del crédito

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	148.500	
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables .....	49.500	
4315	Efectos comerciales impagados .....		198.000

#### 5. Reconocimiento de deterioro

Código	Cuenta	Debe	Haber
436	Clientes de dudoso cobro .....	74.250	
430	Clientes .....		74.250

Código	Cuenta	Debe	Haber
694	Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	74.250	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales .....		74.250

#### 6. Insolvencia definitiva

Código	Cuenta	Debe	Haber
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables .....	149.500	
430	Clientes .....		74.250
436	Clientes de dudoso cobro .....		74.250

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales .....	74.250	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		74.250

## 7. Cobro del cliente moroso

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	100.000	
436	Clientes de dudoso cobro .....		100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales .....	100.000	
794	Reversión del deterioro de créditos por operaciones comerciales		100.000

## 8. Venta de envases

Código	Cuenta	Debe	Haber
437	Envases y embalajes a devolver por clientes .....	20.000	
704	Ventas de envases y embalajes .....		20.000

### APARTADO 2.3

#### 2.3.1. ANTICIPOS DE VENTAS

1 de enero. Por el cobro:

En este momento no se ha producido la entrega al cliente de los productos, ni se han transmitido los riesgos y beneficios de la operación, por lo que se trata de un anticipo recibido.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	100.000	
438	Anticipos de clientes .....		100.000

1 de junio. Por la instalación:

Es en este momento (instalación de los aparatos) cuando se produce la transmisión de los riesgos y beneficios del producto y cuando se registra la venta de los mismos.

Código	Cuenta	Debe	Haber
438	Anticipos de clientes .....	100.000	
701	Ventas de productos terminados .....		100.000

### 2.3.2. INSTALACIÓN DE FILTROS DE HUMO EN CHIMENEAS

La sociedad registrará una provisión para responsabilidades por la probabilidad de ser sancionados con una multa por no haber instalado los filtros en las chimeneas. El importe de la provisión a registrar será de 1.000.000 (sin realizar actualización financiera), ya que se espera que sea hecha efectiva en el corto plazo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales .....	1.000.000	
142	Provisión para otras responsabilidades .....		1.000.000

En relación con los filtros de humo, su coste se registrará cuando se realice su instalación.

### 2.3.3. GARANTÍAS POSVENTA

El importe de la estimación de los gastos por reparaciones derivadas de productos vendidos se registra como una provisión para otras operaciones comerciales por el importe estimado al efecto por la sociedad en función de su experiencia que, en este caso, asciende al 1% de las ventas del periodo.

Por la aplicación de la provisión dotada en el ejercicio anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4999	Provisión para otras operaciones comerciales .....	800	
7959	Exceso de provisión para otras operaciones comerciales .....		800

Por el registro de la estimación de este año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6959	Dotación a la provisión para otras operaciones comerciales ..... (100.000 × 1%)	1.000	
4999	Provisión para otras operaciones comerciales .....		1.000

### 2.3.4. VENTAS A UN ACCIONISTA POR DEBAJO DEL PRECIO DE MERCADO

De acuerdo con la norma de valoración 14.<sup>a</sup> del PGC los ingresos por ventas se valorarán por el valor razonable de la contrapartida, recibida o por recibir, derivada de los mismos, que, salvo evidencia en contrario, será el precio acordado para dichos bienes o servicios.

En este caso, el valor razonable de los bienes vendidos difiere del valor razonable de la contrapartida recibida, por lo que la venta se registrará por el valor razonable de los bienes vendidos. Teniendo en cuenta la definición de gasto establecida en el marco conceptual, la diferencia entre ambos valores se imputará a reservas.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	25.000	
113	Reservas voluntarias .....	75.000	
700	Ventas de mercaderías .....		100.000

## CASO PRÁCTICO NÚM. 3

### Contabilidad financiera

#### APARTADO 3.1

Al objeto de fusionarnos con ella, adquirimos el último día del año n una sociedad cuya actividad se desarrolla en tres segmentos diferentes. Nuestra sociedad estima que cada uno de estos segmentos es una unidad generadora de efectivo más pequeña a la que se puede imputar el fondo de comercio. El precio de coste y el fondo de comercio se distribuyen en proporción al valor razonable adquirido de cada segmento. El precio de compra ha sido de 300.000. El valor razonable adquirido se distribuye del siguiente modo:

Segmento 1 .....	60.000
Segmento 2 .....	40.000
Segmento 3 .....	100.000
Total .....	200.000

Nuestra empresa somete cada año a test de deterioro en el fondo de comercio atribuido a cada segmento. Los dos primeros segmentos superan este test, mientras que al finalizar el año  $n+4$ , los flujos netos de caja esperados para los próximos cinco ejercicios en el tercer segmento son los siguientes:

$n+5$ .....	7.800
$n+6$ .....	8.300
$n+7$ .....	8.700
$n+8$ .....	9.000
$n+9$ .....	9.200

Para los siguientes ejercicios, nuestra sociedad estima que los flujos de caja disminuirán con una tasa constante del 3% sobre los valores de cada año.

La vida útil para este tercer segmento se estima en 15 años, en el supuesto de no realizar reemplazos o mejoras de inmovilizado, sin que se espere que exista valor residual. El gasto por amortización se calcula sobre el valor del segmento, considerado como una unidad generadora de efectivo.

Nuestra sociedad asume que el precio de venta del segmento no puede calcularse de manera fiable.

El tipo de interés aplicable a la operación tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

- El tipo sin riesgo para operaciones de plazo similar es el 4%.
- El riesgo específico para el sector en el que opera el segmento tiene una prima de 1,5 puntos.
- Al país correspondiente al sector le corresponde una prima de riesgo adicional de 2,5 puntos.

*Se pide:*

Realizar los asientos que reflejan el deterioro estimado al finalizar el año  $n+4$ .

### APARTADO 3.2

Formule los asientos correspondientes a las operaciones de instrumentos financieros de activo que se relacionan a continuación, relativos a hechos realizados por nuestra empresa (se solicitan únicamente los asientos relativos a la fecha que se indica en cada caso):

1. El 31 de diciembre nuestra empresa adquiere unas obligaciones de 200.000 nominales, a amortizar por la totalidad del empréstito dentro de ocho años, pagando por ellas en bolsa 198.000. Nueve meses después el emisor nos pagará un cupón anual del 3%.  
El 30 de septiembre se cobra el cupón.
2. Nuestra empresa adquiere en bolsa, el 15 de mayo, 2.000 acciones de 10 nominales cada una, al precio de 12. Los gastos de la operación son de 300. Recientemente, la junta de accionistas ha acordado el pago de un dividendo del 2% sobre el nominal que, a la fecha de la compra, no ha sido abonado todavía a los accionistas. Nuestra empresa califica estas acciones como mantenidos para negociar.
3. Una semana después vendemos la mitad de las acciones por 12,5 cada una, con unos gastos de 100. Todavía no se había cobrado el dividendo.  
Posteriormente, el 30 de junio, cobramos el dividendo de las 1.000 acciones que nuestra empresa tiene todavía en su poder.
4. Al cierre del ejercicio, la cotización bursátil es de 13 por acción.

### APARTADO 3.3

#### 3.3.1.

De una empresa conocemos los siguientes datos, correspondientes a tres meses consecutivos:

Materias primas	Mes n	Mes n+1	Mes n+2
Existencia inicial .....	96.950		
Compras .....	152.350	175.000	250.000
Existencia final .....	110.800	120.800	150.800
<b>Productos en curso</b>			
Existencia inicial .....	550.000		

.../...

Productos en curso			
.../...			
Valor añadido en el periodo .....	279.000	300.000	510.000
Existencia final .....	552.000	652.000	902.000

*Se pide:*

Valor de la producción acabada en cada uno de los meses.

### 3.3.2.

Nuestra sociedad mantiene un plan de pensiones de prestación definida, como complemento de las prestaciones esperadas de la Seguridad Social, acordado con una institución externa a la empresa especializada en actividades de este tipo.

Mediado el ejercicio, cuando la provisión por este concepto presenta en libros un valor de 16.000.000, que representa el valor actual de las retribuciones posempleo comprometidas, nuestra sociedad realiza una actualización del mismo al constatar que la esperanza de vida se ha incrementado, a tenor de las estadísticas oficiales al respecto. Ello supone un ajuste de 1.500.000.

*Se pide:*

Formular el asiento al que da lugar el ajuste relativo al aumento de la esperanza de vida, así como los asientos a realizar al finalizar el ejercicio. Nuestra sociedad utiliza el grupo 9 del PGC.

### 3.3.3.

Un concesionario de automóviles vende un vehículo a fin de ejercicio por 24.000. En el precio de venta está incluido el mantenimiento del vehículo (revisiones, cambio de aceite, etc.) y la garantía de reparaciones durante el año siguiente. Se estima que el coste de este servicio es de 2.000. La experiencia del concesionario, apoyada en el departamento de control de calidad de la fábrica, pone de manifiesto que las prestaciones por garantía ascienden normalmente al 1 % de las ventas.

*Se pide:*

Formular los asientos a realizar con motivo de la venta del vehículo.

### 3.3.4.

Nuestra sociedad, dedicada a la prestación de servicios informáticos, acuerda el 1 de agosto del año n un contrato que contempla la instalación de un nuevo sistema informático, que incluye servidores e intranet, además del *hardware*. El trabajo se inicia en el momento de la firma del contrato.

Al cierre del ejercicio n ha suministrado la totalidad de *hardware*, por un importe de 400.000, procediendo a emitir la correspondiente factura, mientras que la empresa estima que ha prestado el 60% del servicio acordado, cuyo precio total se presupuestó en 1.000.000. La facturación se realizará, según lo acordado, en el momento de finalizar la prestación de los servicios contratados.

*Se pide:*

Formular el asiento o asientos correspondientes a estas operaciones durante el año n.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 3.1

#### 1. Distribución del fondo de comercio surgido en la adquisición

El fondo de comercio será la diferencia entre el precio de compra pagado en la operación (300.000) y el valor razonable de los elementos identificados adquiridos (200.000). Fondo de comercio = 100.000.

Cálculo del porcentaje que el valor razonable de cada segmento representa sobre el valor razonable total:

	Valor razonable	Porcentaje
Segmento 1 .....	60.000	30 %
Segmento 2 .....	40.000	20 %
Segmento 3 .....	100.000	50 %
Total .....	200.000	100 %

Asignación del fondo de comercio de acuerdo a los porcentajes calculados:

	Porcentaje	Fondo de comercio imputado
Segmento 1 .....	30 %	30.000
Segmento 2 .....	20 %	20.000
Segmento 3 .....	50 %	50.000
Total .....	100 %	100.000

Los elementos que forman parte de cada segmento, incluido el fondo de comercio asignado a cada uno de ellos, se amortizará de acuerdo con su vida útil. En este sentido, la disposición final primera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas modifica el apartado 4 del artículo 39 del Código de Comercio, estableciendo que los inmovilizados intangibles son activos de vida útil definida. Se establece, asimismo, que la vida útil del fondo de comercio se presume que es de 10 años, salvo prueba en contrario.

La vida del tercer segmento, según la información facilitada por el enunciado, es de 15 años para el caso de no realizar reemplazos o mejoras de inmovilizado, por lo que consideramos que 15 años será el plazo de amortización de todos los elementos del segmento, incluido el fondo de comercio.

El valor contable del tercer segmento al final de año n+4 será:

Valor de adquisición .....	150.000
Amortización acumulada $(150.000/15 \times 4)$ .....	<u>(40.000)</u>
Valor contable.....	110.000

Para realizar la cuantificación del importe del deterioro de valor de la UGE, compararemos el valor contable de la misma con su importe recuperable. Dado que el valor razonable no se puede determinar con fiabilidad, el importe recuperable será su valor en uso.

El valor en uso de la UGE será el valor actual de los flujos de efectivo esperados a través de la utilización de la misma en el curso del negocio durante los años de vida útil restante. De acuerdo con la Resolución del ICAC de 18 de septiembre de 2013 sobre el deterioro de valor de activos los flujos de efectivo deberán ser actualizados a un tipo de interés de mercado «sin riesgo» ajustado en su caso por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros.

Según la mencionada resolución también deberán tenerse en cuenta riesgos tales como el riesgo-país.

$$\text{Valor en uso} = 7.800/1,08 + 8.300/1,08^2 + 8.700/1,08^3 + 9.000/1,08^4 + 9.200/1,08^5 + 9.200 \times 0,97/1,08^6 + 9.200 \times 0,97^2/1,08^7 + 9.200 \times 0,97^3/1,08^8 + 9.200 \times 0,97^4/1,08^9 + 9.200 \times 0,97^5/1,08^{10} + 9.200 \times 0,97^6/1,08^{11} = 60.352,46$$

$$\text{Deterioro de valor} = 110.000 - 60.352,46 = 49.647,54$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
690	Pérdidas por deterioro del inmovilizado intangible .....	49.647,54	
204	Fondo de comercio .....		49.647,54

## APARTADO 3.2

### 1. Adquisición de obligaciones

Con independencia de la cartera en que se incluyan las obligaciones, el apartado 2.8 de la norma de valoración 9.<sup>a</sup> del PGC indica que los intereses explícitos devengados y no vencidos en el momento de la valoración inicial se registrarán de forma independiente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
251	Valores representativos de deuda a largo plazo .....	196.500	
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas .... (200.000 × 3% × 3/12)	1.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		198.000

30 de septiembre

Por el devengo de los intereses desde 1 de enero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas ....	4.500	
761	Ingresos de valores representativos de deuda (200.000 × 3% × 9/12)		4.500

Por el cobro del cupón:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	6.000	
546	Intereses a corto plazo de valores representativos de deudas ....		6.000

## 2. Adquisición de acciones para negociar

15 de mayo

Los activos financieros mantenidos para negociar se valorarán inicialmente por su valor razonable. Los costes de transacción que les sean directamente atribuibles se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio.

Asimismo, los dividendos acordados por el órgano competente en el momento de la adquisición se registrarán de manera independiente, no formando parte del valor inicial.

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	23.600	
545	Dividendo a cobrar ( $2.000 \times 10 \times 2\%$ ) .....	400	
669	Otros gastos financieros .....	300	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ( $2.000 \times 12 + 300$ )		24.300

## 3. Venta de acciones

Actualización del valor de las acciones.

Optamos por realizar una valoración posterior de todas las acciones adquiridas con carácter previo al registro de la venta.

La cotización de las acciones, que aún no han cobrado el dividendo, ha subido 0,5 por lo que este será el importe del beneficio por acción que se registrará en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio ( $2.000 \times 0,5$ )	1.000	
7630	Beneficios de cartera de negociación .....		1.000

Por la venta, teniendo en cuenta que los dividendos aún no se han cobrado.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ( $1.000 \times 12,5 - 100$ )	12.400	.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
669	Otros gastos financieros .....	100	
545	Dividendo a cobrar .....		200
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		12.300

30 de junio. Cobro del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	200	
545	Dividendo a cobrar .....		200

#### 4. Ajuste a valor razonable

31 de diciembre

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (13.000 – 12.300) .....	700	
7630	Beneficios de cartera de negociación .....		700

### APARTADO 3.3

#### 3.3.1. COSTE DE LA PRODUCCIÓN TERMINADA

De acuerdo con la norma de valoración 10.<sup>a</sup> del PGC, el coste de producción se determinará mediante la suma de tres conceptos:

1. El precio de adquisición de las materias primas y otras materias consumibles.
2. Los costes directamente imputables al producto.
3. La parte que razonablemente corresponda de los costes indirectamente imputables a los productos de que se trate, en la medida en que tales costes correspondan al periodo de fabricación, elaboración o construcción, en los que se haya incurrido al

ubicarlos para su venta y se basen en el nivel de utilización de la capacidad normal de trabajo de los medios de producción.

Cálculo del consumo de materias primas.

Materias primas	Mes n	Mes n+1	Mes n+2
Existencias iniciales .....	96.950	110.800	120.800
+ Compras .....	152.350	175.000	250.000
- Existencias finales .....	(110.800)	(120.800)	(150.800)
= Consumo .....	138.500	165.000	220.000

Cálculo del coste de la producción terminada.

Producción terminada	Mes n	Mes n+1	Mes n+2
Existencias iniciales en curso .....	550.000	552.000	652.000
+ Consumo de materias primas .....	138.500	165.000	220.000
+ Valor añadido en el periodo .....	279.000	300.000	510.000
- Existencias finales en curso .....	(552.000)	(652.000)	(902.000)
= Coste de la producción terminada .....	415.500	365.000	480.000

### 3.3.2. PLAN DE PENSIONES

La variación en el cálculo del valor actual de las retribuciones posempleo comprometidas o en su caso del activo afecto, en la fecha de cierre del ejercicio, debida a pérdidas y ganancias actuariales se imputará en el ejercicio en el que surja, directamente en el patrimonio neto, reconociéndose como reservas.

El incremento de valor de las obligaciones comprometidas viene motivado por una modificación de las hipótesis actuariales (esperanza de vida), por lo que se imputará a reservas.

Código	Cuenta	Debe	Haber
850	Pérdidas actuariales .....	1.500.000	
140	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal .....		1.500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
115	Reservas por pérdidas y ganancias actuariales y otros ajustes ....	1.500.000	
850	Pérdidas actuariales .....		1.500.000

### 3.3.3. GARANTÍAS POSVENTA

De acuerdo con el apartado 1 de la norma de valoración 14.<sup>a</sup> del PGC, con el fin de contabilizar los ingresos atendiendo al fondo económico de las operaciones, puede ocurrir que los componentes identificables de una misma transacción deban reconocerse aplicando criterios diversos, como una venta de bienes y los servicios anexos.

En este caso se ha producido la venta del vehículo y la prestación del servicio de mantenimiento durante un año, por lo que se registrarán de manera independiente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	24.000	
700	Ventas de mercaderías .....		22.000
438	Anticipos de clientes .....		2.000

Por la garantía de las reparaciones se registrará una provisión para otras operaciones comerciales por el importe estimado.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6959	Dotación a la provisión para otras operaciones comerciales ..... (22.000 × 1 %)	220	
4999	Provisión para otras operaciones comerciales .....		220

### 3.3.4. PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Nuestra sociedad ha suministrado la totalidad del *hardware* acordado en el contrato por lo que se registrará la venta del mismo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	400.000	
700	Ventas de mercaderías .....		400.000

En cuanto a la prestación del servicio de instalación del sistema informático deberá aplicarse el método del grado de avance establecido por la norma de valoración 14.<sup>a</sup> del PGC, y se registrará el 60% del ingreso total aunque no se haya emitido la factura.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4309	Clientes, facturas pendientes de formalizar .....	600.000	
705	Prestaciones de servicios .....		600.000

## CASO PRÁCTICO NÚM. 4

### Contabilidad financiera

#### APARTADO 4.1

La sociedad TAC, SA adquiere el 1 de enero del ejercicio n una máquina prensadora por 80.000 euros.

Contablemente se amortiza por partes iguales en cuatro años; fiscalmente goza de libertad de amortización.

La sociedad opta por deducir la mayor cuantía posible en la declaración-liquidación del ejercicio n.

*Se pide:*

Indique la base fiscal de dicho inmovilizado al cierre del ejercicio n.

En su caso, cuantifique y clasifique la diferencia entre permanente y temporaria, y en este último caso, entre imponible y deducible.

#### APARTADO 4.2

La sociedad TAC, SA vende en diciembre del ejercicio n mercaderías por un importe de 70.000 euros. El cobro quedó aplazado hasta febrero del ejercicio n+2.

La sociedad decidió aplicar el criterio de devengo y no acogerse al criterio especial para las operaciones a plazos o con precio aplazado.

Para cada uno de los ejercicios n, n+1 y n+2,

*Se pide:*

Indique la base fiscal del saldo deudor del crédito generado al cierre de cada ejercicio.

En su caso, cuantifique y clasifique las diferencias entre permanentes y temporarias, y en este último caso, entre imposables y deducibles.

### **APARTADO 4.3**

La sociedad TAC, SA obtiene a fin del ejercicio n una subvención oficial para la adquisición de un inmovilizado por cuantía de 30.000 euros.

Esta subvención es registrada contablemente como un ingreso a distribuir en varios ejercicios.

*Se pide:*

Indique la base fiscal de dicho elemento patrimonial al cierre del ejercicio n.

En su caso, cuantifique y clasifique las diferencias entre permanentes y temporarias, y en este último caso, entre imposables y deducibles.

### **APARTADO 4.4**

La sociedad TAC, SA ha dotado una provisión para operaciones comerciales por un importe de 5.000 euros. Fiscalmente la dotación máxima deducible en este ejercicio es de 2.500 euros.

*Se pide:*

Indique la base fiscal de dicho pasivo al cierre del ejercicio n.

En su caso, cuantifique y clasifique las diferencias entre permanentes y temporarias, y en este último caso, entre imposables y deducibles.

### **APARTADO 4.5**

La sociedad TAC, SA, contabiliza en el ejercicio n como gasto una factura que correspondía al ejercicio n-2.

Además, se ha contabilizado como ingreso un importe que corresponde a un anticipo de ventas de mercaderías que se entregarán en el ejercicio siguiente.

*Se pide:*

Indique los efectos fiscales de estos hechos.

## APARTADO 4.6

La sociedad TAC, SA cambió el criterio contable de valoración de sus mercaderías, pasando del criterio FIFO al del CMP.

La valoración por el criterio FIFO era de 30.000 euros. La valoración por el criterio CMP fue de 35.000 euros.

*Se pide:*

Indique los efectos fiscales de este hecho.

## APARTADO 4.7

La sociedad TAC, SA recibe una partida de mercaderías como donación, a fin del ejercicio n, valoradas en 2.000 euros.

Las mercaderías se vendieron en el ejercicio n+1.

*Se pide:*

Registre las operaciones correspondientes a este hecho así como a la liquidación del impuesto de sociedades en los ejercicios n y n+1 teniendo en cuenta la siguiente información:

- Tipo impositivo: 25%.
- Resultado contable antes de impuestos: 40.000 y 60.000 euros en los ejercicios n y n+1, respectivamente.
- Retenciones y pagos a cuenta: 2.500 y 4.500 euros en los ejercicios n y n+1, respectivamente.

## SOLUCIÓN

### APARTADO 4.1

**Base fiscal de un activo** es el *importe que será deducible de los beneficios económicos* que, a efectos fiscales, obtenga la entidad en el futuro, cuando recupere el importe en libros de dicho activo. Si tales beneficios económicos no tributan, la base fiscal del activo será igual a su importe en libros.

En el caso concreto que nos ocupa dado que el elemento goza de libertad de amortización y la sociedad ha optado por deducirse la mayor cuantía posible, la base fiscal del elemento será 0, ya que no será deducible ningún importe en ejercicios posteriores.

En cuanto al valor contable, este será igual al precio de adquisición menos la amortización acumulada, en el caso que nos ocupa será de 60.000 (precio de adquisición: 80.000; amortización acumulada: 20.000).

Por lo que se refiere a la diferencia tendrá el carácter de temporaria, ya que deriva de la diferente valoración, contable y fiscal, atribuida a un activo y tendrá incidencia en la carga fiscal futura.

Por último, la diferencia temporaria será imponible por cuanto que *darán lugar a mayores cantidades a pagar o menores cantidades a devolver* por impuestos en ejercicios futuros.

En resumen:

Año	Valor contable	Base fiscal	Diferencia	Carácter
n	60.000	0	60.000	Temporaria imponible

### APARTADO 4.2

**Base fiscal de un activo** es el *importe que será deducible de los beneficios económicos* que, a efectos fiscales, obtenga la entidad en el futuro, cuando recupere el importe en libros de dicho activo. Si tales beneficios económicos no tributan, la base fiscal del activo será igual a su importe en libros.

En este caso, dado que el tratamiento contable coincide con el fiscal la base fiscal, del crédito coincidirá con su valor contable y no surgiría ningún tipo de diferencia en ninguno de los ejercicios.

En resumen:

Año	Valor contable	Base fiscal	Diferencia	Carácter
n	70.000	70.000	0	
n+1	70.000	70.000	0	
n+2	0	0	0	

### APARTADO 4.3

En el caso de la subvención nos encontramos con un elemento que no figura reconocido como un activo o un pasivo en el balance, por lo tanto carece de valor contable, pero que tiene una base fiscal que será igual al importe de los ingresos reconocidos en patrimonio neto y que tributarán en los ejercicios siguientes.

En este caso, la base fiscal será el importe de la subvención y que está pendiente de imputar a resultados íntegramente.

Por lo que se refiere a la diferencia, tendrá la naturaleza de temporaria imponible dado que originará un mayor importe a pagar en los ejercicios futuros por los ingresos que se imputen a la cuenta de resultados.

En resumen:

Año	Valor contable	Base fiscal	Diferencia	Carácter
n	0	30.000	30.000	Temporaria imponible

### APARTADO 4.4

**Base fiscal de un pasivo** es su valor en libros menos cualquier importe que, eventualmente, sea deducible fiscalmente respecto de tal partida en periodos futuros.

En el caso de la provisión la base fiscal será 2.500 (5.000 valor contable de la provisión – 2.500 importe que será fiscalmente deducible en los ejercicios siguientes).

La diferencia entre el valor contable y la base fiscal tendrá la calificación de diferencia temporaria deducible en tanto que en ejercicios futuros originará una menor tributación cuando sean fiscalmente deducibles los 2.500.

En resumen:

Año	Valor contable	Base fiscal	Diferencia	Carácter
n	5.000	2.500	2.500	Temporaria deducible

## APARTADO 4.5

### Gasto registrado en el año n correspondiente a una factura del año n-2

En el caso de gastos registrados contablemente en un ejercicio posterior al de su devengo, el artículo 11.3 de la LIS permite la deducibilidad fiscal del mismo en el ejercicio en el que se haya realizado la imputación contable, siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del principio de devengo.

Por consiguiente, si no resulta una tributación inferior por el hecho de haber registrado el gasto en el ejercicio n, no procederá realizar ningún ajuste a los efectos de determinar la base imponible.

### Anticipo de ventas del año siguiente registrado como ingreso

En el caso de ingresos registrados contablemente en un ejercicio anterior al de su devengo, el artículo 11.3 de la LIS permite la imputación fiscal del mismo en el ejercicio en el que se haya realizado la imputación contable, siempre que de ello no se derive una tributación inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del principio de devengo.

Por consiguiente, si no resulta una tributación inferior por el hecho de haber registrado el ingreso en el ejercicio n, no procederá realizar ningún ajuste a los efectos de determinar la base imponible.

## APARTADO 4.6

El artículo 11.3 de la LIS, en su párrafo segundo, dispone que los cargos o abonos a partidas de reservas registrados como consecuencia de cambios de criterios contables se integrarán en la base imponible del periodo impositivo en que los mismos se realicen.

No obstante, no se integrarán en la base imponible los referidos cargos y abonos a reservas que estén relacionados con ingresos o gastos, respectivamente, devengados y contabilizados de acuerdo con los criterios contables existentes en los periodos impositivos anteriores, siempre que se hubiesen integrado en la base imponible de dichos periodos. Tampoco se integrarán en la base

imponible esos gastos e ingresos contabilizados de nuevo con ocasión de su devengo, de acuerdo con el cambio de criterio contable.

Como consecuencia del cambio de criterio contable, la sociedad realizó el siguiente apunte en el año n:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	5.000	
113	Reservas voluntarias .....		5.000

El abono a reservas constituye una disminución del gasto (consumo de mercaderías) que se registró el año anterior al aplicar el criterio FIFO que es admisible contable y fiscalmente. En consecuencia, el abono a reservas no se integrará en la base imponible así como tampoco se integrará, dando lugar a un ajuste positivo, el mayor gasto que tenga lugar cuando esas existencias se consuman.

## APARTADO 4.7

### Apuntes contables sin considerar el efecto impositivo

31 de diciembre del año n

Por la donación de las mercaderías<sup>2</sup>:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías .....	2.000	
942	Ingresos de otras subvenciones, donaciones y legados .....		2.000

Por la regularización del ingreso del grupo 9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
942	Ingresos de otras subvenciones, donaciones y legados .....	2.000	
132	Otras subvenciones, donaciones y legados .....		2.000

<sup>2</sup> Se podría registrar la adquisición de mercaderías en la cuenta «Compras de mercaderías» (600) y posteriormente realizar la variación de existencias.

Año *n+1*

Por las ventas, se habrá realizado la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes .....	XXX	
700	Ventas de mercaderías .....		XXX

Por la variación de existencias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías .....	2.000	
300	Mercaderías .....		2.000

Por la imputación a resultados de la donación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
842	Transferencia de otras subvenciones, donaciones y legados .....	2.000	
747	Otras subvenciones, donaciones y legados transferidos al resultado del ejercicio .....		2.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados .....	2.000	
842	Transferencia de otras subvenciones, donaciones y legados .....		2.000

## Liquidación fiscal

A efectos de la liquidación fiscal debemos tener en cuenta que por la donación surgen los siguientes ajustes:

Año	Ingreso contable en pérdidas y ganancias	Ingreso fiscal	Ajuste
n	0	2.000	+2.000
n+1	2.000	0	-2.000

A este respecto, téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 17.5 de la LIS, en la adquisición a título lucrativo, la entidad adquirente integrará en su base imponible el valor de mercado del elemento patrimonial adquirido en el *periodo impositivo en el que se realice la donación*.

En cuanto al registro contable, por la donación no surge ninguna diferencia temporaria, ya que no se registra ningún activo ni pasivo contable, por lo que el valor contable es 0, y los ingresos derivados de la donación no tributarán en los ejercicios siguientes, por lo que su base fiscal también es 0.

No obstante lo anterior, dado que la donación es un ingreso de patrimonio neto que tributa en el ejercicio en que se realiza la donación, el impuesto corriente que resulta de dicho ingreso de patrimonio neto se registrará en la cuenta «Impuesto corriente» (8300).

	n	n+1
Resultado antes de impuestos.....	40.000	60.000
Ajuste por la donación .....	2.000	-2.000
Base imponible .....	42.000	58.000
Tipo de gravamen .....	25 %	25 %
Cuota íntegra .....	10.500	14.500
Deducciones .....	0	0
Cuota líquida .....	10.500	14.500
Retenciones y pagos a cuenta .....	-2.500	-4.500
A ingresar .....	8.000	10.000

## Registro contable de la liquidación fiscal

Año n

Por el registro del impuesto corriente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8300	Impuesto corriente (2.000 × 25 %) .....	500	
6300	Impuesto corriente (10.500 – 500) .....	10.000	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta .....		2.500
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades .....		8.000

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados .....	500	
8300	Impuesto corriente .....		500

Por la regularización de los gastos e ingresos de pérdidas y ganancias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	10.000	
6300	Impuesto corriente .....		10.000

Resultado contable del año n:  $40.000 - 10.000 = 30.000$ .

Año n+1

Por el registro del impuesto corriente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente .....	14.500	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta .....		4.500
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades .....		10.000

Por el efecto impositivo de la donación, por el ingreso imputado a pérdidas y ganancias que no tributa y el gasto en patrimonio neto que no es deducible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido (2.000 × 25 %) .....	500	
8301	Impuesto diferido .....		500

Por la regularización de la cuenta del grupo 8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido .....	500	
132	Otras subvenciones, donaciones y legados .....		500

Por la regularización de los gastos e ingresos de pérdidas y ganancias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	15.000	
6300	Impuesto corriente .....		14.500
6301	Impuesto diferido .....		500

Resultado contable del año n:  $60.000 - 15.000 = 45.000$ .

## CASO PRÁCTICO NÚM. 5

### Operaciones financieras

Manuel Pérez tiene un importante patrimonio cuyo valor quiere saber a 1 de enero de 2016:

1. Por una parte, tiene 300 bonos del Estado con un valor nominal de 1.000 euros, de los que percibe unos cupones anuales de cuantía 120 euros, pagaderos los días 30 de junio de cada año y cuya amortización se realizará por su valor nominal el 30 de junio de 2018.
2. Cuenta también con una casa en la playa que arrienda a un futbolista. La compra de esta casa se realizó al contado hace un año (1 de enero de 2015), para lo que Manuel Pérez pidió un préstamo por 1.500.000 euros con las siguientes condiciones:

Duración: 20 años.

Rédito constante anual: 3%.

Los dos primeros años no se paga ninguna cantidad y en los 18 años restantes se pagará la cantidad constante necesaria para la amortización del préstamo.

Además, se sabe que por el alquiler de dicho chalé percibirá, durante este año 2016, 9.000 euros al principio de cada mes y creciente en los siguientes años a un 5% anual acumulativo.

3. Finalmente, cuenta con dos letras del tesoro de un valor nominal de 6.000 euros cada una con vencimientos el 15 de junio y el 30 de septiembre de 2016.

El tanto efectivo para la valoración es del 10% anual constante.

Se pide:

- Valor del patrimonio a 1 de enero de 2016.
- Anualidad que amortiza el préstamo del punto 2.
- Si los bonos del punto 1 fueron adquiridos por un valor de emisión de 940 euros el 30 de junio de 2015, ¿qué rentabilidad ofrecerán manteniéndolos hasta su amortización?

## SOLUCIÓN

### A) VALOR DEL PATRIMONIO A 1 DE ENERO DE 2016

El valor actual del patrimonio será el resultado de calcular el valor actual de los elementos que lo componen: bonos, casa, letras del tesoro y préstamo, tomando como tipo de valoración el 10% anual.

#### Bonos

El valor de un bono será el resultado de actualizar los cupones pendientes y el valor de reembolso al 10% anual. Por tanto, los 300 bonos se valorarán de la siguiente forma:

$$\text{Bonos}_{1-1-16} = 300 \times \left[ \frac{120}{1,10^{0,5}} + \frac{120}{1,10^{1,5}} + \frac{1.120}{1,10^{2,5}} \right] = 300 \times 1.100,97 = 330.292,05$$

#### Casa

Al estar la casa alquilada se valorará a partir de los rendimientos que genera a través del cobro del alquiler. Por tanto, se valora como el valor actual de una renta en progresión geométrica, perpetua, con términos mensuales, prepagable, inmediata y fraccionada (aumento anual con

términos mensuales). Siendo los importes mensuales para el primer año de 9.000 euros, la razón 1,05 y el interés del 10% anual:

$$\text{Casa}_{1-1-16} = A_{(C;1,05)^{\infty}-0,10} = \frac{113.764,83}{1 + 0,10 - 1,05} = 2.275.296,60$$

Siendo:

$$C = 9.000 \times (1 + i_{12}) \times S_{12-i12} = 9.000 \times 1,007974 \times \frac{1,007974^{12} - 1}{0,007974} = 113.764,83$$

$$i_{12} = 1,10^{1/12} - 1 = 0,7974\%$$

## Letras del tesoro

El valor de cada letra será el resultado de actualizar el nominal al 10% anual. Al ser su vencimiento inferior al año, se operará en régimen de capitalización simple.

$$\text{Letras}_{1-1-16} = \frac{6.000}{1 + 0,10 \times \frac{5,5}{12}} + \frac{6.000}{1 + 0,10 \times \frac{9}{12}} = 5.737,05 + 5.581,40 = 11.318,45$$

## Préstamo

Dado que la deuda se contrajo el 1 de enero de 2015 y la valoración se está realizando un año más tarde (1 de enero de 2016) cabe, en principio, la posibilidad de contemplar dos posibilidades:

1. Considerar el capital vivo del préstamo, en cuyo caso bastaría con capitalizar la deuda inicial un año más, puesto que no ha habido ningún pago. Esto supondría que la deuda se está valorando al tipo de interés del préstamo (3%).
2. Considerar que la valoración se debe hacer al mismo tanto de interés que el resto de elementos del patrimonio (el 10%), en cuyo caso se debe calcular el valor del préstamo (actualización de los pagos pendientes al tanto de valoración -10%-).

Por coherencia con la valoración del resto de elementos del patrimonio, parece más factible la segunda opción.

Así pues, el préstamo se tomará como el valor actual de los pagos pendientes [cuyo importe se calcula en el apartado b)] al tanto de valoración del 10% anual.

$$\text{Préstamo}_{1-1-16} = \frac{a \times a_{18-0,10}}{1,10^1} = \frac{115.704,98 \times \frac{1 - 1,10^{-18}}{0,10}}{1,10^1} = 862.676,59$$

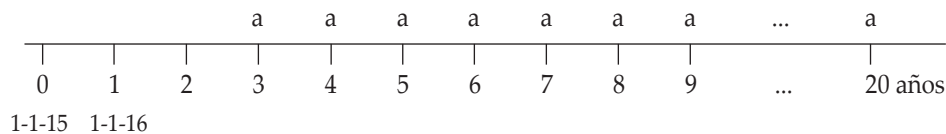
Finalmente, el patrimonio solicitado será:

$$\text{Patrimonio}_{1-1-16} = 330.292,05 + 2.275.296,60 + 11.318,45 - 862.676,59 = 1.754.230,51$$

## B) ANUALIDAD DEL PRÉSTAMO

Se trata de un préstamo francés, con anualidad y tipo de interés constante y una carencia de dos años en la que no se paga ninguna cantidad. La información de que se dispone permite obtener el siguiente gráfico:

$$C_0 = 1.500.000$$



$$i = 3\%$$

Se calcula enfrentado el importe del préstamo al valor actual de los 18 pagos constantes futuros al interés de la operación (3% anual), considerando un diferimiento de dos años:

$$1.500.000 = \frac{a \times a_{18-0,03}}{1,03^2}$$

$$1.500.000 = \frac{a \times \frac{1 - (1,03)^{-18}}{0,03}}{1,03^2}$$

$$\text{De donde: } a = 115.704,98$$

## C) RENTABILIDAD DE LOS BONOS

La rentabilidad de los bonos se obtendrá al enfrentar el pago realizado por la compra en el momento de su emisión (940 €), a los cobros futuros (cupones y valor de reembolso por el nominal). El planteamiento financiero es el siguiente:

$$940 = \frac{120}{(1 + i)^1} + \frac{120}{(1 + i)^2} + \frac{1.120}{(1 + i)^3}$$

Para la resolución de esta ecuación se deberá emplear una calculadora financiera, una hoja de cálculo o proceder por tanteo hasta obtener la solución.

La solución es  $i = 14,611\%$  que viene explicada por el cupón (12%) y por la plusvalía que supone comprar el título por 940 euros y resultar amortizado por 1.000 euros.