

- **Planificación fiscal internacional posible vs. indebida.** *Alfonso García-Moncó Martínez y Mercedes Fuster Gómez*
- **Exclusiones del derecho de deducción en el IVA.** *José Manuel Macarro Osuna*
- **Obligaciones tributarias derivadas de una transmisión atípica de empresa.** *Victoria Selma Penalva*
- **Retroactividad de normas tributarias, seguridad jurídica y fraude fiscal.** *Saturnina Moreno González*
- **La posibilidad de repercutir el IBI al comprador.** *Neus Teixidor Martínez*
- **La comprobación de las operaciones vinculadas: ¿modelo unitario o dual?** *Pilar Álvarez Barbeito y José Manuel Calderón Carrero*
- **Supuesto práctico profesional.** *Rafael Enric Herrando Tejero*
- **Basilea III y la evolución de la banca española en los últimos años.** *Marina Pedrosa Lorente*
- **Caso práctico de Interventores-Tesoreros de la Administración Local (categoría de entrada).** *María Álvarez Fernández, Miguel Ángel Gálvez Linares y José Tovar Jiménez*

# REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Diciembre 2016 – Número 405

## 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


- 100/2016** Planificación fiscal internacional *posible* vs. *indebida*: Problemas actuales  
*Acceptable tax planning v. aggressive tax planning: Current issues* ..... 5  
(Alfonso García-Moncó Martínez y Mercedes Fuster Gómez)
- 101/2016** Las exclusiones del derecho de deducción en el IVA: análisis y propuestas de armonización  
*The exclusions to the right to deduct input VAT: analysys and proposals for harmonization* ..... 55  
(José Manuel Macarro Osuna)
- 102/2016** Transmisiones temporales o coactivas de empresa: sucesión en las obligaciones tributarias  
*Temporary or coercive transmissions of company: succession in the tax liabilities* ..... 95  
(Victoria Selma Penalva)

##### ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

- 103/2016** Seguridad jurídica y retroactividad de normas tributarias (Análisis de la STC 121/2016, de 23 de junio, y sus posibles implicaciones sobre la declaración de bienes situados en el extranjero) ..... 119  
(Saturnina Moreno González)
- 104/2016** La posibilidad de repercutir el IBI al comprador de un bien inmueble, en supuestos en los que no existe pacto alguno en el contrato de compraventa [Análisis de la STS de 15 de junio de 2016 (rec. núm. 2110/2014)] .. 129  
(Neus Teixidor Martínez)

<b>105/2016</b> La comprobación de las operaciones vinculadas: ¿modelo unitario o dual? [Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 4202/2016)] .....	136
(Pilar Álvarez Barbeito y José Manuel Calderón Carrero)	

## CASO PRÁCTICO


<b>106/2016</b>  Supuesto práctico profesional (ejercicio propuesto para el ingreso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado) .....	145
(Rafael Enric Herrando Tejero)	

## CONTABILIDAD

### ESTUDIOS

<b>107/2016</b> Basilea III y la evolución de la banca española en los últimos años <i>Basel III and the evolution of the Spanish banking sector in recent years ....</i>	147
(Marina Pedrosa Lorente)	

## CASO PRÁCTICO

<b>108/2016</b>  Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de Interventores-Tesorereros de la Administración Local (categoría de entrada) .....	191
(María Álvarez Fernández, Miguel Ángel Gálvez Linares y José Tovar Jiménez)	

 Solo disponible en versión digital

---

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

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

## PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL POSIBLE VS. INDEBIDA: PROBLEMAS ACTUALES

**Alfonso García-Moncó Martínez**

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

**Mercedes Fuster Gómez**

*Contratada Doctora (acr. Titular de Universidad).  
Universitat de València*

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

---

### EXTRACTO

Como consecuencia de la evidente pérdida de eficacia recaudatoria del Impuesto sobre Sociedades, los responsables políticos y los medios de comunicación están prestando gran atención a la erosión de la base imponible y, en términos generales, a la evasión fiscal ligada a lo que se viene denominando «Planificación Fiscal Agresiva». La lucha contra la situación descrita se ha convertido en una prioridad en la agenda política de la OCDE/G20, de la Unión Europea y, en especial, de la AEAT española que ha puesto en marcha diversas iniciativas dirigidas a evitar las estructuras artificiosas que provocan una disminución drástica de la tributación. Por ello resulta imperativo conocer las diferencias entre una planificación fiscal internacional posible o viable jurídicamente y la planificación indebida, los límites del fraude a la ley y la economía de opción, lo que nos lleva a analizar y proponer soluciones sobre lo que hemos llamado la «fenomenología» de la aludida planificación fiscal internacional y estudiar el amplio conjunto de medidas que se han adoptado por los países para detectar y resolver este problema.

**Palabras claves:** planificación fiscal agresiva, intercambio de información, paraísos fiscales, evasión de impuestos y FATCA.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 09-11-2016*

## ACCEPTABLE TAX PLANNING V. AGGRESSIVE TAX PLANNING: CURRENT ISSUES

Alfonso García-Moncó Martínez

Mercedes Fuster Gómez

---

### ABSTRACT

As a response to the obvious decrease in the cash collection of corporate income tax, policy makers and the media have been paying a great deal of attention to the erosion of the taxable base and, in broad terms, to the tax avoidance linked with the so-called «Aggressive Tax Planning». The battle against this situation has become a priority in the political agenda within the OECD / G20, the European Union, and in particular, to the Spanish Tax Authorities, who have implemented initiatives to avoid any artificial structure that would result in a drastic reduction of cash taxes. Therefore, it becomes necessary to understand the difference between an acceptable international tax planning within the legal frame and an aggressive tax planning, as well as the boundaries that separate the fraud of law from what is allowed in terms of the law. These elements lead us to analyze and, ultimately, to propose solutions to what we denominate the «phenomenology» of international tax planning, and also to make a comparative analysis of the anti-avoidance rules adopted by different countries with the purpose of identifying and responding to these schemes.

**Keywords:** aggressive tax planning, exchange of information, tax haven, tax avoidance and FATCA.

---

---

## Sumario

- I. Introducción
- II. Concepto. La planificación fiscal internacional posible
- III. La «fenomenología» de la planificación fiscal internacional indebida
  - III.1. La utilización de personas jurídicas interpuestas
  - III.2. Ubicación de sociedades en territorios de baja tributación o paraísos fiscales
  - III.3. La planificación fiscal agresiva
  - III.4. El *treaty shopping* y la utilización abusiva de los convenios
  - III.5. El problema de la «doble no imposición»
  - III.6. El Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE y el G20: Proyecto *BEPS (Base Erosion and Profit Shiftin)*
- IV. Los límites de la planificación fiscal internacional
  - IV.1. El derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
  - IV.2. El papel de la OCDE en su lucha contra la planificación fiscal indebida: La evolución del intercambio de información entre España y Suiza, Estados Unidos, Andorra y Luxemburgo
  - IV.3. La normativa *FATCA* y los acuerdos intergubernamentales suscritos por los Estados Unidos con terceros países para la implementación del *Foreign Account Tax Compliance Act*. Análisis comparativo
  - IV.4. El Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente (*MCAA*) y el estándar común de información (*CRS*) de la OCDE. La Directiva europea relativa a la cooperación administrativa y la normativa española
  - IV.5. Las cláusulas antielusión o antiabuso
- V. Conclusiones

### Bibliografía

**NOTA:** Trabajo realizado en el marco del proyecto de I+D «La regulación del Shadow Banking, de la contratación bancaria y de la protección del cliente: El nuevo horizonte normativo de la actividad bancaria» (DER 2013-48707-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la planificación fiscal internacional en el contexto de la globalización está en el centro de la actualidad económica. Las continuas noticias sobre los reducidos tipos efectivos de gravamen que soportan las multinacionales, las estrategias de ingeniería fiscal que se apoyan en la posibilidad de utilizar los distintos regímenes tributarios existentes en el mundo y *last but not least* el papel que juegan los paraísos fiscales para la ocultación y defraudación, plantean inevitablemente la necesidad de revisar el concepto, contenido y límites de la planificación fiscal internacional.

Debe evitarse, desde ya, un juicio *a priori* sobre esta noción. No podemos afirmar que la planificación fiscal sea buena o sea mala, lo que sí debemos hacer es fijar su significado actual, sus manifestaciones más importantes y precisar sus límites jurídicos, teniendo en cuenta, siendo realistas, que se trata de un fenómeno inevitable y que mientras haya tributación desigual habrá planificación.

En lo que se refiere al contexto económico en que se desenvuelve la planificación fiscal internacional es, sin duda, el de un agudo proceso de globalización. Según datos del Banco Mundial, todos los indicadores<sup>1</sup> relevantes en la materia, tanto en cuanto a la relación del comercio internacional con el producto interior bruto de los países desarrollados, como en lo que concierne a la inversión extranjera directa y, por último, respecto de los flujos del mercado de capitales, no han dejado de incrementarse en los últimos años, poniendo de manifiesto un acelerado proceso de internacionalización de la economía.

Por otra parte, la crisis económica ha hecho más sensibles a los Estados respecto de sus fuentes de financiación y es evidente que la existencia de la planificación fiscal internacional es una de las causas por las que no solo se pierde recaudación sino también una de las razones por las que, en ocasiones, se ponen en cuestión el principio de justicia material tributaria y, en el caso particular de España, los principios constitucionales de generalidad, capacidad económica, justicia, igualdad y progresividad reconocidos en el artículo 31.1 de la Constitución española. La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) española pone en evidencia su preocupación por el saneamiento de las cuentas públicas en su Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2016 y centra su atención tanto en la investigación de patrimonios y rentas en el exterior no declaradas como en la lucha contra la utilización de estructuras de planificación fiscal agresiva. Para ello, se servirá de nuevos instrumentos normativos de intercambio de información financiera como el Acuerdo para la implementación de *FATCA* suscrito por España con los Estados Unidos, el Estándar Común de Información (*CRS*) en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), o la Directiva relativa a la cooperación administrativa recién-

---

<sup>1</sup> Tomado de: Indicadores de Desarrollo Mundial 2003 del Banco Mundial.

temente modificada, y potenciará el examen de las principales áreas de riesgo detectadas por la OCDE en el Plan de acción en que se concretó el proyecto BEPS, cuyo resultado fue objeto de publicación en octubre de 2015 y donde España ha participado activamente.

Para ilustrar la situación que tratamos de describir veamos algunas cifras<sup>2</sup>.

Se ha calculado que siete de las principales sociedades tecnológicas, Apple, Google, Microsoft, Amazon, Ebay, Yahoo y Facebook facturaron en el Reino Unido 7.700 millones de euros en 2012 pero tan solo pagaron 43,75 millones de euros en el Impuesto sobre Sociedades, cuando podrían haberse recaudado 400 millones de euros más<sup>3</sup>.

La Comisión Europea y la consultora PricewaterhouseCoopers estiman que los países en desarrollo podrían incrementar su recaudación fiscal sobre los beneficios empresariales en un 40% en cinco años si se pusiera fin a los abusos en los precios de transferencia de las grandes empresas<sup>4</sup>.

El 42% de la facturación neta de las empresas norteamericanas proviene de paraísos fiscales<sup>5</sup> y el grupo de investigación *Citizens for Tax Justice* calcula en 80.000 millones de euros lo que se deja de recaudar por causa de las operaciones realizadas a través de dichos territorios.

En lo que se refiere a España, 34 de las 35 empresas del IBEX 35 tienen presencia en paraísos fiscales, contabilizando un total de 810 filiales en 2013, lo que significa un incremento del 44% con respecto a 2012<sup>6</sup>.

Según la AEAT, el tipo efectivo que pagaron las grandes empresas en 2013 fue de 5,3% mientras que el de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) fue el del 16%. Si la presión fiscal efectiva de las grandes empresas hubiera sido al menos como la de las PYMES, podrían haberse recaudado 8.227 millones de euros adicionales<sup>7</sup>. Aunque, obviamente, no se tienen datos todavía del impacto de la reforma del Impuesto sobre Sociedades, aprobada por la Ley 27/2014, las cifras son lo suficientemente significativas para reflejar la situación que tratamos de describir.

Por último, como compendio de todas las cifras expuestas se puede citar la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares [2015/2066(INI)] que recopila los datos más relevantes en la mate-

<sup>2</sup> Informe de OXFAM-INTERMON, núm. 36, de marzo 2015.

<sup>3</sup> Vid. *Financial Times*: «Aggressive tax avoidance troubles large investors», 2 de noviembre de 2014.

<sup>4</sup> Europeaid: *Transfer Pricing and Developing Countries*, Final Report, julio 2011.

<sup>5</sup> Fondo Monetario Internacional (FMI). *Spillovers in international corporate taxation*, 2014.

<sup>6</sup> Vid. Informe de OXFAM-INTERMON, núm. 36, de marzo 2015, pág. 30, según las memorias de sostenibilidad y cuentas anuales de las empresas del IBEX 35 para los años 2012 y 2013.

<sup>7</sup> Vid. AEAT, *Estudios, estadísticas e informes anuales de recaudación tributaria*, ejercicio 2013, apartado 13.

ria y que son de sobra elocuentes. Baste mencionar como resumen de la situación a la que hacemos referencia el párrafo 20: «[...] destaca que, según un estudio, se estima que cada año deja de recaudarse en la UE aproximadamente un billón de euros de ingresos fiscales potenciales debido a los efectos combinados del fraude, la evasión fiscal, incluida la economía sumergida, y la elusión fiscal<sup>8</sup>, y que las estimaciones señalan unas pérdidas anuales para los presupuestos nacionales debidas a la elusión fiscal de entre 50.000 y 70.000 millones de euros, pero que estas pérdidas de ingresos en toda la Unión podrían en realidad ascender a aproximadamente 160.000-190.000 millones de euros si se tuvieran en cuenta las disposiciones fiscales especiales, las deficiencias en la recaudación y otras actividades similares<sup>9</sup>; que la Comisión de Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas ha calculado que los países en desarrollo pierden alrededor de 100.000 millones de dólares al año en ingresos debido a la elusión fiscal de las multinacionales;».

## II. CONCEPTO. LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL POSIBLE

Una palabra primero sobre el concepto de «planificación fiscal» en general. Con frecuencia, se utiliza una metodología meramente descriptiva de lo que es planificación, aludiendo simplemente a las técnicas, instrumentos o actuaciones que hagan posible una reducción de la «factura fiscal» en una determinada operación.

Una auténtica planificación en el ámbito tributario debe comprender tres fases perfectamente entrelazadas y concebidas en su conjunto. La primera fase de planificación en sentido estricto que es la preparación y diseño de la operación previendo en todo momento la reacción de la Administración tributaria y preparando la respuesta frente a la misma. La segunda fase, menos importante, que es la de autoliquidación por parte del contribuyente de acuerdo a su propio planteamiento. La tercera fase, que es la de revisión, la más compleja, en la que el contribuyente utiliza las vías más adecuadas de oposición a los previsibles actos de la Administración tanto en el orden administrativo como jurisdiccional y que deben estar «armadas» en cuanto a su fundamentación y prueba desde la primera fase.

El concepto descrito es aplicable «en un todo» en el ámbito de la fiscalidad internacional.

En efecto. Si nos situamos en el sector de la actividad internacional la concepción propuesta es igualmente relevante. En cuanto a la fase previa de planificación fiscal, se deben fijar básicamente tres objetivos:

<sup>8</sup> Informe de 10 de febrero de 2012, de Richard MURPHY, titulado *Closing the European Tax Gap* (Reducir la brecha fiscal europea).

<sup>9</sup> *European added value of legislative report on bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union* (Valor añadido europeo del informe legislativo sobre la manera de aportar transparencia, coordinación y convergencia a las políticas de impuesto sobre sociedades en la Unión Europea), FERRETT, B.; GRAVINO, D. y MERLER, S. Parlamento Europeo.

**Primero. Apoyar la estrategia empresarial.** La fiscalidad es parte esencial de la actividad empresarial en sentido estricto y deberá influir sobre todo en las decisiones de inversión. Tanto en el país de origen como en el destino de la operación habrá que evaluar el marco jurídico tributario existente. La decisión más importante, evidentemente, es cómo financiar la mencionada operación que puede resumirse en la opción *equity vs. debt*, es decir, si se va a efectuar mediante endeudamiento o con recursos propios incluyendo en esta última posibilidad la búsqueda de socios mediante ampliaciones de capital. Asimismo, cuando la estrategia se desenvuelva en el ámbito de un grupo empresarial habrá que decidir cómo se actúa, bien mediante alguna de las modalidades de reestructuración (fusión por absorción o disolución, escisión, segregación etc.) bien por medio de adquisiciones directas financiadas por sociedades del grupo. Igualmente, será necesario contemplar los efectos que se van a producir en el Estado en que se materializa la inversión, entre ellos, sin duda el más importante, la forma en que se va a obtener la rentabilidad, por ejemplo, será preciso determinar el régimen jurídico-tributario de la repatriación de dividendos.

Debe quedar claro desde el primer momento que nunca hay neutralidad fiscal en las mencionadas opciones. La planificación fiscal es por tanto inevitable, como venimos sosteniendo, la cual arrojará resultados distintos según las opciones que se ofrezcan. Es cierto que se ha avanzado en la búsqueda de cierto grado de neutralidad en el ámbito de las reestructuraciones empresariales tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel interno<sup>10</sup>, pero siguen concurriendo muchas circunstancias que influyen en el resultado fiscal de la operación y que, por tanto, hay que prever.

En consecuencia, se puede afirmar que toda estrategia empresarial internacional exige una planificación fiscal que no solo es admisible sino que es imprescindible como elemento determinante de dicha estrategia.

**Segundo. Reducir los costes financieros de la operación.** Qué duda cabe de que reducir al máximo los costes de cualquier operación empresarial debe ser uno de los objetivos a alcanzar en la planificación y asimismo es indudable que el tratamiento fiscal que se otorgue a los gastos financieros determina el importe efectivo de los mismos después de aplicar dicho ajuste. Por ejemplo, durante mucho tiempo la generosidad en la deducibilidad de dichos gastos reconocida en el antiguo texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ha permitido que las sociedades españolas financiaran en muy buenas condiciones su expansión. Ahora, con las limitaciones introducidas por la legislación anticrisis, dicho régimen se ha limitado, en consonancia con la directiva comunitaria que establece limitaciones importantes al respecto para no incentivar el endeudamiento de las entidades y sobre todo el fenómeno denominado «apalancamiento»<sup>11</sup>, es

<sup>10</sup> Buena parte del capítulo VII, del título VII de la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, está dedicada a tratar de neutralizar los efectos de una operación de reestructuración tanto mediante el aplazamiento de la tributación de las rentas generadas como por medio de la «congelación» de los valores existentes al inicio de la operación.

<sup>11</sup> El artículo 1 apartado segundo, dos del Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, de medidas urgentes para la reducción del déficit público, estableció, entre otras medidas, una modificación del artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 16 de la ley vigente) que supuso una limitación general en los gastos financieros netos

decir, la asunción de deuda por las sociedades en muchos casos con la única garantía del valor de los propios títulos de la sociedad.

En todo caso, una planificación del endeudamiento que respete los umbrales de deducibilidad establecidos en el artículo 20 de la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, resulta imprescindible y contribuye, como decimos, a reducir los costes financieros de las mismas.

**Tercero. Maximizar los beneficios fiscales dentro de la legalidad.** Nada hay que se oponga a la legitimidad de este objetivo, ni hay nada ilegal en buscar las economías de opción que reconozca la legislación tributaria, sin caer en el fraude de ley, el conflicto en la aplicación de las normas, la simulación o cualquier otra clase de cláusula antiabuso o antielusión. Obviamente, este es el núcleo de la cuestión, pero ya están muy desarrollados los instrumentos jurídicos necesarios para luchar contra la indebida utilización de los beneficios fiscales a los que haremos referencia al hablar en el penúltimo epígrafe de este trabajo sobre los límites de la planificación fiscal internacional que debe conseguir en este sentido, optimizar las operaciones que se realicen en función del régimen tributario existente en cada caso.

Por todo ello creemos que se puede hablar con propiedad de una «planificación fiscal posible» por ser legal y legítima respetando los principios y las normas del ordenamiento jurídico correspondiente a sea este internacional, comunitario o interno.

### III. LA «FENOMENOLOGÍA» DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL INDEBIDA

En el presente epígrafe vamos a tratar algunos de los supuestos más conocidos de lo que consideramos planificación fiscal internacional indebida, sin la pretensión de agotar una fenomenología tan rica y variada que además se va transformando continuamente.

Ante todo debemos dejar claro que frente a la planificación fiscal posible, la de naturaleza indebida se caracteriza por desenvolverse al margen o producirse en contra de alguno de los cuerpos normativos que la afectan, ya sea un ordenamiento interno, un marco jurídico definido por una organización supranacional como el derecho comunitario o la normativa derivada de los convenios y tratados internacionales. Como decimos, esta conducta se refiere no tanto a la oposición frontal a dichos cuerpos normativos mediante la simple defraudación, como, sobre todo, a lo que tradi-

---

como gastos deducibles del impuesto que en la práctica se convierte en una regla de imputación temporal específica que permite la aplicación en ejercicios futuros de manera similar a la compensación de bases imponibles negativas. Esta disposición ha sido modificada posteriormente en alguno de sus aspectos por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, y ahora también por la Ley 27/2014. En su aspecto más relevante el artículo 16 de la ley afirma: «Limitación en la deducibilidad de gastos financieros. 1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio».

cionalmente se ha denominado fraude a la ley, en este caso tributario, por tratarse, básicamente, de la utilización de una norma para eludir otra, empleando en ello un exceso en las formas de la figura utilizada («artificiosidad», art. 15 LGT) y buscando un resultado esencialmente fiscal. Al hablar de las cláusulas antielusión y antifraude haremos alusión a este aspecto que es central en la problemática planteada.

### III.1. LA UTILIZACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS INTERPUESTAS

Aunque parezca que hay otros fenómenos más importantes en este sector de cuestiones como puede ser, por ejemplo, la existencia de paraísos fiscales o cualquiera de los que vamos a tratar a continuación, para nosotros el problema jurídico-tributario más importante, y que está en la raíz de otros muchos, sigue siendo la utilización indebida de la personalidad jurídica.

El problema de la interposición de sociedades para evitar o reducir el impacto del sistema tributario viene de antiguo y está ligado directamente al reconocimiento de la personalidad jurídica. Ciertamente se puede afirmar que toda sociedad, sobre todo las de responsabilidad limitada, nacen por su propia naturaleza para interponerse bien sea frente a los acreedores privados como respecto de los públicos entre los cuales se incluyen, por supuesto, las Administraciones tributarias. Nada hay de ilegal, por supuesto, en constituir una sociedad con estos fines. La cuestión es el abuso de la personalidad jurídica para conseguir un resultado contrario al ordenamiento jurídico.

Desde la clásica obra de SERICK, R. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*<sup>12</sup>, se viene poniendo de manifiesto en nuestro derecho la problemática citada que, al igual que la planificación fiscal internacional, puede ser una realidad admisible o inadmisibles pero que sin duda es, como venimos diciendo, inevitable.

Veamos unos cuantos problemas concretos para saber a qué estamos haciendo referencia. La tendencia a constituir sociedades a medida que se va escalando en la tarifa progresiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) es una inercia irrefrenable, máxime si tenemos en cuenta el resultado final de la reforma fiscal aprobada en España en 2014, mediante la cual el tipo general en el Impuesto sobre Sociedades será del 25 % en 2016 (*art. 29.1 de la Ley 27/2014, de 28 de noviembre*) mientras que un empresario persona física puede llegar a pagar en el IRPF el 45 % sobre sus rendimientos de actividades económicas (*arts. 63 y 74 de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, modificada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre*).

La deducción por doble imposición de dividendos es otro buen ejemplo de la realidad que estamos tratando de describir. Dicha deducción o la exención parcial que ha existido hasta la mencionada reforma ha desaparecido para las personas físicas, pero para las sociedades, sobre todo

<sup>12</sup> Vid. SERICK, R.: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, ed. Ariel, Barcelona, 1958, traducción de José Puig Brutau.

precisamente en el plano internacional, se ha establecido un régimen de exención (*art. 21 de la Ley 27/2014*) y de deducciones para evitar la doble imposición internacional jurídica y económica (*arts. 31 y 32 de la Ley 27/2014*). Esta discriminación en el tratamiento fiscal de la doble imposición de dividendos constituye un motivo de primer orden para actuar siempre por medio de sociedades ya se sustenten estas en una actividad empresarial real o no.

Por otra parte, en tanto que las personas jurídicas sigan estando no sujetas al Impuesto sobre el Patrimonio (*art. 5.º uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio*), continuará existiendo un incentivo más a la constitución de cualquier clase de persona jurídica, ya sean sociedades mercantiles de cualquier clase [entre ellas de forma destacada las SICAV o sociedades de inversión de capital variable que tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, *art. 29.4 a) de la Ley 27/2014*], fundaciones, sociedades civiles con objeto mercantil o cualquier otra que sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. Ciertamente, el valor de los títulos que representan dichas entidades forma parte de la base imponible del impuesto (*art. 16 de la Ley 19/1991 relativo a los «demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad»*) pero, como es sabido, precisamente la planificación fiscal deja un amplio margen para operar sobre dichos valores, y en algunos casos, por ejemplo, en las denominadas «sociedades familiares» (*art. 4.8.dos de la Ley 19/1991*) se puede lograr la exención de las acciones o participaciones que representen la titularidad de estas sociedades.

En el plano internacional la situación es la misma. Ya hemos visto el tratamiento fiscal privilegiado que tienen las sociedades frente a las personas físicas en orden a neutralizar la doble imposición de dividendos internacional. Concorre también la circunstancia de que la utilización de personas jurídicas permite la ocultación de quien es el verdadero titular de los bienes en última instancia, a través de la interposición de personas jurídicas de forma sucesiva con residencia en paraísos fiscales o con escaso nivel de intercambio de información. La estructura clásica de una sociedad no residente en España, pero titular de bienes o empresas radicadas en nuestro territorio, cuyo accionariado está compuesto por varias sociedades domiciliadas en territorios *offshore* y que incluso está administrada por una sociedad distinta, es de sobra conocida. Si bien cada vez más países instauran registros para identificar al beneficiario efectivo del capital de la sociedad, aparecen nuevos mecanismos para permitir la propiedad anónima, como los nuevos tipos de *trust* o fideicomiso.

Pero además se van produciendo cambios significativos e innovaciones en la forma de desarrollar una actividad empresarial y los nuevos modelos de negocio aprovechan lagunas legislativas o conceptos obsoletos para elaborar nuevas estrategias de planificación fiscal a través de instrumentos diferentes a las tradicionales sociedades de personalidad jurídica. Es el caso de determinados negocios surgidos en el ámbito de la economía digital, en la que los contribuyentes han sustituido las filiales que venían actuando como sociedades distribuidoras en un determinado país por *comisionistas*, recurriendo a contratos de comisión que no son vinculantes para la empresa extranjera. De este modo, se elude el alcance previsto de la definición del concepto de establecimiento permanente en vigor sin que ello le aporte cambios sustanciales a las funciones o actividades desarrolladas en un Estado, facilitando el traslado de los beneficios fuera del país

en el que se efectúan las ventas con el objeto de reducir el pago de impuestos. La utilización indebida, no ya de personas jurídicas interpuestas sino del estatus de establecimiento permanente, hace necesaria la revisión de dicho concepto, de cara a determinar si las rentas obtenidas por una empresa no residente han de tributar o no en otro Estado.

También, por supuesto, se han adoptado medidas para evitar la opacidad fiscal que concede la personalidad jurídica en el plano internacional y a algunas de ellas nos referiremos al hablar de los límites de la planificación fiscal. Buena prueba de lo dicho es la normativa en materia de blanqueo de capitales que pone un especial énfasis en que los obligados por la ley y en cumplimiento de la diligencia debida determinen la «titularidad real» de los participantes en cualquier operación donde se produzcan indicios de blanqueo ya sea constitutiva de delito o de infracción administrativa (*Ley 10/2010, de 28 de abril*). A dicha exigencia se refiere el artículo 4 de la ley especificando que se debe averiguar quién es la persona física o jurídica que ostenta el control directo o indirecto de la entidad o de los bienes cifrada en un 25% sea del capital de la sociedad o de los bienes, por encima de titularidades formales o de estructuras fiduciarias<sup>13</sup>. Asimismo se han adoptado toda clase de medidas legislativas de carácter general para evitar los efectos perniciosos de la interposición de sociedades, desde la «doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica»<sup>14</sup>, empleada en distintos sectores del ordenamiento jurídico [*art. 43.1 g) y h) de la Ley 58/2003, General Tributaria*], hasta el régimen de transparencia fiscal internacional (*art. 100 de la Ley 27/2014*) acompañado de una reestructuración de todo el tratamiento de la doble imposición, realizada a través de un conjunto normativo cuyo principal objetivo es atraer al territorio español la tributación de aquellas rentas pasivas que, en su mayoría, se localizan fuera del territorio español con una finalidad eminentemente fiscal (principalmente, *art. 21 de la Ley 27/2014*). También se han adoptado determinadas cautelas para evitar que las denominadas sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes disfruten de beneficios fiscales [por ejemplo, el apartado a) del ya citado art. 4.8.dos de la Ley 19/1991]. El problema no es fácil de resolver porque se debe establecer un equilibrio entre el respeto a la seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad en el ámbito de la constitución de entidades y, por otro lado, la adopción de medidas antifraude. Se trata de distinguir la situación en la que legal y legítimamente se crea una sociedad para cumplir los fines de esta clase de contrato y se disfrutan de los beneficios fiscales que la

<sup>13</sup> El marco normativo actual del blanqueo de capitales viene constituido por la citada *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo* (BOE núm. 103, de 29 de abril), modificada en aspectos importantes (arts. 2, 7, 9, 10, 14, 26 y 40) por la disposición final sexta de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (BOE núm. 295, de 10 de diciembre), y por su reglamento aprobado por el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo (BOE núm. 110, de 6 de mayo. *Corrección de errores publicada en BOE núm. 186, de 1 de agosto de 2014*). Posteriormente, se ha aprobado la Directiva 2015/849/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (DOUE de 20 de mayo de 2015) que deroga las Directivas anteriores 2005/60/CE del Parlamento y de Consejo y también la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

<sup>14</sup> *Vid.* SANTOLAYA BLAY, M.: «El levantamiento del velo en el ámbito tributario: algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003» en *RCyT*. CEF, núm. 327, junio 2010, págs. 35 a 50.

propia legislación fiscal concede y aquella otra situación en que la figura jurídica creada es simplemente un almacén jurídico para conseguir fines contrarios al ordenamiento tributario. Como expondremos en el epígrafe IV.5. relativo a las cláusulas antielusión y antifraude, la planificación fiscal indebida representa en la mayoría de los casos un fraude a la ley tributaria logrado, en el presente supuesto, mediante el abuso de la personalidad jurídica interponiendo sociedades y por el contrario la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción que representa la utilización de la figura societaria.

Este es el primer obstáculo jurídico para alcanzar una efectiva imposición sobre las figuras tributarias afectadas y se debe seguir avanzando en la disposición de medios jurídicos para evitar la indebida utilización de la personalidad jurídica.

### III.2. UBICACIÓN DE SOCIEDADES EN TERRITORIOS DE BAJA TRIBUTACIÓN O PARAÍSO FISCALES

La cumbre del G20 celebrada en Londres el 2 de abril de 2009 puso el énfasis en luchar contra la evasión fiscal y el blanqueo de capitales de determinados territorios. Por su parte, en el ámbito de la OCDE y de la Unión Europea se ha intensificado la elaboración de acuerdos para profundizar en el control fiscal de los denominados «paraísos fiscales». En concreto, el Acuerdo adoptado en Londres afirmaba que era necesario: «Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales. Estamos dispuestos a desplegar sanciones para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. **La época del secreto bancario ha terminado.** Señalamos que la OCDE ha publicado una lista de países evaluados por el Foro Mundial de acuerdo con la norma internacional para el intercambio de información fiscal». La afirmación es lo suficientemente contundente para demostrar la preocupación que existe sobre este fenómeno pero, como veremos, es un tanto voluntarista<sup>15</sup>.

Debe quedar claro, desde el primer momento, que la condición de un paraíso fiscal no es tanto una cuestión de territorio sino de régimen fiscal aplicable y que, en ocasiones, dentro de un Estado sujeto a las obligaciones de información, existen excepciones a la obligación de informar<sup>16</sup>.

La delimitación de los territorios o jurisdicciones consideradas paraísos fiscales se estableció inicialmente por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio (BOE núm. 167, de 13 de julio) y ha sido actualizado posteriormente por la Orden ministerial del Ministerio de Economía de 3 de agosto de 2000 (BOE núm. 193, de 12 de agosto) y la Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre (BOE núm. 260, de 31 de octubre), sobre obligación de informar al SEPBLAC de las operacio-

<sup>15</sup> Vid. CALVO ORTEGA, R.: «La hora de los paraísos fiscales», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, marzo-abril de 2009, págs. 9 a 23.

<sup>16</sup> Vid. LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.<sup>a</sup> y LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M.: «Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales» en *RCyT. CEF*, núm. 323, febrero de 2010, págs. 5 a 54.

nes relacionadas con determinados países. La regulación sobre paraísos fiscales posteriormente se actualizó mediante la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal de 29 de noviembre de 2006, en la cual se establecen los conceptos básicos aplicables en España sobre definición de paraíso fiscal, de nula tributación y de efectivo intercambio de información tributaria. De acuerdo con dicha definición, la condición de paraíso fiscal ya no depende exclusivamente de la inclusión del territorio en un real decreto, sino de tres circunstancias objetivas: existencia de un convenio para evitar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información en materia tributaria en el que expresamente se establezca que dejan de tener dicha consideración; nivel de tributación en los impuestos sobre la renta y efectivo intercambio de información fiscal. Y es que, efectivamente, la expresada calificación debe responder a una situación jurídica y tributaria concreta, debidamente analizada. Piénsese, por ejemplo, en el caso del Estado de Delaware que no se incluye en ninguna clasificación de paraísos fiscales y que, sin embargo, opera como tal y no en vano muchas multinacionales norteamericanas están domiciliadas en el mismo para organizar su planificación fiscal internacional.

La OCDE, por su parte, tiene su propia lista. Desde el año 2009, la OCDE redobló su presión sobre los territorios incluidos en la llamada «lista gris» y que según su consideración no habían implantado suficientemente los estándares de transparencia fiscal. Se exigió un mínimo de 12 convenios firmados para poder abandonar la lista de paraísos fiscales. Muchos países se han comprometido desde entonces y algunas de las jurisdicciones más clásicas como Gibraltar, Mónaco, Liechtenstein, Guernesey, Jersey, la Isla de Man o San Marino han podido abandonar la «lista gris». También lo han hecho las Islas Caimán, las Islas Vírgenes Británicas (BVI), Turks y Caicos, Antigua y Barbuda, Belice, Bahamas y Samoa, entre muchos otros. Mediante acuerdos, a veces entre las propias jurisdicciones *offshore* o con territorios de muy escasa relevancia fiscal como las Islas Feroe o Groenlandia, poco a poco han abandonado la lista de paraísos fiscales la casi totalidad de los territorios incluidos originalmente. Tanto es así que a principios de 2012 solo figuraban en la misma Niué y Naurú, ambos con escasísima relevancia.

La OCDE además también creó el llamado grupo de «**otros centros financieros**» que si bien no se etiquetaban directamente como paraísos fiscales, sí se consideraban como insuficientemente transparentes en temas fiscales, entre los cuales se encuentran incluso Estados comunitarios como Reino Unido y Austria.

Asimismo, la Unión Europea también se ha manifestado contra los paraísos fiscales en su lucha para evitar el fraude y la evasión fiscal. Entre las actuaciones llevadas a cabo por dicha institución en los últimos años destaca la Recomendación efectuada por la Comisión de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8805 final) «relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal», en la que se señalan una serie de medidas que deberían aplicarse en las relaciones con terceros países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, haciendo implícitamente referencia a los paraísos fiscales. La Comisión recomienda la publicación por parte de los Estados miembros de listas «negras» de terceros países que no respeten las normas mínimas de buena gobernanza en materia fiscal, así como la eliminación de tales listas de aquellos países

que cumplan con dichas normas mínimas, animando a los Estados miembros a entablar negociaciones bilaterales con los países que cumplan las normas mínimas con vistas a la celebración de convenios de doble imposición.

La labor de la Unión Europea contra la evasión fiscal a través de paraísos fiscales también se ha puesto de manifiesto mediante la firma de acuerdos de intercambio automático de información tributaria con países que tradicionalmente han recibido dicha calificación, como Suiza, Liechtenstein, San Marino, Andorra y Mónaco<sup>17</sup>.

Esta política demuestra que, efectivamente, «algo está cambiando» en materia de la lucha contra los paraísos fiscales. No debe olvidarse tampoco que la lucha contra los paraísos fiscales depende de cada Estado y que la primera y más eficaz medida que debe adoptarse es no incentivar su utilización. Obsérvese que en España la rentabilidad derivada de la inversión en deuda pública está exenta en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) [art. 14.1 d) del texto refundido aprobado por RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo] sin hacer acepción del origen o residencia de la persona física o jurídica que efectúa la inversión, cuando hasta el Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril (art. 4) siempre se había excluido de esta exención, las adquisiciones realizadas desde paraísos fiscales. Eliminar la mencionada restricción permite que cualquiera que sea el origen de la operación que ha hecho posible la existencia de los fondos en territorios así calificados, incluso la directamente delictiva, quede exenta en España del IRNR. Nada más fácil, por tanto, para un defraudador o para un delincuente que tiene liquidez en los aludidos paraísos fiscales que canalizar la inversión en deuda pública española a través de los mismos disfrutando no solo de su rentabilidad financiera sino también de la fiscal. Así se ha advertido por la doctrina que se ha ocupado del tema (CUBERO TRUYO)<sup>18</sup>.

### III.3. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

En este sector de cuestiones, un concepto que sintetiza lo que venimos denominando «planificación fiscal internacional indebida» es el que se centra en un núcleo determinado de conductas que se califican como «planificación fiscal agresiva»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> La Unión Europea y Mónaco firmaron en julio de 2016 un acuerdo de intercambio de información similar al firmado con Suiza (mayo 2015), Liechtenstein (octubre 2015), San Marino (diciembre 2015) y Andorra (febrero 2016) para intercambiar con los Estados miembros de la Unión Europea automáticamente la información sobre las cuentas financieras abiertas por residentes del otro Estado, en línea con el nuevo estándar global de la OCDE/G20 (CRS) para el intercambio automático de información. Vid. en <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/12-eu-andorra-deal-on-automatic-exchange-of-tax-data/>

<sup>18</sup> Vid. CUBERO TRUYO, A.: «Medidas adoptadas en tiempo de crisis en materia de fiscalidad internacional» en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, ed. Thomson Reuters, 2014, págs. 365 y 366.

<sup>19</sup> Vid. AMORÓS VIÑALS, A.: «La planificación fiscal agresiva» en *RCyT. CEF*, núm. 362, mayo de 2013, págs. 23-58, y CALDERÓN CARRERO J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación al concepto de "planificación fiscal agresiva" utilizado en los trabajos de la OCDE» en *RCyT. CEF*, núm. 394, enero de 2016, págs. 41 a 91.

Como punto de partida hay que tener en cuenta la Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8806 final) según la cual la aludida clase de planificación: «consiste en sacar ventaja de los tecnicismos de un sistema fiscal o de las inconsistencias entre dos o más sistemas fiscales con el propósito de reducir el cumplimiento fiscal. La planificación fiscal agresiva puede tomar multitud de formas. Sus efectos van desde la doble deducción de gastos, hasta la doble no imposición». Esta definición obviamente descriptiva añade poco a lo que es necesario, es decir, una concepción analítica del fenómeno. Como sostenemos en este trabajo, no es más que una variación del concepto de fraude de ley en el ámbito internacional.

La OCDE se ha ocupado igualmente del fenómeno al que venimos aludiendo tanto en su delimitación como en la adopción de medidas contra el mismo. Su definición es, como la anterior, totalmente descriptiva y entiende por planificación fiscal agresiva «aquella planificación que implica una situación fiscal que es sostenible pero que tiene consecuencias tributarias no deseadas o inesperadas»<sup>20</sup>, lo cual es decir bien poco en orden a aclarar de lo que estamos hablando. Más relevante es el conjunto de informes llevados a cabo en el seno del grupo de trabajo (núm. 10, *Aggressive Tax Planning Steering Group*) creado para afrontar los supuestos concretos de planificación fiscal agresiva que se pretenden resolver<sup>21</sup>.

En todo caso hay que tener en cuenta también, el trabajo realizado en el ámbito de las Administraciones tributarias competentes a través de la IOTA (*Intra-European Organization of Tax Administrations*) que define la clase de planificación a la que venimos aludiendo como «cualquier esquema en el que el principal propósito o beneficio deriva de la reducción de impuestos y en el que la ventaja fiscal buscada no está claramente sancionada por la ley tributaria»<sup>22</sup>, concepto que nos remite claramente al de fraude a la ley tributaria. Quizá debido a esta tarea desarrollada por la IOTA, la AEAT en las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2013 ya incluyó por primera vez, dentro de sus actuaciones prioritarias, la lucha contra la «planificación fiscal agresiva», señalando que «Durante el año 2013, continuará el control sobre los esquemas de planificación fiscal agresiva utilizados por entidades residentes, especialmente grupos multinacionales, con el propósito de minorar artificiosamente bases imponibles generadas en España y evitar así su tributación en nuestro país», este objetivo se ha mantenido en los planes subsiguientes, incluido 2016.

El problema de la delimitación de la figura de la que venimos hablando radica también en deslindar en qué momento o a partir de qué punto la planificación fiscal legal y legítima se convierte en «agresiva» o «abusiva», términos que, en ocasiones, se utilizan indistintamente aunque no significan evidentemente lo mismo. Volviendo a la interpretación estrictamente jurídica recordemos que en el artículo 7.2 del Código Civil se establece lo siguiente respecto del abuso del derecho: «La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto

<sup>20</sup> Definición incluida en el informe titulado: *Study into the role of tax intermediaries* de 2008.

<sup>21</sup> Véanse los dos trabajos citados, *ut supra*, en la nota 19.

<sup>22</sup> Definición incluida en el informe *Aggressive tax planning* de 2011.

u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Como siempre, los conceptos basilares del derecho sirven para acotar las nuevas expresiones, sobre todo en lo que se refiere al núcleo central de la cuestión que es una conducta que sobrepasa los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para tercero, en este caso la Hacienda Pública. Efectivamente, una planificación fiscal abusiva sería la que partiendo de un marco jurídico-tributario determinado que reconoce, por supuesto, derechos a los contribuyentes se excede «manifiestamente» en el ejercicio de los mismos, provocando un perjuicio constatable a la Administración tributaria competente, en comparación con lo que hubiera sido un ejercicio normal y proporcionado, lo cual justifica en este ámbito la adopción de las medidas tributarias necesarias para evitar la persistencia del abuso y, por supuesto, su regularización fiscal con las liquidaciones y sanciones oportunas en su caso.

Más difícil es definir qué se entiende por «agresividad» a estos efectos. Es otro término descriptivo que la 23.<sup>a</sup> edición del diccionario de la Real Academia Española define de la siguiente forma: «**1.** adj. Dicho de una persona o de un animal: Que tiende a la violencia. **2.** adj. Propenso a faltar al respeto, a ofender o a provocar a los demás. **3.** adj. Que implica provocación o ataque.». No parece que este adjetivo calificativo se adecue a la conducta consistente en la planificación fiscal que hace alusión más bien a la intensidad de la conducta jurídica en la que consiste la actividad planificadora. Por ello proponemos que se sustituya la expresión «planificación fiscal agresiva» por la de «planificación fiscal indebida» que implica un resultado contrario al ordenamiento jurídico correspondiente ya sea internacional, comunitario o interno<sup>23</sup>.

#### III.4. EL *TREATY SHOPPING* Y LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS CONVENIOS

Quizá el fenómeno que se visualiza en un primer momento respecto de la planificación fiscal internacional es el de la posibilidad que ostentan las llamadas multinacionales para elegir la localización de una determinada inversión, y con ello, el marco jurídico-tributario, al cual acogerse. En otras palabras, dado el rango supranacional que tienen dichas sociedades pueden optar no solo por un determinado territorio sino también por el tratado o convenio para evitar la doble imposición que les

<sup>23</sup> En opinión de algunos autores, el concepto de planificación fiscal agresiva no constituye un nuevo «concepto legal» diseñado para prevenir prácticas fiscales abusivas, ni puede ser empleado como una categoría equivalente o sinónima a la de «elusión fiscal ilegítima», sino más bien «estaríamos, por tanto, ante un nuevo principio-guía que contribuye a articular el cambio de paradigma y la nueva forma de entender la fiscalidad internacional construida desde el plano supranacional pero sin descartar lógicamente posibles aplicaciones por vía interpretativa del nuevo enfoque que guiará toda la regulación internacional (y nacional) post-BEPS». Vid. en CALDERÓN CARRERO J. M. y QUINTAS SEARA, A.: «Una aproximación...», *op. cit.*, pág. 52.

resulte más favorable y a cuyo amparo se van a realizar las operaciones entre la entidad residente en el Estado en el cual se ha originado la inversión y la residente en el Estado destinatario de la misma.

De esta forma, cumpliendo el criterio de sujeción establecido en el convenio, ya sea el domicilio fiscal o la residencia efectiva de la sociedad, se opta por el régimen tributario que más interesa, bien sea por el sistema de imputación de rentas o gastos, bien por los mecanismos para evitar la doble imposición de dividendos, o lo que es cada vez más importante, si existe o no cláusula de información tributaria y cómo está configurada la misma<sup>24</sup>. En principio, se trata de una manifestación de lo que se viene entendiendo como «economía de opción», a la que nos referiremos posteriormente.

Este fenómeno se puede ejemplificar en el hecho de que muchas de las inversiones extranjeras en nuestro país se realizan a través de sociedades interpuestas en países donde el convenio aplicable resulta más favorable o países donde se elude un convenio cuya aplicación resulta menos beneficiosa. Por ejemplo, los Estados Unidos es uno de los países que más invierte en España, y lo hace generalmente a través de los Países Bajos.

El motivo de la interposición de una sociedad neerlandesa entre España y los Estados Unidos responde, entre otros, al elevado tipo de retención en origen o *withholding tax* que soportan los dividendos repartidos por las filiales españolas a sus matrices estadounidenses y que resulta de la aplicación del todavía vigente convenio suscrito entre España y los Estados Unidos, que se remonta al año 1990<sup>25</sup>. Para evitar la aplicación de la retención, los Estados Unidos interponen una sociedad *holding* en los Países Bajos, Estado miembro de la Unión Europea, de manera que los dividendos repartidos por la filial española a la sociedad neerlandesa se benefician del régimen de exención de retención en origen previsto en la Directiva sobre matrices y filiales<sup>26</sup>. Además, los Países Bajos aplican el régimen de *participation exemption* por el que no sujeta a tributación

<sup>24</sup> Véase una buena descripción del fenómeno citado y de sus manifestaciones más frecuentes en JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L.: «Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas» en *RCyT*. CEF, núm. 339, junio de 2011, págs. 59 a 108.

<sup>25</sup> A fecha de hoy, todavía está pendiente la publicación en el BOE el protocolo que modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América de 1990 y del memorando de entendimiento, hechos en Madrid el 14 de enero de 2013, así como de las notas sobre subsanación de errores. En el nuevo artículo 10, apartado 2, se establece la no imposición en el Estado contratante en el que reside la sociedad que paga los dividendos de ningún tipo de retención si el beneficiario efectivo es una sociedad residente del otro Estado contratante que haya poseído, directa o indirectamente a través de uno o más residentes de cualquiera de los Estados contratantes, acciones que representen el 80% o más del capital con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos, entre otros requisitos. La aplicación de dicho artículo favorecerá la inversión directa norteamericana en nuestro país, ya que la repatriación de dividendos no estará sujeta a retención en origen.

<sup>26</sup> Por aplicación de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, e incorporada a nuestro ordenamiento interno a través del artículo 14 h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

los dividendos obtenidos por el accionista neerlandés o las ganancias patrimoniales derivadas de la venta de sus participaciones. Si a esto le añadimos que los Países Bajos gozan de una extensa red de convenios con otros países terceros y que los dividendos repartidos por la filial neerlandesa a su matriz estadounidense pueden quedar sujetos a una retención menor<sup>27</sup> o incluso exentos en los Países Bajos (por aplicación del protocolo que modifica el Convenio Países Bajos-Estados Unidos de 2004 cumpliendo, entre otros, determinados requisitos como que el beneficiario efectivo sea empresa residente en Estados Unidos dueña directamente de acciones que representan el 80% o más de los derechos de voto de la sociedad neerlandesa), se entiende que los Estados Unidos busquen el mayor ahorro de impuestos posible incluyendo esta estructura triangular en la planificación fiscal de sus inversiones en España.

No obstante, como veremos posteriormente, hay que tener en cuenta que existen mecanismos en las legislaciones internas y en los convenios de doble imposición para impedir la utilización abusiva de estas estructuras aparentemente legítimas. Algunos de los convenios de doble imposición suscritos por España incorporan cláusulas antiabuso como herramientas para combatir el *treaty shopping*<sup>28</sup>. Así, por ejemplo, España regula en algunos de sus convenios la «cláusula de beneficiario efectivo» para las rentas contempladas en los artículos 10, 11 y 12 del convenio para evitar la interposición de meras sociedades instrumentales por motivos fiscales. No obstante, aunque en el convenio suscrito por España con los Países Bajos no incorpore la mencionada cláusula, será la propia normativa interna española quien se encargue en esta ocasión de impedir que el reparto de dividendos quede exento de retención en España si la constitución y operativa de la sociedad intermedia no responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas [letra h) del art. 14 del texto refundido de la Ley del IRNR, aprobado por el RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo].

Por ello, el ejemplo expuesto de estructura triangular para la planificación fiscal no incluiría la interposición en los Países Bajos de meras sociedades instrumentales o ficticias que automáticamente provocarían que los dividendos repartidos quedaran sujetos a retención en origen, sino de sociedades que tienen la apariencia real de sociedades constituidas por motivos económicos válidos y con sustancia económica. Sin embargo, en la práctica, no va a resultar fácil para

<sup>27</sup> El tipo de retención dependerá, entre otras cuestiones, del porcentaje de participación en el capital o de acciones con derechos de voto que una sociedad detenta sobre la otra. El Convenio suscrito entre Países Bajos y Estados Unidos contempla una retención menor que el acordado entre España y Estados Unidos, cuando existe una participación significativa.

<sup>28</sup> Destaca recientemente la acción n.º 6 del proyecto OCDE/G20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de beneficios (*BEPS*), dirigida a impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales, en particular, la búsqueda del convenio más favorable (*treaty shopping*), proponiendo nuevas cláusulas que se erigen como auténticas garantías y salvaguardias de su uso abusivo (por ejemplo, incluyendo en los convenios una declaración explícita en virtud de la que los Estados firmantes de un convenio se comprometen a evitar situaciones que entrañan el riesgo de doble imposición o excesivamente reducida a través de la evasión fiscal o el abuso del derecho, o la inclusión en el convenio de la «cláusula de limitación de beneficios» (LOB), o de una cláusula basada en los propósitos principales de las transacciones u operaciones («test del propósito principal») para abordar otras formas de uso abusivo de los convenios.

el Estado de origen de los dividendos, en nuestro ejemplo España, demostrar que la sociedad intermedia no es el beneficiario efectivo por carecer de sustancia económica. Ya el informe de la OCDE de 1986 *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies* puso de relieve esta dificultad al señalar que «El hecho de que la función principal de la sociedad intermedia sea la tenencia de activos u otros derechos no es suficiente por sí misma para calificarla como mera intermediaria. No obstante, el hecho de que sea esa su función principal puede ser indicativo de que es necesario un análisis más profundo de esa sociedad. En cualquier caso, este análisis puede resultar excesivamente gravoso para el Estado de la fuente. Además, incluso en determinados casos el Estado de residencia de la sociedad intermedia no tiene la información suficiente acerca de los partícipes de esa sociedad, otros interesados o sobre el procedimiento de adopción de decisiones de la sociedad»<sup>29</sup>.

Es evidente que, en el caso expuesto, la planificación fiscal internacional lo que hace es convertir en una economía de opción la falta de una política de uniformización de los convenios para evitar la doble imposición internacional y de las legislaciones internas.

La pregunta que tenemos que hacer inmediatamente es si se puede considerar este fenómeno un supuesto de planificación fiscal internacional posible o indebida. Empleando tanto las categorías conceptuales de nuestro derecho (fraude de ley y economía de opción) como la normativa comunitaria y las disposiciones de la OCDE, podemos afirmar que nada hay, en principio, que se oponga a que una sociedad diseñe una operación teniendo en cuenta el régimen tributario de cada Estado y los convenios de doble imposición suscritos por el mismo. Son las distintas soberanías fiscales las que permiten esta posibilidad, máxime si tenemos en cuenta que, siguiendo el ejemplo expuesto anteriormente, lo que se está evitando con la estructura triangular planteada es la reducción o eliminación de la retención en origen o *withholding tax* adicional que sufre el reparto del dividendo correspondiente a esa renta que ya ha tributado previamente por el correspondiente Impuesto sobre Sociedades.

Así, imaginemos que una renta tributa por el correspondiente Impuesto sobre Sociedades al 25% en el país de origen comunitario. Posteriormente el dividendo correspondiente a dicha renta se reparte a un país no comunitario y se sujeta a una retención en origen del 10% en virtud del convenio suscrito entre ellos. La tributación en el país de origen ascendería, por tanto, al 35%. Adicionalmente, el Estado que obtiene el dividendo repartido eliminaría la doble imposición económica y jurídica no volviendo a gravar la renta obtenida, pero no devolvería la retención satisfecha en el país de origen, por lo que la carga fiscal total seguiría siendo del 35%. Sin embargo, si la sociedad matriz residiera en la Unión Europea y no se le practicara retención en origen alguna por aplicación de la Directiva sobre matrices y filiales, la tributación efectiva que sufriría el mismo tipo de renta sería del 25%. ¿Podemos hablar de una planificación fiscal inde-

<sup>29</sup> Vid. *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, OCDE, 1986, citado por VEGA BORREGO, F. A.: «El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición» en *Documentos IEF* n.º 8/2005, pie de página 53.

bida si, con este tipo de estructuras societarias triangulares que hemos comentado se consigue que la carga fiscal total sufrida por esa renta se reduzca al 25 %, esto es, la misma carga de gravamen que sufriría la renta si fuera repartida a una matriz comunitaria? ¿Cuál es el umbral de tributación razonable, 25 % o 35 %? ¿Cuál debe ser el criterio justo de reparto de la carga fiscal? ¿Estamos alterando, en este supuesto, la finalidad intrínseca del convenio, pactado de acuerdo a la voluntad de las partes, de que la renta solo se grave en el país de origen, esto es, allí donde se ha generado? Quizás no estén todavía claras las reglas del juego. Lo que parece evidente es que las respuestas a estas preguntas nos podrían ayudar a determinar si estamos ante una planificación fiscal indebida o quizás se trate de planificación fiscal posible. Cuestión distinta sería si el resultado global obtenido puede considerarse contrario a algún principio jurídico o a algún conjunto normativo en concreto. Nos referimos a la «patología» de determinadas estrategias fiscales que se pueden ejemplificar en los casos de «doble no imposición» y que abordaremos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente.

Si resulta inobjetable que una entidad valore las disposiciones de un convenio para evitar la doble imposición, entendida esta como un fenómeno rechazable en sí mismo tanto jurídicamente por oponerse al principio de capacidad económica como económicamente por ser nocivo para la rentabilidad de las inversiones, lo que sí resulta objetable por carecer de toda lógica, no solo jurídica, es que el resultado final de la aplicación de los mencionados convenios y de la normativa interna sea no evitar la doble imposición sino la no imposición en absoluto o una reducción considerable de impuestos, por debajo del umbral razonable. Es decir, que por el juego de las medidas unilaterales y bilaterales para evitar la doble imposición lo que se produzca es la exención de una capacidad económica determinada.

Como decimos, si se acredita que el resultado de la planificación fiscal internacional es no suprimir un fenómeno jurídica y económicamente indeseable sino provocar otro opuesto, cual es la no tributación de una fuente de renta, la calificación está clara. El primero constituiría un supuesto de planificación fiscal posible y el segundo un caso evidente de planificación fiscal indebida.

Obviamente, lo que acabamos de decir nos remite a la teoría de la interpretación de los tratados en general y de los convenios para evitar la doble imposición internacional en particular que es desde donde se deben dar las respuestas oportunas a los problemas interpretativos concretos derivados de la aplicación de los convenios<sup>30</sup>. En este sentido, en la lucha contra el *treaty shopping* destacan los trabajos de la OCDE, en particular los comentarios al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de 2003, que en el apartado 20 de los que se refieren al artículo 1 contiene una propuesta de carácter general para impedir esta práctica de «mercadeo de tratados» que consistiría en incluir una cláusula general de limitación de beneficios que tendría por objeto: «evitar que las personas que no sean residentes en ninguno de los Estados firmantes del convenio, puedan disfrutar de los beneficios del mismo, mediante el recurso a una

<sup>30</sup> Vid. RIBES RIBES, A.: *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2003.

entidad que, en otro caso, reuniría las condiciones para ser considerada como residente de uno de esos Estados», estableciendo determinados criterios para determinar la residencia efectiva de dicha entidad.

### III.5. EL PROBLEMA DE LA «DOBLE NO IMPOSICIÓN»

Dentro de lo que hemos venido llamando planificación fiscal indebida destacaríamos la práctica conducente a la aplicación de mecanismos que se nutren de asimetrías o divergencias existentes en cuanto al tratamiento fiscal de una entidad o de un instrumento financiero con arreglo a los ordenamientos de dos o más jurisdicciones, que puede acabar generando una ausencia de imposición sobre una misma renta o el diferimiento a largo plazo de los tributos.

Como es bien sabido, los convenios para evitar la doble imposición contienen, entre otras previsiones, medidas para evitar los supuestos de doble imposición que pueden producirse sobre una misma renta o patrimonio. Su aplicación permite que la renta se grave en el lugar de origen, o en el de destino, o se comparta la tributación entre los Estados que lo suscriben, esto es, que se produzca una única imposición al máximo previsto. Así, para que la renta sea gravada en el lugar de origen, será necesario que el lugar de destino aplique el método de exención para eliminar la doble imposición. Si la voluntad de las partes es que la renta sea gravada exclusivamente en destino, será necesario que el país de origen no la grave. Por último, si lo que se pretende es lograr el reparto de la carga impositiva, tanto un Estado como otro sujetará a tributación la renta obtenida, pero la carga fiscal total no podrá ser superior a aquella que se hubiera producido de haberse obtenido la renta íntegramente en el Estado de destino, lo que se conseguirá si este Estado elimina la doble imposición mediante la utilización del método de imputación.

Pues bien, analizadas estas situaciones, podemos distinguir determinados casos en los que las rentas o beneficios distribuidos, no es que se beneficien de una única tributación, sino que no son objeto de imposición en absoluto o la tributación se reduce considerablemente, por debajo del umbral razonable, tanto en el Estado de origen como en el de destino. Lo anterior sucedería cuando la normativa interna del Estado de origen no prevea ningún impuesto sobre determinados elementos de la renta o del patrimonio —o cuando el impuesto no se perciba debido a circunstancias particulares tales como la compensación de pérdidas, un error o la expiración del plazo de prescripción— y, simultáneamente, el Estado de destino aplique sobre esta misma renta el método de exención para eliminar la doble imposición. Es el caso, por ejemplo, de dividendos que son deducidos en el país donde reside la sociedad que los reparte y gozan de exención en el país de destino. Igualmente la situación descrita se manifiesta en el supuesto de los denominados «préstamos híbridos», esto es, instrumentos financieros que presentan características tanto de préstamo financiero como de capital y que debido a las diferentes consideraciones fiscales otorgadas por los países a dichos préstamos (como capital o deuda), los pagos en concepto de préstamo híbrido transfronterizo se tratan como un gasto fiscalmente deducible en un Estado (el Estado del pagador o Estado de origen) y como distribución de beneficios exenta de impuestos en el otro Estado (el Estado del beneficiario o Estado de destino), provocando así una doble no imposición que puede no ser deliberada.

Las situaciones de «doble no imposición» ya fueron abordadas por la Unión Europea a través de la modificación de la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes realizada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014. Así, los considerandos 2.º y 3.º de la Directiva 2014/86/UE expresamente disponen que «(2) Las ventajas que se derivan de la Directiva 2011/96/UE no deben dar lugar a situaciones de doble no imposición y, por lo tanto, generar ventajas fiscales no deliberadas para grupos de sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en comparación con grupos de sociedades de un mismo Estado miembro. (3) Con el fin de evitar situaciones de doble no imposición derivadas de asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios entre Estados miembros, resulta oportuno que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro de su establecimiento permanente impidan a esas empresas acogerse a la exención fiscal aplicada a los beneficios distribuidos que hayan recibido, en la medida en que dichos beneficios sean deducibles por la filial de la sociedad matriz».

Recordemos que dicha Directiva 2011/96/UE prevé la utilización del método de exención para eliminar la doble imposición que recae sobre los dividendos obtenidos por una sociedad matriz residente en un Estado miembro de su sociedad filial residente en otro, por lo que la solución propuesta en la directiva modificada pasa por denegar la posibilidad de aplicar dicho método de exención cuando los pagos relacionados con una distribución de beneficios sean deducibles en el Estado miembro de origen. Por lo tanto, el Estado miembro de la sociedad beneficiaria (sociedad matriz o establecimiento permanente de la sociedad matriz) gravará la parte de los pagos relacionados con una distribución de beneficios que sea deducible en el Estado miembro de la filial que efectúa el pago.

También recientemente la OCDE ha puesto de manifiesto su preocupación por la utilización de estos mecanismos híbridos proponiendo la acción 2 en el proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (*BEPS*). No obstante, las recomendaciones se dirigen a la modificación de normas de derecho interno y modificaciones al texto del Modelo de Convenio sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, que deberán ser traspuestas a los ordenamientos internos y a los tratados, a fin de que neutralicen los efectos de los mecanismos híbridos. El Consejo de la Unión Europea ha respaldado una rápida y efectiva aplicación coordinada de las medidas contra las *BEPS* en el plano de la Unión Europea y recientemente ha publicado la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior. En dicha directiva se regula, entre otras, normas para hacer frente a las asimetrías híbridas, estableciendo que si una asimetría híbrida da lugar a una doble deducción, la deducción solo se concederá en el Estado miembro en el que se haya originado el pago correspondiente, mientras que si la asimetría híbrida da lugar a una deducción sin inclusión, el Estado miembro del contribuyente denegará la deducción del pago correspondiente.

Entendemos que la normativa interna de cada país podría solucionar los problemas de doble no imposición (bien impidiendo la deducibilidad del gasto en el Estado de origen o bien impidiendo la aplicación del método de exención en el Estado de destino), o la solución podría venir

de la mano de los convenios de doble imposición (impidiendo que el Estado de destino aplique el método de exención si la renta no ha sido efectivamente gravada en el Estado de origen). Sin embargo, estas soluciones no permiten garantizar una aplicación uniforme del tratamiento de los híbridos financieros, posibilitando que los grupos transnacionales escojan el entorno donde su aplicación sea más favorable (esto es, las sociedades invertirían a través de países intermediarios en los que las disposiciones contra las prácticas abusivas fuera menos estrictas o en los que no existiera ninguna normativa al respecto). Otras iniciativas internacionales, como las emprendidas por la OCDE en el proyecto *BEPS*, pueden no conseguir dar respuesta a las preocupaciones sobre la doble no imposición dado su carácter de *soft law*. Por todo lo expuesto, creemos acertada la publicación de la Directiva 2016/1164/UE que fija un nivel mínimo común de protección y que resulta de obligado cumplimiento para los Estados miembros.

### III.6. EL PLAN DE ACCIÓN CONTRA LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE Y EL TRASLADO DE BENEFICIOS DE LA OCDE Y EL G20: PROYECTO *BEPS* (*BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING*)

Hace tiempo que la OCDE viene elaborando diversos documentos que tratan de afrontar los problemas descritos hasta ahora. En esta dirección se inscriben los ya publicados por la OCDE acerca de la utilización abusiva de pérdidas fiscales (2011), el abuso de entidades o instrumentos híbridos (2012) y sobre todo el más importante y conocido sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (*BEPS*) (12 de febrero de 2013). Como se destaca acertadamente en el documento citado, el proyecto *BEPS*: «marca un punto de inflexión en la historia de la cooperación internacional en materia de tributación»<sup>31</sup>.

Resalta la OCDE que, además de una merma recaudatoria, estos esquemas generan ventajas competitivas para las multinacionales frente a empresas más pequeñas o exclusivamente locales, que no tienen acceso a esta planificación sofisticada y soportan impuestos más altos<sup>32</sup>.

Para hacer frente a estas manifestaciones de lo que nosotros consideramos planificación fiscal internacional indebida, la OCDE y el G20 en su reunión de Lima el 10 de octubre de 2015 han propuesto y aprobado las siguientes líneas de acción en materia fiscal en aquellos sectores que resultan más problemáticos (informes finales 2015):

- Acción 1: Abordar los retos de la economía digital para la imposición.
- Acción 2: Neutralizar los efectos de los instrumentos híbridos.

<sup>31</sup> Vid. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficio*, OCDE, 2013, pág. 31.

<sup>32</sup> Vid. GARCÍA NOVOA, C.: «*Base erosion and profit shifting* (*BEPS*) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», en *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, mayo-junio 2015, págs. 45 a 78.

- Acción 3: Refuerzo de la normativa sobre *Controlled Foreign Corporations*.
- Acción 4: Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones.
- Acción 5: Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.
- Acción 6: Impedir la utilización abusiva de convenios.
- Acción 7: Impedir la elusión artificiosa del estatuto del establecimiento permanente.
- Acciones 8, 9 y 10: Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor.
- Acción 11: Evaluación y seguimiento de *BEPS*.
- Acción 12: Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.
- Acción 13: Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia.
- Acción 14: Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias.
- Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales.

Las acciones descritas representan, indudablemente, un avance cualitativo en los objetivos que establece la OCDE en su actuación mucho más ambiciosos que los objetivos diseñados hasta ahora y que hacen frente a los supuestos más importantes de la planificación fiscal indebida que van desde la elusión a los precios de transferencia, pasando por toda clase de prácticas tributarias perniciosas. Por otra parte, se trata de un conjunto heterogéneo de medidas en algunos casos teñidas de un cierto voluntarismo como, por ejemplo, la acción 12 que se refiere a la acción de exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva, o de escasa concreción como la acción 6 relativa a impedir el abuso de los convenios. En todo caso, como es evidente, la implementación de las disposiciones en que se materialicen los expresados objetivos depende por completo de la voluntad política de cada Estado de someterse al plan *BEPS*, mientras este no se convierta en un tratado o se integre en los ya existentes como los convenios para evitar la doble imposición<sup>33</sup>. En cualquier caso, tal como hemos comentado anteriormente, la Unión Europea ya manifestó su voluntad de aplicar soluciones que se ajusten a las conclusiones *BEPS* de la OCDE. Con este objetivo, recientemente ha publicado la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros, por la que se establece un nivel mínimo de protección frente a determinadas prácticas de elusión fiscal relacionadas con la deducibilidad de los intereses, la imposición de salida, las prácticas abusivas, las sociedades extranjeras controladas y las asimetrías híbridas.

<sup>33</sup> Vid. 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» en *RCyT. CEF*, núm. 391, octubre de 2015, págs. 77 a 110.

## IV. LOS LÍMITES DE LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

### IV.1. EL DERECHO COMUNITARIO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En su lucha contra los paraísos fiscales y la planificación fiscal agresiva, la Comisión aprobó el 6 de diciembre de 2012, una Comunicación que contenía 34 iniciativas que formaban parte del denominado «Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal» [COM (2012), 722 final]. Algunas de las medidas incluidas han sido ya adoptadas por el legislador comunitario, como, por ejemplo, la revisión de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, «relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes» que trata de evitar la «doble no imposición», mientras que otras exigen un plazo más amplio.

Además, la Comisión ha aprobado determinados documentos que sin ser todavía vinculantes tienen una extraordinaria importancia y ponen de manifiesto la orientación de la política comunitaria en esta materia. El primero de ellos, la Recomendación «sobre la planificación fiscal agresiva» [C(2012) 8806 final], dirigida a impedir que, por aplicación de los convenios de doble imposición, resulte una ausencia de tributación sobre un determinado elemento de los ingresos. El segundo, la Recomendación «relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal» [C(2012) 8805 final] que señala una serie de medidas que deberían aplicarse en las relaciones con terceros países que no cumplan las normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal, haciendo implícitamente referencia a los paraísos fiscales. Un tercer documento, la Recomendación «sobre la aplicación de medidas contra los abusos en detrimento de los convenios fiscales» [C(2016) 217], destinado, particularmente, a evitar la utilización de híbridos y el *treaty shopping*. Este tercer documento forma parte del «Paquete Anti-Evasión Fiscal (2016)» que ha puesto en marcha la referida institución comunitaria y está estrechamente conectado con la acción 6 del Plan *BEPS* de la OCDE.

Estas recomendaciones y comunicaciones se inscriben en la línea que vienen marcando tanto la Comisión, el Consejo como el Parlamento Europeo de lucha contra la evasión y el fraude fiscal y ha sido estudiada con detenimiento por la doctrina que se ha ocupado del tema, pero no obstante queremos hacer algunas observaciones generales<sup>34</sup>.

**Primero.** Grado de coactividad de los documentos. En su mayoría, nos movemos en el nivel jurídico del *soft law*. El conjunto de recomendaciones y comunicaciones citadas, como hemos dicho, no tienen carácter vinculante sino que tratan de orientar la política fiscal de los Estados

<sup>34</sup> Sobre los antecedentes y contenido de estas disposiciones, véase CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», en *RCyT*. CEF, núm. 363, junio de 2013, págs. 5 a 40.

miembros. La limitación es importante porque con estas herramientas jurídicas se tiene que hacer frente no solo a la planificación fiscal agresiva sino al fenómeno previo que es la competencia fiscal perniciosa entre Estados. Es evidente, por tanto, que hay que avanzar en el proceso de aproximación normativa de la imposición directa en el ámbito de la Unión Europea para poder contar con instrumentos eficaces en la lucha contra esta manifestación de la planificación fiscal indebida.

**Segundo.** Líneas generales de actuación. Los documentos a los que nos hemos referido ponen el énfasis, ya desde la Comunicación de la Comisión de 27 de junio de 2012, básicamente, en la necesidad de aumentar la efectividad de la recaudación de los Estados miembros, afectada por la planificación fiscal internacional, la conveniencia de incrementar la coordinación entre las distintas Administraciones fiscales competentes y la oportunidad de aprobar una política común frente a los Estados extracomunitarios para luchar contra la evasión y la competencia fiscal perniciosa. No se puede negar el acierto en identificar estos objetivos, pero dado el carácter no vinculante de las medidas propuestas que ya hemos destacado, su aplicación depende «en un todo» de la voluntad política de cada Gobierno para implementarlas.

**Tercero.** Valoración de su eficacia. Será necesario hacer un seguimiento en los próximos años del grado de ejecución del conjunto de medidas propuestas. Dada su aludida naturaleza de *soft law*, es previsible un nivel de cumplimiento desigual en función de los inevitables cambios que se producen en la política fiscal de los Estados miembros. Es imprescindible someter las medidas a un «test de eficacia» en comparación con otra clase de instrumentos como el *FATCA* al que nos referiremos más adelante y que constituye un modelo de adopción de medidas incluso frente a Estados muy resistentes a cualquier sistema de control y, por supuesto, hay que comparar su eficiencia con la vía de los convenios para evitar la doble imposición a los que también nos referiremos.

Sin embargo, al margen de la naturaleza de *soft law* de algunas de las medidas adoptadas, la Unión Europea también está realizando un esfuerzo por regular la materia que tratamos de manera coordinada y eficaz, incluso con la propia OCDE, a través de instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados miembros, como son las directivas, aun cuando tropiece a menudo con la falta del consenso necesario para su aprobación. Como ejemplo de esta labor legislativa realizada para combatir el fraude y la evasión fiscal podemos citar la ya comentada modificación de la Directiva sobre matrices y filiales que, como hemos visto, obliga al Estado de destino del dividendo a impedir la aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición en ausencia de imposición en el Estado de origen al objeto de evitar la «doble no imposición». Igualmente, la modificación de la Directiva relativa a la cooperación administrativa de 2011 por parte de la Directiva 2014/107/UE, que ha obligado a incorporar en las legislaciones internas de los Estados miembros la normativa necesaria para que pueda llevarse a cabo el efectivo intercambio de información *financiera*, de conformidad con la norma internacional publicada por el Consejo de la OCDE en julio de 2014 (*CRS*<sup>35</sup>). Además, dentro del «Paquete anti-evasión fiscal (2016)», se incluye la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se estable-

<sup>35</sup> Sobre el *Common Reporting Standard* o *CRS*, por sus siglas en inglés. *Vid. infra.* apartado IV.4.

cen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, que pretende asegurar una aplicación adecuada y coordinada dentro de la Unión Europea de las recomendaciones contenidas en el proyecto *BEPS* de la OCDE, estableciendo ciertos criterios y estándares mínimos así como la Directiva 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo de 2016, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad que tiene por objeto incorporar el informe «país por país», que permitiría a las Administraciones de los Estados miembros tener acceso a determinada información fiscal sobre las empresas multinacionales que operen dentro de la Unión Europea, esencial para detectar e impedir estructuras fiscales fraudulentas.

La segunda gran aportación del derecho comunitario a la lucha contra el fraude y la evasión fiscal es, indudablemente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–) que se ha pronunciado en algunos casos sobre la materia.

En las Sentencias *Cadbury* y *Halifax*, se establece un cuerpo doctrinal de imprescindible consulta en la materia sobre el concepto de práctica fiscal abusiva y los límites que implica el derecho comunitario al respecto.

En la primera Sentencia citada, del TJCE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Swcheppes*, en el asunto C-196/04 (NFJ023535), el tribunal establece su doctrina sobre el abuso del tratado (punto 35): «los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el tratado, intentar evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional. Tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta (sentencias de 7 de febrero de 1979, *Knors*, 115/78, Rec. p. 399, apartado 25; de 3 de octubre de 1990, *Bouchoucha*, C-61/89, Rec. p. I-3551, apartado 14, y de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. p. I-1459, apartado 24))».

Por otra parte, la Sentencia *Cadbury* fija el objetivo de las medidas antielusión y antifraude (punto 55): «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».

En el mismo tenor literal se manifiesta el punto 74 de la Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, asunto C-524/04 (NFJ024996).

Por último, la Sentencia *Cadbury* en el asunto C-196/04 establece las características de la operación susceptible de ser declarada contraria al derecho comunitario que coinciden «en un todo», si bien con un lenguaje mucho menos preciso, con el concepto de fraude a la ley tributaria que manejamos en este trabajo: «La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal

y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de diciembre de 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Rec. p. I-11569, apartados 52 y 53, y de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-0000, apartados 74 y 75)».

Por su parte, la Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 2006, Halifax, en el asunto C-255/02 (NFJ021677), confirma la doctrina transcrita, respecto de las prácticas abusivas (punto 74) al afirmar: «A la luz de estas consideraciones, parece que, en el ámbito del IVA, la comprobación de que existe una práctica abusiva exige, por una parte, que, a pesar de la aplicación formal de los requisitos establecidos en las disposiciones relevantes de la Sexta Directiva y de la legislación nacional por la que se adapte el derecho interno a esta directiva, las operaciones de que se trate tengan como resultado la obtención de una ventaja fiscal cuya concesión sería contraria al objetivo perseguido por tales disposiciones».

En conclusión, por lo que aquí interesa, la jurisprudencia del TJUE constituye un límite a lo que nosotros consideramos planificación fiscal indebida, noción que las sentencias de dicho tribunal sitúan en un entorno conceptual muy próximo al de fraude a la ley. Es decir, como acabamos de apreciar, se refieren a una operación («montaje» dice la jurisprudencia citada) en la que se cumplen los requisitos formales de una determinada normativa («norma de cobertura», decimos en el derecho español, elemento objetivo dice el TJUE) pero se obtiene un resultado contrario a dicho conjunto normativo («norma defraudada» según nuestra LGT), operación que tiene por finalidad exclusiva obtener una ventaja fiscal y que se realiza con una intención claramente fraudulenta (elemento subjetivo según el TJUE)<sup>36</sup>.

#### IV.2. EL PAPEL DE LA OCDE EN SU LUCHA CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL INDEBIDA: LA EVOLUCIÓN DEL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE ESPAÑA Y SUIZA, ESTADOS UNIDOS, ANDORRA Y LUXEMBURGO

La OCDE ha sido la institución en la cual, desde su inicio<sup>37</sup>, se ha creado el marco jurídico necesario no solo para luchar contra el indeseado fenómeno de la doble imposición internacional sino también para toda una política de coordinación fiscal y de intercambio de información que actualmente constituye un instrumento privilegiado para la lucha contra el fraude tributario internacional. En este sentido hemos podido apreciar al analizar el Plan *BEPS* y la planificación

<sup>36</sup> De gran interés práctico resulta el estudio de la Comisión Europea *Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators – Final report*, Working Paper n.º 61, 2015, que recoge una lista de 33 indicadores de planificación fiscal agresiva que facilitan o permiten dicha planificación fiscal agresiva. Llama la atención como España, junto a Dinamarca, son los países cuyas legislaciones recogen una cantidad menor de medidas indicadoras de planificación fiscal agresiva [7 indicadores en total, que incluyen, por ejemplo, la deducibilidad de los intereses financieros, trato fiscal favorable para los ingresos derivados de la propiedad intelectual (*patent box*) o la deducibilidad de los cánones].

<sup>37</sup> Vid. FORNS, J. J.: *La doble imposición internacional*, ed. Cámara de Comercio de Madrid, 1960.

fiscal agresiva el papel que ha jugado la OCDE en la lucha con los fenómenos que consideramos planificación fiscal indebida. La llamada «era post-BEPS» es una realidad y, en el marco de la propia OCDE, ya empiezan a ver la luz algunas de las prácticas propuestas, como la firma del Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes en enero de 2016 por parte de 31 Estados, entre los que se incluyen España, que permitirá la aplicación coherente y rápida de las nuevas normas de información de precios de transferencia desarrolladas dentro de la acción 13 del Plan de acción *BEPS*<sup>38</sup>. Así, a través de un sistema de intercambio de información «país por país», las multinacionales residentes en un país con una cifra de negocios superior a 750 millones de euros y que tengan la condición de sociedades dominantes del grupo se comprometen a suministrar información a las autoridades fiscales sobre los impuestos que hay en cada país. Los citados informes deberán presentarse anualmente en la jurisdicción de la matriz del grupo multinacional, y se compartirán de manera automática con los otros Estados firmantes, a través del intercambio de información intergubernamental. Aunque la información se refiere ya a periodos impositivos iniciados desde 2016, el intercambio de información se hará efectivo a partir de 2017.

Pero el instrumento más importante y que mejor describe la función de coordinación que ha desempeñado la OCDE son los convenios para evitar la doble imposición. España, como muchos otros miembros de la OCDE, ha comenzado a modificar los convenios que tiene suscritos, para adaptarse a los cambios producidos en materia tributaria, desde la aprobación de algunos de los tratados existentes que son de los años ochenta e incluso anteriores. En todo caso, uno de los aspectos más importantes de las modificaciones introducidas son las obligaciones de intercambio de información tributaria que es el punto en el que vamos a centrarnos seguidamente. Ahora bien, conviene precisar desde el primer momento que los datos obtenidos por los Estados miembros implicados pueden utilizarse también para otros fines no tributarios, entre los que destaca la prevención y lucha contra el blanqueo de capitales.

**Suiza** es el mejor ejemplo de cómo están cambiando las cosas en este sector de cuestiones. De un régimen de secreto bancario infranqueable a todos los efectos, ha pasado de la simple colaboración judicial en ejecución de sentencias respecto de delitos fiscales a la firma de acuerdos y tratados que implican el intercambio automático de información tributaria.

Actualmente, el marco jurídico internacional de las relaciones fiscales entre España y Suiza viene constituido por el Protocolo firmado en Madrid el 27 de julio de 2011 (BOE de 11 de junio de 2013), entre el Reino de España y la Confederación Suiza, que modifica el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio firmado en Berna el 26 de abril de 1966, y su Protocolo, modificados por el Protocolo firmado en Madrid el 29 de junio de 2006.

<sup>38</sup> España ya se adelantó a las recomendaciones de la OCDE incluyendo esta obligación de informar que recae sobre las multinacionales en el artículo 14 del nuevo Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 634/2015, de 10 de julio (BOE núm. 165, de 11 de julio). Un Informe de OXFAM-INTERMON pone en evidencia que alrededor de 183 de las 24.000 grandes empresas en España, esto es, un escaso 0,76%, tendrá que presentar esta información (Informe OXFAM-INTERMON, *Sombras de evasión y elusión fiscal*, de noviembre 2015, pág. 48).

La reforma del convenio se orienta en dos sentidos, de un lado, adaptar el texto a todos los cambios introducidos en el Convenio modelo de la OCDE, entre los que hay que destacar la homologación del concepto de dividendos y ganancias de capital, así como las técnicas para evitar la doble imposición y, de otro lado, establecer un nuevo régimen de intercambio de información fiscal. En este sentido, la reforma del Convenio con Suiza se inscribe ya, en cuanto a sus contenidos, en la dirección del Convenio suscrito con los Estados Unidos el 14 de enero de 2013 y con el Reino Unido el 14 de marzo de 2013.

Pero, sin duda, la modificación realizada por el Protocolo de 2011 (vigente desde agosto de 2013) relativa al intercambio de información entre las autoridades fiscales es la que consideramos más relevante. La nueva versión del artículo 25 bis del convenio y el nuevo párrafo IV del protocolo permiten que las autoridades competentes intercambien la información «previsiblemente pertinente». El intercambio debe ser tan amplio como sea posible, aunque se prohíben las denominadas *fishing expeditions*, esto es, las búsquedas indefinidas de pruebas y la solicitud de información de dudosa pertinencia respecto de la situación fiscal de un determinado contribuyente. Piénsese que hasta ahora dicha información solo se suministraba como consecuencia de la ejecución de sentencias (procedimiento de *exequatur*) en materia de delito fiscal. Este aspecto supone la supresión del secreto bancario a efectos fiscales lo cual representa un cambio sustancial en la política seguida por Suiza. No obstante, la información solo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos, pudiendo utilizarse esta información para otros fines como, por ejemplo, el blanqueo de capitales de acuerdo con las leyes de los Estados contratantes y con la autorización administrativa preceptiva. Aunque se establecen límites a la obligación de informar (no implica la modificación de la legislación interna ni afecta al secreto bancario profesional) la información requerida no puede ser denegada aunque esta no sea relevante a efectos fiscales en el Estado suministrador (art. 25 bis.3 del convenio).

Hay que tener presente que el sistema de intercambio de información no obliga a los Estados contratantes a intercambiar información de manera automática o espontánea (apartado 4 del párrafo IV del protocolo) sino a requerimiento previo «una vez agotadas todas las fuentes habituales de información del Estado contratante que requiere la información, de las que disponga en aplicación de su procedimiento tributario interno, excepto aquellas que pudieran generar dificultades desproporcionadas» (apartado 1 del párrafo IV del protocolo). En el requerimiento, las autoridades que solicitan la información deberán proporcionar determinada información (apartado 2 del párrafo IV del protocolo), como, por ejemplo, la identidad de la persona objeto de inspección o investigación; las fechas respecto de las que se solicite la información; la finalidad fiscal para la que se solicita la información...

Pero Suiza ha ido más allá en su compromiso de intercambio de información, en concreto, en cuanto a la información bancaria o financiera, al firmar, el 19 de noviembre de 2014, el Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA) de la OCDE. De este modo, está previsto que Suiza realice su primer intercambio de información relativo a las cuentas bancarias abiertas

por residentes extranjeros en septiembre de 2018, de manera automática, con el resto de países firmantes y conforme a un Estándar común de información (*CRS*). Tal como veremos en apartados posteriores, en virtud de este acuerdo, las jurisdicciones participantes, entre las que se incluye España, podrán obtener información financiera relativa a sus contribuyentes residentes en el extranjero, gracias a la labor de las instituciones financieras extranjeras que serán las encargadas de identificar las cuentas y de comunicarlas posteriormente al órgano competente del Estado en cuestión, de manera automática, esto es, sin necesidad de petición previa, y con reciprocidad, siguiendo los mismos sistemas y procedimientos comunes.

Por último, ajustándose a la labor de la Unión Europea para aumentar la transparencia y combatir el fraude y la evasión fiscal, el Consejo de la Unión Europea aprobó en diciembre de 2015 el acuerdo negociado con Suiza para el intercambio automático de información de cuentas bancarias. De esta manera, además de la obligación contraída con los países de la OCDE, Suiza compartirá datos bancarios con los Estados miembros de la Unión Europea a partir de 2018, como son los nombres, direcciones, números de identificación fiscal, fechas de nacimiento, además de otra información financiera y sobre el saldo de las cuentas. Las disposiciones recogidas en el acuerdo se ajustan al nuevo estándar internacional (*CRS*) de la OCDE y del G20 para el intercambio automático de información.

En relación con los **Estados Unidos**, el 14 de enero de 2013, se firmó el Protocolo por el que se modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal al respecto de los impuestos sobre la renta (anexo III). No obstante, a fecha de hoy, el protocolo al convenio todavía no ha entrado en vigor, ya que se encuentra pendiente de aprobación en el Senado estadounidense<sup>39</sup>.

El nuevo protocolo supone un importante avance en materia de tributación de dividendos y otras cuestiones relativas al reparto de las cargas tributarias entre los Estados contratantes. Pero queremos destacar la modificación del artículo 27 sobre «Intercambio de información y asistencia administrativa» que sigue básicamente el modelo descrito respecto de Suiza aunque no representa una novedad tan evidente, dado que ya existía dicho precepto en el convenio. El nuevo artículo 27 establece una cláusula general de intercambio de información tributaria no solo delimitada por el contenido del convenio sino que se extiende a la que se derive de la aplicación del derecho interno del Estado contratante «relativo a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación». Al igual que en otros convenios que está suscribiendo España, la información solo se puede utilizar por los tribunales o las autoridades competentes pero también se puede emplear con otros fines, cual es el caso del blanqueo de capitales (art. 27.2 del convenio, segundo párrafo). Por otra parte, tampoco existe secreto bancario a efectos fiscales y el hecho de que la información esté disponible en entidades financieras no es obstáculo para la aplicación del convenio (art. 27.5).

<sup>39</sup> Documento pendiente en el Senado n.º 34, según *US Department of State*, en <http://www.state.gov/s/l/treaty/pending/> actualizado a 22 de septiembre de 2016.

En materia de prueba, el Convenio con Estados Unidos incluye en el artículo 27.6 una regulación de extraordinaria importancia que no existe en el Convenio con Suiza y que permite la obtención de las mismas sin tener que acudir a la vía de colaboración judicial internacional. Se prevé asimismo el desarrollo del convenio mediante un acuerdo «que garantice niveles de asistencia parejos entre los Estados contratantes» pero la inexistencia del mencionado acuerdo de desarrollo no impedirá en ningún caso la aplicación del convenio.

En síntesis se puede afirmar que la nueva regulación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos representa un avance cualitativo en la cooperación entre los dos Estados en materia fiscal. Pero, en materia de intercambio de información y, en concreto, la de carácter financiera, no hay que olvidar que los Estados Unidos han firmado acuerdos intergubernamentales con países terceros, entre ellos España, para la aplicación de un intercambio de información financiera *automático*, recíproco y estandarizado que permita la implementación de su normativa *FATCA*. En este sentido, entendemos que el Acuerdo suscrito entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de *FATCA* (BOE de 1 de julio de 2014) es de obligado cumplimiento para ambas partes y de aplicación prioritaria frente al convenio, dado su carácter de norma especial.

Respecto de **Andorra**, podemos afirmar que es otro de los territorios donde se manifiesta con más claridad la transformación que se está produciendo en materia de lucha contra la evasión fiscal y el blanqueo de capitales. Piénsese que el Principado ha estado incluido en la lista de paraísos fiscales y así se ha considerado tradicionalmente, con la particularidad de que su proximidad afectaba a España de modo singular. Precisamente uno de los efectos del nuevo marco jurídico existente al que vamos a hacer referencia seguidamente es que Andorra deja de considerarse uno de los territorios a los que hace referencia el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal de 29 de noviembre de 2006.

En febrero de 2016 ha entrado en vigor el nuevo Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal y su Protocolo, hecho *ad referendum* en Andorra la Vella el 8 de enero de 2015 (BOE de 7 de diciembre). El convenio está en línea con el convenio modelo de la OCDE y de los que acabamos de analizar, como Suiza o Estados Unidos. No obstante, hay que destacar que existía ya un Acuerdo firmado el 14 de enero de 2010 entre el Reino de España y el Principado de Andorra (BOE de 23 de noviembre, anexo IV) centrado precisamente en el intercambio de información previa solicitud en materia fiscal y afectaba tanto a la imposición directa como indirecta. Las disposiciones del acuerdo relacionadas con el intercambio de información resultaban de aplicación hasta el 1 de enero de 2016, fecha en la que han quedado sustituidas por lo dispuesto en el convenio, conforme dispone el apartado VII del protocolo.

El convenio permite no solo el intercambio, previa petición de requerimientos individuales (como se viene haciendo hasta ahora), sino que avanza en cuestiones como las peticiones grupales o la identificación del sujeto sobre el que se requiere información, aunque también se especifica la prohibición de los Estados de emprender búsquedas indefinidas de pruebas (*fishing expeditions*), o para solicitar información de dudosa relevancia respecto a la situación fiscal de un determinado contribuyente.

En la medida en que Andorra ha firmado el *Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA)* de la OCDE con el objeto de intercambiar información de manera automática con el resto de países firmantes, aquellas cuestiones relacionadas con el intercambio de información de carácter financiera quedarán supeditadas a los nuevos términos del acuerdo. Así, Andorra tiene previsto efectuar su primer intercambio de información conforme a los parámetros establecidos por la OCDE en septiembre de 2018. El convenio de doble imposición suscrito con España hace referencia a este compromiso en el apartado VII.3 del protocolo que textualmente dice: «Andorra estará en disposición de intercambiar información de manera automática, tan pronto adopte de forma efectiva el estándar común previsto por la OCDE en materia de intercambio automático de información financiera, en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral para la aplicación plena del artículo 24 del presente convenio».

Pero Andorra, al igual que hizo Suiza, firmó en febrero de 2016 un nuevo Acuerdo de transparencia fiscal con la Unión Europea, validado en septiembre de 2016 por los veintiocho, comprometiéndose, a partir de 2018, a intercambiar automáticamente información sobre las cuentas financieras de los residentes en los Estados miembros, por lo tanto, también con España.

En resumen, el conjunto normativo que representa el convenio para evitar la doble imposición suscrito con España, la adhesión de Andorra al *CAA* de la OCDE y el acuerdo firmado con la Unión Europea constituye un cambio trascendental en las relaciones fiscales entre los dos Estados que culminará previsiblemente en 2018, con el intercambio automático de información financiera.

Por último, en relación con **Luxemburgo**, podemos afirmar que el protocolo que modifica el Convenio de 3 de junio de 1986 entre el Reino de España y el Gran Ducado de Luxemburgo para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir el fraude y la evasión fiscal, hecho en Bruselas el 10 de noviembre de 2009 (*BOE núm. 132, de 31 de mayo de 2010*) se inscribe en la dirección de los convenios firmados en los últimos años, actualizados según el modelo de la OCDE. Así el artículo 1 del protocolo actualiza el intercambio de información previsto en el artículo 27 del convenio en línea con lo que venimos describiendo respecto de los anteriormente expuestos.

Pero mucho ha avanzado la posición de Luxemburgo respecto al intercambio de información desde que firmó el Convenio con España. El 10 de abril de 2013 el entonces primer ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, en su discurso sobre el Estado de la Nación, declaró que «Luxemburgo debe participar en la lucha contra el blanqueo y la evasión fiscal» y que «En la cumbre de Feira, en el año 2000, el gobierno luxemburgués, con el acuerdo, por otra parte del Parlamento, ha tomado la decisión de alejarse del secreto bancario y de comprometerse en la vía hacia el intercambio automático de información». Haciendo referencia expresamente al acuerdo *FATCA*, el primer ministro declaró que si Luxemburgo ha modificado su posición es debido a dicho acuerdo. «Si rechazamos esto, no habrá más negocios financieros con Estados Unidos, lo cual es inconcebible para una plaza financiera como Luxemburgo», «es por esta razón por la que podemos aplicar sin peligro el intercambio automático de información a partir de 2015», «este

intercambio automático de informaciones afectará a las rentas de los ciudadanos de la Unión Europea que se generen aquí en Luxemburgo y entran dentro del campo de aplicación de la directiva sobre la fiscalidad del ahorro». El Acuerdo entre los Estados Unidos y Luxemburgo para la implementación de *FATCA* ha entrado en vigor el 29 de julio de 2015.

Asimismo, la nueva postura adoptada por Luxemburgo y Austria de levantar su veto a la implantación del intercambio automático de información sobre los depósitos bancarios en la Unión Europea permitió en su momento que se aprobara la Directiva 2014/48/UE del Consejo, de 24 de marzo de 2014, por la que se modificaba la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, mejorando la calidad de la información utilizada para determinar la identidad y el lugar de residencia del beneficiario efectivo<sup>40</sup>.

Pero Luxemburgo se ha comprometido a la implantación del *Acuerdo Multilateral para la Autoridad Competente (CAA)* de la OCDE con el objeto de intercambiar información financiera de manera automática con el resto de países firmantes y conforme a un *Estándar común de información (CRS)*. El primer intercambio de información también está previsto para septiembre de 2017. Además, como Estado miembro de la Unión Europea, también le resulta aplicable la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad y que está plenamente alineada con el nuevo *MCAA* y *CRS* de la OCDE. Así, se prevé que Luxemburgo comience a intercambiar información sobre cuentas financieras con el resto de países europeos a partir de septiembre de 2017.

#### IV.3. LA NORMATIVA *FATCA* Y LOS ACUERDOS INTERGUBERNAMENTALES SUSCRITOS POR LOS ESTADOS UNIDOS CON TERCEROS PAÍSES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL *FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT*. ANÁLISIS COMPARATIVO<sup>41</sup>

Para nosotros, si hay una novedad relevante en el panorama fiscal internacional en la lucha contra la evasión fiscal, esta es sin duda el avance que en materia de intercambio de información a nivel

<sup>40</sup> La Directiva 2003/48/CE en su versión modificada ha sido derogada por la Directiva 2015/2060/UE del Consejo, dada la duplicidad manifiesta con la Directiva 2011/16/UE, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, que fue a su vez modificada por la Directiva 2014/107/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio de información en el ámbito de la fiscalidad.

<sup>41</sup> Sobre el intercambio automático de información financiera, *vid.* FUSTER GÓMEZ, M.: «La sombra de *FATCA* es alargada: últimos avances en materia de intercambio automático de información financiera a nivel internacional» en *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 167, págs. 135 a 180. En este trabajo, se analiza la evolución del sistema de intercambio de información en materia financiera y se realiza un estudio pormenorizado de los diversos instrumentos que concurren en el panorama internacional, lo que permite conocer y entender el origen, el estado actual y el futuro del intercambio automático de información financiera.

internacional ha supuesto la firma por parte de los Estados Unidos de los acuerdos intergubernamentales para la implementación de la normativa *FATCA*, en concreto, en relación con el intercambio de información de *cuentas financieras*, realizado de manera automática y de forma estandarizada.

*FATCA* fue aprobada el 18 de marzo de 2010, como parte de la «Ley de incentivos a la contratación para restaurar el empleo», diseñada para estimular el desarrollo económico en los Estados Unidos. Dicha ley incluía un nuevo capítulo 4 en el Código Tributario estadounidense denominado «Impuestos para hacer efectiva la obligación de informar sobre determinadas cuentas extranjeras», que incluye cuatro secciones que regulan la obligación de retener el 30% sobre aquellos pagos de fuente estadounidense realizados a instituciones financieras extranjeras y otras entidades extranjeras no financieras. El capítulo 4 fue completado con reglamentos, notificaciones y guías administrativas. Este complejo conjunto legislativo ha recibido el nombre de «normativa *FATCA*», acrónimo en inglés de *Foreign Account Tax Compliance Act*.

El objetivo de la normativa *FATCA* era financiar el desarrollo económico contemplado en la *Hire Act*, centrándose en la lucha contra la evasión fiscal en el extranjero. De este modo *FATCA* contiene un conjunto de disposiciones, sin precedente alguno, destinadas a prevenir los abusos fiscales cometidos por contribuyentes estadounidenses que no declaran a la Administración tributaria sus cuentas o inversiones mantenidas o realizadas en el extranjero.

*FATCA* se dirige tanto a instituciones financieras extranjeras (IFE) con cuentas abiertas por titulares estadounidenses, como a entidades no financieras extranjeras (ENFE) cuyos propietarios sustanciales son estadounidenses. A diferencia del sistema común de información en el que se solicitan los datos al obligado tributario, *FATCA* no actúa directamente sobre el contribuyente estadounidense con cuentas o inversiones *offshore* sino que lo hace a través de las IFE, a quienes les impone la obligación de identificar a los titulares estadounidenses de cuentas financieras o a través de las ENFE, a quienes se les requiere que aporten información sobre los propietarios sustanciales estadounidenses, debiendo ambas comunicar dicha información al *IRS (Internal Revenue Service)*. Su incumplimiento conlleva una penalización del 30% como retención en origen sobre todos aquellos pagos de fuente estadounidense o *withholdable payments* que perciba una IFE o una ENFE. La obligación de retener corresponde al pagador de la renta, que recibe el nombre de «agente retenedor», generalmente estadounidense, y que será el encargado de recaudar e ingresar en el *IRS*.

En cuanto a los ciudadanos afectados cuyas cuentas deben ser objeto de comunicación, la normativa *FATCA* se aplicará a los norteamericanos no residentes en Estados Unidos; a los que tengan doble nacionalidad norteamericana; a los que sean residentes permanentes legales de los Estados Unidos, es decir, con tarjeta de residencia y los que cumplan «una prueba de presencia sustancial» que es, fundamentalmente, la residencia en Estados Unidos 183 días. De acuerdo a lo expuesto, los Estados Unidos introducen en este sistema un elemento nuevo en los criterios de atribución de poder tributario que es la nacionalidad, en función del cual se va a establecer la obligación de información fiscal, frente al criterio de residencia según el cual se articula toda la imposición directa sobre la renta y que prima, con carácter general, en el derecho comunitario.

Entender el origen de la normativa estadounidense *FATCA* ayuda a entender la revolución posterior que ha sufrido el intercambio automático de información financiera a nivel mundial. *FATCA* fue criticada desde muchos sectores por considerarla una norma unilateral de alcance extraterritorial y con altos costes de implementación, motivos, entre otros, que llevó a los Estados Unidos a la necesidad de alcanzar acuerdos bilaterales con otros Estados para que fueran los propios países bajo su jurisdicción, y no el *IRS*, quienes obligaran a su implementación. A cambio de dicha colaboración, las IFE no serían objeto de retención en origen sobre los pagos de fuente estadounidense e incluso, según cuál sea el tipo de acuerdo firmado, se obligarán con reciprocidad, esto es, los Estados Unidos facilitarán también información a los Estados firmantes socios sobre las cuentas de sus contribuyentes abiertas en las instituciones financieras estadounidenses.

El Departamento del Tesoro estadounidense ha publicado dos tipos de modelos de acuerdo intergubernamental para la implementación de *FATCA* (*Intergovernmental Agreements*, en adelante también *IGAs*, por sus siglas en inglés): el Modelo 1 *IGA* y el Modelo 2 *IGA*.

El **Modelo 1 *IGA*** fue desarrollado a mediados de 2012 tras negociaciones de los Estados Unidos con Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido (G5). Dichos países consiguieron fijar una posición común negociadora con los Estados Unidos, alcanzando un modelo de acuerdo intergubernamental que sería la base de los acuerdos bilaterales suscritos posteriormente por los Estados Unidos con estos cinco países y con otras jurisdicciones.

Dicho acuerdo permitirá implantar la normativa *FATCA*, pero simplificando su aplicación práctica del siguiente modo:

1. **Comunicación directa de la información financiera a la AEAT y no al *IRS*.**  
La IFE comunicará la información directamente a la Administración tributaria del país socio, y no al *IRS*. Para hacer efectiva tal obligación de comunicación, el país socio deberá exigir en su normativa interna que las instituciones financieras de su jurisdicción comuniquen a la correspondiente Administración tributaria (en nuestro caso, la AEAT) la información exigida bajo el Acuerdo *IGA*. Se requiere, por tanto, de una normativa legal interna que obligue a las instituciones financieras a que hagan efectiva la aplicación del acuerdo.
2. **Supresión de la retención del 30 %.** La eliminación de la retención funciona a diferentes niveles:
  - a) Se elimina la obligación de retener que tiene el agente retenedor sobre los pagos de fuente estadounidenses que realice a las IFE, excepto en los casos en que la institución financiera sea una «IFE no participante».
  - b) Una IFE no estará obligada a practicar retención sobre los pagos que realice a una IFE no participante o a titulares de cuentas recalcitrantes (*passthru payments* o «pagos de paso o tránsito»), siempre que se le facilite a la autoridad

competente estadounidense determinada información que permita identificarlos.

- c) La IFE no estará obligada a cerrar cuentas de clientes recalcitrantes, siempre que se le suministre a la Administración tributaria estadounidense determinado tipo de información que permita la identificación del cliente que no facilita su estatus norteamericano y el saldo o valor de su cuenta.

3. **El intercambio de información se realiza conforme a un procedimiento estándar de diligencia debida (*due diligence*).** El intercambio de información se realizará conforme al procedimiento de diligencia debida estandarizado descrito en el anexo 1 del *IGA* y que permitirá identificar las cuentas abiertas por los contribuyentes del otro país que están sujetas a comunicación así como aquellas cuyos titulares son instituciones financieras no participantes, distinguiendo, tal como lo hace la normativa *FATCA*, entre cuentas preexistentes y cuentas nuevas de personas física o jurídicas, según se trate de cuentas abiertas a 30 de junio de 2014 o a partir del 1 de julio de 2014 y regulando cuáles son los «indicios» que determinan el estatus «estadounidense» de la cuenta. El procedimiento de diligencia debida es similar al contenido en la normativa *FATCA*, aunque, a diferencia de *FATCA*, no se regula el papel de los «agentes retenedores» en la medida en que, tal como hemos visto anteriormente, se suprime la retención del 30%.
4. **Reciprocidad y carácter automático del intercambio de información.** El Modelo 1 *IGA* tiene, a su vez, dos versiones: Modelo 1A (con reciprocidad) y el Modelo 1B (sin reciprocidad). El Modelo 1A es el utilizado con países en los que ya existe un convenio para eliminar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información suscrito con los Estados Unidos. La principal diferencia entre la versión 1A y 1B es que la versión 1A exige *reciprocidad*, esto es, los Estados Unidos se comprometen a intercambiar con el Estado socio la información obtenida sobre cuentas abiertas en instituciones financieras estadounidenses por residentes en el Estado socio. Por ejemplo, los Estados Unidos comunicarán a España la información obtenida de las entidades financieras estadounidenses sobre los intereses obtenidos por un contribuyente español. Además, la institución financiera extranjera comunicará la información relativa al titular estadounidense de la cuenta a su respectiva autoridad fiscal, seguido de un intercambio *automático* de tal información con el *IRS*, bajo el «paraguas legal» de un convenio para eliminar la doble imposición o acuerdo de intercambio de información que lo permita.

Quizá sea este último el aspecto más destacable del sistema de intercambio automático que describimos. Como hemos visto en epígrafes anteriores, la práctica común hasta ahora ha sido el intercambio de información realizado «bajo petición», esto es, la información se suministra a requerimiento individualizado del Estado requirente. Como novedad, los *IGA* Modelo 1A van a facilitar que la información se intercambie de manera *automática* entre los Estados Unidos y el

socio *FATCA*, mediante integración de los datos de todos los contribuyentes identificados en las correspondientes bases informáticas.

El **Modelo 2 IGA**, a diferencia del Modelo 1, establece el marco legal que servirá para comunicar directamente al *IRS* la información requerida por *FATCA* a las instituciones financieras extranjeras, así como el intercambio adicional de información solicitada «a petición» entre los Estados Unidos y el Estado socio. Por lo tanto, la IFE acuerda directamente con los Estados Unidos su estatus de «IFE participante». El país socio renunciará a la aplicación del secreto bancario, si resulta aplicable según su normativa interna. Asimismo, proporcionará a los Estados Unidos información sobre cuentas de clientes recalcitrantes. La IFE no estará obligada a practicar retención sobre los pagos realizados a cuentas de clientes recalcitrantes o a cerrar sus cuentas. También existen dos versiones del Modelo 2 IGA: una para países con los que exista un convenio para eliminar la doble imposición o un acuerdo de intercambio de información suscrito con los Estados Unidos, y otra versión para aquellos países sin tales acuerdos. El Modelo 2 ha sido desarrollado en consulta con Japón y Suiza.

La adhesión de España a este sistema de colaboración en materia de intercambio de información se ha producido en virtud del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la *Foreign Account Tax Compliance Act - FATCA* (Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras), hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013 (*BOE núm. 159, de 1 de julio de 2014*). Dicho acuerdo se basa en el Modelo 1A IGA, esto es, con reciprocidad y cumple con las características mencionadas anteriormente para este tipo de acuerdo.

A fecha de 19 de octubre de 2016, 113 jurisdicciones han alcanzado un acuerdo IGA con los Estados Unidos, consintiendo estar en una lista elaborada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos<sup>42</sup>.

#### IV.4. EL MODELO DE ACUERDO PARA LA AUTORIDAD COMPETENTE (MCAA) Y EL ESTÁNDAR COMÚN DE INFORMACIÓN (CRS) DE LA OCDE. LA DIRECTIVA EUROPEA RELATIVA A LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Tomando como punto de partida el modelo de acuerdo intergubernamental para la implementación de *FATCA* negociado con los Estados Unidos conjuntamente con Alemania, España, Francia, Italia y Reino Unido, estos cinco países mostraron en 2013 su intención de extender el intercambio automático de información financiera al mayor número de países o jurisdicciones, mediante el anuncio de un proyecto piloto común de suministro de información de carácter mul-

<sup>42</sup> Vid. en <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>

tilateral, automático y estandarizado. A raíz de esta iniciativa, el 19 de abril de 2013, la OCDE recibió formalmente del G20 el mandato de elaborar una norma única internacional multilateral para el intercambio automático de información, basándose en el Modelo 1 de los acuerdos intergubernamentales para la implementación de *FATCA*, y con algunos aspectos diferenciadores derivados de la naturaleza multilateral del sistema previsto.

El trabajo de la OCDE vio la luz en febrero de 2014 con la publicación de los principales elementos de una norma internacional para el intercambio automático de información sobre cuentas financieras; en concreto, un Modelo de Acuerdo para la Autoridad Competente (*Model Competent Authority Agreement –MCAA*, por sus siglas en inglés–) y un Estándar común de comunicación de información (*Common Reporting Standard –CRS* también por sus siglas en inglés–). El paquete completo normativo –*MCAA* y *CRS*, junto con los Comentarios al *MCAA* y al *CRS* y las modalidades de tecnologías de la información para aplicar la norma internacional– fue publicado por la OCDE en julio de 2014 bajo la denominación *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters* tras su aprobación por el Consejo de la OCDE, y aprobado posteriormente por los ministros de Hacienda y los gobernadores de los Bancos Centrales del G20 en septiembre de 2014.

El 29 de octubre de 2014 y en el marco de la séptima reunión anual del Foro Global celebrada en Berlín, 51 jurisdicciones firmaron el Acuerdo para la autoridad competente basándose jurídicamente en el artículo 6 del Convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal de la OCDE. Desde entonces, un total de 85 jurisdicciones han firmado el acuerdo para intercambiar información, 53 países y territorios lo harán a partir de 2017 y 32 más a partir de 2018<sup>43</sup>.

El Acuerdo para la autoridad competente (también *CAA*) es un acuerdo marco multilateral, aunque el efectivo intercambio de información podrá instrumentarse mediante la firma de acuerdos bilaterales entre los países. No obstante, a efectos de evitar el posible retraso que la aplicación de este procedimiento bilateral pudiera ocasionar, la OCDE ha previsto que un grupo de países (*early adopters group*) puedan suscribir una declaración unilateral según un modelo<sup>44</sup>. España firmó el pasado 28 de julio dicha declaración unilateral para que el primer intercambio de información sea efectivo en 2017, respecto de la información referida a 2016.

<sup>43</sup> *Vid.* países que han firmado el acuerdo en <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf> (actualizado a 21 de octubre de 2016).

<sup>44</sup> «De acuerdo con las disposiciones del artículo 28 del Convenio Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, el acuerdo citado será de aplicación a periodos impositivos que se inicien o a obligaciones tributarias que nazcan a partir del 1 de enero del año siguiente a aquel en que entre en vigor. Según esta previsión, y al exigirse cierto plazo entre el depósito de los instrumentos de ratificación y el periodo al que se refiere la información a intercambiar, no podría realizarse el intercambio de información con algunas jurisdicciones en 2017 y con otras, incluso, en 2018. No obstante, el propio artículo 28 dispone que las partes pueden adelantar, de común acuerdo, la entrada en vigor de ese intercambio, suscribiendo una declaración unilateral». *Vid.* en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejode-ministros/Paginas/enlaces/260816-enlaceespana.aspx>

El acuerdo especifica los detalles de la información que se intercambia y cuándo debe producirse esta, según lo establecido en el Estándar común de comunicación de información o *CRS*. A diferencia de *FATCA*, el *CRS* no establece ningún sistema de retenciones para las instituciones financieras que no comuniquen información o no participen. Serán, por tanto, las propias Administraciones tributarias locales las que controlen y supervisen el cumplimiento de la obligación de informar y determinen las sanciones correspondientes en caso de infracción.

Pero también la Unión Europea se ha sumado a la nueva revolución que supone el intercambio automático de información financiera. Como ya mencionamos con anterioridad<sup>45</sup>, la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, ya contemplaba la obligatoriedad del intercambio automático de información entre los Estados miembros, si bien sobre determinadas categorías de renta y de patrimonio de carácter no financiero (rentas del trabajo dependiente, honorarios de director, seguros de vida, pensiones y propiedad y rendimientos derivados de inmuebles) y sobre la base de que la información estuviera disponible. Con objeto de ampliar a las cuentas financieras el ámbito de dicha obligación entre los Estados miembros, de forma compatible y coordinada con el Estándar común de comunicación de información elaborado por la OCDE (*CRS*), se aprobó la Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre de 2014, que modificaba la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del suministro de datos en materia de la fiscalidad. La revisión de la directiva está, por tanto, plenamente alineada con el nuevo *MCAA* y *CRS*, remitiéndose incluso a los Comentarios al *MCAA* como fuente de interpretación de la directiva «para garantizar la coherencia en la aplicación en los distintos Estados miembros»<sup>46</sup>.

Así pues, a partir de 2017, los Estados miembros comenzarán a intercambiar información sobre cuentas financieras, además de la relativa a las cinco categorías mencionadas, conforme a normas de comunicación y diligencia debida que sean perfectamente compatibles con el estándar común elaborado por la OCDE<sup>47</sup>. La información financiera que será obligatoria transmitir e intercambiar se refiere no solo a todos los rendimientos pertinentes (intereses, dividendos y tipos similares de renta), sino también a los saldos de cuentas y los ingresos derivados de la venta de activos financieros, «con el objeto de hacer frente a situaciones en las que el contribuyente intente ocultar un patrimonio que en sí mismo represente ingresos o activos sobre los cuales se hayan evadido impuestos»<sup>48</sup>. De este modo, se amplía a las cuentas financieras el ámbito de suministro de datos entre los Estados miembros, de forma compatible y coordinada con el Estándar común elaborado por la OCDE.

<sup>45</sup> *Vid. supra*, apartado IV.1.

<sup>46</sup> Directiva 2014/107/UE del Consejo, de 9 de diciembre, que modifica la Directiva 2011/16/UE por la que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad, considerando 13.

<sup>47</sup> *Ibidem* considerando 9.

<sup>48</sup> *Ibidem* considerando 10.

La aprobación de todos estos instrumentos normativos internacionales ha obligado a España a adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para su implementación interna. Tras la publicación en el BOE de 1 de julio de 2014 del Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de *FATCA*, se han sucedido diversas normas reglamentarias que permiten su desarrollo. Como complemento al mismo, fue aprobada la Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, en el modelo 290. El plazo de presentación fue establecido inicialmente entre el 1 de enero y el 31 de marzo de cada año en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior, aunque la Orden HAP/410/2015, de 11 de marzo, lo amplió respecto al año 2014, permitiendo su presentación hasta el 31 de mayo de 2015. La mencionada Orden HAP/1136/2014, también ha sido modificada por la Orden HAP/2783/2015, de 21 de diciembre, con el objeto de añadir a su anexo la información que deberá suministrarse por primera vez con respecto a los años 2015 y 2016 y posteriores, y, más recientemente, por la Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, que modifica el apartado 2 de su artículo 13, quedando fijado el plazo de presentación del modelo 290 entre el 1 de enero y el 31 de mayo, en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior.

Asimismo, se ha incorporado al Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el artículo 37 bis, que regula las obligaciones de información de las instituciones financieras sobre cuentas financieras.

Pero quizás la publicación más relevante en materia de intercambio de información financiera, por permitir la aplicación práctica de los diferentes instrumentos de intercambio automático de información existentes, haya sido la aprobación del Real Decreto 1021/2015, de 13 de noviembre (*BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 2015*), por el que se establece la obligación de identificar la residencia fiscal de las personas que ostenten la titularidad o el control de determinadas cuentas financieras y de informar acerca de las mismas en el ámbito de la asistencia mutua.

El citado real decreto encuentra su fundamento en el modelo de Acuerdo para la autoridad competente y en el Estándar común de comunicación de información (*CRS*) de la OCDE, así como en la Directiva relativa a la cooperación administrativa modificada. La mencionada normativa incorpora a nuestro ordenamiento interno las normas de comunicación de información a la Administración tributaria sobre cuentas financieras y los procedimientos de diligencia debida que deben aplicar las instituciones financieras en la obtención de dicha información, para que, a su vez, la Administración tributaria pueda intercambiar la información recibida, de forma automática, con la Administración correspondiente del país o jurisdicción de residencia fiscal

de las personas que ostenten la titularidad o el control de la cuenta financiera. A fin de evitar la duplicación de las obligaciones sobre comunicación de información como consecuencia de su modificación, el real decreto suprime preceptos reglamentarios que trasponen al ordenamiento interno la Directiva 2003/48/CE del Consejo, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro, recientemente derogada también para evitar la duplicidad con la Directiva de cooperación administrativa<sup>49</sup>, y así adaptar también el suministro de datos de cuentas financieras a la mencionada norma única internacional. La información deberá presentarse a través del modelo 289 aprobado recientemente por la Orden HAP/1695/2016, de 25 de octubre, en el plazo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de mayo de cada año, en relación con la información financiera relativa al año inmediato anterior, con la finalidad de homogeneizar el plazo de presentación del nuevo modelo y del actual modelo 290.

Por último, es necesario advertir que el real decreto resulta aplicable desde el 1 de enero de 2016. En consecuencia, las instituciones financieras deberán suministrar por primera vez a la Administración tributaria la información relativa al año 2016. Esta comunicación de información tendrá lugar en 2017, cumpliendo con ello los plazos a los que España se ha comprometido con la OCDE y la Unión Europea.

#### IV.5. LAS CLÁUSULAS ANTIELUSIÓN O ANTIABUSO

En diversas partes de este trabajo hemos hecho referencia a que uno de los aspectos centrales del mismo es la delgada y difusa línea que separa el concepto de economía de opción, totalmente acorde con la planificación fiscal posible y el de fraude de ley que hemos considerado parte de la planificación fiscal indebida. Esta difícil diferenciación es, muchas veces, el problema central en la planificación fiscal internacional.

Empecemos por fijar los conceptos.

La cláusula antielusión o antiabuso que se encuentra en los convenios para evitar la doble imposición y con carácter general en las legislaciones tributarias entronca, como decimos, con el concepto de fraude de ley. Esto es lo sustancial. Todas las distintas modalidades de estas cláusulas que se encuentran en los ordenamientos jurídicos son, en esencia, un intento de impedir el mencionado fraude. Sin perjuicio de la referencia que efectuaremos seguidamente a las distintas cláusulas de la expresada naturaleza, existentes en el derecho comunitario, en el derecho interno español y en los convenios de la OCDE para evitar la doble imposición, cuyo estudio pormenori-

<sup>49</sup> La Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses ha sido derogada por la Directiva 2015/2060/UE del Consejo, de 10 de noviembre de 2015, publicada en el DOUE el 18 de noviembre de 2015. La derogación coincide con la fecha de aplicación de las medidas establecidas en la Directiva 2014/107/UE, que modificó la Directiva relativa a la cooperación administrativa de 2011, para ampliar el intercambio automático de información a una amplia gama de rentas, de conformidad con el estándar común de información de la OCDE.

zado ya se ha hecho<sup>50</sup>, queremos destacar desde el primer momento, frente al carácter básicamente descriptivo de muchas de ellas, la necesidad de incorporar conceptos analíticos de la conducta que se pretende evitar. Las cláusulas tienen que aspirar a formulaciones de la mayor validez general posible, tratando de superar la técnica de las enumeraciones de prácticas identificadas que son siempre desbordadas por la fértil imaginación de los defraudadores.

La definición de nuestro título preliminar del Código Civil sigue siendo clara, directa y perfectamente ilustrativa de la realidad a la que nos estamos refiriendo: «Artículo 6.4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir». No se puede explicar de una forma más sencilla el fenómeno de la planificación fiscal indebida ya sea interna o internacional.

Efectivamente, no se trata de una oposición frontal a la ley que sería constitutiva de infracción tributaria, simple defraudación o, en su caso, delito fiscal. Estamos ante una oposición indirecta que elude la norma utilizando otra lo cual provoca, lógicamente, una «apariencia» de legalidad. En este plano conceptual entendemos, de acuerdo a lo que expusimos al hablar de la llamada «planificación fiscal agresiva», que una recta interpretación de lo que es el abuso de derecho, según el artículo 7.2 del Código Civil, se inscribe más bien en la primera clase de conducta descrita que en la segunda. Por tanto, cuando se habla de cláusulas antielusión o antiabuso se está haciendo referencia a dos realidades distintas que no deben asimilarse. A nuestro juicio, una cláusula antielusión tiene por finalidad luchar contra conductas fraudulentas, tal como las define la ley y la jurisprudencia que expondremos a continuación, mientras que una cláusula antiabuso, en puridad, debería representar la interdicción de conductas abiertamente contrarias a la ley que sobrepasen «manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero» (art. 7.2 del Código Civil) lo cual no constituye de ningún modo una conducta equivalente a utilizar el texto de una norma para eludir otra con un resultado de conjunto contrario al ordenamiento.

La definición estrictamente tributaria de fraude a la ley en nuestro ordenamiento profundiza en dicho concepto, estableciendo las características del mismo. Es notorio que la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT), sustituyó el concepto de fraude de ley por el de conflicto en la aplicación de las normas que en síntesis es la misma noción pero sin el juicio apriorístico de que la operación realizada es contraria a la ley. En concreto, las notas que señala el artículo 15 de la LGT para la concurrencia de la figura son dos: «a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido» y «b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios».

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, el reciente y completo estudio: *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuesta para una mayor seguridad jurídica*, Fundación Impuestos y Competitividad, junio 2015, EY abogados.

La jurisprudencia ha establecido hace mucho tiempo la definición de fraude de ley y actualmente el conflicto en la aplicación de las normas<sup>51</sup>, que se refleja, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2014, rec. núm. 1347/2011 (NFJ053810), en la que se reproduce, como es lógico la posición que viene sosteniendo dicho tribunal en esta materia: «En puridad de principios el fraude de ley parte de la existencia de actos o negocios jurídicos válidos, que reúnen todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para desplegar sus efectos jurídicos. Pero se trata de actos o de negocios jurídicos realizados al amparo de una determinada normativa (norma de cobertura) que no les protege, al no perseguir sus resultados habituales, por lo que debe aplicarse la norma tributaria (norma defraudada) que resulta de aplicación a los actos o negocios jurídicos que debieran haberse utilizado con normalidad a la vista de los efectos producidos y circunstancias concurrentes».

En este sentido y proyectando la anterior doctrina sobre el artículo 15 de la vigente ley tributaria, la misma sentencia añade: «En definitiva, conforme a este tratamiento unitario, la aplicación del artículo 15 LGT/2003 exige, en la actualidad la utilización de dos parámetros avanzados por la jurisprudencia anterior al tratar de las facultades de la Administración para calificar los negocios y aplicar, en su caso, el fraude de ley: el de la normalidad o anormalidad del resultado obtenido con el negocio jurídico o contrato celebrado, y el de la existencia o no de efectos jurídicos o económicos específicos que sean relevantes al margen del elemento fiscal».

Queda claro, por tanto, que la planificación fiscal indebida sería básicamente un supuesto de fraude a la ley tributaria.

No obstante, también hay que tener presente la figura de la simulación en el ámbito tributario. Estamos ante un concepto distinto pero no distante del de fraude a la ley. Comparte con este el elemento del resultado contrario al ordenamiento tributario y perjudicial para la Hacienda Pública pero les separa la radical diferencia de que en el fraude el negocio jurídico es querido pretendiendo esencialmente eludir las consecuencias fiscales del mismo, mientras que en la simulación, particularmente en la absoluta, no se quiere el negocio jurídico realizado ni, en puridad, su resultado sino solo crear una apariencia o bien, en la simulación relativa, encubrir el verdadero negocio jurídico subyacente.

Sabemos que la LGT no define la simulación a efectos tributarios, sino que simplemente establece sus consecuencias fiscales en el artículo 16: «1. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes. 2. La existencia de simulación será declarada por la Administración tributaria en el correspondiente acto de liquidación, sin que dicha calificación produzca otros efectos que los exclusivamente tributarios. 3. En la regularización que proceda como consecuencia de la existencia de simulación se exigirán los intereses de demora y, en su caso, la sanción pertinente».

---

<sup>51</sup> Véase DELGADO PACHECO, A.: *Las normas antiabuso en la jurisprudencia tributaria española*, ed. Aranzadi, 2004.

No es necesario aquí definir la simulación con carácter general que ya ha sido suficientemente estudiada por la doctrina civilista<sup>52</sup>, pero sí es preciso aclarar algún aspecto en el orden tributario y a efectos de la delimitación de la planificación fiscal indebida. A nuestro juicio esta última se inscribe mayoritariamente en el ámbito del fraude a la ley, porque a la vista de la fenomenología descrita no se puede afirmar que los negocios jurídicos en que se basa carezcan de causa, o constituyan una pura apariencia y encubran un negocio jurídico distinto subyacente. La planificación fiscal indebida se integra perfectamente en las características del fraude a la ley que acabamos de recordar y diseñar una operación para no pagar o pagar menos tributos, no reúne desde luego las de una simulación absoluta (ausencia de causa negocial), si acaso, puede tener elementos de la simulación relativa (causa declarada distinta de la real).

La contrapartida teórica y práctica del fraude a la ley tributaria sería el concepto de economía de opción que es el reverso legal del fraude a la ley y que puede integrar lo que consideramos planificación fiscal posible.

Se trata, como es sabido, de una construcción científica<sup>53</sup> y jurisprudencial que pone el énfasis en la posibilidad de un actuar plenamente legal que ofrece un resultado fiscal más ventajoso que el ofrecido por otras vías igualmente legales. Desde el punto de vista doctrinal<sup>54</sup>, es evidente que en la base de lo que entendemos como «planificación fiscal posible» está el concepto mencionado<sup>55</sup>, es decir, se pretende cumplir uno de los objetivos legítimos de la planificación, cual es el de maximizar los beneficios fiscales dentro de la legalidad y ello se logra, en muchos casos, a través de las opciones que ofrecen no solo los ordenamientos internos sino el derecho tributario internacional.

En cuanto a la elaboración jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 46/2000, de 17 de febrero (NFJ008490), afirma que economía de opción es: «la posibilidad de elegir entre varias alternativas legalmente válidas a la consecución de un mismo fin, pero generadoras las unas de alguna ventaja adicional respecto de las otras». Por su parte, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15 de julio de 2002, rec. núm. 2313/2000 (NFJ012842), sostiene: «la llamada economía de opción solo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que, resul-

<sup>52</sup> Véase, por todos, Díez-PICAZO, J. L.: *Derecho Patrimonial Civil*, que define la simulación como «la declaración de una voluntad no verdadera que se hace para que nazca la apariencia de un negocio jurídico»; es decir, que la divergencia o contradicción es consciente, con una finalidad de engaño.

<sup>53</sup> Concepto propuesto por don José LARRAZ, en 1952, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, titulado *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*.

<sup>54</sup> Véase el clásico trabajo de ARIAS CAÑETE, M.: «Fraude de ley y economía de opción» en *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, Ministerio de Hacienda, 1979, págs. 505 a 537.

<sup>55</sup> *Vid.* PÉREZ DE AYALA, J. L.: *El régimen fiscal de las «economías de opción» en un contexto globalizado*, Documento de trabajo 22/06, Instituto de Estudios Fiscales. En particular véase el epígrafe III, «Las economías de opción como fundamento de la planificación tributaria», págs. 8 a 10.

ta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas».

En un intento de simplificación podríamos afirmar por tanto, a los efectos de este trabajo, que la planificación fiscal indebida constituye en la mayoría de los casos un fraude a la ley tributaria o una simulación relativa y que la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción.

En el plano del derecho comunitario, además de la jurisprudencia ya citada al hablar de los límites a la planificación fiscal internacional, hay que tener en cuenta necesariamente el modelo europeo de cláusula antiabuso general (*EU Model GAAR*) incluido en la recomendación de la Comisión sobre Planificación Fiscal Agresiva ya citada de 6 de diciembre de 2012 (C 2012, 8806 final), que dice: «un acuerdo artificial o una serie de acuerdos artificiales que han sido puestos en marcha con el propósito esencial de eludir la imposición, deberán ser ignorados. Las autoridades fiscales tratarán estos acuerdos a efectos fiscales de conformidad a su sustancia económica». La definición transcrita no mejora, desde luego, la contenida en el artículo 6.4 de nuestro Código Civil sobre fraude a la ley ni la que contiene el artículo 15 de la Ley 58/2003 sobre conflicto en la aplicación de las normas, o la noción elaborada por el Tribunal Supremo a la que nos hemos referido.

Igualmente debemos ocuparnos de las cláusulas antiabuso contenidas en los convenios para evitar la doble imposición y en las normas de derecho interno. Muchos de los convenios para evitar la doble imposición, siguiendo el Modelo de Convenio de la OCDE, contienen cláusulas que tratan de impedir la obtención de la residencia a los efectos de aplicación de las ventajas derivadas de un convenio, conocidas también como cláusulas *anti treaty shopping*. Así, a modo de ejemplo, la cláusula de transparencia (*look-through approach*); la «cláusula de sujeción al impuesto» (*subject to tax test*); la cláusula de canal o tránsito (*the channel approach*); la cláusula de limitación de beneficios (*limitation on benefits clause o LOBs*); la cláusula de beneficiario efectivo (*beneficial owner*) aplicable a dividendos, cánones e intereses; o las cláusulas de exclusión. Por otra parte, también la legislación interna española contiene cláusulas antiabuso que tratan de impedir la aplicación de beneficios fiscales, como la cláusula de sujeción al impuesto contenida en el artículo 7 p) de la Ley del IRPF relativo a la exención de rentas por trabajo realizado en el extranjero (aplicable siempre que «en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este impuesto»), o en los artículos 21 y 22 de la LIS relativos a la aplicación del método de exención para eliminar la doble imposición (siempre que la entidad «haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto...»), o en el mismo artículo 21 (que impide la aplicación del método de exención «respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora»). También existen cláusulas de transparencia como la contenida en el artículo 14 l h) de la Ley del IRNR (los beneficios distribuidos por filiales españolas a matrices residentes en la Unión Europea no estarán exentos cuando «la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión

Europea... excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas»). Estos ejemplos suscitan una cuestión fundamental sobre si están o no en conflicto con los convenios tributarios las disposiciones específicas y normas jurisprudenciales de la legislación nacional de un Estado contratante cuyo propósito sea evitar el abuso de la legislación tributaria. Aunque ya empiezan a aparecer cláusulas generales antiabuso en algunos convenios en las que se prevé que de forma unilateral o bilateral se puedan denegar los beneficios que supone la aplicación del tratado a ciertas personas o determinadas transacciones que buscan un resultado contrario al mismo, lo cierto es que en la mayoría de los convenios para evitar la doble imposición todavía no se establecen<sup>56</sup>.

## V. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> A los efectos de este trabajo podemos afirmar que la planificación fiscal indebida constituye, en la mayoría de los casos, un fraude a la ley tributaria o una simulación relativa y que la planificación fiscal posible encuentra su fundamento en la economía de opción.
- 2.<sup>a</sup> Para no oscurecer los objetivos que se tratan de alcanzar en la lucha contra la planificación fiscal indebida e identificar los instrumentos necesarios para alcanzarlos, debe quedar claro que no se trata de fenómenos de oposición frontal a la ley, constitutivos de simples infracciones, delito fiscal o el ejercicio abusivo de un derecho, que tienen su propio tratamiento, sino de conductas más evolucionadas y sofisticadas consistentes en eludir una norma, al amparo de otra, produciendo un resultado contrario a un ordenamiento determinado.
- 3.<sup>a</sup> La utilización indebida de la personalidad jurídica, sobre todo mediante la interposición de sociedades, con fines exclusivamente fiscales sigue siendo el primer problema jurídico en el ámbito de la planificación fiscal interna e internacional. Se debe continuar progresando en la disposición de medios jurídicos para evitar los efectos perniciosos derivados de la misma.
- 4.<sup>a</sup> En el ámbito de la Unión Europea es preciso avanzar en el proceso de aproximación normativa de la imposición directa para poder contar con herramientas jurídicas eficaces en la lucha contra la fenomenología de la planificación fiscal indebida. Hay que pasar del *soft law* al derecho comunitario directamente aplicable.

---

<sup>56</sup> Véase la obra ya citada de JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L.: «Cláusulas antielusión y convenios: cuestiones no resueltas». En particular, véase su impecable argumentación en las págs. 80 y 81 sobre las relaciones entre las cláusulas antiabuso de derecho interno y los mencionados convenios. Véanse también los comentarios al artículo 1, párrafos 9.1 y ss. del Modelo de Convenio de la OCDE.

- 5.<sup>a</sup> En el plano de la colaboración bilateral, los convenios para evitar la doble imposición son el instrumento jurídico adecuado para implementar las medidas concretas contra la planificación fiscal indebida. Resulta necesario convertir las propuestas del Convenio modelo de la OCDE en articulado concreto de cada tratado, recogiendo, entre otras medidas, una cláusula antielusión de validez general.
- 6.<sup>a</sup> Es evidente que la herramienta clave en la lucha contra la planificación fiscal indebida a nivel internacional es el intercambio de información tributaria ya sea en la esfera comunitaria, bilateral o multilateral. La aplicación práctica de los nuevos instrumentos de intercambio automático de información financiera va a suponer para las Administraciones tributarias una herramienta eficaz contra el fraude y la evasión fiscal, sobre todo por su carácter automático y estandarizado. No obstante, para que el sistema despliegue todos sus efectos, será necesario que se extienda a cuantos más Estados sea posible.
- 7.<sup>a</sup> De nada servirán las medidas preventivas contra la planificación fiscal indebida como las cláusulas antielusión o antiabuso, por muy perfectas que sean en su definición, o cualquiera de los instrumentos diseñados para la lucha contra la misma si no se hace un seguimiento de su eficacia y eficiencia en el logro de dicho objetivo. En particular, las medidas incluidas en el plan *BEPS* de la OCDE exigen un análisis de sus resultados.
- 8.<sup>a</sup> La soberanía fiscal de cada Estado sigue siendo el principal condicionante de la planificación fiscal indebida a nivel internacional. La contramedida necesaria para evitar que esta realidad insoslayable impida una auténtica política de lucha contra el fenómeno descrito no puede ser otra que la coordinación, colaboración y cooperación entre Estados mediante los instrumentos descritos.
- 9.<sup>a</sup> En el mismo sentido de la conclusión anterior, se ha hecho evidente en la dinámica de la lucha contra la planificación fiscal indebida que resulta imprescindible la coordinación, colaboración y cooperación entre la OCDE, la Unión Europea y otras instancias internacionales para acompasar la adopción y aplicación de medidas tendentes al logro del objetivo mencionado.
- 10.<sup>a</sup> Proponemos que se sustituya la expresión «planificación fiscal agresiva» por la de «planificación fiscal indebida» que implica un resultado contrario al ordenamiento jurídico correspondiente ya sea internacional, comunitario o interno y que es mucho más precisa jurídicamente.

## Bibliografía

- AMORÓS VIÑALS, A. [2013]: «La planificación fiscal agresiva», *RCyT. CEF*, núm. 362, mayo.
- ARIAS CAÑETE, M. [1979]: «Fraude de ley y economía de opción», *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, Ministerio de Hacienda.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2013]: «La estrategia europea de lucha contra el fraude y la evasión fiscal: el plan de acción de la Comisión UE y sus principales implicaciones», *RCyT. CEF*, núm. 363, junio.
- 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.
- CALVO ORTEGA, R. [2009]: «La hora de los paraísos fiscales», *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, marzo-abril.
- CUBERO TRUYO, A. [2014]: «Medidas adoptadas en tiempo de crisis en materia de fiscalidad internacional», *Fiscalidad en tiempos de crisis*, ed. Thomson Reuters.
- DELGADO PACHECO, A. [2004]: *Las normas antiabuso en la jurisprudencia tributaria española*, ed. Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, J. L.: *Derecho Patrimonial Civil*.
- EY abogados [2015]: *Cláusula general antiabuso tributaria en España: propuesta para una mayor seguridad jurídica*, Fundación Impuestos y Competitividad, junio.
- FERRET, B.; GRAVINO, D. y MERLER, S.: *European added value of legislative report on bringing Transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union*, Parlamento Europeo.
- FORNS, J. J. [1960]: *La doble imposición internacional*, ed. Cámara de Comercio de Madrid.
- FUSTER GÓMEZ, M.: «La sombra de FATCA es alargada: últimos avances en materia de intercambio automático de información financiera a nivel internacional», *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 167.
- GARCÍA NOVOA, C. [2015]: «Base erosion and profit shifting (BEPS) y sus implicaciones en los ordenamientos domésticos», *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, mayo-junio.
- JIMÉNEZ MARTÍN, F. y RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, L. [2011]: «Cláusulas antielusión y convenios para evitar la doble imposición: cuestiones no resueltas», *RCyT. CEF*, núm. 339, junio.
- LARRAZ, J. [1952]: *Metodología aplicativa del Derecho Tributario*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.<sup>a</sup> y LOMBARDEO EXPÓSITO, L. M. [2010]: «Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales», *RCyT. CEF*, núm. 323, febrero.
- MURPHY, R. [2012]: Informe *Closing the European Tax Gap*, de 10 de febrero.
- PÉREZ DE AYALA, J. L. [2006]: *El régimen fiscal de las «economías de opción» en un contexto globalizado*, Documento de trabajo 22/06, Instituto de Estudios Fiscales.
- RIBES RIBES, A. [2003]: *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

SANTOLAYA BLAY, M. [2010]: «El levantamiento del velo en el ámbito tributario: algo más que dos letras finales en el primer apartado de un precepto de la Ley 58/2003», *RCyT. CEF*, núm. 327, junio.

SERICK, R. [1958]: *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, ed. Ariel, Barcelona, traducción de José Puig Brutau.

SERRANO ANTÓN, F. [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.

VEGA BORREGO, F. A. [2005]: «El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición», *Documentos IEF*, n.º 8/2005.

## LAS EXCLUSIONES DEL DERECHO DE DEDUCCIÓN EN EL IVA: ANÁLISIS Y PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN

**José Manuel Macarro Osuna**

*Área de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad Pablo de Olavide. Sevilla*

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

---

### EXTRACTO

El objetivo primordial de este trabajo es analizar las principales exclusiones al derecho de deducción de cuotas soportadas en el IVA reguladas en el artículo 176 de la Directiva IVA. Junto con la prohibición de deducir gastos que no sean estrictamente profesionales, estudiaremos las cláusulas *standstill*, así como los criterios de interpretación que ha establecido el TJUE al respecto. En lo referente a la primera exclusión, vamos a profundizar en los tipos de gastos no deducibles, la utilización del *soft law* como elemento de aproximación normativa y las posibles alternativas a una exclusión total de la deducibilidad de estos gastos. En lo relativo a las cláusulas *standstill* nacionales, nos detendremos en la limitación que ha realizado el TJUE de su ámbito de aplicación, tanto desde una perspectiva objetiva como temporal, y haremos hincapié en el principio de neutralidad ganada. En cada uno de los temas tratados hemos realizado propuestas, tanto en la forma de avanzar en la armonización de esta materia, como en el modo de mejorar los criterios de interpretación de las actuales excepciones de manera que mejoren el funcionamiento del IVA.

**Palabras claves:** derecho de deducción en el IVA, neutralidad fiscal, gastos sin carácter estrictamente profesional y cláusulas *standstill*.

---

*Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 19-10-2016*

## THE EXCLUSIONS TO THE RIGHT TO DEDUCT INPUT VAT: ANALYSYS AND PROPOSALS FOR HARMONIZATION

José Manuel Macarro Osuna

---

### ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze the main exclusions to the deduction of input VAT regulated by article 176 of the VAT Directive. The prohibition of deducting expenses that are considered not strictly business expenditure will be studied, together with the standstill clauses and the interpretation criteria established by the ECJ in both topics. With regards to the first exclusion, the paper will focus on the types of non-deductible expenditure, the use of soft law as a tool of regulatory approximation and the possible alternatives to a total exclusion of the deductibility of these expenses. Concerning the national standstill clauses, the article assesses the limitation of their scope made by the ECJ, both from an objective and temporal perspective, and emphasizes the principle of gained neutrality. Proposals for improvements will be made in each of the topics analyzed, both in the way in which the harmonization of these regulations should progress and in the way to improve the interpretation criteria of the current exceptions, so as to enhance the functioning of VAT.

**Keywords:** right of deduction of VAT, fiscal neutrality, not strictly business expenditure and standstill clauses.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Consideraciones preliminares: el derecho de deducción como pilar fundamental de la estructura del IVA
3. Excepciones previstas en la directiva al derecho de deducción
4. Gastos sin carácter estrictamente profesional y los diversos intentos de armonización en la materia
5. Cláusulas *standstill*
  - 5.1. Naturaleza y alcance
  - 5.2. Límites y requisitos temporales de las cláusulas *standstill*
  - 5.3. Modificaciones permitidas de las cláusulas *standstill*
6. Recapitulación y conclusiones

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

El impuesto sobre el valor añadido (IVA) es el principal logro de la armonización fiscal de la Unión Europea (UE). Su implantación se consideró necesaria para poder construir un verdadero mercado interior en la UE, ya que la destrucción de las barreras internas debía comenzar por aproximar las legislaciones de los Estados miembros en los tributos indirectos sobre las ventas, dada su capacidad de alterar los patrones de consumo comunitarios. El IVA ha seguido desarrollándose; sin embargo, su proceso de armonización aún dista mucho de estar completo. Como puso de manifiesto la Comisión Europea en el Libro Verde sobre el futuro del IVA, este impuesto aún presenta importantes fallos, y son muchos los puntos de su estructura y funcionamiento que deben ser corregidos<sup>1</sup>. De hecho, la Comisión no ha sido el único organismo internacional que ha trabajado para alcanzar un IVA más eficaz y eficiente, y que opere como tributo sobre el consumo sin distorsionar el funcionamiento del mercado. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha venido desarrollando una importante labor sobre los principios básicos que deben seguir los impuestos sobre el consumo (IVA o GST, *goods and services tax*), en sus *International VAT/GST Guidelines*<sup>2</sup>. En diferentes documentos y recomendaciones, ambas instituciones han erigido el principio de neutralidad fiscal como criterio rector de los desarrollos de estos tributos.

En el caso del IVA establecido en la UE, el mecanismo fundamental que garantiza la neutralidad del tributo es el derecho de deducción de las cuotas del IVA soportadas. Sin embargo, la propia Directiva IVA permite determinadas excepciones al ejercicio de este derecho. El objetivo de este trabajo es analizar las distintas exclusiones a la deducción que pueden aplicar los Estados miembros desde un punto de vista dual: estudiaremos cómo afectan al funcionamiento del impuesto y del mercado interno, y contextualizaremos estas excepciones con la interpretación restrictiva que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de las mismas. Una vez que hayamos hecho esta reflexión, nuestra meta será, por un lado, concretar la mejor forma de armonizar esta materia y, por otro, conociendo las dificultades de avanzar en el proceso decisorio de armonización fiscal, articular soluciones intermedias que puedan limitar el impacto negativo de estas excepciones en el funcionamiento del IVA como tributo neutral.

## 2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL DERECHO DE DEDUCCIÓN COMO PILAR FUNDAMENTAL DE LA ESTRUCTURA DEL IVA

El IVA, principal impuesto armonizado en la UE, se concibió como un impuesto general y plurifásico sobre el consumo basado en el principio de neutralidad fiscal. Sin embargo, su hecho im-

<sup>1</sup> COM (2010) 695 final, de 1 de diciembre de 2010, «Libro Verde sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, más robusto y eficaz».

<sup>2</sup> OCDE: *International VAT/GST Guidelines*, noviembre, 2015.

nible parece responder a otro tipo de capacidad económica, ya que está formulado como un tributo sobre el volumen de negocios, e incide sobre la actividad empresarial al gravar las ventas de bienes y servicios<sup>3</sup>. Si bien es el conjunto del mecanismo de funcionamiento del impuesto lo que hace posible esta conjunción de materia y hecho imponible, la deducción es la clave de bóveda del IVA y es la que permite que la actividad empresarial se desarrolle atendiendo al citado principio de neutralidad<sup>4</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 168 de la Directiva 2006/112/UE<sup>5</sup> (en adelante Directiva IVA), los sujetos pasivos del impuesto podrán deducir las cuotas del IVA soportadas en la realización de operaciones gravadas por el impuesto. De esta forma, al librar a los sujetos pasivos de la carga del impuesto se consigue un cambio en el elemento subjetivo de la capacidad contributiva. La deducción consigue esta reconducción de capacidad económica, al poder ejercitarla únicamente el sujeto que realiza operaciones gravadas por el impuesto, y no el cliente final, que destina los bienes y servicios para su consumo privado. El gravamen se desplaza desde el sujeto pasivo (empresario o profesional), que es el que debería pagar el tributo de acuerdo con el hecho imponible del IVA, pero que detrae las cuotas soportadas, hacia el repercutido (consumidor particular), que habrá de soportar el peso económico del impuesto.

Al trasladar la carga económica del impuesto hacia el consumidor final, el hecho imponible del IVA, basado en gravar las ventas, se convierte en un elemento de estructuración de la recaudación, que garantiza el carácter plurifásico del tributo y permite que la carga tributaria final, soportada por el sujeto repercutido, pueda ser recaudada progresivamente a lo largo de las distintas transacciones acaecidas en la cadena de valor empresarial<sup>6</sup>. Así, el crédito de impuesto que supone el derecho de deducción permite que las cuotas soportadas en las compras productivas no supongan un coste para los empresarios o profesionales, ya que pueden ser deducidas e, incluso, ser objeto de devolución directa<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Como afirma VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, este «engranaje repercusión-deducción» es el que permite que el IVA, al insertarse en las relaciones entre particulares, no interfiera en la neutralidad de los precios y, al mismo tiempo, garantice la recaudación y permita la simplificación de la actuación de los operadores económicos. VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A.: «Aproximación crítica a las concepciones habituales sobre el IVA. Reflexiones con ocasión del Libro Verde sobre el futuro del IVA», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 152, 2011, pág. 1.163.

<sup>4</sup> GARCÍA NOVOA es claro cuando expone la idea de que la deducción es el instrumento que otorga al IVA su verdadera materia imponible. GARCÍA NOVOA, C.: «La deducción en el IVA», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 331, 2012, pág. 34.

<sup>5</sup> Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido.

<sup>6</sup> FAZZINI afirma que solo en ausencia de repercusión hacia el destinatario final y de ausencia de deducción por parte del empresario o profesional que realiza la entrega de bienes o la prestación de servicios se convierte el IVA en un tributo sobre las ventas. Si el mecanismo de deducción-repercusión funciona adecuadamente, este tributo responderá a su naturaleza y a su objeto imponible como impuesto sobre el consumo. FAZZINI, E.: *Il diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto*, Padova: CEDAM, 2000, págs. 11-13.

<sup>7</sup> Cabe destacar la diferenciación que realizan VAN DOESUM y VAN NORDEN entre consumo privado y consumo productivo. Siendo ambas conductas de compra objeto de tributación en el IVA por parte del sujeto vendedor, el mecanismo de la deducción hace que el «consumo empresarial» se vea liberado de esta carga impositiva. DOESUM, A. VAN y NORDEN, G. VAN: «The right to deduct under EU VAT», *International VAT Monitor*, vol. 22, núm. 5, 2011, pág. 323.

No obstante, el derecho de deducción no tiene como finalidad exclusiva hacer que el IVA responda a su objeto imponible real<sup>8</sup>. Es también el responsable fundamental de que este impuesto atienda a su principio rector: la neutralidad fiscal. Este puede ser definido como «el principio jurídico por el que la tributación no debe afectar a la toma de decisiones económicas que afronten los distintos sujetos que actúen en el mercado»<sup>9</sup>. La deducción de las cuotas soportadas elimina el fenómeno de gravamen sobre gravamen que se da en los impuestos multifásicos cumulativos (o en cascada) que existían con anterioridad a la entrada en vigor del IVA. Si los empresarios deben pagar un IVA no compensable por sus compras, y cobrar IVA cuando lo transfieren a otro sujeto (pasivo o no), el objeto que compraron habría resultado gravado tantas veces como transacciones haya en la cadena productiva. Con esto podría afirmarse la presencia de dos figuras impositivas distintas o de una con un doble efecto económico: gravar la actividad del sujeto y gravar sus adquisiciones<sup>10</sup>. De no existir el derecho de deducción, los procesos productivos que experimentarían una mayor integración vertical verían reducidos sus costes considerablemente al limitar el incremento de gravamen que conllevaría cada compraventa. Este resultado va directamente en contra de los postulados de la neutralidad fiscal, que aspira a que el IVA no altere la libre toma de decisiones económicas de los agentes económicos. Además, la no deducción del IVA soportado produciría un incremento del coste de los bienes de capital que influiría decisivamente en la elección del mix de factores de producción (trabajo-capital) de las empresas a la hora de desarrollar su actividad, privilegiando la contratación de trabajadores pese a que otras opciones pudieran ser más eficientes.

El derecho de deducción es el principal instrumento que elimina estas ineficiencias y permite que el IVA pueda configurarse como un impuesto neutral. Al posibilitar que los sujetos pasivos ejerciten un crédito por el impuesto que han soportado en sus compras, se consigue que el tributo no deba ser incorporado como un coste de su actividad, no soportando así dicho gravamen<sup>11</sup>. El IVA basado en el mecanismo de deducción-repercusión es neutral a la longitud de la cadena de producción y distribución, articulando un gravamen idéntico para una misma creación de valor, sin importar el grado de integración vertical o especialización empresarial. Igualmente, también evita el fomento del factor trabajo que se produciría en un impuesto cumulativo a través del incremento del precio relativo del capital. En resumen, permite que el IVA no afecte a las decisiones empresariales y permite a los agentes económicos adoptar las decisiones que consideren más eficientes y, con ello, hace

<sup>8</sup> Sobre el concepto de objeto del tributo, FERREIRO LAPATZA, J. J.: «El objeto del tributo», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 10, 1976, págs. 227-243. Más recientemente, FERREIRO LAPATZA, J. J.: *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, 25.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2006, págs. 121-124.

<sup>9</sup> MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio de neutralidad fiscal en el IVA*, Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pág. 57.

<sup>10</sup> GALLO, F.: *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma: Tipografia Editrice Cavour, 1974, pág. 63.

<sup>11</sup> No nos referiremos a cuestiones de liquidez, también de gran relevancia para las empresas, sino únicamente al efecto económico final del IVA como impuesto neutral que no debe recaer sobre los empresarios y profesionales sino sobre el consumidor final. Sobre el efecto económico y el estatutario en los tributos, véase: ENTIN, S. J.: «Tax incidence, tax burden, and tax shifting: who really pays the tax?», en *Report of The Heritage Center for Data Analysis*, Washington D. C.: Heritage Foundation, 2004; y *Tax Reform for Fairness, Simplicity, and Economic Growth*, The Treasury Department, Report to the President, vol. 3, Washington D. C.: Office of the Secretary. Department of the Treasury, 1984.

que el IVA pueda responder al principio que inspira su configuración<sup>12</sup>. Como recalcan WESTBERG y KRISTOFFERSSON<sup>13</sup>, la importancia del derecho de deducción para la consecución de la neutralidad fiscal es tal que el TJUE ha entendido frecuentemente ambos como si fueran un binomio, interpretando todo lo relativo a la deducción siempre desde el prisma de la neutralidad y, al mismo tiempo, construyendo el contenido de este principio a partir de los casos relativos a este derecho de crédito<sup>14</sup>.

Sin embargo, la relevancia del derecho de deducción para la naturaleza del IVA no impide que sean múltiples las situaciones en las que no se otorgue este crédito a los empresarios o profesionales, produciéndose todas las consecuencias negativas que hemos comentado. No estamos refiriéndonos a los distintos elementos (objetivo, subjetivo, temporal y formal) que deben acontecer para que pueda ejercitarse este derecho, sino a verdaderas excepciones en las que la Directiva IVA excluye su aplicación<sup>15</sup>. Junto con las exenciones, auténtica «paradoja del IVA», que impiden la deducción de los gastos dedicados a la realización de actividades sujetas y exentas, la Directiva IVA introduce determinados supuestos en los que las cuotas del IVA soportadas no van a ser deducibles<sup>16</sup>. Dedicaremos el resto del trabajo a analizar las excepciones previstas al derecho de deducción en la Directiva IVA que no requieren ser solicitadas por parte de los Estados miembros para ser establecidas.

<sup>12</sup> HENKOW destaca la importancia de que el derecho de deducción elimine la carga impositiva del IVA para los empresarios o profesionales como clave para alcanzar un tributo neutral sobre el consumo. HENKOW, O.: «Neutrality of VAT for taxable persons: a new approach in European VAT?», *EC Tax Review*, vol. 5, 2008, pág. 233.

<sup>13</sup> WESTBERG, B. y KRISTOFFERSSON, E.: «Deductions in EU VAT Law», en M. Ecker, M. Lang e I. Lejeune, *The Future of Indirect Taxation: Recent Trends in VAT and GST Systems Around the World*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2012, pág. 640.

<sup>14</sup> Debemos citar aquí la relación indisoluble que realizó el Tribunal de Justicia entre ambos conceptos en la STJCE de 14 de febrero de 1985, Rompelman, asunto C-268/83, que en su apartado 19 decía lo siguiente: «El régimen de deducciones tiene por objeto liberar completamente al empresario del peso del IVA, devengado o ingresado, en el marco de todas sus actividades económicas. El sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de las mismas, a condición de que dichas actividades estén a su vez sujetas al IVA». Un análisis detallado de la jurisprudencia del TJUE en relación con este tema en CHECA GONZÁLEZ, C.: «El derecho a la deducción del IVA en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo», *Impuestos*, núm. 18, 2006, págs. 205 y ss.

<sup>15</sup> Sobre el derecho de deducción en el IVA y sus distintos elementos véanse, entre otros, COMELLI, A.: *IVA comunitaria e IVA nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova: CEDAM, 2000; CHECA GONZÁLEZ, C.: *Las deducciones y devoluciones en el IVA*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002; GARCÍA NOVOA, C.: «La deducción...», *op. cit.*; CALVO VÉRGEZ, J.: *El derecho de deducción en el IVA*, Madrid: La Ley, 2015; MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio...*, *op. cit.*

<sup>16</sup> La expresión «paradoja» viene acuñada en MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio...*, *ibid.*, pág. 319. Sobre la desnaturalización del IVA en las actividades exentas véanse también CRAWFORD, I.; KEEN, M. y SMITH, S.: «Value Added Tax and Excises», en J. Mirrlees *et al.*, *Dimensions of Tax Design. The Mirrlees Review*, Oxford: Oxford University Press, 2010; FERIA, R. DE LA y KREVER, R.: «Ending VAT Exemptions: Towards a Post-Modern VAT», en R. de la Feria, *VAT Exemptions: Consequences and Design Alternatives*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2013; ENGLISH, J.: «The EU Perspective on VAT Exemptions», en R. de la Feria, *VAT Exemptions: Consequences and Design Alternatives*, Países Bajos: Kluwer Law International, 2013.

### 3. EXCEPCIONES PREVISTAS EN LA DIRECTIVA AL DERECHO DE DEDUCCIÓN

Los artículos 176, 177 y 395 de la Directiva IVA contienen previsiones que determinan la exclusión del derecho a deducir, en unos casos de manera armonizada para todos los Estados miembros y, en otros, quedando a la discrecionalidad de estos, pasada o futura, la introducción de dichas excepciones. Hay que tener en cuenta que, como hemos comentado, el instituto del derecho de deducción es el máximo garante de la neutralidad fiscal del IVA y del correcto funcionamiento del tributo, por lo que toda limitación del mismo debe venir establecida expresamente en la directiva, pues cualquier otra sería contraria a la naturaleza del impuesto<sup>17</sup>. Sobre los efectos que tiene la ausencia de deducción para los gastos comentados debemos añadir el producido por una deducción dispar para bienes o servicios que puedan satisfacer las mismas necesidades. Deber soportar la carga tributaria de unos y no de otros proporciona incentivos a los agentes económicos para no incurrir en dichos gastos, que pasan a tener un coste adicional respecto a otros que puedan ser sustitutivos dentro de su actividad, provocando que sus decisiones económicas vengan marcadas por el interés en no soportar esta carga tributaria. Por ejemplo, si la compra de un vehículo de transporte lleva aparejada una cuota no deducible, el sujeto pasivo podría encontrar más interesante sustituir dicha compra por el alquiler de servicios de transporte prestados por otra sociedad y cuyo IVA sí podría ser deducible.

En este sentido, vamos a tratar las restricciones que realiza la Directiva IVA respecto a los gastos cuyas cuotas soportadas no van a gozar de este derecho de crédito. Nos referimos a exclusiones de gastos que, pudiendo cumplir los requisitos que se establecen para el derecho de deducción, no sean objeto del mismo. El artículo 176 de la Directiva IVA contiene la norma básica en materia de exclusión del derecho de deducción y regula dos supuestos distintos<sup>18</sup>. Por un lado, prohíbe la deducibilidad de los gastos carentes de carácter estrictamente profesional. Por otro, establece una encomienda al Consejo para armonizar el conjunto de gastos cuyas cuotas soportadas no serán deducibles y, mientras no se dé dicha actividad normativa, establece en su segundo párrafo la posibilidad de que

<sup>17</sup> Como ejemplo, podemos citar la STJCE de 11 de julio de 1991, Lennartz, asunto C-97/90 (NFJ001287), en la que Alemania limitaba el derecho de deducción de un bien, impidiéndolo por completo si no se usaba con fines empresariales al menos en un 10%. La respuesta del Tribunal de Justicia fue clara, pues no estando dicha limitación contenida en los supuestos de la Directiva IVA que vamos a estudiar, afirmó: «Todo sujeto pasivo que utilice bienes para una actividad económica tendrá derecho a deducir el IVA soportado en el momento de su adquisición, de conformidad con las normas que establece el artículo 17, por pequeña que sea la proporción de su uso para fines profesionales. Toda norma o práctica administrativa que imponga una restricción general al derecho a deducir cuando exista una verdadera aunque limitada utilización para fines profesionales constituye una excepción del artículo 17 de la Sexta Directiva y únicamente será válida si se cumplen los requisitos del apartado 1 del artículo 27 de la Sexta Directiva o del apartado 5 de ese mismo artículo».

<sup>18</sup> Artículo 176 de la Directiva IVA: «El Consejo, a propuesta de la Comisión y por unanimidad, determinará los gastos cuyo IVA no sea deducible. En cualquier caso, del derecho de deducción se excluirán los gastos que no tengan un carácter estrictamente profesional, tales como los de lujo, recreo o representación. Hasta la entrada en vigor de las disposiciones del párrafo primero, los Estados miembros podrán mantener todas las exclusiones previstas por su legislación nacional a 1 de enero de 1979 y para los Estados miembros que se hayan adherido a la Comunidad después de esta fecha, en la fecha de su adhesión».

los Estados miembros mantengan las exclusiones contenidas en su normativa antes de la entrada en vigor de la Sexta Directiva<sup>19</sup> o de su adhesión a la UE, que son denominadas como cláusulas *standstill*.

#### 4. GASTOS SIN CARÁCTER ESTRICTAMENTE PROFESIONAL Y LOS DIVERSOS INTENTOS DE ARMONIZACIÓN EN LA MATERIA

El artículo 168 de la Directiva IVA permite a los empresarios y profesionales la deducción de los bienes y servicios «en la medida» en que se usen para el desarrollo de sus operaciones gravadas<sup>20</sup>. El artículo 176, sin embargo, da un paso más allá. No basta con que los gastos se usen de manera prospectiva para la actividad sujeta y no exenta, sino que, además, deberán tener carácter estrictamente profesional. Con ello se está introduciendo una limitación adicional al destino previsible del bien, restricción que se establece con una terminología del todo difusa<sup>21</sup>. La

<sup>19</sup> Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del IVA: base imponible uniforme.

<sup>20</sup> Esta expresión es la manifestación de los principios de afectación y de uso prospectivo de los gastos deducibles. El primero de ellos requiere que el empresario o profesional haya incurrido en un gasto útil para desarrollar su actividad gravada. El criterio del uso prospectivo, que se extrae del resto del artículo 168 de la Directiva IVA, matiza el del uso efectivo de los gastos afectos a la actividad gravada, y permite una mayor flexibilidad temporal, exigiendo que la utilización del gasto pueda ser futura respecto al momento de su compra, y lo que debe ser efectivo en el momento en que se incurre en un coste es el destino previsible de los productos adquiridos a dicha actividad sujeta y no exenta. GREGGI, M.: *Il Principio d'Inerenza nel sistema d'imposta sul valore aggiunto: Profili nazionale e comunitari*, Pisa: Pacini Editore, 2012, págs. 40-41 y 114-115; MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio...*, *op. cit.*, págs. 179 y ss.

<sup>21</sup> No debemos confundir la exigencia del carácter estrictamente profesional de los gastos con el requisito que introduce la norma española para gastos corrientes (no bienes de inversión) al exigir que su afectación sea «directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional» (art. 95 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en adelante, LIVA). De hecho, este requisito ha sido profundamente criticado por la doctrina española dada la diferencia de trato de este tipo de bienes respecto a los bienes de inversión, a los que sí se permite el crédito de las cuotas soportadas «en la medida en que dichos bienes vayan a usarse previsiblemente», calculado en función de «criterios fundados». Distintos autores han considerado que esta exclusión establecida por la normativa española para los gastos corrientes es ajena a la directiva y supone una infracción del principio de neutralidad fiscal, al privilegiar fiscalmente el uso de un tipo de bienes productivos (los de inversión) respecto de otros. En este sentido, GARCÍA NOVOA, C.: «La deducción...», *op. cit.*, pág. 34; BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «La no deducibilidad de las cuotas de IVA por elementos no afectos exclusivamente a la actividad económica (art. 95 de la LIVA) a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 10, 2006, que incide además en el hecho de que un bien del inmovilizado, debido a que su valor de adquisición sea inferior al establecido en el artículo 109.Dos.5.º de la LIVA, no sea considerado como bien de inversión y se le impida la deducción en proporción a su uso profesional, agravando la infracción de neutralidad fiscal; BARCIELA PÉREZ, J. A.: «El derecho a la deducción del IVA soportado por los bienes parcialmente afectos a la actividad empresarial o profesional. El asunto Eon Asen Menidjmund», *Quincena Fiscal*, núm. 21, 2012, págs. 10-11 (versión web), que considera el tratamiento existente «claramente contrario a la normativa comunitaria»; o MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La deducción de las cuotas de IVA soportadas por los entes locales: un sorprendente cambio de criterio de la DGT (la deducibilidad de las cuotas derivadas de la adquisición de bienes y servicios corrientes utilizados conjuntamente en la realización de operaciones sujetas y no sujetas)», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 6, 2007, que consideran que la Dirección General de Tributos (DGT), en su consulta n.º V1107/2007 (NFC025373), de 22 de mayo, corrigió esta regulación que separaba la normativa nacional de la Directiva IVA.

directiva no especifica qué debe entenderse por «estrictamente profesional». Lo único que hace es poner ejemplos de gastos que no tienen este carácter, «los de lujo, recreo o representación», sin ni siquiera profundizar en su contenido específico<sup>22</sup>. Esta concreción no comporta una enumeración *numerus clausus*, sino que simplemente es una lista abierta de naturaleza ejemplificativa.

El razonamiento que manifestó la Comisión Europea en la propuesta de Sexta Directiva IVA que introdujo el artículo 17.6, actual artículo 176, fue argumentar que se trata de evitar que determinados gastos, por su carácter especialmente propicio para ser usados también de forma privada, pudieran no ser supervisados adecuadamente, evitándose con su no deducibilidad la pérdida de recursos tributarios, así como situaciones de abuso o de fraude a gran escala<sup>23</sup>. El artículo que proponía la Comisión especificaba una serie de gastos que no podrían ejercer el derecho de deducción, incluyendo los «no estrictamente profesionales» de lujo y entretenimiento, pero también otros como gastos de transporte de pasajeros, restaurantes, bebidas o alojamiento<sup>24</sup>. Esta propuesta de redacción, con las enmiendas que fueron introducidas tanto por el Comité Económico y Social como por el Parlamento Europeo, no fue, sin embargo, adoptada por el Consejo<sup>25</sup>, aunque sí sirviera para articular las excepciones de gastos no deducibles en algunas leyes nacionales<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Sí lo hizo la Comisión Europea, que en la COM (98) 377 final, de 17 de junio de 1998, «Propuesta de directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo que se refiere al régimen del derecho a la deducción del IVA», págs. 16-17, afirma que, pese a no ser oportuno alcanzar una definición exacta de este tipo de gastos, sí debe conseguirse una interpretación común de dichos términos que, según la propia Comisión, sería la siguiente: «"Gastos de lujo" serían aquellos que por su naturaleza o importe no puedan considerarse gastos normales de funcionamiento. Por ejemplo: un contable adquiere una alfombra oriental por un importe de 50.000 ecus para decorar su despacho. "Gastos de recreo y de representación" serían aquellos cuya finalidad es dar a los clientes o clientes potenciales una imagen positiva del sujeto pasivo y de su actividad, así como aquellos gastos efectuados con la única finalidad de predisponer a los clientes favorablemente para la realización de transacciones, y a los empleados para el desempeño de sus actividades. Ejemplo: un sujeto pasivo adquiere 100 entradas para un partido de fútbol al objeto de distribuir las gratuitamente».

<sup>23</sup> COM (73) 950, de 29 de junio de 1973, «Proposal for a sixth Council Directive on the harmonization of Member States concerning turnover taxes Common system of value added tax: Uniform basis of assessment», pág. 18.

<sup>24</sup> COM (73) 950, *ibid.*, pág. 46. Según la Comisión, no debería ser deducible el IVA de: a) gastos de alojamiento, hospedaje, restaurantes, comida, bebidas y transporte de pasajeros [...]; b) gastos de lujo; c) gastos de entretenimiento; d) bienes relativos a los hasta ahora comentados o prestaciones de servicios en relación con dichos gastos o costes.

<sup>25</sup> Encontramos un interesante resumen sobre las posiciones del Comité Económico y Social, del Parlamento Europeo y del Consejo en SWINKELS, J.: «Transitional Restrictions on the Right to Deduct EU VAT», *International VAT Monitor*, vol. 20, núm. 2, 2009, pág. 112. El autor refleja que el Comité Económico y Social entendió que los bienes y servicios necesarios para desarrollar la actividad económica no deberían ser excluidos, al tiempo que criticaba la excesiva generalidad de los conceptos de gastos de lujo y entretenimiento. El Parlamento Europeo, según este autor, afirmó la necesidad de afrontar esta cuestión con cautela, diferenciando algunos gastos en los que el componente de consumo privado está muy presente (restaurantes o bebidas) de otros en los que no se da dicho uso mixto de forma clara (alojamiento, por ejemplo). La incapacidad de los Estados miembros de alcanzar un acuerdo con el Consejo dio lugar al actual artículo 176, que establece la encomienda de avanzar en esta materia.

<sup>26</sup> Por ejemplo, en el caso español, en el artículo 96.Uno de la LIVA, sobre exclusiones y restricciones al derecho a deducir, se realiza una enumeración precisa de los gastos específicos a los que se les aplica la prohibición, muy similar a la que propuso la Comisión. Esta lista, a diferencia de la terminología abierta contenida en la Directiva IVA, es taxativa y específica: «1.º Las joyas. [...] 3.º Los alimentos, las bebidas y el tabaco. 4.º Los espectáculos y servicios de carácter recreativo. 5.º Los bienes o servicios destinados a atenciones a clientes, asalariados o a terceras perso-

El planteamiento que desarrolla la Comisión Europea nos muestra la prevalencia del principio de efectividad de la tributación y la necesidad de luchar contra el fraude respecto del principio de neutralidad. Añadir un requisito adicional a los gastos para ser deducibles, concretamente que su naturaleza profesional sea «estricta», es un mero mecanismo para evitar situaciones conflictivas en las que resulte complejo determinar el gasto y la proporción en que puede utilizarse para las actividades económicas, e impedir que pueda incurrirse en fraude fiscal haciendo pasar por gasto empresarial el consumo privado. No obstante, los efectos que causa esta aplicación general pueden llegar a alterar la naturaleza del impuesto, al recaer en los empresarios el coste tributario de su actividad. Pensemos en un ejemplo parecido al que plantea la Comisión: el de un empresario sevillano que, con el fin de cerrar un negocio de gran importancia con un cliente oriental, decide llevarlo a un espectáculo flamenco. De acuerdo con la definición dada por la Comisión, la cuota soportada por este gasto no sería deducible, lo que podría ser razonable dado que podría haberse tratado de un consumo privado del empresario y un amigo, que habrían podido defraudar el IVA a través de su deducción. Por el contrario, si de verdad se trató de un gasto realizado para adaptarse a las costumbres empresariales del potencial cliente, sin las que difícilmente se podría cerrar el contrato, obligar a que recaiga en el sujeto pasivo la totalidad de la carga del impuesto, incluso aunque consideramos que el servicio prestado al empresario que asiste al espectáculo podría ser consumo privado y solo gasto empresarial la invitación del cliente, podría ser contrario al principio de neutralidad. Paradigmáticamente, esta prohibición a la deducibilidad del gasto puede no acontecer en otras figuras tributarias, como ocurre, por ejemplo, en el caso del IS español, impuesto que, a diferencia del IVA, no aspira a ser inocuo para el empresario ni se inspira en el principio de neutralidad fiscal<sup>27</sup>. En el IVA, sin embargo, ante la dificultad de comprobación del efectivo uso empresarial del gasto, o el incremento de costes indirectos que supondría tener que justificar la deducción parcial por la parte de la factura o documento equivalente correspondiente a la entrada de los clientes orientales, así como el potencial fraude que podría originarse, la solución que proporciona la directiva es directa y tajante: la no deducibilidad de estos gastos<sup>28</sup>.

Si bien entendemos que la solución adoptada puede pecar de ser excesivamente general, al no permitir justificaciones particulares que conviertan esta prohibición en una presunción *iuris tantum*, la infracción del principio de neutralidad que supone prohibir el ejercicio del derecho de deducción en

---

nas. [...] 6.º Los servicios de desplazamiento o viajes, hostelería y restauración, salvo que el importe de los mismos tuviera la consideración de gasto fiscalmente deducible a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas [IRPF] o del impuesto sobre sociedades [IS] [...]».

<sup>27</sup> Cabe destacar que en el artículo 15 e) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del IS, se establece la posibilidad de deducir los gastos «por atenciones a clientes o proveedores» [...], los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, [y] los que se hallen correlacionados con los ingresos», con el límite del 1 % de la cifra de negocios del periodo impositivo.

<sup>28</sup> Este régimen de excepciones podría tener consecuencias particulares respecto de las prestaciones entre mandatarios y empresas mandantes, cuando los primeros asumieran los gastos cuya deducibilidad se exceptione y debieran prestar a los mandantes servicios que, teóricamente, debieran llevar el IVA. FAZZINI realiza una reflexión sobre la posibilidad de que los mandatarios se beneficiaran de la exención existente para aquellas entregas sobre las que no se pagó el IVA en su adquisición, que el autor considera que no debiera aplicarse a este supuesto, afirmando que la mejor solución sería la no aplicación de las limitaciones del derecho a deducir. FAZZINI, E.: *Il diritto di detrazione...*, op. cit., pág. 111.

este tipo de gastos no parece que tenga un impacto como para distorsionar la competencia en el mercado interior de manera preocupante. Ello no obsta para que sea criticable la ausencia de concreción y de reglas generales sobre su contenido, así como el hecho de que únicamente se planteen ejemplos de los que cada Estado deberá inferir cuál es la regla para considerar un gasto como «estrictamente» profesional o no<sup>29</sup>. La neutralidad podrá verse afectada tanto por el hecho concreto de prohibir la deducción, que desnaturaliza el impuesto como, sobre todo, por la ausencia de armonización a tal respecto y la inexistencia de guías, directrices objetivas adaptables a los usos empresariales de los distintos Estados miembros o marcos de referencia sobre la amplitud mayor o menor de estos conceptos.

El mandato que se encomendó a la Comisión y que aún continúa vigente en el artículo 176 de la Directiva IVA no se refiere únicamente a los gastos sin carácter estrictamente profesional. Estos, «en cualquier caso» (o «en todo caso», como enunciaba la Sexta Directiva), no van a ser deducibles. La labor armonizadora sobre estos debería limitarse a especificar dicho concepto y los gastos en él encuadrables. Sin embargo, el esfuerzo fundamental que debe desarrollarse se centraría en la armonización y determinación de gastos que, no entrando en la categoría anterior, debieran ser excluidos total o parcialmente del derecho a deducir las cuotas del IVA soportadas. El artículo 17.6 de la Sexta Directiva estableció un periodo de cuatro años en el que debía realizarse esta modificación normativa armonizadora<sup>30</sup>. El plazo con que contaban era hasta finales de 1983 y, en consecuencia, la Comisión Europea, a inicios de año, publicó una propuesta de Duodécima Directiva que acometía la armonización requerida<sup>31</sup>. La Comisión planteaba la no deducibilidad de los gastos relacionados con distintos medios de transporte (coches, barcos de recreo, aviones privados y motocicletas), así como sus consumibles (combustible o lubricantes, etc.), de los gastos de viaje, de alojamiento, comidas y bebidas, de entretenimiento, diversión y lujo. A los gastos sin carácter estrictamente profesional, la Comisión añadía la no deducibilidad de otros muchos que podían tener ese carácter mixto propicio para provocar fraude haciendo pasar consumo privado por empresarial.

Un año después, la Comisión enmendó esta propuesta con una nueva comunicación<sup>32</sup>. Se introdujo un periodo transitorio respecto de los medios de transporte en los que la no deducibili-

<sup>29</sup> DE LA FERIA critica la solución contenida en la directiva porque hace virar la atención de la determinación de la calificación económica de un gasto a su consideración «estricta» de profesional sin siquiera proponer un criterio general que permita una solución armonizada del asunto. A este respecto, propone, como hemos hecho, un ejemplo en el que se invita a un grupo de clientes a una partida de golf. Con ello la autora quiere dar a entender no la posible infracción de neutralidad que hemos querido poner de manifiesto, sino la ausencia de criterios en la directiva para determinar si la cuota del IVA de dicho gasto debe ser excluida automáticamente del derecho de deducción o no. FERIA, R. DE LA: *The EU VAT system and the internal market*, Ámsterdam: IBFD, 2009, pág. 146.

<sup>30</sup> El artículo 17.6 de la Directiva 77/388/CEE comenzaba así: «Antes de cuatro años, contados a partir de la fecha de la entrada en vigor de la presente directiva, el Consejo determinará, a propuesta de la Comisión y por unanimidad, los gastos que no conlleven el derecho a la deducción de las cuotas del IVA. Del derecho de deducción se excluirán en todo caso los gastos que no tengan un carácter estrictamente profesional, tales como los de lujo, recreo o representación».

<sup>31</sup> COM (82) 870 final, de 25 de enero de 1983, «Proposal for a Twelfth Council Directive on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes. Common system of value added tax: expenditure not eligible for deduction of value added tax».

<sup>32</sup> COM (84) 84 final, de 29 de febrero de 1984, «Amendment to the proposal for a Twelfth Directive relating to the common system of valued added tax: expenditure not eligible for deduction of value added tax».

dad podría ser parcial y de fijación discrecional por los Estados miembros, dentro de unos límites marcados por la propuesta. Sin embargo, el aspecto fundamental que trajo a colación la Comisión, y que creemos que debería convertirse en elemento esencial de la posible, aunque improbable, reforma de esta cuestión, es la posibilidad de la prueba en contrario. La Comisión estableció la posibilidad de que los sujetos pasivos pudieran proponer la prueba en contrario suficiente para poder deducir los gastos excluidos por este artículo, manteniéndose en todo momento las potestades de las Administraciones nacionales de comprobación<sup>33</sup>.

A efectos de neutralidad y de respetar la identidad del IVA como tributo sobre el consumo nos parece clave este añadido que intentó realizar la Comisión. Con ello convertiría la prohibición de deducibilidad de estos gastos en una presunción que admitiría prueba en contrario. La dificultad de que estos gastos sean comprobados, así como el hecho de que puedan enmascarar una gran fuente de fraude sería argumento suficiente para que la presunción fuera contraria al derecho de deducción. La posibilidad de ser destruida, no obstante, otorgaría al régimen una ventana por la que volver a alcanzar un sistema realmente neutral en el que el operador no tuviera que asumir costes tributarios por gastos derivados realmente de su actividad económica. Por ejemplo, si se le pagara el hotel al cliente oriental del que hablábamos con anterioridad, y se pudiera demostrar con la factura que fue el usuario del servicio, no se estaría dando consumo privado alguno. Hacer cargar al sujeto pasivo con dicha cuota implicaría transformar al empresario en consumidor final, desvirtuando la neutralidad del IVA<sup>34</sup>. Entendemos, sin embargo, que esto podría incrementar drásticamente las cargas formales de los sujetos pasivos, aspecto explícitamente criticado por el reciente Libro Verde para el futuro del IVA<sup>35</sup>, así como las funciones de comprobación que de-

<sup>33</sup> El artículo 3.1 de la COM (84) 84 final afirmaba que el nuevo artículo debía permitir a los sujetos pasivos solicitar la aplicación del artículo 17.2 de la Sexta Directiva, es decir, del derecho de deducción, respecto de los gastos que estuviera excluidos, si podían proporcionar prueba de que dichos gastos habían sido realizados exclusivamente para fines empresariales. Además, añadía que los Estados miembros deberían establecer o mantener en vigor medidas para verificar posteriormente que dicho uso fue, efectiva y exclusivamente, empresarial, exigiendo la Comisión que se le comunicara las disposiciones adoptadas a tal respecto.

<sup>34</sup> Similar razonamiento podría realizarse respecto del espectáculo flamenco con el que se obsequió a dicho directivo del potencial cliente, pues podría demostrarse, al menos, que su tique representaba un gasto realizado no por consumo privado, sino con motivos plenamente empresariales. La entrada del directivo del sujeto pasivo también debería ser deducible ya que asistió a dicho espectáculo únicamente por motivos empresariales, no de modo privado, pudiendo justificarse la estricta necesidad de su presencia por los usos empresariales del cliente. Sin embargo, entendemos que es el aspecto más difícil de demostrar, por lo que se podría dar preferencia respecto de esta entrada al principio de efectividad ante los posibles abusos que pudieran realizarse del principio de neutralidad fiscal.

<sup>35</sup> COM (2010) 695 final, «Libro Verde sobre el futuro del IVA...», *op. cit.* Se trata de una consulta pública de la Comisión Europea en la que analizó de manera global los principales problemas que presenta actualmente el IVA, planteando distintas opciones para solucionar las cuestiones más relevantes. Pasado el proceso de consulta pública, los resultados y la consecuente reflexión de la Comisión Europea al respecto se publicaron en el documento COM (2011) 851 final, de 6 de diciembre de 2011, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: sobre el futuro del IVA. Hacia un sistema de IVA más simple, robusto, eficaz y adaptado al mercado único». El comisario de Fiscalidad Algirdas ŠEMETA argumentó la importancia de revisar al completo el sistema del IVA basándose en la importancia de este impuesto para responder a las necesidades del mercado interno, por su capacidad para influir en el crecimiento económico y por la necesidad de luchar contra el fraude instalado en dicho impuesto. ŠEMETA, A.: «The Future of VAT», *EC Tax Review*, vol. 1, 2011, págs. 2-3.

berían desarrollar las Administraciones tributarias, al tiempo que podría introducir una excesiva casuística en la forma de tratar cada caso concreto.

La Comisión, dada la reticencia de los Estados miembros, retiró la propuesta de 1984 para realizar una nueva en 1998, en una comunicación en la que trataba también aspectos relacionados con las devoluciones reguladas en la Octava Directiva IVA<sup>36</sup>. Las limitaciones a la deducción que contenía eran similares a las establecidas en la comunicación de 1984, aunque respecto de algunos gastos la excepción pasaría a ser parcial, dejando de ser absoluta. Junto con las limitaciones parciales del 50% para la mayoría de gastos menos los «estrictamente no profesionales» de lujo, recreo o representación, y con algunas disposiciones adicionales para los vehículos, se eliminó la posibilidad de aportar prueba en contrario que preveía la propuesta anterior<sup>37</sup>. Así, se establecía una proporción fija de deducción que, impidiendo la prueba en contrario, sería una solución para no impedir radicalmente toda deducción de estos gastos pero sin provocar el incremento de cargas administrativas y costes indirectos que podría implicar la prueba en contra de la presunción *iuris tantum* anterior.

La última propuesta realizada por la Comisión en este sentido fue en el año 2004<sup>38</sup>. En ella reconoció que las importantes repercusiones presupuestarias que la armonización de esta materia provocaría a algunos Estados miembros habían llevado al Consejo a pedir a la Comisión que se realizara un «planteamiento más flexible». Por ello, en la nueva proposición únicamente se aproximaría lo relativo al «alcance de los gastos que pueden dar lugar a exclusiones del derecho a deducir», limitándose esta posibilidad a un conjunto tasado de gastos<sup>39</sup>. Se dejaba, por tanto, a la discrecionalidad de los Estados miembros el carácter total o parcial de estas excepciones al derecho a la deducción, limitándose la Comisión a fijar el espectro de gastos al que podrían plantearse exclusiones<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> COM (98) 377 final, de 17 de junio de 1998, «Propuesta de directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo que se refiere al régimen del derecho a la deducción del IVA».

<sup>37</sup> Respecto a los vehículos, la prohibición de la deducción no se aplicaría para aquellos «que constituyan medios de explotación del sujeto pasivo ni a los estrictamente necesarios para el ejercicio de la actividad profesional, como tampoco a los bienes y servicios relacionados con estos vehículos cuando su utilización no profesional sea inferior al 10%», mientras que para los «gastos de alojamiento, alimentos y bebidas distintos de los soportados por un sujeto pasivo en relación con el suministro a título oneroso de alojamiento, alimentos y bebidas, el derecho de deducción del IVA que gravará estos gastos se fija en un 50% del mencionado impuesto».

<sup>38</sup> COM (2004) 728 final, de 29 de octubre de 2003, «Propuesta de directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE a fin de simplificar las obligaciones en lo que respecta al IVA».

<sup>39</sup> Concretamente, la Comisión se refirió a los siguientes: «vehículos terrestres de motor, embarcaciones y aeronaves; viajes, alojamiento, alimentos y bebidas; lujo, recreo y representación». CENTORE afirma que la propuesta de la Comisión no alcanzaría la uniformidad que requiere el impuesto en esta materia, aunque, por lo menos, implicaría la construcción de un sistema con reglas más armonizadas que el existente, aunque de sus palabras puede destacarse la insuficiencia del mismo. CENTORE, P.: *IVA Europea. Aspetti interpretativi ed applicativi dell'IVA nazionale e comunitaria*, Vicenza: IPSOA, 2006, pág. 793.

<sup>40</sup> Como afirma DE LA FERIA, pese a que la propuesta de la Comisión fue parcialmente aprobada por el Consejo, no fue así lo referente a estas excepciones y los Estados miembros siguen teniendo libertad absoluta para determinar qué debe entenderse por gastos no estrictamente profesionales, al tiempo que respecto al resto de gastos no pueden salirse de las excepciones establecidas en las *standstill clauses* que veremos a continuación. FERIA, R. DE LA: *The EU VAT system...*, *op. cit.*, pág. 148.

Recientemente, en la revisión general del IVA que realizó la Comisión Europea en el citado Libro Verde, también trató esta cuestión. Así, en el documento de trabajo que acompañaba a dicha comunicación<sup>41</sup>, la Comisión planteó las ventajas e inconvenientes de adoptar restricciones parciales de proporción fija (*flat-rate restrictions*) sobre los gastos con potencial uso mixto de difícil comprobación. El argumento es claro: pese a no corregir en su totalidad el defecto de neutralidad proveniente de no permitir la deducción en la proporción exacta al uso profesional, este se reducía, al tiempo que se potenciaría el efectivo cumplimiento de los principios de simplicidad y eficacia. Los empresarios y profesionales podrán detraer, al menos, parte de las cuotas soportadas, no debiendo asumir la totalidad del coste económico del impuesto, por lo que la desnaturalización del IVA resulta limitada. Hay que tener en cuenta que el espíritu de un IVA neutral no exige que los empresarios y profesionales puedan deducir la totalidad de las cuotas soportadas por estos bienes, sino que puedan compensar la proporción exacta del uso profesional de dichos gastos. Entendemos que adoptar una deducibilidad parcial fija no va a responder a la realidad concreta de cada caso, ya que habrá operadores que saldrán beneficiados y otros perjudicados, por lo que no se respetaría por completo el principio de neutralidad fiscal. Sin embargo, se consigue facilitar enormemente la cuestión, al tiempo que se simplifica su recaudación, sobre todo dadas las diferencias entre las excepciones de cada Estado miembro, y resulta una solución menos perjudicial para los agentes económicos y para el propio funcionamiento del IVA que la simple prohibición del derecho de deducción para estos gastos. Además, entiende la Comisión que podría ser un método que resultara atractivo para los Estados miembros, que no tendrían que perder ni derogar sus restricciones presentes y que podrían modificarlas en un futuro en el que tuvieran que reaccionar ante problemas económicos.

No parece, sin embargo, que exista una verdadera voluntad de acometer esta armonización en un futuro próximo. El concepto de gastos «estrictamente» no profesionales sigue sin clarificarse y está abierto a consideraciones discrecionales de los Estados miembros. Al mismo tiempo, la existencia de numerosas cláusulas *standstill*, que vamos a analizar a continuación, provoca que exista un conjunto de países que, dado que tienen determinadas excepciones permitidas por motivos históricos, rechacen posibles cambios. Estas excepciones, que en muchos casos pueden ser totales respecto de gastos que sí son profesionales, de acuerdo con las intenciones de la Comisión, podrían pasar a ser parciales, adquiriendo con ello un mayor grado de neutralidad, aunque también menoscabando su recaudación, siendo esta, a la postre, la que parece motivar los movimientos y las posiciones de los Estados miembros.

## 5. CLÁUSULAS *STANDSTILL*

### 5.1. NATURALEZA Y ALCANCE

El mandato que se contenía en el artículo 17.6 de la Sexta Directiva no debía alcanzar vigencia de forma inmediata, sino que se establecía un periodo de cuatro años para la armonización de

<sup>41</sup> SEC (2010) 1455 final, de 1 de diciembre de 2010, «Commission Staff Working Document. Accompanying document to the Green Paper on the future of VAT. Towards a simpler, more robust and efficient VAT system», págs. 42-43.

los gastos cuya deducibilidad no se permitiría. Mientras se acordaba la normativa correspondiente, se previó la posibilidad de que los Estados miembros mantuviesen las «exclusiones previstas por su legislación nacional en el momento de la entrada en vigor» de dicha Sexta Directiva. Estas excepciones por las que se habilitaba a los Estados miembros para continuar aplicándolas como lo habían hecho con anterioridad a 1979 se han venido denominando como cláusulas *standstill*, término habitual en el ámbito de los tratados internacionales o en el comunitario, y que podrían entenderse como de mantenimiento o prórroga del *statu quo*.

Como hemos visto, el proceso de armonización no se ha llegado a acometer, lo que podría poner en duda la vigencia y legitimidad de dichas cláusulas *standstill*, pues estaban pensadas para ostentar un carácter meramente temporal. Sin embargo, el TJUE ha prolongado la vigencia de estas excepciones nacionales *sine die*, hasta el momento en que tenga lugar la esperada armonización de la materia. Así se pronunció el Tribunal de Justicia en la Sentencia Royscot y otros<sup>42</sup>. Su conclusión fue que, incumbiendo al legislador comunitario establecer el régimen de exclusiones a la deducción, las cláusulas *standstill* tendrán vigencia hasta que dicha aproximación normativa tenga lugar, pese a que haya expirado el plazo inicial establecido para ello. Esta afirmación ha sido reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia, para lo que queremos traer a colación la afirmación enunciada en la STJUE Magoora:

«En efecto, el artículo 17, apartado 6, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, contiene una cláusula de *standstill* [...] tiene por objetivo permitir que, mientras se espera que el Consejo establezca un régimen comunitario de exclusiones del derecho a la deducción del IVA, los Estados miembros mantengan en vigor todas las normas jurídicas nacionales que excluyan tal derecho efectivamente aplicadas por sus autoridades públicas en el momento de la entrada en vigor de la Sexta Directiva»<sup>43</sup>.

Esta es la razón por la que el artículo 176 de la Directiva IVA, al refundir el artículo 17.6 de la Sexta Directiva, habiendo eliminado el plazo de cuatro años para la armonización de esta materia (pero no el mandato de la armonización en sí mismo), sí haya mantenido un segundo párrafo en el que se autoricen las cláusulas de mantenimiento del *statu quo*. Hay que tener en cuenta que estas exclusiones, por cuanto excepciones al derecho de deducción y, con ello, al principio de neutralidad, deben interpretarse siempre en modo restrictivo<sup>44</sup>. En este sentido se ha pronun-

<sup>42</sup> STJCE de 5 de octubre de 1999, Royscot y otros, asunto C-305/97 (NFJ008464), apartado 29, en la que afirma que el tenor literal del artículo 17.6 de la Sexta Directiva «pone claramente de manifiesto que la autorización concedida a los Estados miembros para mantener su legislación actual en materia de exclusión del derecho a deducción subsiste hasta que el Consejo dicte las disposiciones previstas en dicho artículo». El Tribunal se sustenta para su argumentación en una interpretación similar realizada en la STJCE de 5 de diciembre de 1989, ORO Amsterdam Beheer en Concerto, asunto C-165/88 (NFJ000680), en la que para la regulación de los bienes de ocasión se había establecido también una normativa transitoria que el TJUE había entendido prolongable dado que el legislador no había actuado al fin del plazo establecido.

<sup>43</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2008, Magoora, asunto C-414/07 (NFJ031364), apartado 35, que hace referencia también a las SSTJUE Metropol y Stadler, y Danfoss y AstraZeneca, que citaremos posteriormente.

<sup>44</sup> La estrecha relación comentada entre el efectivo derecho de deducción y el correcto funcionamiento del IVA como impuesto neutral provoca que solo sean admisibles restricciones al ejercicio de dicho derecho si están establecidas

ciado en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia y, específicamente con respecto a este tipo de cláusulas, entre otras, en la STJUE Oasis East<sup>45</sup> o, respecto a las excepciones al derecho de deducción susceptibles de ser solicitadas por los Estados miembros, referentes a los artículos 177 y 395 de la Directiva IVA, la STJCE Metropol o la STJCE Ampafrance y Sanofi<sup>46</sup>.

Dado que no se especifica la naturaleza o el carácter de las excepciones que se pueden introducir, se aceptan, y así han sido aprobadas por distintos Estados miembros, tanto exclusiones totales como parciales<sup>47</sup>. Las primeras serían aquellas en las que se impide completamente la

---

expresamente en la Directiva IVA. Así lo estableció el TJUE, entre otras, en la STJCE de 21 de septiembre de 1988, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, asunto C-50/87 (NFJ000447), apartado 17. Además, el TJCE estableció la obligación de que estas excepciones sean interpretadas de forma restrictiva, exigiendo que no vayan más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar su objetivo, y constriñéndolas a minimizar la limitación del derecho de deducción. Véase, entre otras, la STJCE de 18 de diciembre de 1997, Garage Molenheide y otros, asuntos acumulados C-286/94, C-340/98, C-401/95 y C-47/96 (NFJ005729), apartado 47.

<sup>45</sup> STJUE de 30 de septiembre de 2010, Oasis East, asunto C-395/09 (NFJ040130), apartado 24.

<sup>46</sup> El criterio de interpretación estricta, ponderado con el principio de proporcionalidad, es de especial relevancia en las exclusiones al derecho de deducción que establece el artículo 177 de la Directiva IVA y, por extensión, a las que pudieran originarse de acuerdo con el procedimiento del artículo 395 de la Directiva IVA. El artículo 177 regula la posibilidad de que los Estados miembros soliciten, «por razones coyunturales», la exclusión total o parcial de este crédito para determinados gastos (en la versión anglosajona de la directiva, las razones coyunturales vienen definidas como motivos de ciclo económico). El artículo 395, por su parte, permite solicitar «Medidas de simplificación y prevención relativas a los fraudes o a las evasiones fiscales». Como podemos observar, las diferencias con las exclusiones que estamos tratando son evidentes, ya que las contenidas en el artículo 177 o 395 deben ser objeto de solicitud y no se articulan en función de la naturaleza de los productos (como ocurre en el art. 176 con los bienes cuyo uso pueda encubrir un consumo privado), sino que se consienten en función de un motivo de coyuntura económica del Estado miembro en cuestión. Como hemos afirmado, la STJCE de 8 de enero de 2002, Metropol y Stadler, asunto C-409/99 (NFJ064208), apartados 58-59, ha incidido en la necesidad de que estas excepciones al derecho de deducción solicitables por motivos coyunturales sean interpretadas también de forma restrictiva: «58. Como se ha recordado en el apartado 42 de la presente sentencia, el derecho a deducción [...] forma parte del mecanismo del IVA y, en principio, no puede limitarse. Solo se permiten excepciones en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva. 59. De ello se deduce que las disposiciones que establecen excepciones al principio del derecho a la deducción del IVA, que garantiza la neutralidad de dicho impuesto, se han de interpretar estrictamente». Esta interpretación restrictiva debe ir acompañada de un cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, más aún cuando se trata de excepciones que se asumen como respuesta a un momento económico concreto. Por ello, respecto a las exclusiones del artículo 177, el TJUE ha exigido que se trate de medidas de carácter efectivamente coyuntural, no estructural (STJCE Metropol y Stadler, apdo. 67). En la STJCE de 19 de septiembre de 2000, Ampafrance y Sanofi, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99 (NFJ009629), por el contrario, se juzgaba la proporcionalidad de la petición de la República Francesa de introducir una norma tal si fuera una cláusula *standstill* sobre determinados gastos por su riesgo de uso fraudulento. El Tribunal de Justicia (apdo. 60) entendió que la exclusión total de los gastos que pedía Francia excedían lo estrictamente necesario para luchar contra el fraude y la elusión fiscal ya que, entendió el TJUE, podrían concebirse medios apropiados que tuvieran un impacto mucho menor en la deducción consustancial al IVA. Así, podemos observar que el requisito de interpretación estricta de estas cláusulas que excepcionen el derecho de deducción implica un análisis estricto de la proporcionalidad de dichas medidas respecto al fin perseguido.

<sup>47</sup> Una definición diferente es acuñada por BOSELLO, que distingue entre excepciones absolutas y relativas. Las primeras son aquellas que acontecen cuando el gasto nunca es deducible, mientras que las segundas se refieren a los casos en los que la no deducibilidad se plantea en función de la naturaleza de los bienes y de los servicios adquiridos y de la actividad del sujeto pasivo. BOSELLO, F.: *L'Imposta sul valore aggiunto. Aspetti giuridici*, Bologna: CLUEB, 1979, pág. 101. En un sentido similar se pronuncia FAZZINI, que también se refiere a esta distinción haciendo hincapié en

deducción de un gasto, mientras que las segundas responden a las que establecen un porcentaje concreto de deducción, fijo, que es al que hacía referencia la Comisión Europea en el Libro Verde del IVA<sup>48</sup>. Ambas presentan un vicio de neutralidad fiscal, aunque, evidentemente, de distinto grado. Mientras que en las absolutas la infracción es directa y total, en las parciales o de porcentaje fijo la vulneración es limitada, ya que, aunque existirán casos en los que se consiga un efecto neutral, en la mayoría de los supuestos existirá un exceso o defecto de deducción, restringiendo la aplicación del mecanismo fundamental del impuesto y del principio de neutralidad. Hay que tener en cuenta que el hecho de que con una excepción de tipo fijo se pueda deducir una cuantía superior al uso empresarial que se realiza efectivamente del bien puede ser positivo para el contribuyente, pero no para la neutralidad fiscal, ni para la libre competencia sin distorsiones del mercado interno de la UE<sup>49</sup>. Este principio no pretende el máximo beneficio del contribuyente, sino la ausencia de impacto del impuesto en las decisiones económicas de los agentes. En este sentido, es infracción tanto una deducción menor como una mayor respecto a lo que correspondería.

Las excepciones al derecho a deducir que se permite introducir los Estados miembros, no obstante, no pueden ser de cualquier tipo ni quedar a su completa discreción el efectivo ejercicio de dicho derecho en todo caso. En primer lugar, podría pensarse que dado que el inicio del artículo 176 hace referencia explícita a los gastos no estrictamente profesionales, las cláusulas *standstill* se circunscriben a la limitación de estos supuestos. Sin embargo, el TJUE se ha encargado de desmontar esta interpretación en su STJCE Comisión contra República Francesa<sup>50</sup>. En ella, la Comisión consideró contraria a la directiva la exclusión del derecho de deducción que tenía establecida Francia con respecto a los vehículos de transporte de personas, y su argumentación se basaba en que las excepciones que podían mantener los Estados miembros se limitaban «únicamente a los gastos que no tienen carácter estrictamente profesional»<sup>51</sup>. Sin embargo, el

---

el carácter condicionado o no de sus efectos. Para ello, hace un interesante estudio de las distintas exclusiones contenidas en la normativa italiana. FAZZINI, E.: *Il diritto di detrazione...*, *op. cit.*, págs. 95-98.

<sup>48</sup> Este concepto ha sido recogido también por la jurisprudencia del TJUE, tal como afirma PEIROLLO, que recuerda la compatibilidad de exclusiones parciales y totales. Además, también apunta el autor que las cláusulas *standstill* que establezcan prohibiciones totales a la deducción de gastos puedan ser modificadas y transformadas a excepciones parciales o, incluso, derogadas, y sea restituido el criterio del uso prospectivo. PEIROLLO, M.: «Limiti applicativi della clausola "standstill" sull'indetraibilità IVA», *Corriere Tributario*, núm. 22, 2012, pág. 1.784. Trataremos en mayor profundidad las posibilidades de modificación de cláusulas *standstill* en el próximo apartado.

<sup>49</sup> Debemos recordar que el origen del IVA como impuesto armonizado se encuentra en el actual artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (anterior art. 93 del Tratado de las Comunidades Europeas), que dice así: «El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia». El IVA se establece como tributo que debe perseguir la libre competencia sin distorsiones en el mercado interior de la UE, por lo que el trato privilegiado de unos operadores puede ser tan perjudicial para la neutralidad fiscal del impuesto como la penalización de otros, ya que lo ideal es que los empresarios o profesionales puedan deducir las cuotas soportadas efectivamente en su actividad profesional, ni más ni menos.

<sup>50</sup> STJCE de 18 de junio de 1998, Comisión contra República Francesa, asunto C-43/96 (NFJ006437).

<sup>51</sup> STJCE Comisión contra República Francesa, *ibid.*, apartado 15: la cláusula *standstill* «se refiere únicamente a los gastos que no tienen carácter estrictamente profesional. De este modo, los gastos para los que se puede excluir el

Tribunal de Justicia no aceptó dicho planteamiento, afirmando que «la expresión "todas las exclusiones"» del artículo 17.6 también «comprende los gastos que tienen un carácter estrictamente profesional»<sup>52</sup>. El abogado general Jacobs, en las conclusiones que presentó en dicho asunto, recordó que, como comentamos anteriormente, el objetivo que afirmó la Comisión con este artículo no se trataba únicamente de limitar los gastos que no fueran estrictamente profesionales, sino todos aquellos con riesgo de ser usados para fines privados sin control adecuado<sup>53</sup>.

En segundo lugar, existe un marco básico que deben respetar todas las cláusulas de *statu quo* que puedan haberse mantenido tras la entrada en vigor de la Sexta Directiva, o que continúen vigentes para aquellos países cuya adhesión fuera posterior a la entrada en vigor de dicha norma. Las excepciones a la deducción debían ser conformes a derecho en el momento en el que se adoptaron; concretamente, deben respetar los límites que establecía la Segunda Directiva IVA. Esta, en su artículo 11.4, establecía que «podrán ser excluidos del régimen de las deducciones determinados bienes y servicios, en especial aquellos que sean susceptibles de ser exclusiva o parcialmente utilizados para la satisfacción de las necesidades privadas del sujeto pasivo o de su personal». Así, las cláusulas *standstill* serían aplicables a aquellas materias que requieren armonización de acuerdo con el artículo 176: gastos con posible uso privado de difícil comprobación, sin importar que no tengan carácter de «no estrictamente profesionales».

Esta idea fue afirmada por el TJUE en la STJCE Royscot, antes citada. En este asunto, el Tribunal de Justicia tuvo que tratar con la exclusión existente en la normativa del IVA del Reino Unido, por la que se impedía la deducción del IVA soportado en la compra de vehículos de motor, con indiferencia de que estos no fueran a ser usados para las necesidades privadas del sujeto pasivo. El argumento usado por el TJCE fue afirmar este requisito de que las exclusiones del artículo 176 sean conformes a la Segunda Directiva (concretamente, al citado art. 11.4). Para el Tribunal, este artículo no restringía las excepciones a los gastos no estrictamente profesionales, sino a todos aquellos que, como se afirmara en la STJCE Comisión contra República Francesa, «puedan ser utilizados para la satisfacción de necesidades privadas»<sup>54</sup>. Así, el TJCE, al analizar la corrección de la cláusula mantenida por el Reino Unido, realiza su comparación con el artículo de la Segunda Directiva, afirmando que esta exclusión era conforme a derecho puesto que «los automóviles son unos bienes que, por su propia naturaleza, pueden ser utilizados exclusiva o parcialmente para la satisfacción de las necesidades privadas del sujeto pasivo o de su personal»<sup>55</sup>, con lo que legitimaba la excepción establecida por el Reino Unido.

El límite que se establece para estas exclusiones es totalmente coherente con la finalidad de las mismas expresada en la propuesta de Sexta Directiva, así como en los sucesivos intentos de

---

derecho a deducción solo son aquellos en los que incurre un sujeto pasivo respecto de bienes y servicios que no son absolutamente indispensables para el ejercicio de su profesión. Esta facultad de exclusión tiene por finalidad evitar que un sujeto pasivo pueda obtener para su consumo personal final bienes y servicios no gravados».

<sup>52</sup> STJCE Comisión contra República Francesa, *ibid.*, apartado 18.

<sup>53</sup> Conclusiones del abogado general F. G. Jacobs, presentadas el 13 de noviembre de 1997 en el asunto C-43/96, Comisión contra República Francesa, apartados 14-16.

<sup>54</sup> STJCE Royscot, apartado 23.

<sup>55</sup> *Ibid.*, apartado 25.

armonización realizados por la Comisión. Se trata de impedir la deducción de gastos que puedan enmascarar usos privados y, pese a la infracción de neutralidad que se produce, se prefiere esta distorsión al potencial uso fraudulento de todos estos gastos. Este es el análisis que parece realizar el Tribunal, ya que no tiene en cuenta las distintas alegaciones que realizan las partes del asunto Royscot, que planteaban la prohibición que se imponía a los empleados de las demandantes de usar dichos vehículos. Estamos de acuerdo con que el Tribunal de Justicia se fundamente en el carácter propicio de los bienes para determinar su potencial de fraude, ya que lo contrario implicaría una casuística excesiva. La distorsión del carácter neutral del IVA causada al hacer que los sujetos pasivos soporten el peso económico del impuesto se produce ante la prevalencia de otros principios jurídicos. No sería el caso, por ejemplo, de la prohibición del uso de vehículos de motor de exclusivo uso industrial, como un tractor o una excavadora. En tales supuestos, el uso privado hipotético sería prácticamente imposible, con lo que no se podría consentir una infracción de neutralidad que no fuera correlativa a un incremento del cumplimiento de otro principio análogo<sup>56</sup>.

Esta misma alusión a la Segunda Directiva se ha reproducido en muchas otras sentencias y ha servido para establecer los límites generales sobre los que debe fundamentar su decisión sobre esta materia el TJUE, impidiendo que sean otros motivos los que lleven a la exclusión de la deducción, como ocurre en la STJUE AES-3C Maritza East 1<sup>57</sup>. En ella se trata una exclusión del derecho de deducción que tenía establecida Bulgaria con respecto a determinados gastos (transporte, vestimenta de trabajo, equipos de protección, viajes de trabajo, etc.), por el hecho de no haber celebrado la empresa directamente el contrato con los trabajadores, sino que estos desarrollaran su labor en virtud de una relación contractual de cesión de trabajadores con otra empresa. El Tribunal de Justicia, tras analizar la naturaleza de este tipo de gastos y su clasificación como gastos generales por el establecimiento de una relación directa e inmediata con el conjunto de operaciones de la empresa, consideró contrario al principio de neutralidad hacer cargar al sujeto pasivo con gastos que son directamente imputables a su actividad económica, dado que no corren el riesgo de ser usados de forma privada por dichos trabajadores<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> En los casos que estamos citando, el TJUE responde a distintas cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales de los distintos Estados miembros acerca de los criterios que deben utilizar para determinar si las normas nacionales que excluyen el derecho de deducción son conformes a la directiva. La utilidad de estos pronunciamientos del TJUE es indudable, ya que les ha proporcionado las herramientas interpretativas necesarias para afrontar cualquier duda a este respecto: deberá existir un principio jurídico de entidad suficiente como para que se pueda desvirtuar el sistema neutral del impuesto. Por ello, las cláusulas *standstill* solo pueden aplicarse a gastos con riesgo de ser usados para necesidades privadas, es decir, para bienes o servicios en los que exista riesgo de fraude, debiendo estos tribunales ponderar la dimensión de este riesgo y la proporcionalidad de las medidas que excluyen el derecho de deducción.

<sup>57</sup> STJUE de 18 de julio de 2013, AES-3C Maritza East 1, asunto C-124/12 (NFJ051475).

<sup>58</sup> El TJUE ha acudido en repetidas ocasiones al principio de afectación para permitir que un gasto pueda ser deducible. Como estableció en la STJCE de 6 de abril de 1995, BLP Group, asunto C-4/94 (NFJ003592), y posteriormente afirmaría en la STJCE de 8 de junio de 2000, Midland Bank, asunto C-98/98 (NFJ009256), apartado 24: «[...] en principio, es necesaria la existencia de una relación directa e inmediata entre la operación concreta por la que se soporta el IVA y una o varias operaciones por las que se repercute con derecho a la deducción para que se reconozca al sujeto pasivo el derecho a deducir el IVA soportado y para determinar el alcance de tal derecho». Además, el hecho de que los gastos tengan esta relación directa e inmediata con el conjunto de operaciones de la empresa y no con una transacción gravada específica hace que puedan ser considerados como gastos generales. Un análisis detallado de esta cuestión en MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio..., op. cit.*, págs. 196 y ss.

La finalidad con la que se establece el artículo 176, en cumplimiento de los límites establecidos por la Segunda Directiva, ha influido en la prohibición de exclusiones que tengan carácter general o que afecten por igual a gastos con riesgo de encubrir un uso privado y aquellos en los que la infracción de neutralidad no venga motivada por la prevalencia de otro principio de relevancia. Son numerosos los casos en los que el TJUE ha considerado contrarias a la directiva cláusulas nacionales de mantenimiento del *statu quo* por el hecho de entenderlas de naturaleza general. Es el supuesto de la STJCE de 14 de julio de 2005, Charles y Charles-Tijmens, asunto C-434/03 (NFJ020347). Este asunto versaba sobre la regulación del uso mixto de los bienes de inversión<sup>59</sup>, pero también trató si era posible excluir la deducción de todos los bienes que se puedan usar para necesidades privadas. La argumentación del Tribunal fue clara. El artículo 176 no concede a los Estados miembros una «facultad discrecional absoluta para excluir todos o casi todos los bienes y servicios del régimen del derecho a deducción». Si bien se permite la existencia de cláusulas *standstill* con respecto a determinados bienes específicos, como los automóviles, con especial dificultad para poderse comprobar el porcentaje de uso privado, ello «no les permitía excluir de dicho régimen todos los bienes en la medida en que se utilizaran para las necesidades privadas del sujeto pasivo»<sup>60</sup>.

Aunque los dictados de esta sentencia deban ser matizados por los cambios posteriores en lo referente a la regulación de la deducción de los bienes de uso mixto, en lo referente a las limitaciones de las exclusiones al derecho a deducción sus conclusiones continúan estando vigentes y son de una importancia indudable. El TJUE interpreta que el efecto de las cláusulas *standstill* no es extensible ni generalizable a la totalidad de los bienes que puedan tener un potencial uso privado, ya que ello implicaría que se pudieran haber mantenido exclusiones de prácticamente todos los bienes y servicios, lo que acabaría con la naturaleza del IVA como tributo sobre el consumo y lo convertiría en un impuesto cumulativo sobre las ventas. Hemos de tener en cuenta que no restringir las cláusulas *standstill* a los gastos que supongan un verdadero riesgo de uso privado encubierto y cuya comprobación efectiva sea de gran dificultad podría fomentar que los Estados miembros, para evitar dedicar recursos al control tributario, decidieran establecer prohibiciones generales contrarias a la interpretación restrictiva de las limitaciones del derecho a deducir.

Así, si la neutralidad fiscal sufre una infracción con cada bien cuya deducción se excluye sin posibilidad de que los empresarios o profesionales puedan acreditar un verdadero uso empresarial y liberarse de la carga correspondiente, generalizar esta situación a la totalidad de los gastos implicaría un rechazo a la verdadera naturaleza del IVA. Por ello, el TJUE ha reiterado que estas disposiciones nacionales están pensadas para aplicarse a los grupos de gastos que en-

<sup>59</sup> Esta sentencia, junto con otras, sentaron las bases del régimen de deducción de bienes de uso mixto previo a la reforma introducida por la Directiva 2009/162/UE del Consejo, de 22 de diciembre de 2009, y que aún puede ser aplicable para los bienes no inmuebles de acuerdo con lo establecido en el artículo 168 bis de la Directiva IVA, que exige la deducción conforme al principio de uso prospectivo. La concreta sentencia citada establecía que no se podía impedir el sistema de deducción global inicial y posterior autoconsumo por la proporción del uso privado, obligándose a los sujetos pasivos a la afectación parcial del bien de uso mixto, aspecto que actualmente ha sido corregido por el citado artículo 168 bis para los bienes inmuebles, dejando libertad a los Estados miembros para extender este régimen al resto a otros gastos de uso mixto. Un análisis de esta reforma de la Directiva IVA en SWINKELS, J.: «Elimination of the Doctrine of Asset Labelling», *International VAT Monitor*, vol. 21, núm. 3, 2010.

<sup>60</sup> STJCE Charles y Charles-Tijmens, apartados 33-34.

tran dentro del artículo 11.4 de la Segunda Directiva, que es el que legitima la existencia inicial de todas estas normas y excepciones particulares, y cuya armonización no se ha realizado aún, pero ha rechazado expresamente aplicaciones generales o restricciones desproporcionadas sobre gastos acerca de los que sí podría comprobarse su uso privado.

El rechazo a cláusulas *standstill* que se reputen generales, por tanto, ha sido una constante en la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, podemos citar también la STJUE Oasis East. En ella, una empresa recurre ante el Tribunal de Justicia una normativa polaca que impide la deducción para cualquier importación de servicios proveniente de un Estado o territorio calificado de paraíso fiscal por la legislación nacional. Esta regla iba más allá de la mera restricción de los bienes de uso mixto con posible carácter potencialmente fraudulento, y se generalizaba a todos los bienes, ante lo que el Tribunal de Justicia reaccionó. Afirmó que las cláusulas *standstill* no autorizan «a mantener exclusiones del derecho a la deducción del IVA que se apliquen con carácter general a cualquier gasto relacionado con la adquisición de bienes o servicios»<sup>61</sup>. Además, pese a que el interés último fuera la prevención del fraude fiscal, considera que no es suficiente para crear un régimen que exceda en tal medida de la intención real del artículo 176, emplazando a Polonia a seguir el procedimiento correspondiente del artículo 395 de la Directiva IVA (ex art. 27 de la Sexta Directiva) para actuar en correspondencia<sup>62</sup>.

Por otro lado, en la STJUE PARAT Automotive Cabrio<sup>63</sup>, bajo una supuesta cláusula de *statu quo* establecida en la normativa húngara, se impedía la deducción de la parte de precio de un bien cuyo pago se hubiese beneficiado de una subvención proveniente de fondos públicos. De nuevo, no se trata de una excepción que pueda leerse conforme a las exclusiones que se introdujeron originariamente en el artículo 11.4 de la Segunda Directiva y que permanecen en el artículo 176 de la Directiva IVA. Por el contrario, como afirma la propia sentencia, excede la consideración de este artículo por cuanto contiene una exclusión general a este régimen, incumpliendo el carácter restrictivo con el que debería interpretarse el artículo 176 y vulnerando, con ello, la finalidad de las *standstill clauses*.

Dado que la no admisión de restricciones de carácter general es debida a la necesidad de que las excepciones nacionales vengan referidas a los gastos concretos comentados, también sería contraria al sentido de las cláusulas de *statu quo* una excepción que no se refiriera a un gasto o conjunto de gastos concretos, sino que tuviera causa en la naturaleza o el incumplimiento de requisitos formales del prestador de servicios que se adquieren. Esta fue la cuestión tratada por el TJUE en el asunto Dankowski<sup>64</sup>, en el que el propietario de una empresa litiga contra el Gobier-

<sup>61</sup> STJUE Oasis East, apartados 29-30. Consideramos que esta vía que propone el TJUE, sin embargo, tampoco tendría visos de prosperar dado que excedería en mucho de la exigencia de proporcionalidad que este mismo Tribunal ha articulado respecto a las exclusiones del artículo 395 de la Directiva IVA. Como hemos comentado en la nota 44, las excepciones que pueden solicitar los Estados miembros para luchar contra el fraude deben ser proporcionadas y no ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzar el fin que persiguen. La prohibición del derecho a deducir toda compra realizada a un país considerado paraíso fiscal sin admitir prueba alguna en contrario parece, por tanto, exceder este criterio.

<sup>62</sup> *Ibid.*, apartado 31.

<sup>63</sup> STJUE de 23 de abril de 2009, PARAT Automotive Cabrio, asunto C-74/08 (NFJ032521).

<sup>64</sup> STJUE de 22 de diciembre de 2010, Dankowski, asunto C-438/09 (NFJ041108).

no de Polonia por considerar que la norma polaca que restringe el derecho de deducción en los casos en los que el prestador de un servicio no esté registrado a efectos del IVA es contraria al artículo 176 de la Directiva IVA. De nuevo, y haciendo alusión a las citadas Sentencias Oasis East o PARAT, el Tribunal de Justicia considera que esta medida introduce una restricción generalizada sobre las prestaciones de servicios cuyo proveedor no cumple la obligación formal de registro. Según el TJUE, esto no respeta ni la interpretación restrictiva que requiere el principio de neutralidad, ni el ámbito de aplicación de las cláusulas *standstill*<sup>65</sup>.

No es el caso, por otro lado, de la STJUE X Holding y Oracle Nederland<sup>66</sup>, en la que dos empresas interponen litigios por considerar incompatibles una normativa holandesa que restringía el derecho de deducción para determinadas categorías de gasto, concretamente los relacionados con medios de transporte individuales, comida, bebida, alojamiento, actividades de recreo, obsequios de negocio y otras gratificaciones. Como afirma el propio Tribunal, para comprobar la adecuación de estas exclusiones con el artículo 176 de la Directiva IVA sería necesario «examinar si las categorías de gastos excluidas del derecho a deducción, como las previstas por las disposiciones nacionales controvertidas en los asuntos principales, están definidas de manera suficientemente precisa»<sup>67</sup>, dado que no se puede entender admisible el establecimiento de exclusiones generales o que no definan suficientemente la naturaleza o el objeto de los bienes objeto de esta excepción<sup>68</sup>.

La conclusión que podemos extraer de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia es clara. El artículo 176 está introduciendo una restricción al elemento esencial de la naturaleza interna del tributo, el derecho de deducción y, como tal, debe interpretarse restrictivamente. Además, el motivo de aceptar esta vulneración del principio de neutralidad encuentra justificación únicamente en la ponderación de otros principios, concretamente el de efectividad de la tributación, que podrían ponerse en duda con determinados bienes en los que su uso mixto pueda conllevar un potencial uso privado fraudulento de difícil comprobación por las Administraciones tributarias. Así, el límite que pueda interponerse al surgimiento de este crédito de naturaleza tributaria debe estar referido a aquellos gastos que representan elementos de riesgo, y no a la totalidad o a una generalidad de los mismos. Como afirma el TJUE, las restricciones de carácter general no son respetuosas con este artículo, que requiere que los gastos a los que se exceptúe el derecho a deducción estén bien definidos. En este caso, la infracción del principio de neutralidad debe poder ponderarse con el cumplimiento del de proporcionalidad. Si se pretende únicamente evitar que se deduzcan los gastos en que hay riesgo de uso privado fraudulento de difícil o muy costosa comprobación, deberá concretarse en profundidad qué gastos son los que corren este riesgo, y no ir más allá. Las restricciones generalizadas o que carezcan de la concreción ne-

<sup>65</sup> *Ibid.*, apartado 44.

<sup>66</sup> STJUE de 15 de abril de 2010, X Holding y Oracle Nederland, asuntos acumulados C-538/08 y C-33/09 (NFJ037842).

<sup>67</sup> *Ibid.*, apartado 45.

<sup>68</sup> El abogado general Mengozzi, en sus conclusiones presentadas el 28 de enero de 2010, en los asuntos acumulados C-538/08 y C-33/09, *ibid.*, sin embargo, no apreció la concreción suficiente en relación con los gastos de actividades de recreo y de obsequios de negocios, que consideró que eran excesivamente generales. Sobre la opinión del abogado general, véase PEIROLO, M.: «Limiti applicativi della clausola...», *op. cit.*, págs. 1.784-1.785.

cesaria serían, por tanto, una medida desproporcionada que infringiría la neutralidad en más de lo necesario para alcanzar el objetivo pretendido por la directiva<sup>69</sup>.

## 5.2. LÍMITES Y REQUISITOS TEMPORALES DE LAS CLÁUSULAS *STANDS-TILL*

El tenor literal del artículo 176 de la Directiva IVA nos indica que la introducción y vigencia de las cláusulas de *statu quo* están limitadas por criterios temporales estrictos, y no puede considerarse que los Estados miembros tengan libertad absoluta sobre estas. Así, encontramos dos plazos básicos que hay que tener en consideración. En primer lugar, en dicho artículo se indica el momento en el que estas normas nacionales dejarán de estar vigentes: «hasta la entrada en vigor de las disposiciones» por las que «el Consejo, a propuesta de la Comisión y por unanimidad» realice la mencionada armonización de los gastos no deducibles. Como ya hemos comentado, primero la STJCE Royscot y, posteriormente, otras, como la STJUE Magoora han mostrado que la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia sobre este límite temporal es que ya no es relevante el plazo de cuatro años inicial que establecía la Sexta Directiva, y que estas normas excepcionales pueden subsistir mientras no se acometa la armonización pertinente. No obstante, hemos de decir que no parece que haya visos de que esta actuación legislativa del Consejo vaya a realizarse en el corto plazo. Al contrario. Los distintos intentos de la Comisión han sido rechazados por los Estados miembros incluso en sus versiones más flexibles y que afectarían en menor medida a la recaudación de los países de la Unión. Esta situación viene agravada por la necesidad de que la modificación de esta regulación deba realizarse a través de una decisión por unanimidad, lo que dificulta aún más, si cabe, que este proceso vaya a acontecer de manera inminente<sup>70</sup>. Por ello, parece que este límite temporal final se difumina en el tiempo, adquiriendo las cláusulas *stands-till*, y la infracción de neutralidad que ellas representan, un carácter prácticamente indefinido.

Encontramos mayor interés y, sobre todo, más desarrollo jurisprudencial en el límite temporal que marca el segundo párrafo del artículo 176 de la Directiva IVA. Este especifica que únicamente se pueden considerar válidas las cláusulas de *statu quo* que contengan excepciones a la deducción contenidas en las legislaciones nacionales «a 1 de enero de 1979 y para los Estados miembros que se hayan adherido a la Comunidad después de esta fecha, en la fecha de su adhesión». Debemos tratar dos aspectos diversos en relación con esta restricción temporal. En primer lugar, analizaremos la jurisprudencia del TJUE que dio lugar a que en la Directiva 2006/112/CE se introdujese la mención correspondiente a la fecha de adhesión de los nuevos Estados miembros. En segundo término, analizaremos la interpretación restrictiva que ha aplicado el Tribunal de Justicia sobre la entrada en vigor de dichas cláusulas y sobre la vulneración que entiende realizada en los supuestos de introducción ex profeso de este tipo de cláusulas antes de la fecha correspondiente.

<sup>69</sup> En este sentido se pronuncia MONDINI, A.: *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa: Pacini Editore, 2012, pág. 387.

<sup>70</sup> Pese a que el artículo 113 del TFUE ya establece que la adopción de normas que armonicen el IVA requiere de unanimidad en el Consejo, el propio artículo 176 repite esta exigencia, a nuestro juicio de manera innecesaria.

La Sexta Directiva no contenía una redacción idéntica a la establecida en la Directiva IVA vigente, sino que permitía únicamente las excepciones nacionales existentes «en el momento de la entrada en vigor de la presente directiva [la Sexta]», es decir, las vigentes antes de 1979, como sería recogido en la directiva de recopilación. Sin embargo, parecía evidente entender que esta fecha no sería la aplicable a los países que pasaran a formar parte de la Unión posteriormente, pues la adhesión es el momento en el que entra en vigor la Sexta Directiva en dichos países<sup>71</sup>. Lo contrario hubiera supuesto un privilegio excesivo para los países fundadores y aquellos que hubieran entrado a formar parte de la CEE antes de 1979. A efectos del respeto a la naturaleza del IVA y de la neutralidad garantizada por el mecanismo de deducción-repercusión, sin embargo, se hubiera limitado en gran medida el número de excepciones, ya que la mayoría de los Estados miembros de adhesión reciente no aplicaba el IVA en el momento de entrada en vigor de la Sexta Directiva. No obstante, la neutralidad externa sí se habría visto claramente perjudicada, pues algunos países podrían aplicar excepciones mientras que otros, debido al momento de su entrada en la Unión, no<sup>72</sup>. Esto no solo habría implicado un importante agravio comparativo, sino que hubiera implicado que los países que se hubieran ido adhiriendo a la Unión, muchos de ellos con estructuras de control tributario menos avanzadas que los Estados que eran miembros en el momento de entrada en vigor de la Sexta Directiva, se habrían visto privados de herramientas legislativas para evitar el fraude en los gastos de uso mixto de difícil control. Esto podría haber generado distorsiones de la libre competencia del mercado interno de dichos países y del conjunto de la Unión.

En este sentido, la STJUE Oasis East trató una alegación del Gobierno polaco por la que se argumentaba que los límites que establecía el artículo 176 eran únicamente válidos para los países dentro de las Comunidades Europeas antes de dicha fecha y que Polonia, dado que se había adherido en un momento posterior, no debía verse constreñida por este. Como era de esperar, el Tribunal de Justicia negó tajantemente la interpretación polaca. El TJUE afirmó que dicha fecha

<sup>71</sup> Como observamos en la STJUE de 11 de septiembre de 2003, *Cookies World*, asunto C-155/01 (NFJ014939), apartado 65, el TJUE afirma que el artículo 17.6 de la Sexta Directiva se aplica a la República de Austria desde la fecha de su adhesión por ser el momento en el que «la Sexta Directiva entró en vigor».

<sup>72</sup> El principio de neutralidad fiscal, comentado principio rector del IVA, puede analizarse a través de su división en dos dimensiones diferenciadas: la interna y la externa. La neutralidad interna hace referencia al impacto de un tributo en el mercado nacional, y está basada en la configuración de su hecho imponible, así como de los elementos que estructuran el funcionamiento del impuesto. En el caso del IVA, la configuración de hecho imponible sobre las ventas y el mecanismo de deducción-repercusión y el correcto funcionamiento que estamos comentando en este trabajo para alcanzar una imposición sobre el consumo son los elementos que permiten alcanzar la neutralidad interna. La neutralidad externa, por el contrario, hace referencia al impacto que tiene un tributo sobre las relaciones comerciales entre el mercado nacional en el que se implanta y el resto de países. En esta dimensión, los elementos que se deben tener en cuenta son los criterios de sujeción territorial y las reglas de localización de los hechos imponibles con efectos transnacionales, así como los ajustes transfronterizos y de tipos impositivos. MACARRO OSUNA, J. M.: *El principio...*, op. cit., págs. 59-69. En este sentido, permitir a unos Estados miembros establecer exclusiones a la deducción y a otros no tendría un impacto claro desde el punto de vista externo de la neutralidad del impuesto. De hecho, aunque aparentemente podría beneficiar a las empresas de los países en los que no fuera posible excluir la deducción, también podría perjudicar a dichos nuevos Estados miembros si estos no fueran capaces de controlar de manera efectiva el uso empresarial o privado de determinados gastos. Esta reflexión nos pone de manifiesto, además, la imperiosa necesidad de avanzar en la armonización de esta materia en el ámbito europeo, tal como reclama la Comisión Europea.

«no tiene otra finalidad que determinar la fecha con anterioridad a la cual debían estar previstos en la legislación nacional los gastos que no daban derecho a la deducción del IVA»<sup>73</sup>. En consecuencia, se concluye que «el artículo 176 de la Directiva 2006/112 no puede ser objeto de una interpretación diferente según que el Estado miembro de que se trate se haya adherido a la Unión antes del 1 de enero de 1979 o lo haya hecho con posterioridad a dicha fecha»<sup>74</sup>. La solución que propone el Tribunal de Justicia es, por tanto, la más lógica, lo que provocaría el cambio del artículo en la refundición de la normativa del IVA realizada en 2006. Para los Estados miembros que se adhirieron con posterioridad a la entrada en vigor de la Sexta Directiva IVA, la fecha en la que se fijaron las que pasarían a ser cláusulas *standstill* es la de su entrada en la CEE o posterior UE<sup>75</sup>.

Esta fecha límite para considerar válida una cláusula contraria al derecho a deducir debe entenderse de forma restrictiva y las posibles situaciones abusivas que haya generado la conducta de los Estados miembros así han sido interpretadas. Es el caso de la STJUE AES-3C Maritza East 1, en el que una sociedad búlgara reclama que una disposición nacional que restringe la deducción de determinados bienes y servicios destinados a operaciones a título gratuito infringe el artículo 176 de la Directiva IVA si fue adoptada por el Estado miembro el mismo día de su adhesión a la UE. Como podemos comprobar, existe cierta picaresca por parte de Bulgaria, por cuanto justo el día que firma su entrada en la UE introduce en su regulación del IVA una excepción con la intención clara de que pueda permanecer como cláusula *standstill*, pese a que anteriormente no se hubiera aplicado dicha excepción. El Tribunal de Justicia fue tajante: el artículo 176 «no permite que un nuevo Estado miembro modifique su legislación interna con ocasión de su adhesión a la Unión Europea en un sentido que suponga alejar dicha legislación de los objetivos de dicha directiva. Una modificación en ese sentido sería contraria al espíritu mismo de esta cláusula»<sup>76</sup>. El objetivo de esta norma es permitir que los Estados miembros, en tanto no se realice la armonización de los gastos no deducibles, puedan mantener su legislación nacional, pero no utilizar este plazo para introducir una nueva normativa o ampliar la existente con anterioridad.

Si en la STJUE AES-3C Maritza East 1 el TJUE se opone a que un Estado miembro introduzca en la fecha de su adhesión una nueva excepción<sup>77</sup>, en la STJUE Magoora también considera contrario al artículo 176 de la Directiva IVA la ampliación de una excepción existente ese mismo día.

<sup>73</sup> STJUE Oasis East, apartado 26.

<sup>74</sup> *Ibid.*, apartado 27.

<sup>75</sup> Como ejemplo podemos citar la recopilación de excepciones en el IVA que tenían los países que pasaron a ser Estados miembros en el año 2004, y que puede analizarse en CORPUT, W. VAN DER: «VAT Options Exercised by the New Member States», *International VAT Monitor*, vol. 15, núm. 5, 2004, págs. 326-327, donde comenta las cláusulas *standstill* de Chipre, República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Eslovaquia y Eslovenia.

<sup>76</sup> STJUE AES-3C Maritza East 1, apartado 43, repitiendo el apartado 39 de la STJUE Magoora.

<sup>77</sup> El TJUE es claro en su conclusión en la STJUE AES-3C Maritza East 1: «El artículo 176, párrafo segundo, de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el momento de su adhesión a la Unión, un Estado miembro introduzca una limitación al derecho a deducción en aplicación de una disposición legislativa nacional que establece la exclusión del derecho a deducción de bienes y servicios destinados a entregas o a prestaciones gratuitas o a actividades ajenas a la actividad económica del sujeto pasivo, si tal exclusión no estaba prevista en la normativa nacional en vigor hasta la fecha de dicha adhesión».

En este caso, el Gobierno polaco, con ocasión de la adhesión a la UE, derogó una norma relativa a excepciones del derecho de deducción, sustituyéndola por otras con nuevos criterios. El Tribunal enunció la misma frase que hemos transcrito anteriormente referente a la improcedencia de modificar la normativa para ampliar las exclusiones en el momento de que se produjera la adhesión. En este caso, debemos tener en cuenta que las modificaciones que se pueden hacer de las cláusulas *standstill* han sido limitadas por la jurisprudencia del TJUE, como veremos en el próximo apartado. De acuerdo con la STJUE Magoora, las reglas aplicables a los cambios de las normas de mantenimiento del *statu quo* son extensibles en el supuesto de que se hicieran el mismo día de la entrada en la UE<sup>78</sup>.

Por tanto, podemos extraer diferencias de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en ambos casos. Es claro que la introducción de una excepción nueva el día de la adhesión a la UE es contraria al espíritu de la norma, pues el artículo 176 de la Directiva IVA asume la continuación de excepciones que se han aplicado a lo largo del tiempo en un Estado miembro, pero no que se pueda establecer una exclusión con la intención de que empiece a surtir efectos a partir de la aplicación del IVA comunitario. Con respecto a las modificaciones, sin embargo, el hecho de realizarlas con motivo de entrar a formar parte de la Unión no indica en todo caso la vulneración de la normativa armonizada. Por el contrario, los efectos que tiene el hecho de realizarlo ese día son los de analizarlos como si fuera una alteración posterior a la consolidación de la exclusión *standstill*.

Esta cuestión fue tratada de manera similar en el citado asunto Cookies World, en el que una empresa austriaca consideraba contraria a derecho una limitación a la deducción de la normativa de dicho país que no permitía deducir determinados gastos de servicios sobre automóviles si se prestaban desde otro Estado miembro y no desde la propia República de Austria. Por un lado, entendemos que existe una infracción sustancial de la exclusión dada la falta de proporcionalidad de la medida y del impacto que tendría en el mercado interno, con un marcado carácter proteccionista y de distorsión de la competencia entre Estados miembros. Por otro lado, a efectos temporales dicha cláusula *standstill*, aunque correspondiente a una norma del año 1994, anterior a su entrada en la UE, que aconteció el 1 de enero de 1995, entraba en vigor el 6 de enero de 1995, es decir, cinco días después de la adhesión<sup>79</sup>. Aunque la norma fuera anterior a la adhesión, el TJUE afirmó que debía considerarse como una modificación que debía entenderse realizada ya

<sup>78</sup> STJUE Magoora, apartados 40-41: «40. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si el hecho de que la República de Polonia haya derogado la Ley de 8 de enero de 1993 el día de su adhesión a la UE le impide establecer ese mismo día nuevas disposiciones que limitan el derecho a deducir el IVA soportado en las compras de carburante destinado a vehículos utilizados para una actividad sujeta al impuesto. 41. Procede indicar que, en sí mismo, el hecho de derogar unas disposiciones internas en la fecha de entrada en vigor de la Sexta Directiva en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate y sustituirlas en esa misma fecha por otras disposiciones internas no permite presumir que el Estado miembro de que se trate ha renunciado a aplicar exclusiones al derecho a deducir el IVA soportado. En sí misma, tal modificación legislativa tampoco permite concluir que se ha vulnerado el artículo 17, apartado 6, párrafo segundo, de esta directiva, a condición, no obstante, de que dicha modificación no haya supuesto ampliar, a partir de dicha fecha, las exclusiones nacionales anteriores».

<sup>79</sup> Como afirma DE LA FERIA, aunque el Gobierno austriaco argumentó que el retraso se debía a consideraciones logísticas, el TJUE no entendió permisible que se provocara esta doble imposición en casos de transacciones idénticas pero distintas por el territorio y, además, porque se dio en un plazo posterior al de su adhesión. FERIA, R. DE LA: *The EU VAT system...*, op. cit., pág. 236.

bajo la vigencia de la Sexta Directiva y con los requisitos que esta imponía a los cambios en las normas de mantenimiento del *statu quo*. Ese caso es mucho más claro que los anteriores, pues ni siquiera desde un análisis estrictamente formal de la letra de la norma cabría entender esta nueva cláusula como anterior a la directiva y sus cambios deberían acontecer de acuerdo con la interpretación restrictiva que establece el Tribunal de Justicia para estos casos.

La doctrina del TJUE no deja lugar a dudas en lo que se refiere a conductas claramente contrarias al espíritu de la norma. Establecer una excepción nueva o ampliar el ámbito de una exclusión el mismo día de la adhesión podría ser respetuoso con el citado artículo, pero contradice su razón de ser, así como el modo en que se debe entender. Sin embargo, esta cuestión nos plantea algunas dudas. Pasar a formar parte de la UE no es un proceso corto, sino todo lo contrario. Si un Estado previera su próxima incorporación y no dejara para el final la introducción de una nueva excepción sino que la anticipara ligeramente, sobre todo vista la jurisprudencia del Tribunal, ¿cuál sería el límite considerado aceptable para entender válida la exclusión que pasará a conformar el conjunto de cláusulas *standstill*? Es una pregunta que nos parece difícil de responder, pues establecer un plazo estrictamente temporal podría pecar de arbitrariedad y únicamente obligaría a anticipar a dicho momento la entrada en vigor de la norma. Más razonable que el momento de la entrada en la Unión podría resultar la fijación de este límite temporal en el día que se cerrasen las negociaciones para la adhesión o la fecha en que esta fuera aprobada por el Parlamento nacional correspondiente<sup>80</sup>. Estas cuestiones, sin embargo, aunque importantes, no evitan los verdaderos efectos de estas excepciones al derecho de deducción: obligar a los empresarios y profesionales a cargar con cuotas impositivas que, siquiera parcialmente, pueden estar usando en sus actividades empresariales. Para evitar que la neutralidad fiscal se vea menoscabada y el IVA se desnaturalice, cuanto mayor sea el plazo en el que se impida la introducción de excepciones que vayan a consolidarse, mejor. Sin embargo, entendemos que dado que se trata de una vulneración aceptada y admitida por la directiva, son otros criterios los que tienen que utilizarse para concretar este plazo, debiendo estos responder a la existencia real de una excepción de dicho país, y no a la introducción ex profeso antes de la fecha límite fijada.

### 5.3. MODIFICACIONES PERMITIDAS DE LAS CLÁUSULAS *STANDSTILL*

La vigencia de las cláusulas *standstill* ha sido interpretada en modo extremadamente flexible, consintiendo su aplicación prácticamente *sine die*, fundamentalmente debido al difícil acuerdo político necesario para cumplir el mandato que se estableció originariamente en la directiva. Sin

<sup>80</sup> Como afirma LASIŃSKI-SULECKI cuando estudió el caso Magoora, la adhesión de nuevos Estados miembros suele estar precedida de un periodo de asociación en el que tanto la UE como dicho país avanzan en la aproximación de sus legislaciones como, por ejemplo, en el caso polaco, en el que no se le permitió incrementar sus tarifas arancelarias en los 10 años precedentes a su acceso a la UE. LASIŃSKI-SULECKI, K.: «Standstill Provisions under VAT. Fuel for Polish Passenger Cars», *International VAT Monitor*, vol. 19, núm. 1, 2008, pág. 25. No sería descabellado, por tanto, pensar que este periodo podría ser el utilizado para considerar el plazo en el que los Estados miembros ya no pueden alterar sus excepciones, aunque, realmente, se estaría ampliando de forma improcedente la fecha establecida por el artículo 176 de la Directiva IVA, lo que dificulta que podamos enunciar una conclusión al respecto.

embargo, en lo restante, la interpretación en todo lo referente a estas normas nacionales, en cuanto limitativas del principio de neutralidad, debe hacerse utilizando el citado criterio restrictivo. Así ocurre con el plazo de inicio para considerar válida una excepción nacional, como acabamos de analizar y, sobre todo, en todo lo referente a las posibles modificaciones que introduzcan los Estados miembros en estas disposiciones.

El TJUE ha sentado jurisprudencia sobre la materia en numerosos asuntos, siendo especialmente clarificadoras las dos sentencias que trataron la materia en profundidad por primera vez. Ambas responden a procedimientos iniciados por la Comisión contra la República de Francia. Dichas sentencias fueron emitidas por el Tribunal de Justicia en la misma fecha y, aunque dieran un resultado diverso para las partes, positivo para la Comisión en una y para Francia en otra, el criterio para su resolución fue común en las dos. En la primera de ellas, Comisión contra Francia, asunto C-345/99<sup>81</sup>, la Comisión consideraba que la modificación que Francia realizó de una cláusula *standstill*, reduciendo su contenido, no era incompatible con la directiva. Francia, que cuando entró en vigor la Sexta Directiva tenía regulada una excepción al derecho de deducción en relación con los gastos que se experimentasen con respecto a todo tipo de vehículos de pasajeros, redujo en 1993 la exclusión para los vehículos de autoescuela<sup>82</sup>. Para la Comisión Europea, el artículo 17.6 de la por entonces Sexta Directiva no permitía modificar las excepciones incluidas en las normas de mantenimiento del *statu quo* salvo en el caso de su supresión, ya que lo contrario estaría introduciendo una nueva norma contradictoria con el derecho de deducción. El TJUE, sin embargo, rechazó esta interpretación. Entendió que la reducción del ámbito de las exclusiones se acerca «de esta forma al objetivo de la Sexta Directiva», con lo que dicha normativa quedaría amparada en todo caso por la Directiva IVA<sup>83</sup>.

Es claro que la restricción de la excepción consigue minimizar los supuestos en los que los empresarios deben soportar con una carga tributaria que no debieran, al menos en su totalidad, haciendo que el IVA se aleje en menor medida de su naturaleza originaria y logrando un mayor cumplimiento del principio de neutralidad. Este es el motivo por el que toda rectificación de una cláusula *standstill* que rebaje el alcance de las excepciones existentes es considerada compatible con la directiva, tanto con su letra como con su espíritu. En este caso, el gasto destinado a una clase concreta de vehículos, que además van a tener un marcado uso empresarial, como los que sirven para el aprendizaje de nuevos conductores, va a pasar a ser deducible conforme a las reglas generales, es decir, se podrá cuantificar el uso privado que se haga del mismo, sin que exista una exclusión que implique una obligación de soportar íntegramente su cuota soportada. Se consigue, con ello, que los empresarios solo experimenten un exceso de gravamen tributario por la parte en que se usa el vehículo de forma no empresarial, es decir, en la parte en que actúan como auténticos consumidores finales, incrementando la neutralidad del régimen del IVA francés.

<sup>81</sup> STJCE de 14 de junio de 2001, Comisión contra República Francesa, asunto C-345/99 (NFJ010682).

<sup>82</sup> *Ibid.*, apartado 8: «A este respecto, el artículo 273 septies A del Code général des impôts (Ley general tributaria) [...] establece: "El IVA correspondiente a las compras, importaciones, adquisiciones intracomunitarias, entregas y servicios efectuados a partir del 1 de enero de 1993 dejará de estar excluido del derecho a deducción en lo que respecta a los vehículos destinados exclusivamente a la formación de conductores"».

<sup>83</sup> *Ibid.*, apartado 22.

Lo contrario ocurre en el segundo caso en el que la Comisión denunció a Francia<sup>84</sup>. Este asunto es muy completo y en él se plantea un estudio detallado de las modificaciones que se pueden hacer sobre las normas nacionales de mantenimiento del *statu quo*. La Comisión inicia un procedimiento de infracción sobre los cambios en la normativa francesa referente a la prohibición de deducir el IVA soportado en la compra de gasóleo para uso como combustible de vehículos. Esta excepción existía con anterioridad a la entrada en vigor de la Sexta Directiva, por lo que se convirtió en cláusula *standstill* en tal fecha. «Entre 1982 y 1991, dicha prohibición de deducción del IVA sufrió varias modificaciones. Así, el porcentaje de deducción autorizado pasó progresivamente del 10% en 1982 al 90% en 1991», y en 1998 fue prohibida de nuevo la deducción en su totalidad, como ocurría originariamente<sup>85</sup>. La Comisión entendió que el restablecimiento de la excepción que había sido minorada progresivamente en la normativa francesa era contradictoria con el artículo 17.6 de la Sexta Directiva<sup>86</sup>. La Comisión rechazaba que los Estados miembros pudieran tener una facultad discrecional ilimitada para adaptar y modificar su régimen particular de cláusulas *standstill*, pese a que los cambios no agraven la situación inicial, supuesto estrictamente prohibido por el Tribunal de Justicia. Francia, por el contrario, consideraba que la interpretación adecuada no permitiría ampliar la excepción más allá de los límites originales (ni en porcentaje de exclusión ni en el rango de bienes y servicios a los que se aplica). No obstante, sí entendía que, dentro de dicha excepción, esta se pudiera ampliar o rebajar temporalmente en caso de razones justificadas, tal como pudieran ser las medioambientales<sup>87</sup>.

El Tribunal, haciendo referencia a la otra sentencia del mismo día en la que había dado la razón a la República Francesa, afirmó que la reducción del ámbito de aplicación de una excepción a la deducción era compatible con la directiva; sin embargo, declara lo contrario en relación con una posible ampliación de su contenido. En este caso no existía una extensión de la cláusula inicial, sino únicamente un retorno a la excepción originaria, de aplicación más amplia que la existente tras las modificaciones parciales comentadas. El TJUE, pese a las diferencias de estos cambios normativos, entendió que esta circunstancia debía entenderse de la misma manera que una ampliación de la normativa inicial, afirmando: «Lo mismo cabe afirmar de cualquier modificación posterior a la entrada en vigor de la Sexta Directiva que amplíe el ámbito de las exclusiones aplicables inmediatamente antes de la citada modificación»<sup>88</sup>.

La interpretación que propone el Tribunal de Justicia resultó novedosa. Los cambios en la normativa de una cláusula *standstill* vigente serían analizados con respecto a la regulación de

<sup>84</sup> STJCE de 14 de junio de 2001, Comisión contra República Francesa, asunto C-40/00 (NFJ010681).

<sup>85</sup> *Ibid.*, apartados 6-7.

<sup>86</sup> *Ibid.*, apartado 13: «La Comisión sostiene que la legislación francesa controvertida, al restablecer una exclusión del derecho a deducción del IVA que grava el gasóleo utilizado como carburante de vehículos para los que no existe deducción, no está amparada por la excepción prevista en el artículo 17, apartado 6, de la Sexta Directiva e infringe el artículo 17, apartado 2, de dicha directiva. En efecto, según la Comisión, el artículo 17, apartado 6, no permite a un Estado miembro volver a introducir *a posteriori* una excepción que fue suprimida, aun parcialmente, restableciendo una exclusión total del derecho a deducción del IVA que grava ciertos gastos».

<sup>87</sup> *Ibid.*, apartado 14.

<sup>88</sup> *Ibid.*, apartado 18.

aplicación en el momento del cambio, y no con la que se consolidara inicialmente en el momento de la entrada en vigor de la Sexta Directiva o en la fecha de adhesión a la Unión. Los efectos de este criterio jurisprudencial son claros y, además, beneficiosos en lo que se refiere al correcto funcionamiento del impuesto y al principio de neutralidad fiscal<sup>89</sup>. Los Estados miembros no pueden ampliar en ningún caso el ámbito de aplicación de una excepción a la deducción y, en caso de practicar cualquier clase de reducción en dicho espectro de gastos, el cambio deviene firme e inmutable, no pudiendo volverse a la situación inicial, sino únicamente disminuirse aún más los supuestos que en ella quepan. Esto implica que los Estados miembros únicamente pueden legislar en pos de una mejor neutralidad fiscal de sus normativas y que los avances que se realicen en el cumplimiento de este principio se consideran puntos de no retorno o de neutralidad ganada.

Quizá esta regla de interpretación pueda tener también una consecuencia perversa. Si la reducción de una cláusula *standstill* no permite volver a la situación inicial, es difícil pensar que los Estados miembros serán proclives a dicha pérdida de potestad tributaria. Podríamos pensar que permitirles retornar a la aplicación extensa originaria otorgaría flexibilidad para que los Estados miembros, en función de sus necesidades, pudieran hacer como Francia y rebajar la excepción y, en momentos de necesidad, volver a retomarla. La situación actual nos lleva a pensar que será poco probable que los Estados miembros puedan reducir una norma de mantenimiento del *statu quo* por el riesgo de poder necesitar en un futuro dichos ingresos recaudatorios. Sin embargo, si nos abstraemos de la realidad política, es evidente que el criterio fijado por el TJUE tiene como objetivo claro limitar las excepciones a la estructura básica y general del impuesto, así como potenciar el principio de neutralidad en lo que se refiere a las cláusulas *standstill*.

Es interesante aludir al principio de neutralidad como criterio de interpretación en lo relacionado con las cláusulas *standstill*, pues no en todo caso va a estar claro si los cambios en la normativa nacional conllevan una ampliación o reducción de su contenido. Esto fue lo ocurrido en la citada STJUE Magoora. En ella se trae a colación la excepción que tenía establecida Polonia con referencia al gasto en combustible para determinados vehículos<sup>90</sup>. El litigio se presenta, en primer lugar, porque el día de su entrada en la UE, como hemos comentado, Polonia modificó los criterios de aplicación de la citada exclusión<sup>91</sup>. Existe una segunda cuestión en esta sentencia,

<sup>89</sup> PIASENTE resume en cuatro puntos las conclusiones generales que se pueden extraer de las dos Sentencias Comisión contra República Francesa afirmando que la capacidad que otorga la Directiva IVA a los Estados miembros para mantener sus cláusulas implica: a) no poder introducir nuevas exclusiones al derecho de deducción; b) poder modificar en sentido restrictivo las exclusiones existentes que limitan el derecho de deducción; c) no poder extender exclusiones existentes; d) no poder reintroducir, en todo o en parte, exclusiones existentes en el momento de la entrada en vigor de la Sexta Directiva (entendemos lo mismo para el momento de la adhesión) que posteriormente hayan sido suprimidas en todo o en parte. PIASENTE, M.: «Il punto sull'interpretazione della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'art. 17, comma 6, Sesta direttiva, in tema di limiti oggettivi al diritto a detrazione», *Rivista di Diritto Tributario*, fascículo 9, 2001, pág. 133.

<sup>90</sup> STJUE Magoora, apartado 4: «El artículo 25, apartado 1, número 3a, de la Ley de 8 de enero de 1993, relativa al impuesto sobre bienes y servicios y a los impuestos especiales [...] establecía lo siguiente: "No darán derecho a una reducción del importe del impuesto ni a una devolución de la diferencia con respecto al impuesto devengado las compras por parte del sujeto pasivo de productos tales como la gasolina, el gasoil o el gas utilizados para la propulsión de automóviles particulares o de otros vehículos con una carga autorizada inferior o igual a 500 kg"».

<sup>91</sup> *Ibid.*, apartado 7.

originada por la modificación posterior de esta norma que, como se extrae de lo hasta aquí concluido, sería contraria en todo caso a la Directiva IVA si se tratara de una extensión, y así lo determinó el Tribunal de Justicia en la segunda parte de la resolución, dejando al tribunal nacional correspondiente que sea el que determine a partir de los citados criterios enunciados por el TJUE<sup>92</sup>.

El TJUE no modificó su doctrina manifestada en pronunciamientos precedentes. Dado que, como hemos comentado, el hecho de hacer la modificación el día de la adhesión a la UE no tiene efectos singulares, sino que debe entenderse como un cambio normativo de una cláusula *standstill* ya consolidada, el punto de vista se torna hacia el estudio de los efectos de los nuevos criterios. Si bien encomienda a los tribunales nacionales el análisis de esta cuestión, enuncia que si los efectos de las novedades legislativas tienen como efecto la ampliación de la excepción, esta sería contraria a derecho. Resulta especialmente relevante que para esta actuación el TJUE encomiende al órgano jurisdiccional nacional el respeto, tanto «a la luz de la letra» como a «la finalidad de la Sexta Directiva con objeto de alcanzar los resultados que esta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva»<sup>93</sup>. Así, aunque con esta sentencia el Tribunal de Justicia no establece elementos adicionales que alteren su doctrina establecida, y no proporciona al juez nacional indicios o datos sobre los que basar su decisión, sí hace una defensa clara de la finalidad de la normativa del IVA, cuyo principio rector es el de neutralidad fiscal. Este principio deberá ser fundamental en la labor del remitente de la cuestión prejudicial, pues su valoración ha de sustentarse en si los nuevos criterios de la LIVA polaca menoscaban el correcto funcionamiento del impuesto y la neutralidad fiscal ampliando la imposibilidad de deducir o, por el contrario, si este Estado miembro ha rebajado la aplicación de esta excepción, consolidando para el futuro una cláusula *standstill* de menor extensión.

Esta doctrina del Tribunal de Justicia atiende en exclusiva a los resultados provocados por la modificación de la normativa nacional, aunque sea el juez patrio el que deba analizarla. Incluso en el supuesto de que la modificación realizada por un Estado miembro no tuviera intención de ampliar una cláusula *standstill*, si el resultado final tiene estos efectos, será contraria a la Directiva IVA. Así ocurrió en la STJUE Puffer<sup>94</sup>, en la que la norma nacional que impedía la deducción total de inmuebles de uso mixto, obligando a la afectación parcial, fue modificada por la República de Austria introduciendo nuevos criterios y procedimientos. La nueva norma, de acuerdo con «la intención expresa del legislador nacional, debía mantener el resultado de esta exclusión, pero que, considerada aisladamente, autoriza las deducciones, debido a un error de interpretación del derecho comunitario cometido por el legislador nacional»<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Encontramos un estudio en profundidad de esta sentencia en LASIŃSKI-SULECKI, K.: «Standstill Provisions under VAT...», *op. cit.*, págs. 22-26, que concluye afirmando lo absurdo de permitir, desde un punto de vista teleológico, medidas de transición que sean posteriormente objeto de retención y que deroguen el derecho de deducción consolidándose como cláusulas *standstill*, estando de acuerdo con la solución adoptada por el TJUE en este caso.

<sup>93</sup> STJUE Magoora, apartado 44.

<sup>94</sup> STJUE de 23 de abril de 2009, Sandra Puffer, asunto C-460/07 (NFJ032426).

<sup>95</sup> *Ibid.*, apartado 72.

Según esta sentencia, además de la ampliación del ámbito de aplicación, estaría prohibido modificar la cláusula de manera que sus procedimientos fueran distintos y no pudieran asimilarse a los de la excepción originaria: «Por tanto, cabe considerar que, aun cuando no pueda excluirse que garanticen resultados en esencia idénticos, las legislaciones antigua y nueva se basan en una lógica diferente y han establecido procedimientos diferentes, de modo que la nueva legislación no puede asimilarse a la legislación existente en la fecha de entrada en vigor de la Sexta Directiva»<sup>96</sup>. Es lógico pensar que el hecho de que el legislador haya realizado esta modificación basándose en una interpretación errónea de la normativa armonizada no es justificación para su decisión, ni validaría la nueva cláusula *standstill* introducida, tal como afirmó la abogada general Sharpston<sup>97</sup>. En conclusión, en los supuestos de modificaciones parciales o cambios de criterios similares lo único que se tiene que observar para determinar la corrección de las normas introducidas debe ser el efecto que causen sobre la neutralidad de la deducción, es decir, si se amplía el espectro de gastos excluidos de este derecho o si se reduce. Sin embargo, si lo que se está generando es una regla de *statu quo* radicalmente distinta, basada en procedimientos diversos y no asimilables, el Tribunal de Justicia considera que no haría falta observar su repercusión, ya que se estaría introduciendo una cláusula *standstill* nueva, y las únicas excepciones posibles son las existentes originariamente.

Por último, queremos comentar los pronunciamientos que ha realizado el TJUE en lo referente a los modos en que puede afectarse al ámbito de aplicación de estas reglas de *statu quo*, pues, si bien hemos analizado sentencias en las que las modificaciones provienen todas de cambios legislativos, el Tribunal también se ha pronunciado en el caso de doctrinas administrativas que le afecten. Podemos referirnos, en primer lugar, a la citada STJCE Metropol. En ella, una circular ministerial emitida en la República de Austria tenía los efectos de excluir determinados gastos sobre vehículos del derecho a la deducción. No se trataba de un cambio legislativo que ampliara el contenido de una cláusula *standstill*, sino de un reglamento de naturaleza administrativa. Hay que recordar que el artículo 176 de la Directiva IVA se refiere a la «legislación nacional» de los Estados miembros. Sin embargo, para el TJUE, «el concepto de "legislación nacional", en el sentido del artículo 17, apartado 6, párrafo segundo, de la Sexta Directiva, no se refiere únicamente a los actos legislativos propiamente dichos, sino también a los actos administrativos, así como a la práctica administrativa de las autoridades públicas del Estado miembro en cuestión»<sup>98</sup>.

Un razonamiento similar tuvo lugar en la STJCE Danfoss y AstraZeneca<sup>99</sup>. Este asunto versaba sobre una cláusula *standstill* referenciada a los gastos de comidas del personal y de representación. La normativa excluía su deducción salvo en lo referente a las «comidas ofrecidas gratuitamente por los comedores de empresa al personal y a las relaciones comerciales»<sup>100</sup>. En el apartado 42 de dicha

<sup>96</sup> *Ibid.*, apartado 93.

<sup>97</sup> Conclusiones de la abogada general Sharpston, E., presentadas el 11 de diciembre de 2008 en el asunto C-460/07, Sandra Puffer.

<sup>98</sup> STJCE Metropol y Stadler, apartado 49.

<sup>99</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2008, Danfoss y AstraZeneca, asunto C-371/07 (NFJ031284).

<sup>100</sup> *Ibid.*, apartado 40.

sentencia, el Tribunal de Justicia expresó, junto con la vigencia temporal del contenido de esta cláusula<sup>101</sup>, el hecho de que, a efectos de analizar los cambios en las normas de *statu quo*, «no solo se deben tener en cuenta los actos legislativos propiamente dichos, sino también los actos administrativos, así como la práctica administrativa de las autoridades públicas del Estado miembro en cuestión». Así, junto con los reglamentos sobre la materia, el TJUE también tendría en consideración los distintos actos y prácticas administrativas, por lo que, si estos ampliaban el ámbito de aplicación de una excepción a la deducibilidad de un gasto, serían contrarios a la directiva como si de leyes se tratase.

La extensión del concepto de legislación nacional en lo relacionado con las cláusulas *standstill* nos suscita dos reflexiones distintas. Por un lado, es claro suponer que las infracciones al artículo 176 de la Directiva IVA no tienen que derivarse únicamente de cambios legislativos, sino de toda ampliación del ámbito de aplicación de una excepción, que puede provenir de cualquier tipo de acto normativo. Pensar lo contrario llevaría a entender que estas exclusiones estarían en manos de los Estados miembros, que podrían actuar sobre ellas a través de disposiciones reglamentarias y de prácticas administrativas, menoscabando el objetivo del citado artículo, y eludiendo los límites impuestos por el TJUE. Como parece lógico, el propio Tribunal de Justicia ha descartado esta opción, entendiendo que las disposiciones administrativas deben regirse por los mismos criterios en lo referente a la ampliación de las cláusulas *standstill*. Sin embargo, debemos plantearnos los efectos que pueda tener esta extensión de las normas o actos administrativos que afecten a las reglas de *statu quo*, por cuanto puedan consolidar criterios distintos a los de las leyes que, de acuerdo con lo que hemos visto, supusieran un punto de no retorno recuperable para un Estado miembro. Si una interpretación de la Administración tributaria redujese los gastos en los que se proyecta una excepción nacional amparada en el artículo 176 de la Directiva IVA, entender que la neutralidad «ganada» quedaría consolidada, pese a que la ley del impuesto no hubiese sido modificada, puede ser excesivo<sup>102</sup>.

Consideramos que, aunque el principio de neutralidad se vea reforzado con cualquier reducción de una cláusula *standstill*, obligar a un Estado a respetar las interpretaciones que hayan podido realizar los centros directivos de la Administración tributaria nacional, y que daría lugar a una reducción de su ámbito de aplicación que no podría ser devuelta a la situación original, iría en contra del principio de legalidad. En este supuesto, y por virtud de la interpretación del TJUE, la soberanía nacional, representada en el Parlamento, se vería vinculada y constreñida por una actuación de un órgano administrativo o, incluso, podría pensarse lo mismo de las interpretaciones de los tribunales nacionales. Criticamos este efecto potencial y consideramos que, si bien debe entenderse contraria a la directiva cualquier actuación que expanda una cláusula *standstill*, las normas inferiores a la ley no deberían consolidar reducciones de su contenido que, posteriormente, no pudieran recuperarse a través de clarificaciones de la ley.

<sup>101</sup> *Ibid.*, apartado 42: «En el caso de autos, es obligado declarar que, al establecer mediante una práctica administrativa, que permaneció en vigor desde noviembre de 1978 hasta el año 1999, un derecho a deducción íntegra del IVA soportado correspondiente al suministro de alimentos y bebidas por los comedores de empresa, la Administración danesa se abstuvo de introducir posteriormente una limitación del derecho a deducción de dicho impuesto».

<sup>102</sup> No planteamos el supuesto de la actuación administrativa que amplía la aplicación de la exclusión, pues esta es, directamente, contraria a la directiva y deberá ser anulada por los tribunales nacionales correspondientes.

## 6. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

**1. La prohibición de deducción de las cuotas soportadas por gastos que no tengan un carácter estrictamente profesional responde al principio de efectividad en la tributación, pero es contraria a la neutralidad del IVA. La falta de concreción del concepto de gastos sin carácter estrictamente profesional, a la espera de la armonización de la materia, ha sido solucionada a través del *soft law* de la Comisión Europea. Abogamos por la sustitución de estas exclusiones por presunciones de no deducibilidad con posibilidad de prueba en contrario.**

La restricción que establece la Directiva IVA respecto de los gastos que no tengan carácter estrictamente profesional adolece de varios defectos. El principal es que la Directiva IVA no concreta qué debe entenderse por gastos sin carácter estrictamente profesional, aspecto que ha sido solucionado a través del *soft law* emanado de la Comisión Europea, que los ciñó a aquellos que por su carácter especialmente propicio para ser usados también de forma privada pudieran no ser supervisados adecuadamente, evitándose con su no deducibilidad la pérdida de recursos tributarios, así como situaciones de abuso o de fraude a gran escala. Esta prohibición implica que la naturaleza del IVA y su criterio rector, el principio de neutralidad, ceden ante otro principio jurídico, el de efectividad en la tributación. Dado que no se va a permitir que los empresarios y profesionales deduzcan tales gastos de acuerdo con el criterio de su uso previsible o prospectivo, van a soportar parte del coste económico del IVA, cuando este debería ser un tributo destinado a gravar únicamente a los consumidores finales.

En segundo lugar, esta prohibición de deducción se ha articulado como una excepción del derecho de deducción que no admite prueba en contrario. Consideramos que, si bien la existencia de bienes con potencial uso privado fraudulento podría justificar una presunción de no deducibilidad, esta debería ser en todo caso *iusuris tantum*. Con ello se evitaría que los empresarios y profesionales soportaran el impuesto como si fueran particulares cuando pudieran probar que el consumo fue empresarial. De no admitirse esta propuesta, consideramos que un mal menor es la extensión de exclusiones parciales a la deducción (*flat-rate restrictions*), en la que este derecho fuese consentido en un porcentaje fijo. Si bien la solución no es la ideal y no alcanzaría la plena neutralidad del impuesto, al menos no restringe por completo toda posibilidad de deducción, y la desnaturalización que produce del IVA es menor.

**2. Las cláusulas *standstill*, aunque admitidas y reconocidas, son contrarias a la naturaleza del IVA como impuesto sobre el consumo y a su principio rector, la neutralidad fiscal. La ausencia de armonización en la materia provoca que cada Estado miembro haya configurado, de modo individual, sus exclusiones al derecho de deducción, pudiendo esto alterar el correcto funcionamiento del mercado interno.**

La conclusión general que se puede alcanzar sobre las cláusulas *standstill* es compleja. La existencia de exclusiones al derecho de deducción vulnera la naturaleza del IVA como tributo cuyo peso económico no debe recaer sobre los empresarios y, además, es contraria al principio de neutralidad fiscal que lo inspira. El menoscabo de este principio tiene como única justificación que los casos en los que se ha permitido la pervivencia de reglas nacionales distintas versan sobre bienes y servicios en los que existe un riesgo importante de que su uso real sea privado y, por

ello, puedan darse supuestos de uso fraudulento del derecho de deducción. Aunque esta finalidad pueda considerarse parcialmente legítima en gastos de muy difícil comprobación por parte de las Administraciones tributarias, estas exclusiones son ataques claros al espíritu y al régimen general de la Directiva IVA, con el problema adicional de que no se aplican de forma armonizada en los distintos Estados miembros, sino que la regulación va a ser diversa en cada uno de ellos<sup>103</sup>. Así, estas excepciones no ponen únicamente en duda la vertiente interna de la neutralidad fiscal, sino también la externa, pues los operadores económicos de los distintos Estados miembros afrontarán la competencia en el mercado interior con diferentes costes fiscales por el IVA. De hecho, aunque España no mantuviera excepciones al derecho de deducción en forma de cláusulas *standstill*, a diferencia de las problemáticas que sí manifiesta respecto de su regulación de los gastos sin carácter estrictamente profesional, las exclusiones que introduzcan otros Estados miembros pueden tener un efecto en la competencia en el mercado interno que afecte de forma indirecta a nuestro país. Dado que el único motivo por el que la existencia de estas cláusulas se perpetúe en el tiempo es la incapacidad de los Estados miembros para ponerse de acuerdo sobre la armonización pendiente en la materia, la vulneración de la neutralidad fiscal tiene visos de permanecer y, por ello, todos los esfuerzos del Tribunal de Justicia han ido dirigidos a minimizar estos daños y limitar las consecuencias negativas para el funcionamiento del impuesto y del mercado interno.

**3. Las cláusulas *standstill* únicamente pueden limitar la deducción de gastos que potencialmente puedan ser usados de forma privada. El criterio de interpretación estricta impide que puedan establecerse exclusiones generales al derecho de deducción, requiriendo que los gastos a los que se apliquen estén correctamente delimitados. Debe exigirse el cumplimiento del principio de proporcionalidad en la utilización de estas cláusulas *standstill* para evitar su uso como una excusa para realizar un control tributario efectivo.**

El mantenimiento de las cláusulas *standstill* responde a una evolución normativa, que parte de la posibilidad establecida por el artículo 11.4 de la Segunda Directiva de limitar la deducción para los gastos susceptibles de ser exclusiva o parcialmente utilizados para la satisfacción de las necesidades del sujeto pasivo o de su personal. El TJUE se ha pronunciado en contra de exigir que estas exclusiones puedan ser únicamente para gastos no estrictamente profesionales, por lo que se entienden aplicables a todos los gastos que cumplan dicho artículo<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Una afirmación similar realiza PIASENTE, que llega a una conclusión que nos parece muy acertada, y en la que afirma que considerar este tipo de exclusiones legítimas o ilegítimas puede ser irrelevante si se llega a desvirtuar por completo el sistema del impuesto. Así, entiende que si un Estado ha excluido muchos bienes y servicios («todos o casi todos», afirma) del derecho de deducción, esto no implicaría solo una infracción de este mecanismo, sino que dicho Estado (o Estados) realmente habría introducido en su ordenamiento un impuesto sobre el volumen de negocios y no un IVA como el pretendido por la UE. La autora considera que esta conducta conlleva un incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas. Entendemos que este incumplimiento estaría referido, fundamentalmente, al espíritu de la norma y que las consecuencias irían en contra del propio artículo 113 del TFUE, pues la existencia de distintos tributos indirectos sobre el consumo en los diversos Estados miembros distorsionaría la competencia en el mercado interno, principal objetivo de la armonización alcanzada con el IVA. PIASENTE, M.: «Il punto sull'interpretazione della Corte di Giustizia...», *op. cit.*, págs. 131-132.

<sup>104</sup> En este sentido, DE LA FERIA concluye que el Tribunal de Justicia, aunque ha tenido que aceptar que las cláusulas *standstill* se apliquen también a gastos estrictamente profesionales y no solo a los que no lo sean, ha actuado en todo

Sin embargo, el criterio de interpretación estricta aplicado por el Tribunal de Justicia para las excepciones al derecho de deducción implica que sus restricciones no deben ir más allá de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus metas. En este caso, el bien jurídico que prima respecto del funcionamiento ideal del impuesto es el de efectividad en la tributación. En conjunción con el principio de proporcionalidad, entendemos que la existencia de cláusulas *standstill* no debe servir para que los Estados miembros se abstengan del control de determinados gastos, e impidan para ello su deducción, sino que únicamente debería destinarse a aquellos elementos de difícil control del grado de su uso empresarial o personal. Por ello, como afirmó el abogado general Jacobs, las cláusulas *standstill* solo deberían poder aplicarse a gastos con riesgo de ser usados para necesidades privadas, es decir, para bienes o servicios en los que exista riesgo de fraude, debiendo estos tribunales ponderar la dimensión de este riesgo y la proporcionalidad de las medidas que excluyen el derecho de deducción.

En este sentido, el TJUE ha venido rechazando toda cláusula *standstill* de carácter general, o que se aplique a un conjunto de gastos sin la exigida concreción, pues estamos ante una excepción contraria a la naturaleza del IVA como impuesto sobre el consumo, y que debe limitarse a los casos necesarios para garantizar una tributación efectiva y para controlar gastos con potencial uso privado fraudulento.

**4. Las cláusulas *standstill* responden a excepciones de naturaleza histórica, no pudiendo introducirse con posterioridad al plazo que determina la Directiva IVA. De acuerdo con el criterio de interpretación restrictiva, el ámbito de aplicación de estas excepciones puede ser reducido posteriormente por el Estado que lo aplica, pero nunca ampliado. En caso de que se reduzca la exclusión, total o parcialmente, el Estado miembro en cuestión no podrá volver a implementar la excepción original, y la ganancia de neutralidad fiscal será permanente. Aunque el TJUE extiende estos efectos a las modificaciones realizadas por disposiciones sin rango de ley, extender el principio de neutralidad ganada implicaría que un acto administrativo pudiera limitar la soberanía nacional. Para evitarlo, en la modificación de estas normas debería regir el principio de reserva de ley.**

Las cláusulas *standstill* consolidan excepciones a la deducción existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Sexta Directiva, o para países que se adhirieron a la UE posteriormente, previas al momento de su adhesión. El conocimiento de esta fecha podría ser utilizado por los Estados miembros para crear expresamente excepciones de manera que se conviertan en cláusulas *standstill*, como así ha sido. Por ello, el TJUE ha afirmado que no se permite modificar la legislación interna con motivo de la adhesión para alejarla de los objetivos de la Directiva IVA. Dado

---

lo demás siempre en la búsqueda de limitar el impacto negativo de estas cláusulas en el sistema del IVA, incluso cuando ha permitido que las excepciones se mantengan en el tiempo más allá de los cuatro años inicialmente considerados. Pese a todo, la autora entiende que en lo que respecta a los gastos estrictamente profesionales, una actuación en sentido contrario del TJUE podría haber incrementado el respeto al sistema del IVA, ya que las restricciones temporales no contrarrestan el amplio espectro de gastos que pueden quedar sin deducción bajo la interpretación realizada por el TJUE. FERIA, R. DE LA: *The EU VAT system...*, *op. cit.*, págs. 139-140.

que el proceso de negociación para entrar a formar parte de la Unión como Estado miembro es largo, proponemos que la fecha desde la que se considere que las excepciones a la deducción se conviertan en cláusulas *standstill* sea el día del cierre de dichas negociaciones para la adhesión o, en su defecto, el momento en el que esta sea aprobada por el Parlamento nacional correspondiente.

Debido al criterio de interpretación restrictiva de las limitaciones al derecho de deducción de las cuotas del IVA soportadas, solo son posibles las modificaciones del ámbito de aplicación de las cláusulas *standstill* que lo reduzcan, no pudiendo ser ampliadas. Igualmente, tampoco pueden modificarse los criterios que determinen la excepción de manera que se cree otra radicalmente distinta. La reducción, total o parcial, del ámbito de aplicación de una regla de mantenimiento del *statu quo* implica que la normativa del impuesto se aproximaría a su naturaleza de impuesto neutral sobre el consumo. Por ello, el Tribunal ha establecido una regla que hemos venido a denominar como de «neutralidad ganada». Si un Estado miembro avanza en esta dirección, y reduce la aplicación de una cláusula *standstill*, esta modificación se convierte en el nuevo punto de referencia para posibles correcciones futuras, por lo que cualquier expansión de este nuevo ámbito de aplicación, o simplemente la vuelta a la excepción original, quedan proscritas. Pese a la utilidad de este criterio, y estando de acuerdo con la finalidad de limitar estas excepciones en lo posible, creemos que esta regla puede tener una consecuencia perversa. Si los Estados miembros saben que no podrán volver a su excepción original, la posible intención de aplicar una reducción, siquiera de forma coyuntural, podría no materializarse para evitar perder la posibilidad de volver a implementar la restricción en su totalidad. Así, esta regla de neutralidad ganada podría provocar que dicha ganancia nunca tuviera lugar.

El criterio fijado por el TJUE respecto a la modificación de las cláusulas *standstill* es válido para cambios realizados tanto por actos con rango de ley como por actos administrativos. Sin embargo, consideramos que la regla de neutralidad ganada no debería exigirse en supuestos en los que la reducción de su ámbito de aplicación sea realizada por una norma que no emane de la soberanía nacional, debiendo ser una materia que exigiera reserva de ley. Lo contrario implicaría que los Estados miembros pudieran verse vinculados en el ámbito europeo por interpretaciones o actos realizados por sus unidades administrativas, sin capacidad de volver a la excepción fijada en la ley.

**5. Es necesario que el Consejo acometa la armonización de los gastos cuya deducción puede ser limitada. Con ello se evitarán las disparidades existentes entre las normativas de los Estados miembros y la permanencia *sine die* de las cláusulas *standstill*. De nuevo, el requisito de la unanimidad en las decisiones de armonización tributaria se erige como principal obstáculo.**

La ausencia de concreción en los gastos que no se consideran estrictamente profesionales, así como la diversidad de cláusulas *standstill* existentes en los diversos Estados miembros, debe ser solucionada a través de la armonización de la materia que solicita el propio artículo 176 de la Directiva IVA. El impacto que tienen las exclusiones analizadas en la naturaleza del IVA y en la neutralidad de su configuración exige avanzar en la materia. La solución ideal sería elaborar una doble armonización, fijando los gastos concretos que podrían ser excluidos del derecho de deducción (aquellos que corren riesgo de ser usados fraudulentamente para fines privados y son de difícil control administrativo) y cambiar la exclusión por una presunción de no deducibilidad

que admitiera prueba en contrario por parte de los empresarios y profesionales. Ante la dificultad de conseguir esta última propuesta, entendemos que la armonización mínima que debería acometerse es la abordada por la Comisión Europea en 2004, en la que expuso un planteamiento más flexible que únicamente fijaría las categorías de gastos cuya deducción fuera objeto de restricción. Pese a que no acabaría con la infracción de neutralidad del impuesto, sí implicaría el fin de la diversidad normativa existente entre los distintos Estados miembros y de las cláusulas *standstill*. No parece, desafortunadamente, que esta armonización vaya a acometerse próximamente, pues la regla de la unanimidad exigida para la armonización tributaria en la UE dificulta enormemente un avance que es, a todas luces, necesario para mejorar el funcionamiento del mercado interno.

## Bibliografía

- BARCIELA PÉREZ, J. A. [2012]: «El derecho a la deducción del IVA soportado por los bienes parcialmente afectos a la actividad empresarial o profesional. El asunto Eon Asen Menidjmundt», *Quincena Fiscal*, núm. 21.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2006]: «La no deducibilidad de las cuotas de IVA por elementos no afectos exclusivamente a la actividad económica (art. 95 de la LIVA) a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 10.
- BOSELLO, F. [1979]: *L'Imposta sul valore aggiunto. Aspetti giuridici*, Bologna: CLUEB.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2015]: *El derecho de deducción en el IVA*, Madrid: La Ley.
- CENTORE, P. [2006]: *IVA Europea. Aspetti interpretativi ed applicativi dell'IVA nazionale e comunitaria*, Vicenza: IPSOA.
- CHECA GONZÁLEZ, C. [2002]: *Las deducciones y devoluciones en el IVA*, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- [2006]: «El derecho a la deducción del IVA en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo», *Impuestos*, núm. 18.
- COMELLI, A. [2000]: *IVA comunitaria e IVA nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova: CEDAM.
- CORPUT, W. VAN DER [2004]: «VAT Options Exercised by the New Member States», *International VAT Monitor*, vol. 15, núm. 5.
- CRAWFORD, I.; KEEN, M. y SMITH, S. [2010]: «Value Added Tax and Excises», en J. Mirrlees, *Dimensions of Tax Design. The Mirrlees Review*, Oxford: Oxford University Press.
- DOESUM, A. VAN y NORDEN, G. VAN [2011]: «The right to deduct under EU VAT», *International VAT Monitor*, vol. 22, núm. 5.
- ENGLISCH, J. [2013]: «The EU Perspective on VAT Exemptions», en R. de la Feria, *VAT Exemptions: Consequences and Design Alternatives*, Países Bajos: Kluwer Law International.
- ENTIN, S. J. [2004]: «Tax incidence, tax burden, and tax shifting: who really pays the tax?», en *Report of The Heritage Center for Data Analysis*, Washington D. C.: Heritage Foundation.
- FAZZINI, E. [2000]: *Il diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto*, Padova: CEDAM.

FERIA, R. DE LA [2009]: *The EU VAT system and the internal market*, Ámsterdam: IBDF.

FERIA, R. DE LA y KREVER, R. [2013]: «Ending VAT Exemptions: Towards a Post-Modern VAT», en R. de la Feria, *VAT Exemptions: Consequences and Design Alternatives*, Países Bajos: Kluwer Law International.

FERREIRO LAPATZA, J. J. [1976]: «El objeto del tributo», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 10.

– [2006]: *Curso de derecho financiero español. Instituciones*, 25.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

GALLO, F. [1974]: *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma: Tipografia Editrice Cavour.

GARCÍA NOVOA, C. [2012]: «La deducción en el IVA», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 331.

GREGGI, M. [2012]: *Il Principio d'Inerenza nel sistema d'imposta sul valore aggiunto: Profili nazionale e comunitari*, Pisa: Pacini Editore.

HENKOW, O. [2008]: «Neutrality of VAT for taxable persons: a new approach in European VAT?», *EC Tax Review*, vol. 5.

LASIŃSKI-SULECKI, K. [2008]: «Standstill Provisions under VAT. Fuel for Polish Passenger Cars», *International VAT Monitor*, vol. 19, núm. 1.

MACARRO OSUNA, J. M. [2015]: *El principio de neutralidad fiscal en el IVA*, Cizur Menor: Aranzadi.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. [2007]: «La deducción de las cuotas de IVA soportadas por los entes locales: un sorprendente cambio de criterio de la DGT (la deducibilidad de las cuotas derivadas de la adquisición de bienes y servicios corrientes utilizados conjuntamente en la realización de operaciones sujetas y no sujetas)», *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 6.

MONDINI, A. [2012]: *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa: Pacini Editore.

PEIROLO, M. [2012]: «Limiti applicativi della clausola "standstill" sull'indetraibilità IVA», *Corriere Tributario*, núm. 22.

PIASENTE, M. [2001]: «Il punto sull'interpretazione della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'art. 17, comma 6, Sesta direttiva, in tema di limiti oggettivi al diritto a detrazione», *Rivista di Diritto Tributario*, fascículo 9.

ŠEMETA, A. [2011]: «The Future of VAT», *EC Tax Review*, vol. 1.

SWINKELS, J. [2009]: «Transitional Restrictions on the Right to Deduct EU VAT», *International VAT Monitor*, vol. 20, núm. 2.

– [2010]: «Elimination of the Doctrine of Asset Labelling», *International VAT Monitor*, vol. 21, núm. 3.

VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, A. [2011]: «Aproximación crítica a las concepciones habituales sobre el IVA. Reflexiones con ocasión del Libro Verde sobre el futuro del IVA», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 152.

WESTBERG, B. y KRISTOFFERSSON, E. [2012]: «Deductions in EU VAT Law», en M. Ecker, M.; Lang e I. Lejeune, *The Future of Indirect Taxation: Recent Trends in VAT and GST Systems Around the World*, Países Bajos: Kluwer Law International.

## TRANSMISIONES TEMPORALES O COACTIVAS DE EMPRESA: SUCESIÓN EN LAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

**Victoria Selma Penalva**

*Doctora en Derecho.*

*Profesora de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho.*

*Universidad de Murcia*

---

### EXTRACTO

La forma más habitual de llevar a cabo la transmisión de una empresa es mediante un cambio de titularidad voluntario y permanente, como puede ser a través de una compraventa o de una donación, no obstante, existen otros negocios jurídicos menos frecuentes que implican una transmisión temporal de la titularidad empresarial, entre otros, al arrendamiento de negocio y al usufructo de empresa. Asimismo, en los últimos años, y como consecuencia de la crisis económica, se han producido transmisiones forzosas acordadas de forma imperativa por la Administración o por los órganos judiciales. En este trabajo nos centraremos en el análisis de estas operaciones para determinar si constituyen el presupuesto de hecho, o no, de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la Ley General Tributaria.

**Palabras claves:** arrendamiento de industria, usufructo de empresa, responsabilidad tributaria, sucesión empresarial y obligaciones tributarias.

---

*Fecha de entrada: 04-03-2016 / Fecha de aceptación: 12-04-2016 / Fecha de revisión: 13-11-2016*

## TEMPORARY OR COERCIVE TRANSMISSIONS OF COMPANY: SUCCESSION IN THE TAX LIABILITIES

Victoria Selma Penalva

---

### ABSTRACT

Normally, a company is transmitted by means of a dealing or a donation. However, a company can be transmitted by other less frequent operations. We refer to temporary transmissions (lease of industry or usufruct of company). In the same way, the Administration can force the transmission of a company. In this work we will analyze these operations to determine if they can be included in the article 42.1 c) of the General Taxation Act.

**Keywords:** lease of industry, usufruct of company, tax responsibility, succession of company and tax liabilities.

---

---

## Sumario

1. Cuestiones preliminares
2. Transmisión voluntaria de la titularidad de una empresa
  - 2.1. Arrendamiento de industria
  - 2.2. El usufructo de empresa
3. Transmisión coactiva de la titularidad de una empresa
  - 3.1. Transmisiones derivadas de una ejecución hipotecaria
  - 3.2. El desahucio
  - 3.3. La expropiación forzosa
4. Conclusiones

### Bibliografía

## 1. CUESTIONES PRELIMINARES

Conforme señala la Ley General Tributaria (LGT) en su artículo 42.1 c) serán responsables solidarios de la deuda tributaria los que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o en el ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio.

En este supuesto específico de responsabilidad tributaria constituyen el presupuesto de hecho tanto las sucesiones jurídicas de empresa, como las que se produzcan de hecho. En este trabajo nos centraremos en el análisis de las sucesiones que se instrumentan a través de un acto jurídico, la ausencia de un concepto unívoco de empresa, así como la falta de una regulación de los contratos de los que puede ser objeto, provocan dudas en cuanto a qué es lo que efectivamente se transmite cuando se transfiere una empresa.

Para definir qué es la empresa tenemos que partir de la idea de «funcionalidad», considerando la empresa como una auténtica unidad funcional aunque no tenga un reconocimiento legal de unidad jurídica.

En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>1</sup> (TS) considera a la empresa como una organización unitaria funcional, de hecho, el legislador en el artículo 149.1.1.ª de la Ley Concursal<sup>2</sup> (LC) contempla la enajenación unitaria de empresa afirmando que los establecimientos, explotaciones y unidades productivas deben enajenarse como un todo, este es el criterio seguido por BROSETA PONT (1968).

Por lo que se refiere a la forma en la que se ha de llevar a cabo la transmisión, ciñéndonos a la normativa vigente, no existe un contrato predeterminado para efectuar la transmisión de una empresa. Una de las formas más habituales de transmisión es la compraventa, sin embargo, no existe una regulación específica para el contrato de compraventa de empresa en nuestro ordenamiento, por lo que, tal y como señala DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1993), nos encontramos ante un contrato atípico.

En las líneas que siguen nos centraremos en el análisis de las diferentes operaciones *inter vivos* que pueden dar lugar a su transmisión y que, en consecuencia, pueden constituir el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria por sucesión empresarial del artículo 42.1 c) de la LGT.

---

<sup>1</sup> Entre otras, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de octubre de 1982 y en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de febrero de 2003 (rec. núm. 673/1998), en la que define como empresa «las unidades económicas o patrimonios separados, a los que el ordenamiento concede personalidad para ser consideradas como sujetos pasivos».

<sup>2</sup> Artículo 149.1.1.ª de la LC: «1.ª El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o solo de algunos de ellos».

## 2. TRANSMISIÓN VOLUNTARIA DE LA TITULARIDAD DE UNA EMPRESA

Una empresa se transmite de forma voluntaria cuando el transmitente tiene voluntad de transmitir la titularidad de una unidad productiva y el adquirente tiene voluntad de adquirirla, reflejando libremente el acuerdo de voluntades mediante un negocio jurídico ya sea a título oneroso o gratuito.

Las formas más habituales de llevar a cabo un cambio de titularidad voluntario de empresa son: la compraventa<sup>3</sup>, la donación<sup>4</sup> o la permuta<sup>5</sup>, o mediante la aportación no dineraria de una rama de actividad a una sociedad. Sin embargo, existen otros negocios jurídicos menos frecuentes que pueden implicar una transmisión temporal de la titularidad empresarial, nos referimos al arrendamiento de negocio y a la constitución de usufructo sobre la empresa.

### 2.1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA

El origen del arrendamiento de industria lo encontramos en el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964<sup>6</sup> (TRLAU) que señalaba como objeto del contrato a una unidad patrimonial uniforme con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada. Este precepto actualmente está derogado, por lo que para conceptualizar el contrato de arrendamiento de industria, también conocido como arrendamiento de negocio o empresa, acudiremos a la doctrina civil y mercantil, así como a lo dispuesto en diferentes pronunciamientos del orden social<sup>7</sup>.

BROSETA PONT (1985) señalaba que la finalidad del arrendamiento de empresa era la de continuar la explotación de la actividad económica realizada por el arrendador, y no iniciar *ex novo* por el arrendatario la explotación de una actividad, siendo imprescindible que la empresa arrendada estuviera integrada por todos los elementos esenciales para su funcionamiento y debidamente organizados.

Como podemos observar, el contrato de arrendamiento de industria es un negocio jurídico que tiene por objeto una empresa en funcionamiento, entendida como un conjunto organizado

<sup>3</sup> Artículo 1.445 y ss. del Código Civil (CC).

<sup>4</sup> Artículo 618 y ss. del CC.

<sup>5</sup> Artículo 1.538 y ss. del CC.

<sup>6</sup> Artículo 3.1 del TRLAU de 1964: «El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero solo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente de meras formalidades administrativas».

<sup>7</sup> Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sala de lo Social) de 2 de junio de 2005 (rec. núm. 3174/2005); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2000 (rec. núm. 861/1999); STSJ de Asturias (Sala de lo Social) de 6 de junio de 2014 (rec. núm. 1096/2014).

de elementos personales y materiales que posibilitan el ejercicio de la explotación o actividad económica de que se trate y mediante el cual el titular de la misma cede a otro sujeto su uso o ejercicio por un tiempo determinado, a cambio de una contraprestación<sup>8</sup>. En estos supuestos la titularidad dominical permanece inalterada mientras que las facultades que derivan de esa titularidad, tales como la gestión y la explotación, son ejercitadas por el arrendatario, a esto hace referencia BALDUCCI (2007).

Debido a la propia naturaleza de este contrato<sup>9</sup>, no ha existido un criterio unánime acerca de si realmente puede constituir el presupuesto de hecho de este tipo de responsabilidad tributaria y, en caso de ser considerada una sucesión empresarial, si esta es jurídica o de hecho.

Con base en la anterior LGT, RUIBAL PEREIRA (1999) excluyó del ámbito de aplicación de la responsabilidad tributaria por sucesión de empresa aquellos supuestos en los que se llevaba a cabo una mera relación arrendaticia, al entender que no suponían una verdadera transmisión de la titularidad de la empresa. Por su parte, GONZÁLEZ ORTIZ (2003) consideró que el arrendamiento sí era un título jurídico suficiente para adquirir la titularidad sobre la empresa, ya que plasmaba la voluntad negocial del arrendatario y del arrendador en transmitir y adquirir, respectivamente, el derecho a explotar la organización empresarial en su conjunto. Con la actual regulación, un sector de la doctrina ha mantenido ese mismo criterio, destaca CALVO VÉRGEZ (2012) que considera que el arrendamiento de negocio es un supuesto de transmisión empresarial en el que concurren un título y un objeto claros, al igual que lo son la compraventa, la permuta o la dación en pago.

Por el contrario, algunos pronunciamientos judiciales<sup>10</sup> han venido considerando el arrendamiento de negocio como mera cesión temporal del ejercicio de una actividad o explotación económica, que no comporta un título jurídico traslativo de la titularidad, no produciéndose, por tanto, en estos supuestos la sucesión por falta de título jurídico apropiado para ello.

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) trató de armonizar estas opiniones dispares señalando que, en los supuestos de arrendamiento, no había una transmisión de la titula-

<sup>8</sup> Con carácter general, en relación con el arrendamiento de empresa, *vid.* MORALEJO IMBERNÓN, N.: *El arrendamiento de empresa*, Aranzadi, Navarra, 2004. VARA DE PAZ, N.: «El arrendamiento de empresa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4/1988.

<sup>9</sup> El arrendamiento tiene carácter meramente temporal o transitorio, así lo establece el artículo 1.543 del CC: «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto».

<sup>10</sup> Entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de junio de 2013 (rec. núm. 2259/2011) señala que la existencia de un contrato de arrendamiento de actividad económica no supone que estemos ante un supuesto de título o *causa iuris* que justifique la transmisión, y que solo si concurren otra serie de elementos puede determinarse la sucesión empresarial, pero no jurídica, sino de hecho. En el mismo sentido, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de mayo de 2011 (rec. núm. 2218/2006) considera el contrato de arrendamiento no como un acto expreso de transmisión jurídica del negocio o la actividad, sino como un elemento fáctico que, conjuntamente con la concurrencia de otros, prueba la existencia de una sucesión empresarial de hecho.

ridad jurídica de los elementos patrimoniales de la empresa, aunque sí que existía una transmisión del ejercicio de la explotación, siendo esa circunstancia suficiente para declarar la responsabilidad del arrendatario pese a no existir una sucesión jurídica<sup>11</sup>.

Por su parte, el TS<sup>12</sup> ha mantenido la argumentación del TEAC y ha señalado que la existencia de un contrato de arrendamiento no significa necesariamente que exista un título o *causa iuris* que formalice la transmisión de la titularidad de la empresa, añadiendo que para que pueda haber lugar a la responsabilidad tributaria del arrendatario por sucesión *de facto*, es imprescindible que existan medios para probar que efectivamente el arrendamiento se ha practicado con la finalidad de eludir las obligaciones tributarias pendientes derivadas de la actividad desarrollada por el arrendador. De este modo, el TS confirma que un arrendamiento de empresa puede conllevar una sucesión empresarial y aclara que, en su caso, el arrendatario tendrá la condición de responsable tributario, no como sucesor jurídico, sino como sucesor de hecho en la actividad desarrollada anteriormente por el arrendador.

Tras analizar las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales en relación con el arrendamiento de industria como supuesto de sucesión de empresa, podemos hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, entendemos que el mero hecho de que la adquisición de la titularidad de la empresa por el arrendatario sea temporal no es óbice para apreciar la sucesión y, en consecuencia, la responsabilidad tributaria del arrendatario. Recordemos que el legislador, a la hora de configurar el presupuesto de hecho de la responsabilidad por sucesión empresarial, en ningún momento somete la obligación del responsable a la permanencia de la transmisión. En este sentido, ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA (2003), en relación con la posible responsabilidad laboral del arrendatario, proporciona una idea que podría ser extensible al ámbito tributario, y es la bidireccionalidad del cambio de titularidad en los arrendamientos de empresa, ya que en la formalización del contrato se transmite la titularidad del propietario-arrendador al arrendatario, mientras que en el momento de su finalización la transmisión es inversa, del arrendatario al propietario-arrendador. Es decir, en estos supuestos no solo se produce una sucesión empresarial, sino que se pueden producir dos, en este sentido se posiciona CAMPS RUIZ (1997).

En segundo término, es cierto que el arrendatario continúa con la actividad del arrendador, pero lo hace en el marco jurídico de un contrato de arrendamiento de industria, un negocio considerado como un conjunto patrimonial unitario y autónomo, por lo que la sucesión empresarial que del mismo se deriva no es *de facto* sino jurídica, con las consecuencias procedimentales que ello conlleva.

Finalmente, podemos afirmar que, según el criterio adoptado por el Alto Tribunal, para que exista responsabilidad tributaria por sucesión empresarial de hecho en los supuestos de arrendamientos de explotaciones o actividades económicas, debe existir una voluntad real de lograr con la operación

<sup>11</sup> Así se desprende, entre otras, de la RTEAC núm. 00/6893/1998, de 7 de septiembre de 2000.

<sup>12</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de junio de 2013 (rec. núm. 2259/2011).

una elusión fiscal mediante la introducción en la relación jurídico-tributaria de un nuevo sujeto como es el arrendatario. Por tanto, si bien es cierto que muchos de los aspectos que rodean esta figura han sido objeto de una interpretación y construcción jurisprudencial, no debemos olvidar que solo la ley puede determinar el hecho cuya realización origina el nacimiento de la responsabilidad tributaria<sup>13</sup>. En relación con este supuesto el legislador, a diferencia de lo que hace en otros casos en los que sí que contempla cierto grado de intencionalidad por parte del responsable<sup>14</sup>, determina que el presupuesto de hecho es única y exclusivamente la sucesión por cualquier concepto en la titularidad o en el ejercicio de la explotación o actividad económica. Por tanto, la introducción de requisitos adicionales para la configuración de este presupuesto de hecho no es posible si no es mediante ley, siendo el ánimo defraudatorio un indicio cualificado más de la existencia de una sucesión de empresa, pero nunca un requisito *sine qua non* para la declaración de responsabilidad tributaria ya que el artículo 42.1 c) de la LGT no lo integra como elemento configurador de su presupuesto de hecho.

Otra cuestión importante es la diferenciación entre el arrendamiento de industria o negocio y el arrendamiento de local de negocio, ya que las similitudes entre ambos pueden originar confusiones en su tratamiento y calificación. El TRLAU los definió y distinguió<sup>15</sup> en su artículo 3.1; ese precepto fue derogado por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (LAU) de 1994, sin embargo, su contenido nos permite explicar a la perfección la diferenciación entre ambas figuras.

Mientras que el arrendamiento de industria o negocio requiere que el objeto del contrato sea una unidad patrimonial independiente y susceptible de explotación por el arrendatario, en el arrendamiento de local de negocio es el arrendatario el que establece en el local arrendado su propio negocio o explotación. A esta necesaria diferenciación hace referencia el TS<sup>16</sup> en una sentencia en la que se enjuicia la posible responsabilidad tributaria de una persona física que había arrendado un

<sup>13</sup> Existe reserva de ley para la determinación de la responsabilidad, asimismo, tal y como establece el artículo 41 de la LGT, es la ley la que debe determinar el hecho cuya realización comporta el nacimiento de la obligación del responsable.

<sup>14</sup> Por ejemplo, en el supuesto de responsabilidad tributaria del artículo 42.2 c) de la LGT: «Las que, con conocimiento del embargo, la medida cautelar o la constitución de la garantía, colaboren o consientan en el levantamiento de los bienes o derechos embargados, o de aquellos bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la medida cautelar o la garantía».

<sup>15</sup> Artículo 3.1 y 2 del TRLAU: «1. El arrendamiento de industria o negocio, de la clase que fuere, queda excluido de esta ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero solo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas. 2. Cuando, conforme a lo dispuesto en el número anterior, el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, quedará comprendido en la presente ley y conceptualizado como arrendamiento de local de negocio, por muy importantes, esenciales o diversas que fueren las estipulaciones pactadas o las cosas que con el local se hubieren arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquiera otra destinada a ser utilizada en la explotación del arrendatario».

<sup>16</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de octubre de 1992 (sent. núm. 3473/1992).

local de negocio, que anteriormente había sido ocupado por una sociedad, de la que era accionista su hermana, que cesó en la actividad con deudas tributarias tras ser declarada en suspensión de pagos.

Pues bien, el Alto Tribunal determinó la no responsabilidad del arrendador basándose en que ni los bienes personales ni la organización coincidían con los de la antigua empresa por lo que, en esa situación, «no puede hablarse de una verdadera sucesión en la titularidad, no ya de una empresa, sino ni siquiera en la actividad, sino solamente de una relación arrendaticia, es decir, en una relación contractual regida por derecho común, que une el arrendatario de un local de negocio con el arrendador». Ahora bien, la decisión del TS probablemente hubiera sido distinta si llegan a existir determinadas coincidencias que pusieran de manifiesto, no ya solo una sucesión arrendaticia respecto al local, sino una sucesión empresarial de hecho en toda regla, por ejemplo, si hubiera desarrollado la misma actividad, si hubiera mantenido la plantilla de trabajadores, si hubiera utilizado la maquinaria existente en el local.

Todo lo dicho hasta ahora nos permite concluir que cuando el arrendamiento tenga por objeto una unidad económica organizada y en funcionamiento que permita al arrendatario continuar de forma inmediata con la actividad económica que venía desarrollando el anterior titular nos encontraremos ante un supuesto de sucesión jurídica de empresa. Si el objeto de arrendamiento es un local que alberga todos los medios necesarios para la continuidad de la actividad del sujeto que lo ocupaba con anterioridad, estaremos ante una sucesión de hecho de empresa. Además, cuando el objeto de arrendamiento sea única y exclusivamente un local en el que en su día se desarrolló una actividad económica nos encontraremos ante un mero arrendamiento de local de negocio no susceptible de generar la responsabilidad tributaria del nuevo arrendatario.

No obstante, para evitar la declaración de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa en este último supuesto, es conveniente que en el contrato de arrendamiento se ponga de manifiesto quién aporta los medios dirigidos al desarrollo de la actividad en ese inmueble, así como en el caso de que si se entrega algún bien mueble, se señale expresamente que son los llamados «bienes inmuebles por accesión»<sup>17</sup>, por ejemplo máquinas de aire acondicionado, sistemas de calefacción, etc., inseparables del inmueble arrendado independientemente de que antes hubiesen servido al ejercicio de la actividad del anterior empresario.

El artículo 32.1 de la LAU<sup>18</sup> contempla la posibilidad del arrendatario de una finca en la que se ejerza una actividad empresarial o profesional de subarrendarla o de ceder el contrato de arrendamiento a otro sujeto. Esta operación es habitual en negocios como bares y restaurantes, y tiene por objeto dar continuidad a una actividad que, por cualquier circunstancia, el arrendatario ya no puede desarrollar. En cuanto a si puede calificarse como sucesión de empresa y constituir el pre-

<sup>17</sup> Artículo 334.3.º del CC: «Son bienes inmuebles: [...] 3.º Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto».

<sup>18</sup> Artículo 32.1 de la LAU: «Cuando en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional, el arrendatario podrá subarrendar la finca o ceder el contrato de arrendamiento sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador».

supuesto de hecho de la responsabilidad del artículo 42.1 c) de la LGT, entendemos que dependerá del estado en que se encuentre la actividad o explotación económica desarrollada en el inmueble objeto de cesión o subarriendo. Si la actividad se encuentra en funcionamiento y en disposición de continuar desarrollándose por el cesionario, habrá sucesión empresarial y, en consecuencia, responsabilidad tributaria del nuevo titular del contrato. En cambio, si la actividad está suspendida la solución de continuidad impide declarar responsable por sucesión de empresa al cesionario.

## 2.2. EL USUFRUCTO DE EMPRESA

El usufructo es un negocio jurídico que proporciona al usufructuario el derecho a disfrutar bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia<sup>19</sup>. El objeto del usufructo, conforme señala FRAGUAS MASSIP (1966), puede ser cualquier bien susceptible de ser usado y disfrutado, por tanto, se puede constituir un derecho de usufructo sobre una empresa. En cuanto a la forma en la que se puede llevar a cabo la constitución de un derecho de usufructo sobre una empresa, existen diversas interpretaciones.

BROSETA PONT (1985) y CALAVIA MOLINERO (1998) señalan que una empresa no es una cosa susceptible de soportar de manera unitaria derechos reales, por lo que el usufructo se debe descomponer sobre cada uno de los bienes que la componen. Por su parte, RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE (2007) considera que, aunque es un problema complejo que no encuentra una solución clara en nuestro Derecho, una empresa sí puede ser objeto de usufructo. Desde nuestro punto de vista, una empresa es una organización patrimonial unitaria que debe ser entendida desde la perspectiva jurídica de la universalidad, por ello, la constitución de un derecho de usufructo debe realizarse directamente sobre ella en su conjunto.

El usufructo de empresa es un supuesto poco frecuente, de hecho, como norma general, se limita al usufructo legal del cónyuge superviviente en aquellos casos en los que entre los bienes de la herencia del cónyuge fallecido existe una actividad o explotación económica. No obstante, también se puede constituir por testamento o por acuerdo negociado *inter vivos* entre el nudo propietario y el usufructuario, y es en este último caso en el que centraremos nuestro análisis.

Conforme señala el CC, el usufructuario tiene derecho a explotar el bien usufructuado y a percibir todos sus frutos naturales, industriales y civiles<sup>20</sup>. Asimismo, tiene la obligación de con-

<sup>19</sup> Artículo 467 del CC: «El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa».

<sup>20</sup> Artículo 471 del CC: «El usufructuario tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes usufructuados. Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño». Y el artículo 480 del CC: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

servar la empresa tal y como la percibió y de realizar todas las reparaciones ordinarias necesarias para su correcto funcionamiento<sup>21</sup>. Estas circunstancias conllevan la traslación de la condición de empresario del nudo propietario al usufructuario. Así pues, se produce un cambio en la titularidad de la empresa con independencia de que no se transmita la plena propiedad de la misma. Este cambio en la titularidad, aunque no sea definitivo, constituye el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT, ya que el usufructuario sucede en la actividad o explotación económica al deudor principal.

No obstante, estas consecuencias jurídico-tributarias no se producen en el llamado usufructo impropio de empresa en el que, conforme señala FERNÁNDEZ GIMENO (1999), el usufructo se circunscribe simplemente a la percepción de los beneficios obtenidos en cada ejercicio sin que el usufructuario asuma la gerencia de la empresa y sin que adquiera, por tanto, la condición de empresario, que mantiene el nudo propietario.

En este caso entendemos que no se produce la sucesión ni en la titularidad ni en el ejercicio de la actividad lo que lo excluye del ámbito de aplicación del supuesto de responsabilidad tributaria por sucesión de empresa.

### 3. TRANSMISIÓN COACTIVA DE LA TITULARIDAD DE UNA EMPRESA

Se produce una transmisión forzosa de una empresa cuando esta se acuerda de forma imperativa por la Administración, o como consecuencia de un proceso judicial. En estos supuestos, por tanto, no existe voluntad negocial entre el transmitente y el adquirente.

Como podemos observar, el legislador tributario a la hora de determinar la responsabilidad tributaria de los sujetos que sucedan en la titularidad de una empresa al anterior titular no hace referencia alguna ni a la forma en la que se ha de materializar la transmisión de dicha titularidad, ni a la causa que la ha de motivar, sino que simplemente expresa que la sucesión se puede realizar «por cualquier concepto». Pese a ello, existen determinadas operaciones jurídicas que, dada su complejidad o poco habitualidad, pueden suscitar dudas u opiniones enfrentadas en cuanto a si conforman el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria por sucesión de empresa del artículo 42.1 c) de la LGT. A continuación analizaremos algunas de ellas.

En la época actual de crisis económica nos tenemos que enfrentar a situaciones menos comunes para las que no existe una regulación jurídica específica. Este es el caso de las transmisiones

<sup>21</sup> Artículo 500 del CC: «El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo.

Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan de uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Si no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá este hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario».

forzosas de elementos patrimoniales como consecuencia de un proceso de ejecución hipotecaria o de desahucio. En el ámbito de la responsabilidad tributaria, si el objeto de la transmisión forzosa es una empresa, la dicción literal del artículo 42.1 c) de la LGT nos permite plantear la posibilidad de declarar responsable por sucesión empresarial al sujeto que la adquiere, sin embargo, no existe un criterio unánime al respecto.

Una parte de la doctrina defiende que para cumplir el presupuesto de hecho de este caso de responsabilidad tributaria es imprescindible que exista un acuerdo previo entre transmitente y adquirente relativo a la transmisión jurídica de la empresa. En este sentido RUIBAL PEREIRA (1999) señala que la responsabilidad por adquisición de empresa solo está pensada para aquellos supuestos de transmisión a través de negocios jurídicos, es decir, en los que concurre necesariamente la voluntad negociada de las partes. Por su parte, GONZÁLEZ ORTIZ (2003) justifica esa necesidad de voluntariedad en la transmisión de la empresa para exigir la responsabilidad tributaria en que solo en los supuestos de adquisición negociada de empresa resulta aplicable el derecho a solicitar de la Administración tributaria certificación detallada de las deudas y responsabilidades tributarias derivadas del ejercicio de la actividad, solicitud que el que se convierte en titular forzoso no puede hacer, lo que, en su opinión, pone de manifiesto la intención del legislador de restringir el ámbito de aplicación de este supuesto de responsabilidad solo a quienes libremente deciden adquirir la titularidad de una empresa.

Sin embargo, si analizamos la normativa aplicable podemos comprobar que no se establecen unos actos o negocios jurídicos concretos mediante los cuales se deba instrumentar la sucesión empresarial para dar lugar a la responsabilidad tributaria, sino que simplemente se hace referencia al efecto en sí de suceder, resultando irrelevante la concurrencia de voluntad o acuerdo del transmitente y del adquirente. Todo ello sumado a que el legislador señala como responsables tributarios a las personas o entidades que sucedan «por cualquier concepto» en la titularidad parece permitir la subsunción de los cambios de titularidad forzosos en el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT. En este sentido, observa MORÓN PÉREZ (2009) que lo dispuesto en dicho precepto podría resultar aplicable, al margen de que nos hallemos ante una transmisión originaria o derivativa, en aquellos supuestos de adquisición de empresa efectuados a través de subasta o en procesos de liquidación de personas jurídicas, e incluso en los supuestos de rescate, por parte de la Administración, de aquella concesión que fuese necesaria para la explotación de una actividad, con ulterior adjudicación de la misma a un nuevo empresario.

A continuación analizaremos algunos de los supuestos controvertidos de transmisión forzosa de la titularidad de una empresa.

### 3.1. TRANSMISIONES DERIVADAS DE UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En el desarrollo de una actividad económica es frecuente la solicitud y formalización de préstamos con entidades financieras para afrontar las necesidades de financiación para llevar a cabo inversiones, o simplemente para atender al funcionamiento ordinario de la empresa. Normalmente estos préstamos se garantizan a través de la constitución de una hipoteca sobre la propia empresa o sobre

alguno de los activos de la actividad, circunstancia que suele favorecer la concesión de préstamos a mayor plazo y en mejores condiciones financieras que cuando la garantía es meramente personal.

La crisis económica y la consecuente paralización en la generación de recursos por la empresa provoca en muchas ocasiones que el prestatario no pueda hacer frente a las cuotas de amortización del préstamo en su día pactadas con la entidad financiera y que esta, ante la situación de impago, acuda al proceso de ejecución hipotecaria terminando el proceso con la adjudicación del bien o de los bienes hipotecados a un tercero o al propio acreedor para hacer efectivo su derecho de cobro.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 42.1 c) de la LGT, para apreciar la responsabilidad tributaria en estos supuestos, habría que acreditar que concurren los presupuestos de hecho necesarios para ello, es decir, que el objeto de la transmisión sea una explotación o una actividad económica o una serie de elementos que permitan su continuación.

### 3.1.1. La hipoteca mobiliaria

La configuración tradicional del derecho real de hipoteca limitaba su objeto a los bienes inmuebles, sin embargo, de forma excepcional, la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión<sup>22</sup> (LHM) amplió su objeto a una serie de bienes muebles de gran importancia para el ejercicio de actividades económicas e industriales como son, entre otros, los establecimientos mercantiles y la maquinaria industrial. Esta ley proporcionó una solución al problema con el que se encontraban aquellos sujetos que solo podían dar en garantía determinados bienes muebles imprescindibles para su trabajo con el inconveniente de que si los constituían en prenda además de perder su posesión también perdían la posibilidad de continuar con su trabajo<sup>23</sup>. De esta forma, DEL RÍO CASTROMIL (1988) definió el objeto de garantía de esta figura jurídica refiriéndose a los elementos fundamentales para la producción o el intercambio de bienes, así como a las unidades productivas que, en sí mismas, constituían un negocio entero.

Esta ley mantiene en la actualidad su vigencia, y conforme señala su artículo 12, pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria los siguientes bienes: los establecimientos mercantiles, los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular, las aeronaves, la maquinaria industrial y también la propiedad intelectual y la industrial. Todos ellos son, o pueden ser, elementos necesarios para el desarrollo de una actividad o explo-

<sup>22</sup> Anteriormente otras normas habían planteado la constitución de hipoteca sobre determinados bienes muebles de especial relevancia, por ejemplo, la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1983 que otorgaba la consideración de bienes inmuebles a los buques a los solos efectos del establecimiento de esta garantía.

<sup>23</sup> Tal y como señala la exposición de motivos de la LHM, era imprescindible una figura jurídica de garantía sobre bienes muebles que no incluyera la pérdida de posesión de los mismos «el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones».

tación económica. Los supuestos más frecuentes, y en los que vamos a centrar nuestro análisis, son: la hipoteca de establecimiento mercantil y la hipoteca de maquinaria industrial.

El concepto de establecimiento mercantil ha sido, y continúa siendo, un concepto jurídico abstracto que no cuenta con una definición clara en nuestro ordenamiento. LORCA NAVARRETE (1983) puso de manifiesto que «el concepto jurídico de establecimiento mercantil constituye, como tantos otros, en la hora presente, una auténtica entelequia»; pese a ello, se aventuró a profundizar en su significado definiéndolo como «un fenómeno social y económico que se manifiesta por el ensamblamiento de un conjunto de elementos patrimoniales de distinta naturaleza, vinculados por una cohesión funcional y destinados a una finalidad de lucro económico».

Si nos centramos en el análisis de la LHM, podemos observar, por un lado, como el legislador contempla el establecimiento mercantil de forma estática, limitándose a individualizar, en sus artículos 20 a 22, los elementos que pueden ser objeto de hipoteca:

- Derecho de arrendamiento sobre el local, así como instalaciones fijas y permanentes<sup>24</sup>.
- Nombre comercial, rótulo del establecimiento y marcas distintivas.
- Derechos de propiedad industrial e intelectual.
- Máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción o trabajo<sup>25</sup>.
- Mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento<sup>26</sup>.

Al mismo tiempo, proporciona una perspectiva dinámica del establecimiento mercantil como un todo organizado, dinámico en el que todos los elementos que lo integran se encuentran destinados a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.

<sup>24</sup> La LHM señala los elementos a los que se extiende la hipoteca mobiliaria, de esta forma, en su artículo 20 señala que «La hipoteca comprenderá, necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante y, en su defecto, los establecidos en el artículo 28 de esta ley. Asimismo comprenderá las instalaciones fijas o permanentes siempre que pertenezcan al titular del establecimiento».

<sup>25</sup> Artículo 21 de la LHM: «También comprenderá la hipoteca, si no se estableciere otra cosa, los siguientes bienes, que se describirán en la escritura pública correspondiente:

- a) El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual.
- b) Las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo.

Los bienes a que se refiere este artículo quedarán afectos a la hipoteca siempre que se den las circunstancias siguientes: que sean de la propiedad del titular del establecimiento; que su precio de adquisición esté pagado, y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial».

<sup>26</sup> Artículo 22 de la LHM: «La hipoteca se extenderá, mediante pacto, a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieran los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior».

En conclusión, el establecimiento mercantil es una realidad que se compone de diferentes unidades heterogéneas, aunque el legislador delimite el concepto de establecimiento mercantil refiriéndose a los elementos que pueden ser objeto de hipoteca, debemos entender esos elementos de manera conjunta, ya que todos ellos conforman una identidad independiente que puede desarrollar una actividad económica por sí misma y que encaja a la perfección con la idea de «empresa». Esa unidad aparece reflejada en el artículo 89 de la LHM, cuando, al enumerar las reglas en la constitución de hipotecas, se determina que «las posturas que se hagan en las subastas serán unitarias por la totalidad de los bienes comprendidos en la hipoteca, sin distribuir entre ellos la cantidad ofrecida».

En cuanto a la hipoteca de maquinaria industrial, la LHM en su exposición de motivos<sup>27</sup> señala que la maquinaria industrial puede ser objeto de hipoteca de manera independiente y directa o bien a causa de la extensión de una hipoteca de establecimiento mercantil o de una hipoteca inmobiliaria. En cuanto a qué se entiende por «maquinaria industrial», el artículo 42 de esta ley concreta el concepto refiriéndose a «las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma»<sup>28</sup>.

En el caso de que existieran deudas tributarias pendientes de pago relacionadas con el desarrollo de la explotación, la ejecución de la hipoteca mobiliaria de este tipo de instrumentos y utensilios podrá constituir el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT solo si con esos instrumentos y utensilios el adquirente puede continuar con la actividad o explotación industrial del deudor hipotecante, por tanto, debemos estudiar cada caso concreto.

Los artículos 42, 43 y 44 de la LHM presuponen que los bienes objeto de hipoteca pueden ser más de uno. Por tanto, el legislador no establece ni un mínimo ni un máximo, sino que se limita a señalar que en la escritura de constitución de hipoteca se han de identificar y describir separadamente cada uno de los bienes hipotecados<sup>29</sup>. Asimismo, tal y como plantea CARRASCO PERERA (2010), en la práctica de los Registros de Bienes Muebles, se inscriben también hipotecas constituidas sobre el conjunto de instrumentos que integran una unidad productiva y no una hipoteca por cada instrumento. Esto es lo que ocurre con las instalaciones fotovoltaicas, no se

<sup>27</sup> La exposición de motivos de la LHM señala que «la maquinaria industrial puede hallarse sujeta a hipoteca de tres maneras diferentes: a hipoteca mobiliaria, como objeto directo y autónomo de ella, conforme al capítulo V del título primero; a hipoteca de establecimiento mercantil, como consecuencia de la extensión de esta última, de acuerdo con el capítulo II del título primero y a hipoteca inmobiliaria, cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 111 de la Ley Hipotecaria».

<sup>28</sup> Vid. artículo 42 de la LHM.

<sup>29</sup> Artículo 43 de la LHM: «La escritura de hipoteca contendrá, además de las circunstancias generales, las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Reseña de las máquinas, instrumentos o utensilios, con expresión de sus características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación.
- 2.<sup>a</sup> Lugar del emplazamiento e industria a que se destinen.
- 3.<sup>a</sup> Aplicación de cada máquina o utensilio y su estado de conservación o grado de deterioro».

constituye una hipoteca por panel, sino una por instalación, de manera que en un futuro sea posible sustituir o renovar alguno de esos instrumentos sin que exista la necesidad de novar el título.

Ahora bien, ya se constituya una hipoteca por máquina o instrumento individualmente considerado, o una hipoteca sobre la instalación o conjunto de elementos, la ejecución hipotecaria puede generar la responsabilidad tributaria del adquirente de esos bienes.

En relación con la ejecución de una hipoteca de un único elemento, vamos a comparar dos situaciones distintas a modo de ejemplo:

Por un lado, nos encontramos con una industria de pastelería en la que se constituye una hipoteca sobre un único elemento, un horno industrial, que se emplea para cocer la masa de los dulces que se elaboran. Por otro, un sujeto que presta servicios de incineración y cremación de animales domésticos que hipoteca el horno crematorio que le sirve en su actividad.

Si estos bienes hipotecados se transmitieran, en el primero de los casos no se produciría una sucesión empresarial, ya que el horno objeto de transmisión no permite por sí solo que su adquirente prosiga con la actividad o explotación económica tal y como la venía desarrollando el deudor hipotecante, puesto que para hacerlo sería imprescindible disponer de un mayor equipamiento industrial como máquinas mezcladoras, amasadoras, pesadoras, cámaras de fermentación, etc.

En cuanto al segundo de los supuestos, la transmisión del horno crematorio, sí que originaría una sucesión de empresa y, en consecuencia, la responsabilidad tributaria del adquirente según lo establecido en el artículo 42.1 c) de la LGT, ya que es un elemento de capital importancia en esa industria que permitiría su continuación. Lo mismo ocurriría en el caso de la ejecución hipotecaria de una instalación fotovoltaica, se produce la enajenación de la instalación en su conjunto, es decir, se transmiten todos los elementos imprescindibles para el desarrollo de una explotación o actividad económica entendidos como unidad, de manera que el adquirente puede continuar de forma inmediata con la explotación del deudor hipotecante.

Por todo lo dicho hasta ahora, en nuestra opinión, la ejecución hipotecaria tanto del establecimiento mercantil, como de la maquinaria industrial, conlleva, en el caso de existir deudas tributarias pendientes derivadas del desarrollo de la actividad o explotación del deudor hipotecante, la responsabilidad tributaria del adquirente al haberse producido una sucesión de empresa.

### 3.1.2. La hipoteca inmobiliaria

Cuando una empresa se ve inmersa en un procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de pago de las cuotas del préstamo hipotecario que tenía concedido, suele, tal y como señala MARTÍNEZ SALDAÑA (2013), haber contraído además deudas salariales y de Seguridad Social (y añadimos nosotros, y posiblemente también deudas tributarias) derivadas del ejercicio de su actividad empresarial. Es por ello que, en la esfera laboral, el adquirente de ese inmueble en el que ha venido desarrollando su actividad el deudor, podría quedar obligado a subrogarse en todos los

derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores adscritos a ese centro de trabajo ubicado en el inmueble como responsable solidario junto con la empresa que ejercía la actividad económica en ese inmueble. Pero, ¿podría ocurrir lo mismo con las deudas tributarias derivadas del ejercicio de la actividad que se encuentren pendientes de pago?

Si nos ceñimos a la literalidad del artículo 42.1 c) de la LGT, para adquirir la condición de responsable tributario, basta con suceder por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de la explotación o actividad económica a otro sujeto<sup>30</sup>. Esta configuración es similar a lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>31</sup>, ya que para que exista responsabilidad del adquirente sobre las obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior titular, el objeto de la transmisión debe ser una unidad económica con identidad propia<sup>32</sup>. Por tanto, para que exista sucesión de empresa tanto en el plano de la responsabilidad tributaria, como en el de la responsabilidad laboral, no es suficiente con que se transmita la titularidad de un inmueble en el que se haya desarrollado una actividad económica, sino que el objeto de la transmisión ha de ser necesariamente una empresa, lo que nos lleva a analizar en qué casos una ejecución hipotecaria puede conllevar la transmisión de la titularidad de una actividad o explotación económica.

La Sala de lo Social del TS, como veremos a continuación, ha analizado esta cuestión en relación con el hotel Las Dunas, lo que nos puede proporcionar, dada la similitud que hemos señalado, un criterio para delimitar el concepto y alcance de la sucesión de empresa en el ámbito tributario.

El objeto de los recursos para la unificación de doctrina consistía en determinar si se había producido una sucesión o subrogación empresarial conforme al artículo 44 del ET<sup>33</sup> desde la empresa explotadora del complejo hotelero Las Dunas hacia el Banco Pastor que, en virtud de un proceso de ejecución hipotecaria, se habían adjudicado en pública subasta los inmuebles hipotecados y ocupados por el establecimiento hotelero.

En un primer momento, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, en su sede de Málaga, apreció prácticamente de forma automática la existencia de una sucesión empresarial y en consecuencia el cumplimiento del presupuesto de hecho del artículo 44 del ET, basándose en que una de las cláusulas del contrato de préstamo disponía que «Esta hipoteca se extiende a cuando se comprende en los

<sup>30</sup> Artículo 42.1 c) de la LGT.

<sup>31</sup> Artículo 44.1 del ET: «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente».

<sup>32</sup> Artículo 44.2 del ET: «A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorias».

<sup>33</sup> Recordemos que, según señala este precepto, en caso de apreciarse sucesión de empresa, el nuevo titular debe subrogarse en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior.

artículos 109<sup>34</sup>, 110<sup>35</sup> y 111<sup>36</sup> de la Ley Hipotecaria y artículo 215<sup>37</sup> del Reglamento Hipotecario, e incluso, aquellos para los que se exige pacto expreso». Lo que implicaba que el objeto de garantía de la hipoteca se extendía a todos los bienes muebles que contenían los inmuebles hipotecados, incluidos los que se encontraban afectos a la explotación o al servicio de la actividad económica del antiguo poseedor y que, por tanto, en el momento de la adjudicación los inmuebles mantenían una infraestructura suficiente como para ser explotados de forma inmediata.

Por el contrario, el TS anuló esos pronunciamientos basándose, no solo en la redacción literal de la escritura de préstamo hipotecario, sino en el alcance real de lo que efectivamente recobró la entidad financiera puesto que, tal y como consta en las sentencias de unificación de doctrina, la adquisición decretada incluía única y exclusivamente las fincas y no los bienes muebles, maquinaria, ajuar y enseres que resultaban necesarios para el ejercicio de la actividad, elementos que en su mayoría habían sido embargados y adjudicados a un tercero, circunstancia que impedía que la actividad empresarial continuara viva y en funcionamiento en el momento en el que Banco Pastor adquirió la titularidad de los inmuebles.

La Sala de lo Social del TS ha dictado más de una veintena de sentencias relativas al hotel Las Dunas en unificación de doctrina<sup>38</sup> revocando todos los pronunciamientos dictados en supli-

<sup>34</sup> Artículo 109 de la Ley Hipotecaria (LH): «La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de los bienes hipotecados».

<sup>35</sup> Artículo 110 de la LH: «Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:

- Primero. Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere.
- Segundo. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de estos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil».

<sup>36</sup> Artículo 111 de la LH: «Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá:

- Primero. Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.
- Segundo. Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.
- Tercero. Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada».

<sup>37</sup> Artículo 215 del Reglamento Hipotecario: «La hipoteca se extenderá al exceso de cabida de la finca hipotecada que se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquella.

A los efectos del artículo 111 de la ley, el anticipo de rentas no vencidas no perjudicará, en ningún caso, al acreedor hipotecario».

<sup>38</sup> SSTS (Sala de lo Social): de 24 de septiembre de 2012 (rec. núm. 3665/2011), de 24 de septiembre de 2012 (rec. núm. 3252/2011), de 25 de septiembre de 2012 (rec. núm. 3023/2011), de 26 de septiembre de 2012 (rec. núm. 4150/2011),

cación, entre otras, las Sentencias de 14 de noviembre y de 20 de diciembre de 2012<sup>39</sup> (también relativas al hotel Las Dunas) han recapitulado los diferentes criterios expuestos tanto por la Sala como por el Ministerio Fiscal en relación con la apreciación de sucesión empresarial en los supuestos de ventas judiciales de inmuebles como consecuencia de impagos de préstamos hipotecarios:

En primer lugar, se concluye que, a falta de pacto expreso en contrario<sup>40</sup>, no cabe entender incluidos en la hipoteca que recae sobre un inmueble los bienes muebles y demás elementos necesarios para el ejercicio de la actividad económica que en él se realice. El elemento característico de la sucesión de empresa es la transmisión de una persona a otra de la titularidad de una empresa o centro de trabajo, entendiéndose como tal una unidad de producción susceptible de continuar una actividad económica preexistente, por este motivo, aunque en la escritura de préstamo hipotecario se hubiesen incluido los bienes que permitieran, en su caso, la continuidad de la actividad, la apreciación de una sucesión de empresa no se debe realizar de forma automática, ya que para que se produzca es imprescindible que el adjudicatario del inmueble tome posesión efectiva de dichos bienes muebles.

En segundo término, las sentencias determinan que, para que la venta judicial de bienes productivos pueda ser considerada sucesión de empresa a efectos jurídico-laborales, su objeto debe ser la totalidad de la empresa o por lo menos una parte que comprenda los elementos materiales suficientes por sí mismos para seguir con la explotación empresarial, así lo establece el artículo 51.11.º del ET<sup>41</sup>.

Además, según se desprende del propio concepto jurídico de empresa, para que exista sucesión empresarial es necesario que la actividad que venía desarrollando el anterior titular no se haya visto interrumpida de forma que, cuando el nuevo titular tome posesión de los bienes, estos cuenten con la organización suficiente para proseguir con la actividad.

---

de 26 de septiembre de 2012 (rec. núm. 3666/2011), de 26 de septiembre de 2012 (rec. núm. 3661/2011), de 5 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3946/2011), de 6 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3660/2011), de 7 de noviembre de 2012 (rec. núm. 4138/2011), de 14 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3024/2011), de 14 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3939/2011), de 14 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3937/2011), de 17 de diciembre de 2012 (rec. núm. 530/2012), de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 4036/2011), de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 826/2012), de 20 de diciembre de 2012 (rec. núm. 3754/2011), de 12 de febrero de 2013 (rec. núm. 685/2012), de 26 de febrero de 2013 (rec. núm. 684/2012), de 10 de mayo de 2013 (rec. núm. 683/2012), de 27 de mayo de 2013 (rec. núm. 825/2012) y de 5 de junio de 2013 (rec. núm. 988/2012).

<sup>39</sup> SSTs (Sala de lo Social) de 14 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3939/2011) y de 20 de diciembre de 2012 (rec. núm. 3754/2012).

<sup>40</sup> *Vid.* artículo 111 de la LH.

<sup>41</sup> Artículo 51.11.º del ET: «En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Sí, no obstante, la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto».

Finalmente, la referencia a la «totalidad de la empresa o parte de la misma» como objeto de adjudicación, así como la necesidad de «suficiencia» de los elementos transmitidos para la continuidad a los que hace referencia el artículo 51.11.º del ET, responden a la lógica de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución española (CE)<sup>42</sup>, por lo que «solo se puede obligar a una entidad adquirente de bienes en venta forzosa a dedicar los bienes adquiridos a la misma actividad productiva anterior cuando se trata de una empresa en funcionamiento cuya continuación no encuentra obstáculo alguno; inexistencia de continuación de actividad productiva que corresponde apreciar sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el objeto social de la empresa adquirente (finanzas) no es el mismo que el de la empresa anterior (hostelería)».

Como podemos observar, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS ha tratado de otorgar mayor seguridad jurídica a las adjudicaciones judiciales de inmuebles respecto a la sucesión empresarial tratando de restringir el ámbito de aplicación del artículo 44 del ET con base en lo dispuesto en el artículo 51.11.º del ET, que señalaba la necesidad de que los elementos adquiridos mediante venta judicial fueran necesarios y suficientes para la continuación de la actividad. Actualmente, el artículo 51.11.º del ET ha sido derogado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, sin que el legislador haya establecido una regulación sustitutiva al efecto y específicamente referida a las ventas judiciales. No obstante, los requisitos que en el mismo se contenían aparecen recogidos en el propio artículo 44 del ET que, aunque referidos a los cambios de titularidad de una empresa entendidos en términos genéricos, también son aplicables a estos supuestos.

Las entidades financieras que resultan adjudicatarias de un inmueble y de una serie de elementos patrimoniales calificables en su conjunto como unidad organizativa no suelen continuar el tracto inmediato de la actividad económica que el deudor hipotecario viniera desarrollando debido a que, tal y como indican las sentencias a las que hemos hecho referencia, adquirente y transmitente tienen un objeto social totalmente diferente. Esto obviamente puede ser un inconveniente para el mantenimiento de las relaciones laborales de los trabajadores de la empresa del deudor hipotecado, ya que, conforme señala el TS haciendo alusión al artículo 38 de la CE, no se puede obligar a una entidad a continuar la actividad económica de otra. Sin embargo, la no continuación de la actividad no es óbice para que el nuevo adquirente deba responder de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El único requisito establecido en la norma es que la empresa objeto de transmisión conserve su identidad tras la operación, circunstancia que se produce cuando se traspasan, no solo elementos aislados, sino los elementos patrimoniales que configuran la estructura y organización de la empresa y que posibilitan su continuación.

Las ejecuciones hipotecarias siempre son supuestos complejos en los que entran en conflicto multitud de intereses distintos, por ello no es conveniente generalizar y calificar automáticamente como

---

<sup>42</sup> Artículo 38 de la CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

sucesión de empresa aquellas transmisiones que se efectúen por este medio ni aplicar mecánicamente las consecuencias jurídico-laborales predeterminadas en la normativa. Es imprescindible un estudio pormenorizado de cada caso y de las circunstancias particulares que en el mismo se den para poder concluir que una adjudicación de bienes patrimoniales como resultado de la ejecución hipotecaria realizada contra el titular anterior implica una sucesión empresarial a los efectos del artículo 44 del ET.

La extensión a la esfera tributaria del criterio mantenido por la Sala de lo Social del TS resulta factible, ya que ambas vertientes del Derecho configuran de forma similar el concepto de sucesión empresarial.

Por tanto, la subasta pública y adjudicación en un proceso judicial de ejecución hipotecaria de un inmueble en el que el deudor hipotecario ha venido desarrollando su actividad económica puede constituir el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT siempre que se constate que efectivamente el objeto de adjudicación es una empresa. Sin embargo, un inmueble no se puede calificar como empresa por el mero hecho de que haya servido de centro de trabajo o porque se haya encontrado afecto a una actividad económica.

En conclusión, para que la adjudicación de un inmueble se pueda calificar como sucesión de empresa es imprescindible que este se acompañe de una organización o estructura suficiente que permita la continuidad de la actividad que hasta ese momento había realizado el anterior titular.

### 3.2. EL DESAHUCIO

El retraso o la ausencia de pago de las rentas de un arrendamiento pueden dar lugar a que el arrendador inste judicialmente el desahucio y posterior lanzamiento del arrendatario.

En el supuesto en el que el arrendatario viniera desarrollando en el inmueble una actividad o explotación económica, nos podemos plantear si la recuperación de la posesión de ese inmueble por el arrendador puede calificarse como una sucesión de empresa y si, en consecuencia, debe responder por las deudas tributarias derivadas de su ejercicio que tenga pendientes de pago el arrendatario desahuciado.

Esta cuestión, al igual que ocurría en los supuestos de ejecuciones hipotecarias, no tiene una respuesta uniforme para todos los desahucios, sino que dependerá del caso concreto, siendo fundamental sobre qué bienes recupera la posesión el arrendador. Es decir, la recuperación del inmueble en el que se asentaba la anterior explotación no desencadena la responsabilidad tributaria del arrendador que recupera la posesión, puesto que un inmueble por sí solo carece de los elementos necesarios para intervenir en el tráfico económico y para ser calificado como empresa.

Por el contrario, si junto con el inmueble el arrendador recupera la posesión sobre los muebles, maquinaria o instrumentos necesarios para la continuidad de la actividad sí que podríamos hablar de sucesión empresarial a los efectos del artículo 42.1 c) de la LGT.

### 3.3. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA

Tal y como manifiesta la exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 (LEF), la expropiación forzosa es un acto de derecho público dictado por la Administración por el que se produce una transmisión imperativa de un bien o derecho de propiedad privada en aras del interés público a cambio de una indemnización. La coactividad de la transmisión supone una colisión frontal con la propiedad particular por lo que debe encontrarse debidamente fundamentada en una previa declaración de utilidad pública o interés social del fin al que vaya a ser afectado el bien expropiado y además debe seguir el procedimiento legalmente establecido para ello.

En cuanto a qué bienes y derechos pueden ser expropiados, la LEF no incluye una lista cerrada de supuestos, sino que se limita a hacer referencia a la ocupación de bienes y a la expropiación de derechos. Por tanto, una empresa, entendida como conjunto de bienes y derechos patrimoniales organizados como una universalidad, puede ser objeto de expropiación forzosa por parte de la Administración siempre que se cumplan los requisitos previos establecidos por la norma. Ahora bien, la expropiación forzosa ¿conlleva la sucesión en la titularidad de una empresa?

Para responder a esta pregunta debemos tener en cuenta que un sujeto puede ser titular de una empresa, aunque no ostente la titularidad dominical de los bienes y derechos que la integran. Partiendo de esta idea, plantearemos dos escenarios diferentes, en el primero, la Administración expropia la propiedad de los bienes y derechos que sirven para el desarrollo de una actividad o explotación económica de otro sujeto distinto al propietario, por ejemplo porque se encuentran arrendados, y en el segundo, se expropia una empresa como sistema organizativo dirigido al tráfico empresarial.

Pues bien, en relación con el primer caso debemos plantearnos si al expropiar los bienes y derechos que componen la empresa, pero no la empresa en sí, el titular de la empresa puede seguir desarrollando su actividad o explotación económica. En principio esta opción sería posible<sup>43</sup>, no obstante, cuando la Administración procede a la expropiación forzosa de un bien o derecho ha de afectarlo necesariamente a una utilidad pública o a un interés social, lo que parece incompatible con la continuación de la empresa por parte de su titular.

En cuanto al segundo de los supuestos, debemos distinguir dos supuestos diferentes, la expropiación forzosa de los títulos representativos del capital de una sociedad y la expropiación de una actividad o explotación económica. Cuando se produce la expropiación de las acciones o participaciones de una sociedad se lleva a cabo una transmisión de la titularidad de esos títulos, pero no hay un cambio en la titularidad de la empresa, ya que la seguirá ostentando la sociedad, por tanto, no existe sucesión empresarial y ni se lleva a cabo el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT. En cambio, cuando el objeto de la expropiación

<sup>43</sup> Imaginemos, por ejemplo, la expropiación de un inmueble integrado en el Patrimonio Cultural Español en el que se viniera desarrollando una actividad hotelera o de restauración que no se ve interrumpida por el cambio de propietario del inmueble.

es una actividad o una explotación económica se produce un cambio en su titularidad, y probablemente también en su ejercicio, que pasará a manos de la Administración, lo que puede implicar su responsabilidad tributaria en caso de existir obligaciones tributarias pendientes de pago.

#### 4. CONCLUSIONES

- **Primera.** La voluntad negocial en la transmisión de una empresa no es un requisito imprescindible para el nacimiento de la responsabilidad tributaria del adquirente.
- **Segunda.** El presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria por sucesión de empresa incluye tanto la transmisión voluntaria como la coactiva. El concepto de establecimiento mercantil se identifica con el de empresa, por lo que su transmisión, aunque sea de forma forzosa a causa de una ejecución hipotecaria, implica la responsabilidad del adquirente.
- **Tercera.** En cuanto a la ejecución hipotecaria de maquinaria industrial, no se puede realizar una afirmación general respecto a si constituye el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT, ya que solo se califica como sucesión de empresa si con esos instrumentos y utensilios el adquirente puede continuar con la actividad o explotación industrial del deudor hipotecante, por tanto, resulta imprescindible el análisis de cada caso en particular.
- **Cuarta.** En lo referente a la ejecución hipotecaria de un inmueble en el que se desarrolla una explotación o una actividad económica, si la ejecución hipotecaria alcanza al inmueble en el que se desarrolla la actividad, así como a los bienes muebles, maquinaria, ajuar o enseres necesarios para su ejercicio, de tal forma que la misma continúa en funcionamiento en el momento del cambio de titularidad, se califica como sucesión de empresa y, por tanto, su adquirente es responsable tributario de las obligaciones tributarias pendientes del anterior titular. La no continuidad de la actividad del deudor hipotecante por parte del adjudicatario del inmueble y de los elementos patrimoniales calificables en su conjunto como empresa, no es impedimento para que este último sea declarado responsable tributario por sucesión de empresa.
- **Quinta.** La recuperación de la posesión por parte del arrendador de un inmueble en el que se ejerce una explotación o actividad económica no constituye el presupuesto de hecho de la responsabilidad del artículo 42.1 c) de la LGT, ya que un inmueble por sí solo carece de los elementos necesarios para ser calificado como empresa. Por el contrario, si junto con el inmueble, el arrendador también recupera la posesión sobre los muebles, la maquinaria o los instrumentos necesarios para la continuidad de la actividad sí que existe una sucesión empresarial.
- **Sexta.** Con la expropiación forzosa se produce un cambio en la titularidad de la empresa, lo que conforma el presupuesto de hecho de la responsabilidad tributaria del artículo 42.1 c) de la LGT.

---

**Bibliografía**

- BALDUCCI, D. [2007]: *L 'Affittod' Azienda*, págs. 39 y ss.
- BROSETA PONT, M. [1968]: «La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento». *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107, pág. 62.
- [1985]: *Manual de Derecho Mercantil*, págs. 102-103.
- CALAVIA MOLINERO, J. M. [1998]: *Derecho Mercantil*, pág. 25.
- CALVO VÉRGEZ, J. [2012]: «La responsabilidad tributaria solidaria derivada de la sucesión en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas», *Crónica Tributaria*, núm. 143, págs. 17-18.
- CAMPS RUIZ, L. M. [1997]: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, págs. 19-20.
- CARRASCO PERERA, A. [2010]: «Tres cuestiones sobre hipotecas e instalaciones fotovoltaicas», [Documento en línea] *Diario La Ley*, núm. 7518, Sección Tribuna.
- DEL RÍO CASTROMIL, E. [1988]: *El proceso de ejecución de la hipoteca mobiliaria*, pág. 20.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. [1993]: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, pág. 56.
- FERNÁNDEZ GIMENO, J. P. [1999]: *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, págs. 85-88.
- FRAGUAS MASSIP, R. [1966]: «El usufructo de empresa», en AA. VV. *Problemática jurídica actual de la empresa*, págs. 80 y ss.
- GONZÁLEZ ORTIZ, D. [2003]: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*.
- LORCA NAVARRETE, A. M. [1983]: *Embargo, hipoteca y ejecución procesal del establecimiento mercantil*, págs. 47-49.
- MARTÍN REYES, M. A. [1999]: *El usufructo de empresa*.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D. [2013]: «¿Existe sucesión de empresa en los casos de ejecuciones hipotecarias y desahucios?», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 34, pág. 125.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. [2004]: *El arrendamiento de empresa*, Aranzadi, Navarra.
- MORÓN PÉREZ, M. V. [2009]: «La responsabilidad del cumplimiento de las deudas tributarias pendientes en los supuestos de transmisión de la empresa», *Crónica Tributaria*, núm. 131, pág. 136.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C. [2003]: «Títulos de transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización», [Documento en línea] *Proyecto social: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 10-11.
- RUIBAL PEREIRA, L. [1999]: *La sucesión en Derecho Tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, pág. 291.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A. [2007]: *Manual de Derecho Mercantil*, págs. 46-47.
- VARA DE PAZ, N. [1988]: «El arrendamiento de empresa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4.

## SEGURIDAD JURÍDICA Y RETROACTIVIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS

### Análisis de la STC 121/2016, de 23 de junio, y sus posibles implicaciones sobre la declaración de bienes situados en el extranjero

**Saturnina Moreno González**

*Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Castilla-La Mancha/Centro Internacional de Estudios Fiscales*

---

#### EXTRACTO

El objeto de este trabajo es el análisis de la STC 121/2016, de 23 de junio, pronunciamiento importante no solo por analizar de nuevo la espinosa cuestión de la retroactividad de las normas tributarias, sino por su potencial trascendencia desde la óptica del análisis de constitucionalidad de la obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero, introducida por la disposición adicional decimoctava de la Ley General Tributaria por la Ley 7/2012.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

El artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el artículo de idéntica numeración del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del IRPF y, posteriormente, el artículo 18.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, establecieron que los *rendimientos derivados del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones por los trabajadores* se computarían en la base imponible del impuesto tras una reducción de su importe, fijada en el 40%, siempre que se cumplieran determinadas condiciones. Con la reducción se pretende mitigar el efecto que la progresividad del impuesto tiene sobre las rentas que se perciben en un único ejercicio, pero que, en realidad, se han generado en varios.

En este sentido, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantea cuestión de inconstitucionalidad que tiene por objeto el inciso «que se imputen en un periodo impositivo que finalice con posterioridad a 4 de agosto de 2004», de la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006, incorporada por la disposición final

cuadragésima novena, apartado 1, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>1</sup>. La disposición cuestionada condiciona la aplicación de la reducción a las opciones de compra que cumplan los requisitos exigidos (obtención de forma periódica o recurrente, y ejercicio transcurridos más de dos años desde su concesión) a que dichas opciones no se concedan anualmente. Con ello, se pretende evitar que se beneficien de la reducción de rentas irregulares rentas que notoriamente no lo sean, precisamente por percibirse de forma regular en el tiempo, como sucedería si se obtuviesen de forma anual. La norma, que entró en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, es decir, el 7 de marzo de 2011, modifica el IRPF con efectos que se retrotraen al 4 de agosto de 2004.

Hasta la aprobación de la disposición controvertida, la condición o requisito relativo a que las opciones no se concedan anualmente había venido estableciéndose en normas reglamentarias. Las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 9 de julio de 2008 [rec. núm. 5/2007 (NFJ029233)] y 30 de abril de 2009 [rec. núm. 8/2008 (NFJ034441)] declararon la nulidad de varios incisos del artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999, por entender que constituían excesos reglamentarios sobre la disposición legal (art. 17.2 de la Ley 40/1998) que infringían la reserva de ley en materia tributaria y el principio de jerarquía. Sin embargo, el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, que reprodujo sin variación el precedente artículo 10.3 del Real Decreto 214/1999 (del mismo modo que después lo haría el art. 11.3 del RD 439/2007), sería la norma que inicialmente habría resultado aplicable al supuesto de hecho que subyace a la cuestión de inconstitucionalidad, si no se hubiera modificado la Ley del IRPF con efectos retroactivos. El Real Decreto 1775/2004 entró en vigor el 5 de agosto de 2004, mientras que la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006 habría de resultar aplicable a aquellos rendimientos que se imputaran con posterioridad al 4 de agosto de 2004.

El Tribunal Supremo considera que la disposición cuestionada (en concreto, el inciso que extiende los efectos de la misma a 2004) puede vulnerar el *principio de seguridad jurídica* atendiendo a su grado de retroactividad y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este caso. La disposición impondría una *retroactividad de grado máximo*, incidiendo sobre situaciones plenamente consolidadas. En el caso objeto del proceso *a quo*, al tiempo de aprobarse, incluso habría prescrito la potestad de la Administración para liquidar el tributo y la del contribuyente para solicitar las oportunas devoluciones. En cuanto a las circunstancias concurrentes, considera que la retroactividad no puede entenderse justificada, puesto que el objeto de la disposición fue *otorgar cobertura legal a disposiciones reglamentarias cuya nulidad estaba anunciada*, por ser su contenido idéntico al que había sido anulado por las sentencias del Tribunal Supremo. Ade-

<sup>1</sup> El tenor de la disposición controvertida es el siguiente: «En el caso de los rendimientos del trabajo que deriven del ejercicio de opciones de compra sobre acciones o participaciones por los trabajos que se imputen en un periodo impositivo que finalice con posterioridad a 4 de agosto de 2004, a efectos de la aplicación de la reducción del 40 por ciento prevista en el artículo 18.2 de esta ley, solo se considerará que el rendimiento del trabajo tiene un periodo de generación superior a los dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, cuando las opciones de compra se ejerciten transcurridos más de dos años desde su concesión, si, además, no se conceden anualmente».

más, aun siendo identificable el objetivo de interés general perseguido con la disposición controvertida, consistente en evitar una improcedente tributación como irregulares de rendimientos del trabajo a los que no cupiera atribuir ese carácter, para su consecución no era necesario dotar a la norma de retroactividad propia, habiendo bastado una retroactividad impropia o de grado medio. Por último, destaca que la disposición cuestionada afecta indiscriminadamente a todos los rendimientos del trabajo derivados de la concesión de opciones sobre acciones «que se imputen en un periodo impositivo que finalice con posterioridad a 4 de agosto de 2004», sin tener en cuenta si estaban o no pendientes de revisión administrativa o judicial, cuando es obvio que la situación en uno u otro caso era distinta. La misma opinión es defendida, con similares argumentos, por el fiscal general del Estado y por la parte recurrente en el proceso *a quo*.

En cambio, el abogado del Estado defiende la constitucionalidad de la disposición cuestionada por la concurrencia de razones cualificadas de interés general, toda vez que el preámbulo de la Ley 2/2011 contiene una referencia expresa a la «crisis financiera y económica internacional, la más grave en muchas décadas». A su juicio, el objetivo del cambio normativo resulta tan obvio que no requiere de especial fundamento, ya que la concesión de opciones sobre acciones se ha venido utilizando como un mecanismo de planificación fiscal contrario a la finalidad y espíritu de la reducción de la base imponible, de forma que la medida tiene, en última instancia, la finalidad de salvaguardar el principio de justicia en materia tributaria consagrado en el artículo 31 de la Constitución española (CE).

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Constitucional (TC) inicia su argumentación recapitulando su doctrina sobre la retroactividad de las normas tributarias y su compatibilidad con el artículo 9.3 de la CE. En esta línea, recuerda 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 los gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE)». Tampoco existe en nuestro ordenamiento constitucional un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal [SSTC 126/1987, de 16 de julio (NFJ000307), FJ 11, y 116/2009, de 18 de mayo (NCJ049593), FJ 3], sin perjuicio de que «sí se exija la protección de la confianza legítima 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». Por consiguiente, «la retroactividad podrá ser contraria al principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), 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» [*vid.*, entre otras muchas, SSTC 150/1990, de 4 de octubre (NFJ004014), FJ 8; 173/1996, de 31 de octubre (NFJ004656), FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623), FJ 11 c); y 176/2011, de 8 de noviembre (NCJ055862), FJ 5]. De igual forma, es necesario 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» (FJ 4).

Seguidamente, el TC identifica el tipo de retroactividad en el que incurre la disposición cuestionada, advirtiendo que se trata de un supuesto de *retroactividad de grado máximo*, que afecta a situaciones jurídicas cuyos efectos ya se han consolidado. En concreto, 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 (NFJ004014), FJ 8; 182/1997, de 28 de octubre (NFJ005623), FJ 11; 90/2009, de 20 de abril (NCJ049137), FJ 4; y 100/2012, de 8 de mayo (NCJ056954), FJ 10]. *En los casos de retroactividad propia, como regla general, la prohibición de retroactividad opera de forma plena*, por lo que debe examinarse si concurren exigencias cualificadas de bien común, pues solo en caso de que así sea podrá concluirse la licitud de la disposición y el consiguiente sacrificio de ese principio constitucional [vid. STC 176/2011, de 8 de noviembre (NCJ055862), FJ 5, con cita de abundante doctrina constitucional]. Ahora bien, el TC advierte que tales exigencias de interés general «deben ser *especialmente nítidas*» cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el IRPF (FJ 4).

El TC examina las distintas razones esgrimidas por el abogado del Estado para justificar la adopción de la disposición cuestionada y rechaza todas ellas.

En primer lugar, «*las invocaciones genéricas a la crisis financiera no pueden tener virtud 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 2004, alcanzando de lleno ejercicios en los cuales la crisis financiera y después económica no había ni siquiera empezado» (FJ 5).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la *finalidad de una mayor justicia tributaria*, «no cabe duda de que la finalidad de luchar contra determinadas economías de opción, o directamente contra prácticas elusivas de impuestos, constituye [...] 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 contravendría el principio de seguridad jurídica en una mera ilusión o en un principio vacío de contenido» (FJ 5). A este respecto, el TC acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para señalar que el hecho de que, en ocasiones, el empleo de normas retroactivas pueda permitir atajar determinados mecanismos elusivos de impuestos [STJUE de 26 de abril de 2005, Asunto C-376/02, *Stichting Goed Wonen/Staatssecretaris van Financiën* (NFJ019487)] no permite sin más avalar una retroactividad auténtica y amplia como la examinada en el proceso *a quo*, pues ello supondría 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 refiere el TJUE [por ejemplo, en las Sentencias de 11 de julio de 2002, Asunto C-62/00, *Marks & Spencer* (NFJ012312), apdo. 46; o de 12 de diciembre de 2013, Asunto C-362/12, *Test Claimants* (NFJ052961), apdo. 44 y ss.].

A mayor abundamiento, el TC recuerda que la exigencia de mayor justicia tributaria ya fue invocada en la STC 176/2011, de 8 de noviembre (NCJ055862) (en relación precisamente con una norma retroactiva del IRPF que afectaba a determinados rendimientos irregulares) y en ella se dijo que aunque pudieran existir razones que hicieran conveniente la modificación, habida cuenta de que la misma afectaba por igual a todas las rentas irregulares del trabajo, sin establecer distinción alguna que permitiera circunscribir el ámbito de la medida al tipo de rentas con las que se propiciaban operaciones de planificación fiscal, se producía un tratamiento indiscriminado que implicaba que el efecto retroactivo se proyectase por igual sobre todas las rentas irregulares del trabajo, poniendo en duda la existencia misma de un fin cualificado de interés general y convirtiendo la medida en desproporcionada. El TC traslada esa doctrina al caso objeto de análisis y concluye que «el efecto retroactivo de la norma afecta, también indiscriminadamente, a todo tipo de retribución mediante opciones sobre acciones, se haya constatado o no un uso torticero en la elusión de impuestos». Aun cuando «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». Aunque no se cuestionan los motivos del legislador, el TC advierte que si el objetivo de interés general era evitar una tributación improcedente como rendimientos del trabajo irregulares a los que no resulta jurídicamente posible atribuir tal carácter, hubiera bastado con introducir la norma legal con efectos pro futuro o, incluso, otorgarle una retroactividad impropia o de grado medio, aplicando la misma solo a aquellos contribuyentes cuyos periodos impositivos no hubieran finalizado (FJ 6).

Así pues, el TC concluye que no se han constatado razones suficientes para justificar un grado de retroactividad como el examinado en el proceso, sin que enerve esta conclusión el hecho de que la modificación regulada en la disposición controvertida hubiera estado antes contempla-

da en una norma reglamentaria. «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 [...] no lo era. A mayor abundamiento [...], 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» (FJ 6).

Por todo ello, el TC declara que la norma cuestionada vulnera el artículo 9.3 de la CE y estima la cuestión planteada para los ejercicios 2004 a 2010 en los que la retroactividad fue de grado máximo, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «que se imputen en un periodo impositivo que finalice con posterioridad a 4 de agosto de 2004» de la disposición adicional trigésima primera de la Ley 35/2006 (en la redacción otorgada por la Ley 2/2011). No obstante, el TC salva de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad al periodo 2011, ya que en este caso la retroactividad es impropia o de grado medio, al afectar a un periodo impositivo todavía en curso. Se echa en falta, en relación con esta última cuestión (retroactividad impropia), un análisis del TC que pondere, de una parte, la seguridad jurídica, y, de otra, las circunstancias concretas que concurren en el caso, como la finalidad de la medida, las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, la importancia cuantitativa de la modificación, u otros factores similares.

Finalmente, en virtud del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la sentencia del TC no permite revisar procesos ya fenecidos mediante sentencias con fuerza de cosa juzgada en los que se haya aplicado el precepto declarado inconstitucional.

### 3. COMENTARIO CRÍTICO: POSIBLE INCIDENCIA SOBRE LA DECLARACIÓN DE BIENES EN EL EXTRANJERO

La STC 121/2016, de 23 de junio (NCJ061443), es importante desde un doble punto de vista. En primer lugar, por analizar de nuevo la cuestión de la retroactividad de las normas tributarias. A este respecto, el TC confirma y profundiza en su doctrina sobre la inexistencia tanto de una prohibición constitucional a la retroactividad de las normas tributarias, como de un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, lo cual no impide reconocer el derecho a la protección de la confianza jurídica de aquellos cuando ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsible. Asimismo, corrobora que determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que solo puede resolverse teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma y, de otro, las circunstancias que concurren en cada supuesto. En los casos de retroactividad plena, auténtica o de grado

máximo solo exigencias cualificadas de interés general podrán imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica, circunstancia que no concurre en el presente supuesto, pues las alusiones genéricas a la crisis financiera o a la lucha contra prácticas elusivas no amparan que el legislador pueda anudar a una norma una retroactividad de efectos tan amplios como la disposición controvertida, pues ello convertiría el principio de seguridad jurídica en un principio vacío de contenido. En esta línea, el hecho de que la modificación normativa se aplique de forma indiscriminada a la generalidad de los contribuyentes y no solo a los que realizan operaciones elusivas, pone en duda la admisión de esas causas de justificación.

Por otra parte, la sentencia objeto de comentario puede tener trascendencia desde la óptica del análisis de la constitucionalidad de la obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero, introducida en la disposición adicional decimotercera de la Ley General Tributaria por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación a la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

Como es sabido, el incumplimiento de la obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero tiene graves consecuencias tributarias y sancionadoras, que generan muchas dudas de compatibilidad con las exigencias constitucionales y con el Derecho de la Unión Europea (FALCÓN Y TELLA, 2013; SIMÓN ACOSTA, 2014). Centrando nuestra atención en las consecuencias tributarias, el incumplimiento de la citada obligación determina una ganancia patrimonial no justificada (art. 39.2 de la Ley 35/2006) o una presunción de obtención de rentas (art. 121.6 de la Ley 27/2014) que se imputará en el momento en que la Administración tributaria tenga conocimiento de tales bienes, lo que supone *de facto* la imprescriptibilidad de la obligación tributaria (FALCÓN Y TELLA, 2013, pág. 14). Asimismo, la ganancia patrimonial o renta presunta se imputará «en todo caso» al último de los ejercicios fiscales no prescritos, salvo que el contribuyente demuestre que la titularidad de los bienes o derechos se corresponde con rentas declaradas, o con periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente del impuesto de que se trate (IRPF o IS).

Esta nueva regulación plantea una cuestión de calado relacionada con el posible *carácter retroactivo* de la normativa. Es cierto que la disposición adicional segunda de la Ley 7/2012 subraya que la imputación temporal de la ganancia patrimonial no justificada o la presunción de obtención de rentas se realizará al periodo impositivo que proceda, según lo señalado en los artículos 39.2 de la Ley del IRPF y 134.6 del TRLIS (actual art. 121.6 LIS), en el que hubiesen estado en vigor dichos apartados, de modo que la imputación al último de los ejercicios no prescritos no permite superar el límite temporal del ejercicio 2012, produciéndose la imputación de renta a partir del periodo impositivo de 2012 y siguientes, esto es, en periodos impositivos concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2012. Sin embargo, dicha disposición adicional segunda no resuelve el problema de fondo planteado por la nueva regulación, esto es, el efecto de gravar rentas que, a su entrada en vigor, ya habían ganado la prescripción, por lo que «una obligación tributaria ya extinguida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 apartado 1 de la LGT [...] "resucita" [...] para desplegar plenos efectos sobre situaciones pasadas» (LÓPEZ LÓPEZ, 2013,

pág. 30). Así pues, desde la óptica del nacimiento y extinción de la obligación tributaria, difícilmente puede negarse el carácter retroactivo de la medida por cuanto quedan afectadas rentas no declaradas correspondientes a periodos impositivos ya prescritos en el momento de la entrada en vigor de la Ley 7/2012 (*vid.* SANZ GADEA, 2013, pág. 181).

Respecto al grado de retroactividad en el que podría incurrir la regulación citada, siguiendo la doctrina del TC debería calificarse como una retroactividad de grado máximo, si bien es cierto que el tipo de retroactividad en la que esta normativa incurre es inédita en el análisis constitucional, pues dicha normativa afecta, no ya a hechos consumados o perfeccionados, sino a obligaciones extinguidas por prescripción. En cualquier caso, como se ha visto anteriormente, el TC rechaza la retroactividad absoluta con carácter general, por lo que solo exigencias cualificadas de bien común o de interés general «especialmente nítidas» –cuando la norma retroactiva incide en un tributo como el IRPF– podrían llevar a aceptar la licitud de la disposición y el sacrificio del principio de seguridad jurídica. En este sentido, algunos autores han relacionado la ganancia patrimonial no justificada y la presunción de obtención de rentas derivadas de la ocultación de bienes extranjeros con la lucha contra el fraude fiscal (MARTÍNEZ GINER, 2012). No obstante, por legítimo que este fin sea, de la doctrina constitucional cabe inferir que dicha finalidad no permitiría al legislador anudar a una disposición una retroactividad de efectos tan amplios que afecte no ya a situaciones consumadas o perfeccionadas, sino prescritas, vaciando de contenido al principio de seguridad jurídica y afectando a la esencia misma del instituto de la prescripción, amén de reducir significativamente las garantías de los contribuyentes no defraudadores, que ven muy mermado su derecho de defensa al no permitírseles (más allá de los dos supuestos expresamente previstos en la normativa) ofrecer una explicación razonable sobre la procedencia de los bienes o ingresos detectados (BELTRÁN GIRÓN y GARCÍA CARACUEL, 2013, pág. 11; PEDREIRA MENÉNDEZ, 2013, págs. 14-15).

Asimismo, no debe olvidarse que el fin legítimo de luchar contra el fraude fiscal no puede llevar a someter a gravamen manifestaciones de *capacidad económica* inexistentes o ficticias, desconociendo las exigencias de justicia tributaria que dimanarían del artículo 31.1 de la CE. Precisamente este fue el argumento manejado en la STC 194/2000, de 19 de julio (NFJ009087), para declarar la inconstitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la Ley de Tasas y Precios Públicos, en la que se establecía una presunción *iuris et de iure* de defraudación en aquellos casos en los que el valor comprobado por la Administración a efectos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales (ITP) excediera del declarado por las partes como valor real en más de un 20% y dicho exceso fuera superior a dos millones de pesetas. Siempre que se produjera esa diferencia entre el valor declarado y el comprobado a efectos del ITP se producía un agravamiento fiscal tanto para el adquirente como para el transmitente, sin establecer excepciones y sin atender a las razones por las que se habían producido tales diferencias de valor. El TC señaló entonces que «al establecer la ficción de que ha tenido lugar al mismo tiempo la transmisión onerosa y lucrativa de una fracción del valor del bien o derecho, lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a estos por una riqueza inexistente, consecuencia esta que [...] resulta claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto» (FJ 8). Como con acierto han destacado distintos

autores, el rigor de las consecuencias tributarias anudadas al incumplimiento de la obligación de informar sobre bienes y derechos ubicados en el extranjero permite considerarlas auténticas presunciones *iuris et de iure* o ficciones jurídicas, pues excluyen la posibilidad de que el sujeto demuestre que era titular de los bienes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción o que las rentas fueron obtenidas en un ejercicio posterior al periodo más antiguo entre los no prescritos (LÓPEZ LÓPEZ, 2013, págs. 36-37).

En suma, la regulación de la declaración de bienes situados en el extranjero constituye un claro exceso del legislador al superar los límites constitucionales establecidos tanto desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, como de capacidad económica, y afectar al derecho de defensa del contribuyente. La STC 121/2016, de 23 de junio (NCJ061443), aunque aborda una cuestión distinta, profundiza en el análisis constitucional de la retroactividad de las normas tributarias y el principio de seguridad jurídica, pudiendo extraerse de ella nuevos argumentos en apoyo de la inconstitucionalidad de la referida normativa.

No solo eso. Algunos pronunciamientos recientes del TJUE pueden tener influencia sobre el procedimiento de infracción actualmente abierto contra la obligación de comunicación de bienes y activos en el extranjero (ref. 2014/4330), incidiendo sobre la denunciada falta de proporcionalidad de la norma, en la medida en que se establece una obligación de información a cargo del contribuyente cuando existen instrumentos supranacionales de intercambio automático y obligatorio de información que garantizan la cooperación administrativa en materia tributaria y facilitan la obtención de la información precisada (FERNÁNDEZ AMOR, 2013, págs. 14-15). En este sentido, la STJUE (Sala Tercera) de 14 de abril de 2016, Asunto C-522/14, *Sparkasse Allgäu* (NFJ062355), ha analizado si es conforme con la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) una disposición de un Estado miembro (en ese caso, Alemania) que obliga a las entidades de crédito con domicilio social en dicho Estado a declarar a las autoridades nacionales los activos depositados o administrados en sus sucursales no autónomas establecidas en otro Estado miembro (Austria) en el supuesto de fallecimiento del propietario de dichos activos, residente en el primer Estado miembro, aun cuando el segundo Estado miembro no imponga ninguna obligación de declaración comparable y las entidades de crédito estén sometidas allí a secreto bancario bajo responsabilidad penal. De este pronunciamiento conviene destacar a nuestros efectos que el TJUE deja entrever que si en el momento en el que se produjeron los hechos de los que trae causa la cuestión prejudicial (2001) hubieran existido instrumentos de intercambio de información como el artículo 26 del Convenio de Doble Imposición suscrito entre Alemania y Austria, en vigor desde el 1 de marzo de 2012 y aplicable a ejercicios fiscales posteriores al 1 de enero de 2011, o el *intercambio automático y obligatorio de información* previsto en el artículo 8.3 bis de la Directiva 2011/16/UE, tales instrumentos permitirían garantizar una cooperación administrativa en materia tributaria y facilitar que las autoridades alemanas obtuvieran la información requerida por la medida controvertida en el litigio principal, en lugar de imponer la obligación de comunicación a las entidades de crédito nacionales.

---

## Bibliografía

BELTRÁN GIRÓN, M. y GARCÍA CARACUEL, M. [2013]: «El establecimiento de la obligación de información sobre bienes y valores en el extranjero vinculada a la imputación de ganancias patrimoniales no justificadas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 4.

FALCÓN Y TELLA, R. [2013]: «La obligación de informar sobre bienes y derechos situados en el extranjero», *Revista Interactiva de Actualidad (AEDAF)*, n.º 29.

FERNÁNDEZ AMOR, J. A. [2013]: «Examen de la declaración de bienes sitos en el extranjero a través de los principios jurídicos de las obligaciones tributarias formales», *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, n.º 1.

LÓPEZ LÓPEZ, H. [2013]: «Nueva obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero y consecuencias de su incumplimiento en la imposición sobre la renta: un estudio a la luz del Derecho de la Unión Europea y la Constitución», *RCyT. CEF*, n.º 368.

MARTÍNEZ GINER, L. A. [2012]: «El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK», *Quincena Fiscal*, n.º 19.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J. [2013]: «La obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero», *Quincena Fiscal*, n.º 4.

SANZ GADEA, E. [2013]: «El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (I). El elenco de modificaciones. La regularización voluntaria extraordinaria», *RCyT. CEF*, n.º 360.

SIMÓN ACOSTA, E. [2014]: «Arbitrariedades y excesos jurídicos en la declaración informativa de bienes en el extranjero», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 107.

# LA POSIBILIDAD DE REPERCUTIR EL IBI AL COMPRADOR DE UN BIEN INMUEBLE, EN SUPUESTOS EN LOS QUE NO EXISTE PACTO ALGUNO EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

**Análisis de la STS de 15 de junio de 2016 (rec. núm. 2110/2014)**

**Neus Teixidor Martínez**

*Abogada*

*Doctoranda en la Universidad Autónoma de Madrid*

---

## EXTRACTO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016 considera que, en los supuestos de contratos de compraventa de bienes inmuebles en los que no se realiza pacto alguno respecto de quién asume el pago del impuesto sobre bienes inmuebles, el artículo 63.2 de la Ley reguladora de las Haciendas locales posibilita que el vendedor, en su condición de sujeto pasivo del referido impuesto frente a la Administración tributaria, pueda repercutirlo al comprador. La citada repercusión se realizará por el tiempo proporcional en el que se ostente la titularidad del bien inmueble y sin perjuicio de los pactos en sentido contrario que puedan establecerse en el contrato. La mencionada sentencia, con la fijación de esta doctrina jurisprudencial, trata de poner fin a las discordancias interpretativas existentes entre sentencias de las diversas Audiencias Provinciales.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016, de la que es ponente el magistrado don Francisco Javier Arroyo Fiestas, tiene por objeto analizar si, en caso de contrato de compraventa, el sujeto pasivo del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) puede repercutir la parte proporcional del citado impuesto al comprador del bien inmueble, pese a que no se haya realizado previsión expresa en el contrato. Como veremos, hasta la fecha, este no ha sido un aspecto pacífico, pues existen numerosas sentencias de Audiencias Provinciales con argumentaciones diferentes e incluso fallos contradictorios.

En el caso que nos ocupa, con fecha 16 de marzo de 2009, Valdeobispo y Sierra de Almaraz, SL y Gabinete Jurídico y Administrativo, SL (en adelante, parte vendedora) vendieron a la Compañía Española Ladrillera, SL (en adelante, parte compradora) 155 plazas de garaje. En el contrato de compraventa, se estableció que la transmisión se efectuaba teniendo en cuenta que las «fincas descritas están libres de cualquier tipo de cargas, gravámenes y limitaciones». Y, ade-

más, en la estipulación quinta del mismo contrato se preveía que «(s)erán de cuenta de la parte vendedora todos los arbitrios, tasas, impuestos, y cualesquiera otros que se deriven de la propiedad, conservación y mantenimiento de las fincas hasta el día de hoy».

Ante la reclamación del pago del IBI por parte de la Administración tributaria correspondiente, la parte vendedora procedió a su abono y, posteriormente, solicitó a la parte compradora el pago de la cuota tributaria prorrateada correspondiente al IBI del periodo comprendido entre el día 16 de marzo de 2009 (fecha de la compraventa) y el día 31 de diciembre de 2009 (último día del periodo impositivo), pese a que, como hemos visto, el contrato de compraventa no contenía ningún pacto al respecto. Por ello, la parte compradora consideró que no debía hacer frente al pago de las cuantías reclamadas.

En consecuencia, la parte vendedora interpuso una demanda civil de juicio ordinario contra la entidad compradora, en la que le reclamaba la cuota prorrateada de IBI del periodo impositivo de 2009 más intereses legales y las costas. Así, la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid resolvió el asunto y estimó las pretensiones de las demandantes, por lo que condenó a la parte compradora al pago de las cuantías reclamadas.

La parte compradora y demandada en el proceso que nos ocupa, estando disconforme con el fallo de la sentencia de instancia, interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>). El citado recurso fue resuelto mediante la Sentencia de 25 de junio de 2014, que estimó el recurso de apelación y dejó sin efecto la sentencia de instancia. La citada sentencia consideró que, de conformidad con el contenido del artículo 75.3 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LRHL), en relación con los artículos 61 y 63 del mismo cuerpo legal, eran las entidades demandantes las únicas obligadas al pago íntegro de la cuota tributaria del IBI correspondiente al periodo impositivo de 2009.

## 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La parte vendedora e inicialmente demandante mostró su disconformidad con el fallo de la sentencia que resuelve el recurso de apelación y, por ende, presentó un recurso de casación. El citado recurso se basa en un único motivo consistente en la «(e)xistencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la aplicación del art. 63 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en relación con el art. 61.1 y 75.2 del mismo real decreto». Por tanto, la sentencia que nos ocupa tiene por objeto dilucidar el sentido en el que deben interpretarse los artículos anteriormente citados de la LRHL, en relación con la eventual repercusión del IBI en los supuestos de compraventa.

Respecto del contenido de los preceptos mencionados, debemos tener en cuenta que, en el ámbito tributario, el sujeto pasivo obligado al pago del impuesto viene constituido por las perso-

nas naturales o jurídicas o las entidades del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del bien inmueble en el momento del devengo del impuesto (art. 63.1 LRHL). No obstante, el artículo 63.2 de la LRHL prevé que «(l)o dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común». Asimismo, según el artículo 75 de la LRHL, el IBI se devenga el primer día del periodo impositivo, que coincide con el año natural, por lo que el devengo se produce el día 1 de enero de cada ejercicio. Por lo tanto, a efectos tributarios, el sujeto pasivo será el titular del bien inmueble a fecha 1 de enero de cada periodo impositivo, sin perjuicio de las facultades de repercusión que le puedan corresponder.

En virtud de la normativa comentada, la parte recurrente sostiene que «[...] el art. 63.2 de la LRHL permite repercutir la carga tributaria, sin necesidad de acuerdo expreso, por lo que el impuesto debe soportarlo el dueño que lo sea en cada momento y por el tiempo que lo sea, salvo pacto en contrario». En otras palabras, la condición de sujeto pasivo obligado al pago ante la Administración tributaria únicamente tiene efectos en el ámbito tributario, por lo que, en el orden jurídico privado, el impuesto debe ser soportado por cada uno de los titulares del bien inmueble por el tiempo en el que ostenten esa condición.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima el motivo de casación invocado por la parte recurrente, al considerar que la parte vendedora puede repercutir la parte prorrateada de IBI a la parte compradora, aunque no se haya pactado expresamente esa repercusión en el contrato. A lo que añade que si las partes lo creen conveniente pueden realizar pactos en sentido contrario.

En su argumentación, el Tribunal Supremo considera probado que «(a) la vista de la normativa invocada y antes transcrita se deduce que el hecho imponible del IBI, en este caso, es la propiedad (art. 61 LRHL), sujeto pasivo es el propietario que lo sea al momento del devengo (art. 63), el devengo coincide con el primer día del año natural (art. 75)». Por tanto, en el caso que nos ocupa, la parte vendedora debe considerarse sujeto pasivo del IBI por ser la titular de los bienes inmuebles transmitidos a fecha de 1 de enero de 2009 (es decir, a fecha del devengo del impuesto). De hecho, la propia sentencia afirma que tal manifestación no ha sido discutida por las partes.

Además, la sentencia recoge que queda acreditado que las partes en la compraventa no pactaron expresamente ninguna cláusula de repercusión del impuesto. Debe incidirse en el hecho de que, en anteriores instancias, la parte vendedora y ahora recurrente sostuvo que tenía derecho a la repercusión del IBI en virtud de la estipulación quinta del contrato de compraventa. No obstante, en el seno del recurso de casación, no se discute la interpretación dada a esa cláusula por la sentencia recurrida, por lo que el Tribunal Supremo entiende que queda acreditado que las partes no pactaron expresamente la repercusión del IBI y que la transmisión se realizó libre de cargas y gravámenes.

Partiendo de las afirmaciones anteriores, el Tribunal Supremo considera que el artículo 63.2 de la LRHL faculta al sujeto pasivo para repercutir la carga tributaria soportada. Por lo tanto, la sentencia concluye que el citado precepto debe interpretarse en el sentido de que «[...] el sujeto pasivo del impuesto, en este caso la vendedora, puede repercutirlo, sin necesidad de pacto». A lo

que añade que «(e)l tenor del art. 63.2 LRHL advierte de la posibilidad de repercusión, sin sujetarlo a pacto que lo permita, limitándose el precepto a establecer que el reparto del importe del impuesto se hará conforme a las normas de derecho común, que no son otras, en este caso, que las de la compraventa (art. 1.445 y siguientes del C. Civil), en virtud de las cuales la compradora debe considerarse propietaria desde el momento de la entrega el 16 de marzo de 2009 (art. 609 del C. Civil)». Además, pese a lo dispuesto en la LRHL, las partes pueden pactar expresamente la imposibilidad de repercusión del IBI.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo estima el recurso de reposición interpuesto. Asimismo, la sentencia «[...] declara como doctrina jurisprudencial que el art. 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto en contrario, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador, en proporción al tiempo en que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea».

### 3. COMENTARIO CRÍTICO

Como expone el propio Tribunal Supremo, la sentencia analizada pretende fijar doctrina jurisprudencial respecto de la interpretación del artículo 63.2 de la LRHL en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles en los que no se realiza pacto alguno en relación con una eventual repercusión del IBI. Por tanto, la controversia del presente supuesto no es un aspecto propiamente de derecho tributario, pues como bien determina el precepto citado, la eventual repercusión del IBI se rige por las disposiciones propias del derecho civil.

Tributariamente, como se expone en la sentencia analizada, la posible repercusión de las cuotas del IBI no afecta ni altera de modo alguno la condición de sujeto pasivo y, por tanto, de obligado tributario al pago frente a la Administración tributaria correspondiente. Así, con independencia de los pactos que pudieran figurar en el contrato o de las reclamaciones de repercusión que pudieran darse, el sujeto pasivo del impuesto vendrá determinado por el titular del bien inmueble en el momento del devengo (art. 63.1 LRHL). De hecho, como el periodo impositivo del IBI coincide con el año natural y el devengo se produce el primer día de ese periodo (art. 75 LRHL), el obligado tributario al pago será, en el caso de compraventa, el titular del bien inmueble a fecha de 1 de enero del periodo impositivo en el que se produzca la transmisión.

Más controvertida ha sido la interpretación del artículo 63.2 de la LRHL que, como se ha expuesto, prevé «[...] la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común». Como bien argumenta la parte vendedora en su recurso de casación, la interpretación de este precepto ha dado lugar a una doctrina judicial contradictoria entre las diversas Audiencias Provinciales. En este caso, podemos diferenciar claramente dos posiciones doctrinales.

En primer lugar, diversas Audiencias Provinciales optaron por argumentar que, en los supuestos de compraventa, en virtud de los artículos 75.3, 61 y 63 de la LRHL, la parte vendedora es la única obligada al pago íntegro de la cuota tributaria del IBI, al tratarse de la titular del bien inmue-

ble en la fecha de devengo del mismo. No obstante, se permite a las partes, en virtud del principio de autonomía que rige en nuestro derecho contractual, pactar expresamente en el contrato de compraventa la repercusión del IBI por la parte vendedora del bien inmueble a la parte compradora.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.<sup>a</sup>) de 25 de junio de 2014 (rec. núm. 682/2013), objeto del recurso de casación que nos ocupa, analiza la estipulación quinta del contrato de compraventa que, como hemos visto, disponía que «(s)erán de cuenta de la parte vendedora todos los arbitrios, tasas, impuestos, y cualesquiera otros que se deriven de la propiedad, conservación y mantenimiento de las fincas hasta el día de hoy». En virtud de la cláusula anterior, la Audiencia Provincial de Madrid llega a la conclusión de que las partes pactaron que la parte vendedora asumía el pago de los tributos y gastos surgidos con anterioridad a la fecha de formalización de la compraventa (esto es, 16 de marzo de 2009). Así, la Sala considera que la obligación de pago de un tributo viene determinada por el momento de su devengo y, como el devengo del IBI se produce con fecha 1 de enero de cada periodo impositivo, el pago del mismo debe ser asumido por la parte vendedora. De hecho, el devengo del IBI ya había tenido lugar en el momento de formalizarse la compraventa. A lo que la Audiencia Provincial añade que «[...] si la intención y voluntad de las partes hubiere sido la de prorratear la cuota tributaria –como, en definitiva, viene a sostener la representación actora–, podían –y debían– haberlo especificado y concretado en la propia estipulación contractual».

Con anterioridad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.<sup>a</sup>) de 12 de septiembre de 2001 (rec. núm. 233/2001) resuelve un supuesto similar, si bien con base en la normativa anterior (es decir, la Ley de Haciendas Locales de 1988). En ese caso, la sentencia considera que, al no existir ningún pacto específico de las partes al respecto, el titular del bien inmueble a 1 de enero del año de la transmisión debe abonar por entero la anualidad del IBI correspondiente a ese ejercicio. Además, argumenta que, como dispone la legislación de Haciendas locales, los cambios en la titularidad tienen efectividad a partir del siguiente periodo impositivo.

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de noviembre de 2006 (rec. núm. 304/2006) nuevamente hace referencia a la imposibilidad de repercutir el IBI ante la inexistencia de pacto, acuerdo o convenio en el contrato de compraventa. En consecuencia, considera que la condición de sujeto pasivo del IBI recae en el titular del derecho a fecha de su devengo. Por ello, la Audiencia Provincial determina que «(n)o puede ser atendido el razonamiento así efectuado por la entidad recurrente, porque ya se ha indicado que salvo en caso de que se hubiese alcanzado un acuerdo o llegado a un pacto entre las partes nada autoriza el pretendido reparto, y por ello no puede aplicarse tampoco la tesis del pago por tercero, pues cuando la entidad actora abona el IBI que grava la vivienda que hoy es propiedad de la demandada correspondiente a la anualidad del año 2002 estaba abonando una deuda propia, pues era la única titular del inmueble al tiempo en que se devenga el impuesto y por tanto el sujeto pasivo del mismo».

En resumen, esta posición doctrinal establece que el principio de autonomía de las partes les permite pactar la posibilidad de que el sujeto pasivo del IBI (en caso de compraventa, el vendedor) pueda repercutir la totalidad o parte de la cuota al comprador del bien inmueble. En con-

secuencia, si las partes no hacen uso de esa facultad, debe entenderse que quieren que el sujeto pasivo del IBI asuma el pago de la cuota correspondiente a todos los efectos.

En contraposición a la tesis anterior, algunas Audiencias Provinciales argumentan que, aunque las partes no realicen pacto alguno al respecto, la cuota del IBI debe ser soportada por el titular del bien inmueble en cada momento. Como se ha expuesto, esta es la postura que finalmente adopta el Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente análisis.

Así, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.ª) de 22 de septiembre de 2000 (rec. núm. 446/2000) considera que la obligación de contribuir en el IBI deriva de la propiedad del bien inmueble, por lo que «[...] el impuesto con independencia de quién sea el obligado tributario debe soportarlo el dueño que lo sea en cada momento, y por el tiempo que sea, salvo pacto en contrario [...]». Este criterio, según la propia sentencia, ya fue seguido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 17 de diciembre de 1994 y por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 9 de junio de 2000.

En una línea similar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3.ª) de 23 de diciembre de 2003 (rec. núm. 173/2003) dispone que el hecho imponible del IBI está constituido por la propiedad de un bien inmueble (art. 61 LRHL), puesto que se trata de un tributo de carácter real y, con independencia de quién sea el obligado tributario y la fecha de devengo del impuesto, el impuesto ha de soportarlo el dueño que lo sea en cada momento, salvo que hubiere pacto en contrario. Por ello, en el supuesto analizado, al no existir pago en sentido contrario, la sentencia determina que «[...] aun cuando el sujeto pasivo del impuesto formalmente lo era la Mercantil Duna Beach, SL, titular del bien inmueble al inicio del ejercicio impositivo, la entidad actora es titular desde el mes de julio de 1999 al haberlo adquirido por compraventa, por lo que ambas deben compartir, por mitad, el importe correspondiente».

En aplicación de la doctrina sentada por la sentencia anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 6 de noviembre de 2007 (rec. núm. 323/2007) considera que la normativa de la LRHL de 1988 puede «[...] permitir al vendedor la posibilidad de reclamar del adquirente de un bien inmueble la parte proporcional del impuesto, atendiendo a la porción del periodo impositivo en que cada uno de ellos ostentara el derecho de propiedad». De hecho, la Audiencia Provincial argumenta que el artículo 75 de la LRHL de 1988 únicamente despliega su efecto en el orden administrativo o fiscal, pero sin relevancia en el orden jurídico privado. A lo que añade que, en el ámbito privado, la obligación de sufragar los tributos inherentes al derecho de propiedad debe soportarse por quien es titular del bien inmueble en cada momento. Por lo expuesto, la sentencia concluye que tal interpretación es conforme con lo dispuesto en el artículo 63 de la LRHL de 1988, al establecer que «[...] el sujeto pasivo puede repercutir la cantidad satisfecha en concepto de IBI conforme a las normas de derecho común. Por todo lo cual procede estimar el recurso».

En definitiva, la doctrina iniciada por estas sentencias considera que la condición de sujeto pasivo por la LRHL únicamente tiene efectos tributarios, debiéndose entender que, en el ámbito contractual, el IBI debe ser soportado por el propietario del bien inmueble en cada momento. Por

lo tanto, considera que la propia LRHL, en su artículo 63.2, permite al sujeto pasivo del impuesto repercutir la parte proporcional de la cuota al nuevo titular del bien inmueble.

Como hemos visto, esta argumentación es la que ha seguido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sentando doctrina en ese sentido. Si bien es probable que surjan nuevas sentencias en esta línea, pues recordemos que, en virtud del artículo 1.6 del Código Civil, la doctrina del Tribunal Supremo únicamente puede considerarse jurisprudencia cuando existen al menos dos sentencias de una misma Sala en las que existe una similitud entre los hechos y los fundamentos de derechos deducidos.

En todo caso, debemos tener presente que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2016 trata de poner fin a la discrepancia interpretativa existente respecto de la posibilidad de repercusión del IBI en los supuestos de transmisión por compraventa. Así, la sentencia concluye que, pese a que las partes no realicen ningún pacto al respecto, el obligado tributario al pago puede repercutir la parte proporcional a los nuevos titulares del bien inmueble. No obstante, la sentencia analizada no impone la obligación de los vendedores de bienes inmuebles de repercutir las cuotas del IBI abonadas por ellos en su condición de sujetos pasivos, si bien les faculta para exigir el pago proporcional del impuesto por la parte compradora, pese a que en el contrato de compraventa no se prevea expresamente la posibilidad de repercusión.

Asimismo, la doctrina seguida por el Tribunal Supremo marca una clara diferenciación entre el ámbito tributario del impuesto y el ámbito civil del mismo. En ningún momento, se discute que la condición de sujeto pasivo del IBI es la que deriva de la LRHL, si bien esa condición, según la argumentación seguida, no puede trasladarse al ámbito del derecho privado. En el ámbito del derecho civil, el propietario de un bien inmueble es aquel que ostenta la titularidad en cada momento y, como el IBI es un impuesto que grava la titularidad sobre bienes inmuebles, tiene plena coherencia que, como regla general, cada uno de los titulares de un bien inmueble deba soportar la parte proporcional de la cuota IBI que le corresponda. Sin embargo, no debemos olvidar que nos hallamos en una exigencia que se rige por la normativa contractual, por lo que las partes, en virtud de su autonomía, pueden realizar cualesquiera pactos al respecto.

## LA COMPROBACIÓN DE LAS OPERACIONES VINCULADAS: ¿MODELO UNITARIO O DUAL?

**Análisis de la RTEAC de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 4202/2016)**

**Pilar Álvarez Barbeito**

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

**José Manuel Calderón Carrero**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de A Coruña*

---

### EXTRACTO

Este trabajo analiza la importante doctrina administrativa derivada de la Resolución del TEAC de 8 de septiembre de 2016, dictada en recurso de alzada para unificación de criterio, en relación con determinados aspectos del procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas. En particular, la cuestión central debatida se refiere a si, tras la reforma material y procesal de la regulación de las operaciones vinculadas llevada a cabo por la Ley 36/2006 (de la que es continuista la actual LIS), la Administración tributaria solo puede comprobar las operaciones vinculadas de acuerdo con el procedimiento específicamente establecido (modelo unitario) o por el contrario puede acudir al procedimiento general de inspección e iniciar varias comprobaciones respecto de los distintos sujetos implicados en las operaciones vinculadas (modelo binario/dual). Las consecuencias de uno u otro modelo de procedimiento no son neutrales para las partes implicadas, tal y como se expone a través de este comentario.

---

## 1. SUPUESTO DE HECHO

El Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha emitido una reciente Resolución, de 8 de septiembre de 2016 (R. G. 4202/2016), en relación con las distintas fórmulas y procedimientos que la Administración puede poner en marcha para la comprobación de las operaciones vinculadas. En este caso concreto el tribunal analizó las operaciones vinculadas realizadas entre un profesional de la medicina y la sociedad en la que participaba, al 90%, junto con su cónyuge, entidad dedicada a la actividad de consultorio médico y cuyos ingresos procedían fundamentalmente de la prestación de servicios médicos, al margen de algunos rendimientos por arrendamiento de servicios. Por otra parte, y además de algún personal encargado de tareas administrativas, el referido profesional era el único especialista contratado por la sociedad, desde cuyas instalaciones realizaba también en nombre y por cuenta propia la actividad de medicina para otras entidades, tales como aseguradoras.

En este contexto, la comprobación de las referidas operaciones vinculadas se llevó a cabo a través de dos procedimientos de inspección. Así, en la misma fecha la Administración tributaria puso en marcha actuaciones de carácter general que afectaron, de una parte, al impuesto sobre la renta de las personas físicas del profesional y, por otra, al impuesto sobre sociedades de la entidad, alcanzando ambas a los mismos ejercicios (2007-2008), y terminando con un acuerdo de liquidación que fue objeto de reclamación por parte del socio vinculado ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Canarias, que respaldó la que constituía la principal pretensión del contribuyente.

En concreto, el afectado entendió que, dada la puesta en marcha del procedimiento inspector, en fecha posterior a las modificaciones que tanto la Ley 36/2006 como el Real Decreto 1793/2008 realizaron, respectivamente, sobre el texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (RDLeg. 4/2004, TRLIS) así como sobre su reglamento de desarrollo, esta debería ser la normativa aplicable en este caso. Analizada tal regulación específica en el impuesto sobre sociedades sobre el procedimiento aplicable a la comprobación de las operaciones vinculadas, el referido tribunal regional respaldó el argumento del contribuyente en el sentido de entender que no resulta procedente poner en marcha procedimientos de inspección simultáneos e independientes frente a las dos partes vinculadas. Y ello porque las reglas procedimentales aplicables al caso obligan a entender, en primer lugar y a tenor del artículo 16.9 del TRLIS, que las actuaciones de comprobación en el seno de un procedimiento iniciado respecto de un sujeto «se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario» y, en segundo lugar, que «solo cuando la liquidación practicada al obligado tributario, en este caso la sociedad, haya adquirido firmeza, la Administración regularizará la situación tributaria de las demás personas o entidades vinculadas conforme al valor comprobado y firme», extremo que se desprende del artículo 21 del Reglamento del impuesto sobre sociedades (RIS).

En este escenario, considerado gravemente dañoso por el director de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), se interpuso por parte de este un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio que ahora ha resuelto el Tribunal Central estimando las pretensiones de la Administración.

## 2. CRITERIO DEL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

Para llegar a sus conclusiones, el TEAC comienza por analizar cuál era el procedimiento aplicable para comprobar el valor de mercado en el ámbito de las operaciones vinculadas antes y después de la reforma operada por la Ley 36/2006.

Así, considera que antes de la misma, el aludido procedimiento de comprobación se configuraba como un procedimiento autónomo del propio procedimiento inspector que se seguía con el obligado tributario. En ese procedimiento autónomo tenían entrada también las partes vinculadas con el obligado tributario que estaba siendo sometido al procedimiento de inspección, extremo que el TEAC explica porque, conforme a la normativa vigente en ese momento, la Administración solo podía valorar a mercado las operaciones cuando la valoración convenida hubiera determinado, considerando el conjunto de las personas o entidades vinculadas «una tributación en

España inferior a la que hubiere correspondido por aplicación del valor normal de mercado» o «un diferimiento de dicha tributación». En esa situación convenía la participación de todas las partes implicadas para que la Administración pudiera apreciar la concurrencia de esos aspectos, que lógicamente tenían que valorarse en el conjunto de las entidades o personas implicadas<sup>1</sup>.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2006 –cuya regulación, añadimos nosotros, es muy similar a la actualmente recogida en los arts. 18.9 de la Ley 27/2014 (LIS 2014) y 19 del RD 634/2015 (RIS 2015)–, desaparece la limitación de la «tributación inferior» o del «diferimiento en la tributación», y dado que los obligados tributarios deben valorar a mercado en todo caso las operaciones vinculadas, pudiendo comprobarlo la Administración, el TEAC entiende que pierde su sentido la existencia del citado procedimiento autónomo y especial y, por tanto, la participación en él de las partes vinculadas con el obligado tributario respecto del que se ha iniciado el procedimiento inspector. De ese modo, la comprobación del valor de mercado de tales operaciones pasa a configurarse como una actuación más del procedimiento inspector seguido con el obligado tributario, esto es, se va a desarrollar en el seno del propio procedimiento inspector iniciado respecto del obligado tributario cuya situación tributaria va a ser objeto de comprobación, de manera que las actuaciones se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario hasta que se dicte la liquidación como consecuencia de la corrección valorativa. Por su parte, los demás obligados vinculados se integrarán en el procedimiento una vez que este ha concluido respecto del obligado tributario principal, es decir, cuando la Administración ya ha practicado la corrección valorativa y ha girado la liquidación tributaria provisional. Así las cosas, dicha participación queda limitada a la vía de recurso y reclamaciones, no pudiendo intervenir en la fase previa de la comprobación del valor normal de mercado<sup>2</sup>.

Pues bien, tras el análisis de los dos cauces procedimentales existentes antes y después de la aludida reforma operada por la Ley 36/2006, el TEAC puntualiza que «el hecho de que se haya modificado esta regulación procedimental, simplificándola, [...] no significa, [...] que se excluya la posibilidad de que la Administración pueda llevar a cabo sus actuaciones de comprobación e investigación iniciando simultáneamente comprobaciones inspectoras respecto de las distintas partes vinculadas implicadas». A juicio del Tribunal Central, las consideraciones efectuadas en el ámbito regional con apoyo en el artículo 21 del RIS (en la redacción dada a este precepto por el RD 1793/2008) son correctas, pero solo en los casos en los que la Administración haya decidido iniciar un procedimiento de inspección únicamente respecto de una de las partes vinculadas, en cuyo caso es cierto que solo cuando adquiera firmeza la liquidación practicada al obligado tributario podrá la Administración regularizar la situación tributaria del resto de personas vinculadas conforme al valor comprobado y firme.

<sup>1</sup> En relación con el procedimiento de comprobación de operaciones vinculadas recogido en el TRLIS antes de la reforma operada por la Ley 36/2006, puede consultarse la obra de GARCÍA HERRERA-BLANCO, C.: *Precios de transferencia y otras operaciones vinculadas en el impuesto sobre sociedades*, IEF, Madrid, 2001.

<sup>2</sup> Sobre el modelo de comprobación de operaciones vinculadas articulado por la Ley 36/2006, puede consultarse el estudio recogido en MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, A Coruña, Netbiblo, 2012.

Ahora bien, concluye el Tribunal Central, dicho precepto, conforme a su literalidad, solo es aplicable en esos casos, de forma que no puede extenderse sin más a los supuestos en los que la Administración haya iniciado procedimientos de inspección simultáneos de las operaciones vinculadas respecto de las distintas partes implicadas.

Esta conclusión, añade el tribunal, en absoluto mengua o incumple las garantías y finalidades perseguidas con la regulación contenida en preceptos como el artículo 16.9 del TRLIS y el artículo 21 del RIS –particularmente las de homogeneidad y coherencia–, ya que cuando se inician procedimientos de inspección respecto de las diferentes partes vinculadas también se asegura que el ajuste se basará en los mismos criterios, al comprobarse a todas las partes a la vez. Al mismo tiempo, el derecho a la defensa de los intereses de estas queda salvaguardado, toda vez que cada una de ellas alegará lo que estime pertinente respecto de la comprobación de valor realizada en el seno de sus respectivos procedimientos de inspección.

### 3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Tal y como se desprende de todo lo expuesto anteriormente, el TEAC ha resuelto, en unificación de criterio, que la regulación procedimental de la comprobación de las operaciones vinculadas prevista en el TRLIS tras la reforma operada por la Ley 36/2006 –muy similar, como hemos apuntado, a la actual– no impide en modo alguno que se tramiten varios procedimientos simultáneos de inspección respecto de los distintos contribuyentes con el objeto de comprobar específicamente sus operaciones vinculadas. De acuerdo con esta doctrina del TEAC, las normas reguladoras del procedimiento de comprobación de operaciones vinculadas (arts. 16.9 TRLIS, en su redacción posterior a la Ley 36/2006, y 21 RIS, en su redacción dada por el RD 1793/2008), que establecen que las actuaciones de comprobación del valor de mercado de las operaciones vinculadas en el marco de un procedimiento de inspección iniciado frente a un obligado tributario «se entenderán exclusivamente con dicho obligado tributario», así como sus consecuencias –obligación de notificar a las otras partes para que eventualmente presenten el correspondiente recurso o la regularización de esas otras partes tras la firmeza de la liquidación provisional frente al obligado tributario principal– no serán de aplicación en los casos donde la Administración inicie dos procedimientos de inspección simultáneos comprobando las operaciones vinculadas llevadas a cabo por las partes implicadas en las mismas.

El TEAC justifica su conclusión entendiendo que esta «modalidad procesal binaria» o de «doble procedimiento» cumple igualmente con las finalidades y garantías que inspiraron el modelo de procedimiento simplificado articulado por la Ley 36/2006, ya que no se perjudican los derechos de defensa y de sigilo, ni se pone en peligro la prescripción, al tiempo que se garantizan la homogeneidad y coherencia del ajuste, al citarse a las distintas partes vinculadas por la Inspección y considerar que de esta forma los ajustes en los dos procedimientos se basarán en los mismos criterios materiales. A este respecto, el tribunal apoya sus argumentos en el hecho de que «la Administración no puede ir contra sus propios actos», extremo que posee trascendencia

práctica, particularmente en el marco de operaciones vinculadas encadenadas, comprobadas con posterioridad o de forma no simultánea o sincrónica, como servicios intragrupo u operaciones triangulares o transacciones integradas en una compleja cadena de suministro.

No obstante lo anterior, a nuestro juicio, no deja de resultar llamativo que el TEAC considere que, en todo caso, el derecho de defensa de las partes estará garantizado en los mismos términos en este modelo de «doble procedimiento» de comprobación de las operaciones vinculadas, sobre la base de que se permite que cada parte presente el correspondiente recurso frente a la liquidación dictada en el procedimiento al que ha estado sujeto.

A nuestro juicio, tales conclusiones podrían sustentarse en aquellos casos en los que, en el procedimiento de revisión, tales recursos puedan tramitarse de forma coetánea o bien puedan acumularse, extremos que han de matizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley General Tributaria (LGT), que configura dicha posibilidad como potestativa requiriendo, además, identidad de ámbito territorial del correspondiente órgano económico-administrativo encargado de resolver.

A este respecto, cabe observar cómo los argumentos desarrollados por el TEAC parecen estar contruidos pensando únicamente en un caso donde el mismo órgano de la Administración tributaria, competente territorialmente, inicia «simultáneamente» un procedimiento de inspección frente a los diferentes contribuyentes implicados en una operación vinculada, ostentando la competencia orgánica-funcional y territorial sobre ambos sujetos, de manera que ambos procedimientos no solo se tramitarán simultáneamente sino que existe o concurre efectiva coordinación de actuaciones al ser realizadas por el mismo órgano instructor o por quienes de él dependan.

En estos casos, lo lógico es que la regularización derivada de los dos procedimientos de inspección desarrollados simultáneamente en realidad integre una regularización completa y bilateral de las operaciones vinculadas comprobadas, de manera que exista consistencia en cuanto a los hechos, la calificación jurídica de las operaciones, la valoración de mercado (metodología, comparables, etc.) y el ajuste primario y secundario (con posibilidad de restitución patrimonial), además de protegerse el derecho de secreto tributario de los contribuyentes comprobados. No obstante, no puede descartarse que los diferentes sujetos vinculados que son parte en operaciones objeto de regularización adopten posiciones distintas e incluso desarrollen estrategias de defensa y controversia asimétricas. Y en este contexto podría plantearse la presentación de recursos de tales sujetos frente a las distintas liquidaciones dictadas. Pues bien, en este escenario, y a tenor del artículo 232.1 b) de la LGT, no resulta del todo claro que las partes vinculadas inspeccionadas se hallen legitimadas para recurrir la liquidación que les afecte dictada frente al otro obligado tributario vinculado<sup>3</sup>, de suerte que tal eventual falta de legitimación podría plantear problemas

<sup>3</sup> El TEAC, en su Resolución de 27 de febrero de 2004, estableció que la legitimación activa para promover reclamación económico-administrativa exige una relación unívoca e inmediata entre quien la ejerce y el objeto de la pretensión, de tal forma que la anulación del acto impugnado produzca un efecto actual y cierto para la recurrente, tanto si es bene-

de defensa<sup>4</sup>. Del mismo modo, cabe pensar también en la posibilidad de que se planteen escenarios muy diversos en lo que se refiere a la terminación de los distintos procedimientos de inspección que hubieran podido iniciarse, de suerte que uno de ellos puede terminar con un acta de conformidad respecto de un contribuyente y, sin embargo, respecto de otro puede acabar con un acta de disconformidad. Ello aconseja que se instrumenten mecanismos específicos que garanticen un tratamiento fiscal uniforme y consistente para todas las partes implicadas en las operaciones vinculadas comprobadas, sin que ello acontezca por el mero hecho de que los contribuyentes puedan personarse en los procedimientos de revisión instados por la otra parte vinculada y ello pueda desplegar efectos para todas las partes (art. 239.5 LGT).

No obstante todo lo anterior, y al margen de los referidos supuestos, en los que un mismo órgano con competencia orgánica-funcional y territorial inicie de forma simultánea los procedimientos de inspección frente a los contribuyentes implicados en las operaciones vinculadas objeto de comprobación, resulta más difícil aceptar sin matices la tesis del TEAC. Así, consideramos que la doctrina del TEAC, que podría ser aplicable *mutatis mutandis* a la regulación actual del procedimiento de comprobación de las operaciones vinculadas, debería limitar sus efectos a los específicos supuestos en los que se ha planteado, resultando de aplicación general para el resto de los casos la regulación recogida en los artículos 18.12 de la LIS 2014 y 19 del RIS 2015<sup>5</sup>. Y ello, porque las consideraciones que realiza el tribunal en virtud de las cuales las mismas garantías y derechos que han tratado de protegerse con el modelo de procedimiento de inspección único se respetan igualmente cuando se inicia un procedimiento de inspección «binario», pueden perder su virtualidad en aquellos supuestos, nada inusuales, en los que la instrucción de las inspecciones

---

ficioso como perjudicial, del que surja el interés legítimo. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 257/1988, declaró que para ostentar legitimación es necesario que con el éxito de la reclamación se represente para el reclamante un beneficio material o jurídico o, por el contrario, la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto combatido de la Administración le pudiera originar un perjuicio, debiéndose tratar, en todo caso, de un interés personal y actual. El TEAC, en aplicación de la normativa anterior a la LGT de 1963, resolvió en sentido negativo algunos casos dudosos de legitimación activa: a) no tienen legitimación los accionistas de una sociedad en el procedimiento económico-administrativo instado por la sociedad (Resolución de 16 de enero de 1998); b) no se encuentra legitimado un banco que presta el servicio de caja a un cliente en relación con el apremio dirigido a este (Resolución de 13 de enero de 2000); c) no se encuentra legitimado un cónyuge respecto a las actuaciones realizadas en relación con el otro cónyuge en su condición de administrador de una sociedad, por ejemplo, medidas cautelares, pero sí respecto a la diligencia de embargo a este de una finca de la que dice ser titular el primer cónyuge (Resolución de 8 de marzo de 2000); y d) no existe legitimación del contribuyente para oponerse a los requerimientos de información realizados a terceros referidos al mismo, pues el conocimiento por parte de la Administración de estos datos no afecta a sus intereses sino a partir del momento en que, incorporados a un procedimiento de gestión, sirvan de fundamento a una liquidación tributaria (Resolución de 30 de noviembre de 2001).

<sup>4</sup> Véase la jurisprudencia constitucional citada en la nota precedente, y las SSTC 10/1999, 121/1999 y 221/1999, sobre el derecho de acceso a los recursos como parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución española.

<sup>5</sup> Sobre el modelo actual de comprobación de operaciones vinculadas puede consultarse CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «El procedimiento de comprobación en las operaciones vinculadas», *Nuevo Régimen Fiscal de las Operaciones Vinculadas*, CISS, Valencia, 2016.

puede correr a cargo, por ejemplo, de órganos con diferente competencia desde el punto de vista territorial. Basta pensar en sociedades cuyos socios sean residentes en diferentes comunidades autónomas o no residentes en territorio español.

A mayor abundamiento, cabe destacar como el TEAC apenas aborda algunas consecuencias relevantes que se derivan del «modelo binario», esto es, de la simultaneidad de procedimientos de inspección frente a las personas vinculadas implicadas en las operaciones comprobadas. Lo cierto es que dicho modelo binario –a diferencia de lo que acontece en el marco del modelo de procedimiento de comprobación de operaciones vinculadas de carácter único o «unitario» establecido en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la reforma operada por la Ley 36/2006, en el que se investigan las operaciones vinculadas realizadas por un contribuyente– permite a la Administración tributaria obtener más información sobre tales operaciones, y por tanto tener una visión global de las mismas más completa en términos fácticos, documentales y de análisis de activos, funciones y riesgos que la que pueden llegar a tener, en algunos casos, las propias partes vinculadas. Tal información bilateral, resultado de la combinación de los datos obtenidos de los diferentes contribuyentes implicados en la operación vinculada, puede ser usada para fijar y fundamentar el criterio único de regularización frente a los diferentes contribuyentes, en tanto que estos solo tienen acceso a una parte de la referida «información bilateral/combinación de datos», ya que no existe un «expediente único», como sucedía bajo el modelo procedimental previo a la reforma operada por la Ley 36/2006, sino dos o más «expedientes» derivados de los distintos procedimientos de inspección donde se ventila la comprobación de las operaciones vinculadas de que se trate. Es cierto, sin embargo, que el artículo 236 de la LGT regula la puesta de manifiesto de todo el expediente a todos los interesados que hubieran comparecido en la reclamación, de manera que personas distintas a los destinatarios específicos del acto objeto de reclamación pueden tener acceso a la información recogida en el expediente. Ahora bien, no se pierda de vista que para acceder al expediente se requiere el reconocimiento de la legitimación activa en los términos del artículo 232 de la LGT. A su vez, el acceso por terceros a la información confidencial de otros contribuyentes puede entrar en colisión con los derechos protegidos por el secreto tributario<sup>6</sup>.

En nuestra opinión, tal circunstancia, en algunos casos, puede provocar que dicho modelo, que puede comportar una mayor eficacia administrativa –si efectivamente concurren las aludidas circunstancias de identidad competencial y territorial del órgano encargado de las inspecciones–, pueda tensionar excesivamente (y sin justificación suficiente que ampare tal erosión) importantes derechos y garantías que asisten a los afectados, tales como el derecho de defensa de las partes, que pueden ser vinculadas pero no siempre comparten determinada información relativa a la configuración de los precios de transferencia, o el derecho al secreto tributario. De ese modo, la pretendida neutralidad en términos de derecho de defensa que, según el TEAC, resulta de un doble procedimiento de inspección frente a los dos contribuyentes implicados en las operaciones vinculadas, puede ponerse en tela de juicio en algunos casos.

<sup>6</sup> Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M.: *El derecho de los contribuyentes al secreto tributario*, A Coruña, Netbiblo, 2009.

A mayor abundamiento ha de repararse en el hecho de que, si efectivamente el principio de mayor eficacia fundamenta el inicio de varios procedimientos de inspección simultáneos, esto debería llevarse hasta sus últimos términos, de manera que a la hora de comprobar las operaciones vinculadas de que se trate, se analicen todas aquellas operaciones que influyan o impacten de alguna manera sobre las primeras, lo cual no siempre acontece, ni siquiera en comprobaciones sencillas como las relativas a operaciones vinculadas de sociedades de servicios profesionales<sup>7</sup>. Asimismo, cabría plantear si la aludida mayor eficacia de la comprobación en la que se basa la comprobación simultánea de los sujetos implicados en operaciones vinculadas podría amparar una solicitud por parte de estos en tal sentido, en aquellos casos en los que se realice una comprobación unitaria de las operaciones vinculadas, invocando los artículos 98.1 y 149 de la LGT, así como el artículo 103.1 de la Constitución española.

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto la compleja problemática que suscita el tema abordado, llevándonos a entender que las soluciones que puedan arbitrarse para resolver las diferentes situaciones que se planteen en la práctica deben partir del hecho de que el legislador, tras la reforma operada por la Ley 36/2006, optó claramente por un modelo procedimental unitario y no binario, como el que ahora parece estar amparando el TEAC. De ese modo, habrá que entender que las premisas y fundamentos asumidos por este tribunal a efectos de validar el modelo binario de comprobación de operaciones vinculadas únicamente resultarían válidos en determinados casos, como el que se planteó en el marco de la resolución del TEAR de Canarias objeto del recurso interpuesto por el director de Inspección Financiera y Tributaria de la AEAT. Por tanto, creemos que el modelo binario no debería resultar de aplicación general más allá de tales supuestos, e incluso en este ámbito específico deben establecerse mecanismos que garanticen la coordinación procedimental a los efectos del ajuste bilateral, protejan la confidencialidad de determinada información no obtenida en el marco de dos o más procedimientos de inspección desarrollados frente a distintos contribuyentes<sup>8</sup>, y se garanticen igualmente los derechos de las partes a los efectos de la eventual presentación de los correspondientes recursos frente a las liquidaciones tributarias que les afecten. Por todo ello, consideramos que resulta recomendable con carácter general la aplicación del modelo unitario de procedimiento de comprobación de operaciones vinculadas establecido en nuestro ordenamiento tras la reforma operada por la Ley 36/2006.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, el caso abordado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de abril de 2016 (rec. núm. 355/2014).

<sup>8</sup> En todo caso, debería establecerse que las demás partes vinculadas afectadas por la regularización que accedieran a datos de otros contribuyentes vinculados en este contexto no pudieran usarla para otros fines ni revelarla a terceros, salvo a los efectos de ejercitar sus derechos de defensa, estableciéndose el correspondiente régimen sancionador. A este respecto cabe destacar que en Estados Unidos existe un procedimiento a través del cual el contribuyente afectado por un requerimiento de información en el marco de una inspección tributaria puede solicitar la no revelación de secretos empresariales o la revelación de una determinada manera que proteja su confidencialidad. *Vid.* CUNNINGHAN, R. y O'BRIEN, J.: «Protecting against the disclosure of trade secrets to independent experts and third-party fact witnesses during an IRS Audit», *The Tax Executive*, n.º 99, marzo-abril, 1990; y SHICK, P.: «US: "Confidentiality of Taxpayer Information"», *International Transfer Pricing Journal*, enero-febrero, 2000.

En este orden de cosas, cabe poner de relieve cómo la propia evolución del estándar internacional relativo a los precios de transferencia y sus consecuencias o derivadas de naturaleza procedimental podría requerir su toma en consideración en España a efectos de reconfigurar el marco normativo y procesal aplicable a las «operaciones vinculadas». Así, no puede desconocerse cómo el *soft law* global sobre el principio de plena competencia (las Directrices OCDE de Precios de Transferencia adaptadas a las Acciones 8-10 y 13 del Plan BEPS) trae consigo un nuevo marco material de cumplimiento en materia de precios de transferencia mucho más exigente y robusto, en términos de sustancia económica, carga de la prueba y obligaciones formales, que está pensado para grandes contribuyentes, evidenciando, por tanto, las diferencias entre «operaciones vinculadas» y «precios de transferencia»<sup>9</sup>.

Asimismo, las tendencias internacionales en materia de procedimientos administrativos para el control y la gestión de riesgos fiscales de los precios de transferencia de las grandes empresas pivotan básicamente sobre dos grandes ejes<sup>10</sup>; por un lado, el desarrollo de modelos de comprobación colaborativos que toman en consideración las propias dificultades que afrontan tanto las autoridades fiscales como los contribuyentes a efectos de lograr un cumplimiento razonable de la normativa de precios de transferencia en un contexto donde las MNE operan con modelos organizativos, estructuras y operaciones complejas, dinámicas y singulares que están altamente influenciadas por la coyuntura económica, el sector y las estrategias de mercado; y, por otro, la necesidad de establecer mecanismos que aseguren la buena gobernanza administrativa y el correcto funcionamiento de los procedimientos de comprobación de los precios de transferencia, contemplando igualmente mecanismos alternativos de resolución de controversias.

---

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse el estudio y la bibliografía recogida en CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento Tributario Cooperativo y Buena Gobernanza Fiscal en la Era BEPS*, Thomson-Aranzadi, 2015.

<sup>10</sup> Vid. OECD, *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, Paris, 2012; e IRS, *Transfer Pricing Audit Roadmap*, 17 de febrero de 2015. A este respecto, resulta reseñable cómo el *US Treasury Inspector General for Tax Administration*, en su informe de 28 de septiembre de 2016 (*Barriers Exist to Property Evaluating Transfer Pricing Issues*), ha insistido en la necesidad de que los equipos de la Inspección del IRS sigan el *IRS' Transfer Pricing Roadmap* en las comprobaciones de precios de transferencia, ya que ello aportaría seguridad jurídica y buena gobernanza administrativa y permitiría una práctica más consistente.

## SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

**Rafael Enric Herrando Tejero**

*Inspector de Hacienda del Estado  
Profesor del CEF*

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 16 de noviembre de 2015 (BOE de 23 de noviembre)].

---

### EXTRACTO

Desarrollamos a continuación el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 16 de noviembre de 2015 (BOE de 23 de noviembre).

A lo largo del dictamen, estructurado en ocho partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, aduanas e impuestos especiales y procedimientos de gestión tributaria, Inspección de los Tributos y recaudación.

**Palabras claves:** IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, aduanas e impuestos especiales y procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

---

## **ENUNCIADO**

### **I. PLANTEAMIENTO**

A partir de la información que se recoge en las páginas siguientes, deberá Usted elaborar un dictamen que aborde los aspectos tributarios, civiles y mercantiles que puedan derivarse del mismo.

El dictamen se estructura en las ocho partes que se citan a continuación.

- **Parte 1.<sup>a</sup>** Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe.
- **Parte 2.<sup>a</sup>** Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos.
- **Parte 3.<sup>a</sup>** Aspectos relativos al impuesto sobre sociedades (IS).
- **Parte 4.<sup>a</sup>** Aspectos relativos a los impuestos sobre el valor añadido (IVA) y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP y AJD).
- **Parte 5.<sup>a</sup>** Aspectos relativos a aduanas e impuestos especiales.
- **Parte 6.<sup>a</sup>** Aspectos relativos al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF).
- **Parte 7.<sup>a</sup>** Aspectos relacionados con los procedimientos de gestión de tributaria.
- **Parte 8.<sup>a</sup>** Aspectos relacionados con los procedimientos de recaudación.

### **II. NOTAS**

Para la redacción del dictamen se tendrán en cuenta los siguientes criterios y consideraciones:

- La fecha del dictamen es la del día de hoy: 22 de abril de 2016.
- Se considerará que la normativa sustantiva y procedimental que ha estado vigente en todos los ejercicios ha sido la misma, y es la que está vigente a fecha de hoy.
- Igualmente, y si ello es necesario para la resolución de alguna cuestión del dictamen, se considerará que en el resto de países existe una legislación idéntica a la vigente en España, salvo que se indique expresamente lo contrario en algún punto concreto.
- Cada apartado del dictamen es independiente y autónomo, debiéndose hacer abstracción del resto de apartados en orden a la contestación a las cuestiones que en cada uno de ellos se plantea.

- En cada apartado del dictamen se expresan las cuestiones a las que debe responder el opositor, sin perjuicio de que se pueda abordar también cualquier otra cuestión que considere relevante.

### III. INFORMACIÓN BÁSICA COMÚN A TODOS LOS APARTADOS

La sociedad Boinaparte, SL es una mercantil regular constituida por tiempo indefinido en 20X5. Su domicilio social se halla en Burgos. Su capital está formado por 1.000 participaciones cuya titularidad corresponde, a partes iguales, a don Ernesto Maté, a su esposa doña Dolores Fuertes y a sus hijas Desiré y Jennifer. Desde la constitución no ha habido cambios en el capital ni en los porcentajes de distribución del mismo.

Según consta en los estatutos inscritos en el Registro Mercantil, la administración de la sociedad corresponde solidariamente a dos administradores inscritos: el señor Maté y su esposa. Los estatutos señalan que el cargo de administrador no está retribuido.

La sociedad tiene como objeto social la venta al por mayor y al por menor de sombreros y tocados, siendo su producto estrella unas boinas de lana en varios colores que compra en Francia y Suiza. La actividad de comercialización al por mayor se realiza en los locales de su sede en Burgos y en la planta baja de esa misma sede disponen de tienda abierta al público. Adicionalmente tienen una sucursal para venta al público en Logroño. La correspondiente declaración censal (modelo 036) declara el epígrafe de actividad 612.46.

Para la importación cuenta con un proveedor, ubicado en España, al cual encarga efectúe la compra en Suiza y toda la tramitación aduanera, si bien los contactos comerciales, el encargo de pedidos, la determinación de precios, cantidades y calidades se realiza directamente desde la sede de Burgos.

El señor Maté tiene, adicionalmente, junto con su esposa, una sociedad limitada dedicada a la consultoría comercial de empresas, denominada Yaptonodi, SL, a través de la cual factura una vez al año a Boinaparte 150.000 euros por servicios de gestión, asesoría contable, fiscal y mercantil y otros varios. No tiene personal contratado. Por su parte, Desiré Maté es administradora y socia única de Flores de Lemus, SL, entidad dedicada a la promoción inmobiliaria.

#### Parte 1.<sup>a</sup> Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe

Se estructura en tres apartados para su mejor comprensión:

**Primero.** El 1 de enero de 20X15 se inició por la Agencia Tributaria procedimiento de comprobación limitada respecto a la entidad Boinaparte, SL, notificándose el inicio de las actuaciones en el domicilio social en Burgos, coincidente con el domicilio fiscal según las bases de datos de

la Agencia Tributaria. En dichas actuaciones se examinaron los libros, registros y documentos de carácter oficial y determinadas facturas, aportadas a requerimiento de la Agencia Tributaria por el señor Maté en su condición de representante de la sociedad tal y como consta en diligencia de fecha 30 de enero de 20X15. Dicho procedimiento concluyó mediante liquidación provisional debidamente notificada el 30 de abril de 20X15.

El 2 de julio de 20X15, Desiré, una de las hijas del señor Maté, presenta a través del Registro de la Agencia Tributaria escrito solicitando la revisión de la correspondiente liquidación por ser nula de pleno derecho alegando que las actuaciones se han llevado a cabo con quien ya no ostentaba el carácter de administrador y representante, y aportando al efecto documento privado, otorgado por el matrimonio Maté-Fuertes el 15 de enero de 20X15, por el cual se otorgaba a la reclamante la condición de administradora y apoderada de la mercantil.

*Se pide:*

Analice:

1. Viabilidad de la revisión de oficio planteada y otras vías administrativas-judiciales para denunciar los vicios invocados.
2. Incidencia de los vicios invocados en el procedimiento y liquidación practicada.

**Segundo.** Una vez transcurridos los plazos de ingreso en periodo voluntario de la liquidación anterior, se inició el correspondiente procedimiento de apremio. En el seno del mismo, se dictó diligencia de embargo sobre el edificio que constituye la sucursal de la mercantil Boinaparte, SL en Logroño. Al tener conocimiento de ello la consultora comercial participada por el matrimonio Maté-Fuertes, Yaptonodi, SL, presenta tercería de dominio aportando documento privado de compraventa de fecha 15 de marzo de 20X15.

*Se pide:*

Analice la viabilidad de la tercería interpuesta.

**Tercero.** Durante las actuaciones de recaudación, se ha tenido conocimiento de que desde febrero de 20X15 a marzo de 20X15 han existido transferencias de elevadas sumas de dinero desde Boinaparte, SL a diferentes cuentas bancarias a nombre del señor Maté como persona física, así como a Flores de Lemus, SL, entidad dedicada a la promoción inmobiliaria de la que su hija, Desiré, es administradora y socia única.

También a raíz de dichas actuaciones se inició procedimiento de derivación de responsabilidad al señor Maté el 1 de enero de 20X16, dictándose acuerdo de derivación practicados los trámites oportunos.

Derivado de dicho acuerdo, al procederse a los embargos sobre dos pisos cuya titularidad ostentaba el señor Maté, de carácter ganancial con su mujer, se constata que con fecha 15 de enero de 20X16 aquel efectuó, mediante escritura pública, donación de ambos inmuebles a su hermano, Félix Maté. En dicha escritura pública intervinieron únicamente el señor Maté y su hermano.

*Se pide:*

Analice los efectos jurídicos de las actuaciones y negocios realizados y el posible ejercicio de acciones penales y civiles.

## **Parte 2.<sup>a</sup> Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos**

*Se pide:*

Efectuar los comentarios razonados que entienda ajustados a la normativa vigente respecto de las manifestaciones del representante del obligado tributario (I, II, III, IV y V) en relación con la siguiente secuencia de hechos acaecidos en la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la Agencia Tributaria en Castilla y León.

**Primero.** El 1 de noviembre de 20X15 se personan en el domicilio fiscal, que coincide con el social, funcionarios de la Inspección al objeto de iniciar actuaciones de comprobación de carácter general respecto de los ejercicios de 20X12 a 20X14, por los conceptos IVA e IS. El señor Maté, presente en la sede de Burgos, prestó su consentimiento a la entrada de los funcionarios de la inspección, circunstancia que se recogió en diligencia levantada por la Inspección. La Inspección, que había obtenido del juez autorización para la entrada en los locales, sin embargo, ante la aceptación voluntaria del representante del obligado tributario, decide no exhibir la misma.

Recabadas las pruebas, incluyendo varios archivadores con albaranes de efectivo, discos duros conteniendo las copias de los ficheros y registros informáticos de la sociedad, y una vez recontado el contenido de la caja de seguridad de la empresa (en la que aparecen 1,2 millones de euros en efectivo así como 0,5 millones de euros en francos suizos, y 3 lingotes de oro de 1 kg), la Inspección documenta los hechos y da por finalizada la actuación. En ese momento el señor Maté efectúa las siguientes manifestaciones:

I. Que todo lo actuado es nulo por no haberse entendido las actuaciones con su esposa, la cual también es administradora de Boinaparte, SL.

II. Que la Inspección carece de facultades para entrar en el domicilio social y mucho menos para obtener copias, abrir cajones y retirar documentación, por lo que manifiesta su disconformidad con lo actuado que, según manifiesta, debe entenderse carente de validez jurídica.

**Segundo.** Tres meses después, una vez obtenidos y analizados los datos y pruebas necesarios para fundamentar la propuesta de regularización, al haber resultado cuotas superiores a 120.000 euros por todos los conceptos y periodos objeto de comprobación, la Inspección procede a formalizar propuesta de liquidación vinculada a delito que se notifica al obligado tributario junto con la puesta de manifiesto del expediente y la apertura del trámite de audiencia previo a la liquidación administrativa, durante un plazo de 15 días naturales.

En el escrito, presentado dentro del plazo concedido para formular alegaciones, el representante del obligado tributario manifiesta:

III. Que la pasada semana ha presentado declaraciones complementarias reconociendo e ingresando la totalidad de la deuda tributaria y, por lo tanto, debe entenderse regularizada voluntariamente su situación antes de que el Ministerio Fiscal haya interpuesto querrela, motivo por el cual solicita que, como máximo, se extiendan las correspondientes actas de inspección.

IV. Que, en cualquier caso, la liquidación administrativa previa a la denuncia que se pretende practicar es ilegal, por cuanto la Inspección debe pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente y será esta, y no la Administración tributaria, la que determine la concurrencia de delito y la cuota a ingresar, en caso de que se demuestren ciertos los hechos y sea condenado.

V. Que solicita que se le practique liquidación separada por los ajustes que la Inspección propone por determinados conceptos, en concreto:

- a) Por la regularización de pérdidas por deterioro de créditos debidas a la insolvencia de determinados deudores que obedecen a un error de interpretación de la norma.
- b) Por la diferencia resultante de un error aritmético incurrido al restar las deducciones.

### Parte 3.<sup>a</sup> Aspectos relativos al impuesto sobre sociedades

**Primero.** Al cierre contable de 20X15 (31 de diciembre), la sociedad Boinaparte, SL posee la siguiente cartera de créditos:

- Dos créditos frente a una entidad de derecho público por 100.000 euros en total, con idéntico vencimiento, el cual se produjo el 30 de junio de 20X15. Uno de los créditos, por importe de 21.500 euros se encuentra sometido a un litigio dado que la Administración considera defectuosos los productos recibidos.
- Un crédito de 50.000 euros frente a la entidad Yonas declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, el 7 de julio de 20X15. En dicho procedimiento aún no se ha abierto la fase de liquidación.
- Un crédito por 20.000 euros frente a un cliente cuyo vencimiento se ha producido el 1 de septiembre de 20X15.

- Un crédito de 10.000 euros por un préstamo concedido a una entidad vinculada que ha sido declarada en concurso de acreedores el 10 de diciembre de 20X15 por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Valencia. En dicho procedimiento no se ha abierto la fase de liquidación.

*Se pide:*

1. Analizar la deducibilidad de los créditos que posee la sociedad, atendiendo a las especiales circunstancias que existen en cada uno de ellos.

**Segundo.** La sociedad y los miembros de la familia están tratando de diversificar su actividad económica por lo que ha participado en la creación de dos nuevas sociedades. Se conoce la siguiente información de las citadas mercantiles:

- Sociedad Yrella. En esta empresa constan como accionistas la sociedad Boinaparte (91 %) y las dos hijas de la familia (4,5 % cada una). La empresa se ha constituido en enero 20X15 y ha obtenido resultados positivos por lo que se estima que la base imponible del IS será de 50.000 euros. La administradora de la sociedad es la madre.
- Sociedad Okon, SL, dedicada a la comercialización de tutoriales por internet. En esta empresa constan como accionistas, por partes iguales, una hija de la familia y un inversor francés (50 % cada uno). La empresa se ha constituido en febrero 20X15, se considera que la base imponible del IS será de 100.000 euros. Según consta en su información fiscal, en la declaración de IRPF del ejercicio anterior la hija declaró rendimientos de actividades económicas, estuvo dada de alta en los censos de la Agencia Tributaria y sus ingresos provenían de la venta de tutoriales por internet.

*Se pide:*

2. Conteste motivadamente sobre la posibilidad de aplicación del tipo de gravamen para empresas de nuevas creación, considerando la participación accionarial en cada una de las sociedades analizadas y las actividades previas realizadas por los socios de las entidades.

**Tercero.** La familia posee una participación minoritaria en la sociedad Arcife, SA, que presenta unos resultados positivos. Esta circunstancia ha provocado nuevas aportaciones de los socios e incluso una ampliación de capital en el ejercicio 20X15.

Los datos del balance provisional de esta sociedad son los siguientes:

	20X14	20X15
Capital .....	15.000,00 €	25.000,00 €
Prima de emisión .....	5.000,00 €	7.500,00 €
Reservas .....	4.000,00 €	10.000,00 €
Legal .....	2.000,00 €	3.000,00 €
Voluntaria .....	2.000,00 €	7.000,00 €
Otras aportaciones de socios .....	0,00 €	3.000,00 €
Resultado del ejercicio .....	6.000,00 €	-5.000,00 €

Se estima que la base imponible de 20X15 ascenderá a 2.000 euros.

*Se pide:*

3. Valorar la posibilidad de aplicar la reducción en la base imponible por reserva de capitalización y, en su caso, el importe a aplicar y los requisitos que se deben cumplir.

#### Parte 4.<sup>a</sup> Aspectos relativos a los impuestos sobre el valor añadido y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados

El 28 de marzo de 20X16, en los almacenes que Boinaparte, SL posee en Burgos, se efectúa la entrega a la citada sociedad de una partida de boinas de lana que un mayorista francés con un único establecimiento en París tenía en un pequeño almacén que había alquilado en las afueras de Burgos el mes anterior para intentar vender las boinas en España.

La factura emitida por el mayorista francés contiene el siguiente detalle:

- 10.000 unidades de boinas ..... 30.000 euros
- Gastos de transporte ..... 1.000 euros

Para financiar déficits transitorios de tesorería en la actividad de venta de sombreros y tocados, el señor Maté y su esposa, con cargo a su patrimonio personal, conceden a Boinaparte, SL un préstamo de 200.000 euros, a un tipo de interés del 2% anual y reintegrable en un año, que se formaliza en documento privado el 25 de enero de 20X16.

Con la finalidad de iniciar la construcción de una edificación de viviendas destinadas a la venta, que Boinaparte, SL está promoviendo en un solar de su propiedad situado en Villanueva de Cameros (La Rioja), formalizó el 12 de enero de 20X16 un contrato de ejecución de obra con la sociedad Construcciones AZ, SL (contratista), cuyo objeto es la construcción completa de la edificación, por un precio cerrado de 1.500.000 euros, representando los materiales más del 60 % del coste de ejecución.

De acuerdo con las estipulaciones contractuales, a la finalización de la obra, cuyo plazo de ejecución es de un año aproximadamente, Construcciones AZ, SL efectuará la entrega de la misma a Boinaparte, SL, sin perjuicio de la emisión de certificaciones parciales a cuenta por la parte de obra que se vaya ejecutando.

El 15 de marzo de 20X16, Construcciones AZ, SL emite la primera certificación a cuenta, cuyo importe se cobra el mismo día de su emisión, con el siguiente detalle:

• Materiales .....	61.000 euros
• Mano de obra .....	39.000 euros
• Licencia de obra y tasas municipales satisfechas en nombre y por cuenta de Boinaparte, SL .....	10.000 euros

*Se pide:*

Emita opinión razonada sobre la trascendencia a efectos del IVA y, en su caso, de otros impuestos indirectos, de los hechos relatados, con especial referencia a la sujeción al impuesto, hecho imponible, posibles exenciones, sujeto pasivo de cada operación y, en su caso, base imponible, tipo impositivo, cuota devengada, lugar de realización del hecho imponible y deducibilidad de las cuotas soportadas. Todos los importes del enunciado son sin IVA.

## Parte 5.<sup>a</sup> Aspectos relativos a aduanas e impuestos especiales

1. Boinaparte, SL cuenta desde sus orígenes con un agente en Suiza con el que ha trabajado de forma fluida en el encargo de los pedidos a los productores artesanos de boinas del Cantón de Lucerna. Dicho agente por su actuación en nombre de Boinaparte, SL percibe una comisión del 1 % sobre el precio de cada pedido.

Los productores de boinas ofrecen las mercancías en condiciones EXW *–ex works–* («en fábrica») por lo que desde Boinaparte, SL, si bien se ha puesto siempre mucho interés en las cuestiones de índole comercial y de calidad de los productos, se ha externalizado la tramitación aduanera, contratándola con la entidad XM, SL, un importador independiente que se encargaba de poner la mercancía a su disposición en Burgos.

Boinaparte, SL ha tenido conocimiento de que funcionarios de la Agencia Tributaria se personaron para llevar a cabo un registro en las instalaciones de XM, SL, cuyos responsables les impidieron la entrada y les coaccionaron. Cuando finalmente pudo efectuarse el registro de los almacenes, se descubrieron lotes de diversas prendas textiles con un valor total de 100.000 euros, que no habían sido presentados para su despacho en las oficinas de aduanas.

*Se pide:*

Opinión razonada sobre las consecuencias de los hechos realizados por la entidad XM, SL de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

2. Aunque la operación mencionada en el apartado anterior no tenía relación con Boinaparte, SL, como consecuencia de la misma se decide poner fin a la relación contractual con XM, SL y organizar directamente la realización de las importaciones de boinas suizas. De esta forma, Boinaparte, SL hace un pedido de boinas por un precio total de 50.000 euros. Se beneficia de un descuento por pronto pago del 2 % de dicho precio, pero debe satisfacer la comisión de su agente.

Para realizar el traslado de los productos, adquiere materiales de embalaje especiales por valor de 200 euros y contrata a un transportista que le factura 1.000 euros por hacer el recorrido de 1.400 kilómetros por carretera entre Lucerna y Burgos, siendo 280 kilómetros la distancia entre Lucerna y la frontera comunitaria.

*Se pide:*

Determinar la base imponible de los derechos a la importación que debe satisfacer Boinaparte, SL por la importación de boinas que organiza directamente.

3. Por otra parte, doña Dolores Fuertes es titular de un pequeño paquete de acciones de una empresa, Comercializadora Eléctrica, SA, que heredó de sus padres al fallecimiento de estos. Esta mercantil, entre sus miles de clientes, suministra energía eléctrica a Aires Líquidos, SA, empresa que produce y comercializa gases industriales y medicinales. Esta empresa, cuyo coste de la electricidad supone el 4,5% del importe neto de la cifra de negocios, es intensiva en consumo de energía ya que el coste de la electricidad supone más del 60% de sus costes totales. Además suministra energía eléctrica a una granja porcina cuyo titular es don Josep Baqué, empresario conocido en la comarca leridana del Segriá por sus nuevas técnicas de riego agrícola aplicadas en su explotación de manzanos.

*Se pide:*

Desde la perspectiva de los impuestos especiales, analizar los hechos imposables descritos en relación con la empresa Comercializadora Eléctrica, SA teniendo en cuenta que, en su caso, se cumplen los requisitos reglamentarios para el disfrute de beneficios fiscales.

## Parte 6.<sup>a</sup> Aspectos relativos al impuesto sobre la renta de las personas físicas

**Primero.** Doña Dolores Fuertes es propietaria de una vivienda adquirida por herencia de su padre quien falleció el 20 de enero de 19X90, no habiendo aceptado la herencia hasta el 1 de enero de 19X91 al surgir problemas en relación con la valoración del inmueble. La contribuyente satisfizo 20.000 euros en concepto de impuesto sobre sucesiones por la adquisición *mortis causa* del citado inmueble cuya valoración a efectos de dicho impuesto se fijó en 200.000 euros. El 30 de junio de 20X15 procedió a su venta por un importe de 500.000 euros, habiendo satisfecho 25.000 euros en concepto de impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana y 2.200 euros por otros gastos derivados de la venta. La operación se ha gravado también por un importe de 30.000 euros por el ITP y AJD en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas (TPO).

*Se pide:*

Indicar cómo calcular la renta que se deriva de la transmisión del inmueble haciendo una referencia concisa a la normativa aplicable.

**Segundo.** Don Ernesto Maté tiene un hijo de 10 años, Luis, de un matrimonio anterior. La guarda y custodia es compartida con su exmujer. Por sentencia judicial don Ernesto debe satisfacer una anualidad por alimentos para su hijo de 600 euros al mes, sin embargo por un error bancario no pagó la mensualidad correspondiente al mes de diciembre de 20X15 hasta febrero de 20X16. Por otra parte, durante 20X15 obtuvo 200 euros en concepto de intereses de un Plan de Ahorro a Largo Plazo-CIALP abierto a su nombre al que hizo una aportación de 6.000 euros, el 20 de febrero de 20X16 retiró 1.000 euros del CIALP.

*Se pide:*

Indicar el tratamiento fiscal de las anualidades por alimentos satisfechas por don Ernesto Maté y de la inversión realizada en el PALP haciendo una referencia concisa a la normativa aplicable.

**Tercero.** El señor Maté y su esposa prestan servicios como consultores a Yaptonodi, SL, estando colegiados en el Colegio de economistas de Burgos. Entre los gastos de esta sociedad constan 50.000 euros que cobra el señor Maté, 70.000 su esposa.

El señor Maté y su esposa, por ser los socios de Yaptonodi, SL, disponen de una tarjeta de crédito asociada a una cuenta de titularidad de la sociedad, para gastar en todo lo que desean sin necesidad de justificar nada: comidas, ropa, viajes, gasolina... (el señor Maté ha gastado 8.000 €, la señora Maté ha gastado 10.000 €). Estos gastos los incluyen en su declaración reduciendo el rendimiento porque según su versión «aunque estos gastos los paga la sociedad, la sociedad es suya así que da igual». Añaden además: «que no son más que gastos de representación».

La señora Maté, además, ha adquirido a su sociedad Boinaparte, SL un BMW serie 3 por 5.000 euros, cuando en la contabilidad de esta consta que la sociedad lo había adquirido un solo mes antes por 50.000 euros.

*Se pide:*

Calificar los rendimientos, determinar la corrección de la conducta de los contribuyentes personas físicas y determinar la deducibilidad, si procede, de los gastos que tienen el señor Maté y su esposa. Prescídase de todo aquello que no atañe exclusivamente a IRPF. Se valorará precisión y concisión.

## Parte 7.<sup>a</sup> Aspectos relacionados con los procedimientos de gestión tributaria

### Primero.

1. En el ejercicio de sus funciones de asesoría fiscal en su sociedad consultora Yaptonodi, SL, el señor Maté y su esposa, al cierre del ejercicio 20X15, advierten las siguientes incidencias:

- a) En la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, correspondiente al tercer trimestre de 20X15 de la sociedad Boinaparte, SL no han incluido una serie de facturas emitidas por su proveedor Vendotodo, SL por las cuales había soportado una cuota conjunta de IVA de 2.400 euros. Además, tampoco había incluido una factura expedida a su cliente Comprotodo, SL en la que había repercutido una cuota de IVA de 1.200 euros.

El señor Maté y su esposa quieren regularizar esta situación que entienden que perjudica a su cliente.

*Se pide:*

¿Qué actuaciones deberían realizar para regularizar su situación tributaria?

- b) En la presentación de la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, correspondiente al cuarto trimestre de 20X15 de la sociedad Boinaparte, SL, han cometido un error ya que han consignado el resultado de la misma, que era negativo, «a compensar» en lugar de «a devolver» como era su intención.

Para corregir este error el 28 de enero de 20X16 presentan una nueva declaración-liquidación en sustitución de la anterior pero consignando el importe a devolver.

Asimismo, al advertir este error en la declaración-liquidación de la entidad Boinaparte, SL revisan la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, correspondiente

al cuarto trimestre de 20X15 de la sociedad Yaptonodi, SL que también arrojaba un resultado negativo y comprueban que han cometido el mismo error. En consecuencia, el 2 de febrero de 20X16 presentan una nueva declaración-liquidación en sustitución de la anterior pero consignando el importe a devolver.

*Se pide:*

¿Cuál debería ser la actuación de la Administración en la tramitación de las declaraciones-liquidaciones sustitutivas presentadas?

Las respuestas deberán ser razonadas y acompañarse de los fundamentos de derecho que consideren procedentes.

2. El día 15 de octubre de 20X15 le fue notificado a la sociedad Boinaparte, SL el inicio de un procedimiento de comprobación limitada. La actuación se refería al IS del ejercicio 20X14 y su alcance se limitaba a la comprobación de la debida inclusión en su declaración modelo 200 de las operaciones realizadas en el ejercicio con su cliente Comprotodo, SL.

En la correspondiente comunicación se le solicita la aportación de copia de las facturas en las que se hubiesen documentado las relaciones comerciales mantenidas por Boinaparte, SL durante el ejercicio 20X14 con su cliente Comprotodo, SL.

En atención al requerimiento efectuado por la Administración tributaria, el señor Maté y su esposa aportan la documentación solicitada y, además, para que quede claro que las facturas estaban contabilizadas y que el resultado contable obtenido se había declarado en el preceptivo modelo 200, deciden aportar la contabilidad mercantil.

La Administración tributaria procedió a examinar las facturas y la contabilidad aportada por los asesores de Boinaparte, SL comprobando que, si bien las facturas aportadas estaban incluidas debidamente en la contabilidad mercantil y que su resultado coincidía con lo declarado en el modelo 200, había dos facturas que, según los datos obrantes en las bases de datos de la Administración tributaria, no se encontraban entre las aportadas y no habían sido declaradas.

Consecuencia de lo anterior, la Administración procedió a notificar propuesta de liquidación a la sociedad Boinaparte, SL por un importe de 420 euros y, dado que sus asesores no efectuaron alegaciones en el plazo previsto en la norma y concedido al efecto, la resolución expresa conteniendo la liquidación provisional fue puesta a disposición de la entidad en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada (DEH) el día 13 de abril de 20X16 cumpliendo todos los requisitos previstos en la norma aplicable.

Los representantes de Boinaparte, SL acceden a la citada notificación el 18 de abril de 20X16.

*Se pide:*

- a) ¿Ha sido correcta la actuación de la Administración tributaria en cuanto al procedimiento elegido y las actuaciones practicadas?
- b) ¿Cuándo se considera que finaliza el procedimiento de comprobación limitada?  
Y, en relación con este punto, ¿existe algún motivo por el que los asesores de Boi-naparte, SL puedan alegar la caducidad del procedimiento?

Las respuestas deberán ser razonadas y acompañarse de los fundamentos de derecho que consideren procedentes.

### **Segundo.**

El 7 de julio de 20X15 la Agencia Tributaria emite, a nombre de la sociedad limitada dedicada a la consultoría comercial de empresas de la cual el señor Maté y su esposa son partícipes, Yaptonodi, SL, un requerimiento de presentación de la autoliquidación del IVA referida al tercer trimestre (modelo 303) del año 20X11, pues no consta que la hubiera presentado, cuando de su situación censal se desprende que estaba obligado a ello. Yaptonodi, SL no ha presentado nunca el modelo 390 (declaración resumen anual de IVA).

El requerimiento mencionado en el párrafo anterior se pone a disposición de Yaptonodi, SL en su DEH el mismo 7 de julio de 20X15, al estar dicha sociedad incluida en el sistema de notificaciones electrónicas obligatorias desde el año 20X14, pero nadie accede a la misma en el plazo de 10 días naturales, por lo que el requerimiento se da por notificado el día 17 de julio de 20X15, por el transcurso del plazo anteriormente mencionado sin que se haya producido el acceso del interesado al contenido de la notificación en su DEH.

El 11 de enero de 20X16, ante la constatación de que, hasta esa fecha, el obligado tributario no había atendido el requerimiento mencionado en el párrafo anterior, la Agencia Tributaria decide finalizar el procedimiento anterior mediante el inicio de un procedimiento de comprobación limitada referido al tercer trimestre de IVA del año 20X11. Dicho procedimiento se inicia con una propuesta de liquidación provisional pues, de la información suministrada a la Agencia Tributaria por terceros, se desprende que existe una serie de ventas por las que el obligado tributario debería haber repercutido e ingresado el IVA correspondiente al referido trimestre.

El mismo 11 de enero de 20X16, la Agencia Tributaria pone a disposición de Yaptonodi, SL dicha propuesta de liquidación en su DEH, dándole un plazo de 10 días hábiles para efectuar las alegaciones que estime oportunas. El señor Maté no accede a la DEH de Yaptonodi, SL hasta el 20 de enero, momento en el que conoce la propuesta. El 21 de enero, el señor Maté presenta ante la Agencia Tributaria un escrito en el que alega fundamentalmente que el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria referida al tercer trimestre del IVA del año 20X11 mediante la oportuna liquidación está prescrito.

*Se pide:*

Conteste a la alegación formulada por Yaptonodi, SL fundamentando jurídicamente su respuesta.

## Parte 8.ª Aspectos relacionados con los procedimientos de recaudación

**Primero.** Doña Jennifer presentó voluntariamente su declaración del IRPF del año 20X14 el 20 de agosto de 20X15, con un resultado a ingresar por importe de 43.250 euros. En ese momento, ingresó la cantidad de 3.250 euros y solicitó aplazamiento del resto, hasta el 20 de noviembre de 20X15, alegando dificultades transitorias de tesorería, pero indicando que días antes del 20 de noviembre tendría un ingreso que le permitiría afrontar el pago total de la cantidad pendiente.

En su solicitud de aplazamiento ofrece como garantía un inmueble de su propiedad, solicitando que se practique embargo preventivo sobre el mismo. Aporta documentación que justifica el pleno dominio a su favor y ninguna carga. Acompaña una valoración muy reciente en la que se fija un valor del inmueble de 53.750 euros.

**Nota:** Suponer que el interés de demora en el año 20X15 era del 6% y el legal del 5%.

*Se pide:*

- a) ¿Qué circunstancias deberían tenerse en cuenta por el órgano que tramita el aplazamiento para considerar aceptable este tipo de garantía? ¿Existiría alguna causa para rechazar este tipo de garantía? ¿Qué diferencia fundamental hay entre este tipo de medida cautelar y el resto de las contempladas en el artículo 81 de la Ley General Tributaria (LGT)?
- b) Dando por hecho que sí se considera aceptable la garantía ofrecida y se concede el aplazamiento:
  - b.1) ¿Qué acuerdos y actuaciones habría que adoptar por la Agencia Tributaria, además del propio acuerdo en el que se resuelve el aplazamiento, de forma que la garantía quedase correctamente constituida?
  - b.2) En cuanto al importe, y aceptando la valoración que aporta, ¿sería suficiente para garantizar totalmente el aplazamiento? ¿Qué cantidad debería cubrir la garantía como mínimo?
- c) Habiendo sido pagada totalmente la deuda el 20 de noviembre de 20X15, ¿habría que hacer alguna actuación posterior?, ¿habría que adoptar algún otro acuerdo?

**Segundo.** Doña Desiré, que ejerce una actividad empresarial como persona física, tiene unas deudas firmes en fase de embargo por los siguientes conceptos: liquidación por actas de IVA 20X14: 100.850 euros; sanción tributaria: 42.150 euros.

El 5 de febrero de 20X16 la Agencia Tributaria notificó a un cliente de doña Desiré una diligencia de embargo de créditos, contestando el cliente que no debía ninguna cantidad a doña Desiré. Posteriormente, se comprueba por los órganos de recaudación que el 10 de febrero siguiente el citado cliente le abonó a doña Desiré 135.600 euros por una factura emitida por esta última el 25 de enero de 20X15.

*Se pide:*

A la vista de lo anterior, conteste las siguientes preguntas:

- a) ¿Podría exigirse al cliente de doña Desiré algún tipo de responsabilidad tributaria? En caso afirmativo, indique el artículo en el que podría encajar este supuesto, qué tipo de responsabilidad sería y sucintamente el procedimiento a seguir. ¿Podría el cliente impugnar las liquidaciones a las que alcanza el presupuesto de hecho?
- b) ¿Cuál sería el importe de la responsabilidad que podría exigirse?
- c) ¿Qué circunstancias deberían concurrir para que la Administración tributaria adoptase además alguna medida cautelar frente al responsable?

**Tercero.** Doña Marisa Luna, profesional liberal y prima de doña Jennifer, tiene dudas sobre cómo actuar en relación con un procedimiento de apremio que la Agencia Tributaria está tramitando con ella por importe de 95.400 euros.

La Agencia Tributaria ha remitido diligencias de embargo de créditos a algunos de sus clientes, contestando positivamente uno de ellos, que ha indicado que efectivamente debe a doña Marisa 35.000 euros. Asimismo, la Agencia Tributaria ha embargado una plaza de garaje de doña Marisa.

*Se pide:*

A la vista de lo anterior, conteste las siguientes preguntas:

- a) Doña Marisa está pensando en la posibilidad de solicitar un aplazamiento del pago de su deuda y pregunta a doña Jennifer qué efectos tendría dicha solicitud en las trabas practicadas por la Agencia Tributaria sobre la plaza de garaje y sobre el crédito embargado.  
¿Qué respuesta le dará su prima?

- b) Por otro lado, una sociedad, YY, SA, de la que doña Marisa es administradora y socia única, va a recibir en los próximos días un ingreso por importe de 125.000 euros de uno de sus clientes. Doña Marisa consulta a su prima si sería posible que la Agencia Tributaria aceptase que el pago de su deuda se realizase por parte de la sociedad YY, SA.

¿Qué respuesta le dará su prima?

## **SOLUCIÓN**

### **PARTE 1.<sup>a</sup>**

#### **Primero.**

1. El artículo 216 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) dispone que son procedimientos especiales de revisión los de:

- a) Revisión de actos nulos de pleno derecho.
- b) Declaración de lesividad de actos anulables.
- c) Revocación.
- d) Rectificación de errores.
- e) Devolución de ingresos indebidos.

Del enunciado no se deduce con claridad cuál es la vía de impugnación utilizada por Desiré, una de las hijas del señor Maté. Cabrían dos posibilidades:

- 1.<sup>a</sup> Que haya iniciado el procedimiento de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo 217 de la LGT.
- 2.<sup>a</sup> Que haya presentado un escrito proponiendo a la Administración la iniciación del procedimiento de revocación regulado en el artículo 219 de la LGT, cuya posibilidad admite el artículo 10 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA).

A pesar de lo anterior, parece más probable que se esté refiriendo al procedimiento regulado en el artículo 217 de la LGT, que es un procedimiento especial de revisión que persigue la decla-

ración de nulidad de pleno derecho de actos definitivos (excluye los actos de trámite) que hayan devenido firmes o que hayan agotado la vía administrativa. Debido precisamente a la gravedad del vicio para el que se prevé este mecanismo, no existe plazo de iniciación del procedimiento.

Sin embargo, el artículo 217 de la LGT regula una serie de supuestos tasados en los que podrá declararse la nulidad de pleno derecho de actos y resoluciones que hayan devenido firmes o que hayan agotado la vía administrativa:

- a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Que tengan un contenido imposible.
- d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta.
- e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

En el caso que nos ocupa, la solicitud no se basa en ninguna de las causas tasadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 217 de la LGT, por lo que se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de la solicitud formulada por la interesada, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo.

En el procedimiento se dará audiencia al interesado y serán oídos aquellos a quienes reconoció derechos el acto o cuyos intereses resultaron afectados por el mismo.

En el ámbito de competencias del Estado, la resolución de este procedimiento corresponderá al ministro de Hacienda.

El plazo máximo para notificar resolución expresa será de un año desde que se presente la solicitud por el interesado o desde que se le notifique el acuerdo de iniciación de oficio del procedimiento.

El transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa producirá los siguientes efectos:

- a) La caducidad del procedimiento iniciado de oficio, sin que ello impida que pueda iniciarse de nuevo otro procedimiento con posterioridad.

- b) La desestimación por silencio administrativo de la solicitud, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del interesado.

La resolución expresa o presunta o el acuerdo de inadmisión a trámite de las solicitudes de los interesados pondrá fin a la vía administrativa.

Si lo que hubiera pretendido es promover la iniciación del procedimiento de revocación por parte de la Administración (al entender que en la tramitación del procedimiento se ha producido indefensión a los interesados), la Administración solo queda obligada a acusar recibo del escrito, pues el procedimiento se inicia exclusivamente de oficio, tal y como dispone el artículo 10 del RGRVA, siendo competente para declarar la revocación el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.

Según establece el artículo 219 de la LGT, la Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

La revocación solo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.

El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.

Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.

Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa.

Por lo que se refiere a la posible existencia de otras vías administrativas-judiciales para denunciar los vicios invocados, y además de instar la iniciación del procedimiento de revocación con base en la causa de indefensión, la interesada podía haber optado por presentar, en el plazo de un mes desde la finalización del procedimiento, recurso de reposición (regulado en los arts. 222 a 225 LGT), o bien directamente reclamación económico-administrativa (regulada en los arts. 235 a 238 LGT), ya que el acto es susceptible de reclamación económico-administrativa conforme a los artículos 226 y 227 de la LGT.

Dado que el procedimiento concluyó mediante liquidación provisional debidamente notificada el 30 de abril de 20X15, al no impugnarse en el plazo de un mes la liquidación provisional,

el acto devino firme y consentido, y al no concurrir las causas de nulidad de pleno derecho ni mediar supuestos habilitantes del recurso extraordinario de revisión (regulado en el art. 244 LGT), ya no son posibles otros medios de impugnación contra la liquidación.

2. Los vicios mencionados no tienen incidencia en el presente procedimiento por las siguientes razones:

- 1.<sup>a</sup> Para facilitar el acceso a la documentación examinada el día 30 de enero de 20X15 no es necesario que esté presente ni que haga la aportación el que ostenta la condición de representante de la entidad, ni tampoco es necesario un apoderamiento específico para ello. La representación orgánica equivale por previsión normativa, tal y como establece el artículo 45.2 de la LGT, a la representación legal.
- 2.<sup>a</sup> Según establece el artículo 45.2 de la LGT, en relación con la representación legal en el supuesto de personas jurídicas, serán aquellas personas que ostenten en el momento en que se produzcan las actuaciones tributarias correspondientes, la titularidad de los órganos a quienes corresponda su representación, por disposición de la ley o por acuerdo válidamente adoptado.

El procedimiento se inició el 1 de enero de 20X15 y se dirigió a la persona que efectivamente ostentaba tal titularidad (lo cual se puso de manifiesto en la diligencia correspondiente), modificándose dicha representación a través de un documento privado entre las partes interesadas, de fecha 15 de enero de 20X15.

A estos efectos, el artículo 110.4 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGAT) establece que cuando en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos se modifique o se extinga la representación legal, las actuaciones realizadas se reputarán válidas y eficaces, en tanto no se comunique tal circunstancia al órgano de la Administración tributaria que lleve a cabo las actuaciones.

Por ello, al no haber sido comunicada dicha circunstancia al órgano de la Administración tributaria competente, el acto se presume válido, puesto que la fecha del documento privado no produce efectos contra terceros (en este caso, la Administración tributaria) sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio (art. 1.227 del Código Civil).

## Segundo.

La tercería constituye una forma de oposición que tienen las personas ajenas a un determinado procedimiento (denominados terceristas) para oponerse a la ejecución bien de una sentencia,

bien de una resolución. Esta figura no es privativa del derecho tributario, por cuanto su regulación viene en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y se configura como un incidente de la ejecución procesal.

La tercería de dominio (arts. 595 a 604 LEC) consiste básicamente en que el tercero reclama la propiedad de los bienes embargados al deudor.

A estos efectos, el artículo 165 de la LGT dispone que cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender, entre otros, que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente.

Si se interpone tercería de dominio se suspenderá el procedimiento de apremio en lo que se refiere a los bienes y derechos controvertidos, una vez que se hayan adoptado las medidas de aseguramiento que procedan.

Por su parte, el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR) desarrolla en los artículos 117 a 121 dicho incidente.

El artículo 117 del RGR regula el carácter de la tercería, señalando que la reclamación en vía administrativa será requisito previo para el ejercicio de la acción de tercería ante los juzgados y tribunales civiles. La tercería solo podrá fundarse en el dominio de los bienes embargados al obligado al pago o en el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al que es objeto del expediente de apremio.

El artículo 119 del RGR regula la forma, plazos y efectos de la interposición de la tercería, señalando que la reclamación de tercería se formulará por escrito, acompañando los documentos originales en que el tercerista funde su derecho y copia de estos, si desea que le sean devueltos, previo cotejo. El escrito se dirigirá al órgano que esté tramitando el procedimiento de apremio, el cual lo remitirá al órgano competente para su tramitación.

Si el escrito de reclamación no reúne los requisitos exigibles a las solicitudes que se dirijan a la Administración o el tercerista no acompaña los documentos originales en los que pueda fundar su derecho al escrito de reclamación, el órgano competente para la tramitación le requerirá para que subsane su falta, para lo que dispondrá de un plazo de 10 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento, con la advertencia expresa de que, de no hacerlo así, se procederá al archivo de la reclamación.

Recibida la documentación o, en su caso, subsanados los defectos observados en la presentada, se dictará, si procede, acuerdo de admisión a trámite que será notificado al tercerista y al obligado al pago. Dicho acuerdo deberá ser dictado en el plazo de 15 días desde que se reciba la reclamación o se entiendan subsanados los defectos.

Recibido el escrito y los documentos que han de acompañarlo, se unirá al expediente de apremio, se calificará la tercería como de dominio o de mejor derecho y de haberse presenta-

do en tiempo y forma, se suspenderá o proseguirá el procedimiento sobre los bienes o derechos controvertidos, según lo dispuesto en el artículo 165.4 y 5 de la LGT, en los apartados siguientes de este artículo.

Si la tercería fuese de dominio, una vez admitida a trámite se producirán, entre otros, los siguientes efectos:

- a) Se adoptarán las medidas de aseguramiento que procedan según la naturaleza de los bienes. Entre otras, podrá practicarse anotación de embargo en los registros correspondientes o realizarse el depósito de los bienes. Una vez adoptadas tales medidas, se suspenderá el procedimiento de apremio respecto de los bienes o derechos objeto de la tercería.
- d) El procedimiento seguirá con respecto a los demás bienes y derechos del obligado al pago que no hayan sido objeto de la tercería hasta quedar satisfecha la deuda; en este caso, se dejará sin efecto el embargo sobre los bienes y derechos controvertidos, sin que ello suponga reconocimiento alguno de la titularidad del reclamante y se procederá al archivo de la reclamación de tercería planteada.

En nuestra opinión, la tercería de dominio no prosperará, dado que no ha llegado a transmitirse la propiedad del bien, al no haber concurrido los dos elementos que exige nuestro derecho para la transmisión del dominio, esto es, el título y el modo, pues faltaría este segundo, ya que el enunciado no menciona que se haya producido la *traditio*, no comenta que se haya tomado posesión del local por parte del adquirente (art. 609 del Código Civil), y tampoco que se ha producido la tradición ficticia, pues no se ha formalizado en escritura pública (art. 1.280 del Código Civil).

### Tercero.

En cuanto a los efectos jurídicos de las actuaciones y negocios realizados, las transferencias de elevadas sumas de dinero realizadas a favor del señor Maté y de Flores de Lemus, SL, además de poder dar lugar a responsabilidad penal por aplicación del tipo delictivo contenido en el artículo 257 del Código Penal (delito de alzamiento de bienes), si se prueba que se cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo, podría dar lugar a la declaración de responsabilidad solidaria contemplada en el artículo 42.2 a) de la LGT del señor Maté y de su hija.

Por otra parte, el artículo 41.5 de la LGT establece que, con anterioridad a esta declaración de responsabilidad, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de la LGT (entre ellas, la prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos), así como realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los artículos 142 y 162 de la LGT (entre otras, la Administración tributaria puede requerir al obligado tributario para que aporte una relación de bienes y derechos integrantes de su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria).

Por lo que se refiere a la donación de los inmuebles que el señor Maté realiza a favor de su hermano, el artículo 1.378 del Código Civil regula la nulidad de actos a título gratuito en la sociedad de gananciales, disponiendo que serán nulos los actos a título gratuito de bienes de carácter ganancial si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

Por lo que respecta al posible ejercicio de acciones civiles y penales, las acciones civiles que podría ejercitar la Administración en el presente supuesto serían las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> La acción revocatoria o rescisoria o pauliana, que tiene por objeto la anulación del negocio. Hay que justificar que la intención tanto del deudor como del resto de las partes tenía el ánimo de impedir el cobro. También es requisito la subsidiariedad, es decir, que se haya intentado cobrar por todos los medios posibles (si no es así, el juez nunca rescindiría un negocio). El plazo para ejercitarla es de cuatro años. Por esta vía se ataca el propio negocio de transmisión de los bienes.
- 2.<sup>a</sup> Acción de nulidad por simulación. Esta acción no prescribe nunca y, por tanto, siempre se utiliza en último lugar. La pretensión de la misma es destruir el negocio y, en este caso, el negocio sí pierde todos sus efectos.

Por otra parte, en cuanto a las acciones penales que podría ejercitar la Administración en el presente supuesto, podría ejercitarse contra el señor Maté la acción penal por aplicación del tipo delictivo contenido en el artículo 257 del Código Penal (delito de alzamiento de bienes), si se prueba que se cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos de dicho tipo.

Además, en caso de que la Administración requiera al obligado tributario que aportara relación de bienes y derechos integrantes de su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria, y el obligado tributario presente una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor, podría aplicársele el tipo delictivo contemplado en el artículo 258 del Código Penal (relación de bienes incompleta).

## PARTE 2.<sup>a</sup>

### Primero.

I. Las personas jurídicas, públicas o privadas, en sus relaciones con la Administración tributaria, deben actuar a través de las personas físicas que sean titulares de sus órganos de representación, por disposición de la ley o por acuerdo válidamente adoptado. En concreto:

- La representación de sociedades mercantiles la ostenta la persona que tenga la condición de administrador, por ser titular de su órgano de representación, pudiendo

actuar ante la Administración tributaria y obligar a la sociedad. Asimismo, pueden intervenir como representantes del representante legal aquellas personas que tengan poder suficiente al efecto.

- En caso de concurso necesario (art. 40.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), al concursado se le suspende en las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, salvo en lo que establezca el juez.

En todo caso, debe atenderse a las normas que regulen la persona jurídica o entidad y a los estatutos debidamente aprobados y vigentes, para determinar quién puede actuar en representación de la misma.

El representante persona física debe ostentar esa representación de la persona jurídica en el mismo momento en que se produzcan las actuaciones tributarias para las que esta necesite estar representada. Por ejemplo, la condición de administrador puede ser determinante en el momento en que se haya realizado el hecho imponible para responder de las deudas de la sociedad, pero puede que deba atenderse a quien ostente dicha condición en el momento en que se realicen actuaciones inspectoras, para que pueda actuar ante los órganos de inspección en representación de la persona jurídica de que se trate.

El artículo 106.1 del RGAT regula las actuaciones en caso de solidaridad en el presupuesto de hecho de la obligación, señalando que en el supuesto previsto en el artículo 35.7 (primer párrafo) de la LGT (conurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación), las actuaciones y procedimientos podrán realizarse con cualquiera de los obligados tributarios que concurran en el presupuesto de hecho de la obligación objeto de las actuaciones o procedimientos.

Aplicando lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que las actuaciones inspectoras realizadas en el domicilio fiscal con el señor Maté, representante de la sociedad, son válidas, ya que no es necesaria la presencia del otro administrador, la señora Dolores.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 151.2 de la LGT y el artículo 173.2 del RGAT disponen que cuando el personal inspector se persone sin previa comunicación en el lugar donde deban realizarse las actuaciones inspectoras, el obligado tributario o su representante deberán atenderles y prestar la debida colaboración o, de no estar estos presentes, en su defecto, deberá colaborar cualquiera de las personas encargadas o responsables de tales lugares.

Con base en lo anterior, podemos decir que la manifestación del señor Maté carece de fundamento y, por lo tanto, en ningún caso las actuaciones serán consideradas nulas.

**II.** De conformidad con lo establecido en el artículo 142.2 de la LGT y en el artículo 172.2 del RGAT la Inspección, siempre que lo considere conveniente para cualquiera de sus actuaciones,

nes, puede entrar en fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en los que se desarrollen actividades o explotaciones sujetas a gravamen, existan bienes sometidos a tributación, se produzcan hechos impositivos o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos.

La facultad no se limita a que sea permitido el acceso, alcanzando también al reconocimiento de las fincas. Se trata fundamentalmente de una facultad instrumental para poder ejercer, a su vez, las facultades de examen de la documentación, así como la de la inspección de bienes, elementos y explotaciones.

No obstante, esta facultad de la Inspección tiene distintas intensidades, pudiéndose distinguir que medie o no consentimiento del titular:

- a) Los interesados deben permitir siempre, sin más trámite, el acceso de la Inspección durante la jornada laboral a las oficinas donde tengan la contabilidad y demás documentos y justificantes del negocio.

Se considera que el obligado tributario, o la persona bajo cuya custodia se encuentren los lugares en cuestión, prestan su conformidad a la entrada y reconocimiento cuando ejecuten los actos normalmente necesarios que dependan de ellos para que las actuaciones puedan llevarse a cabo (art. 172.5 RGAT).

- b) En caso de falta de consentimiento, la entrada de la Inspección requiere cierta justificación documental. Consecuentemente, si no se exhibe el documento habilitante, la negativa a la entrada puede considerarse jurídicamente fundada. En concreto, se precisa:

- Autorización escrita de la autoridad administrativa que reglamentariamente se determine cuando la persona bajo cuya custodia se encuentre en los lugares mencionados se oponga a la entrada de los funcionarios de la Inspección, o cuando la entrada o reconocimiento se intenten fuera del horario usual de funcionamiento o desarrollo de la actividad o respecto a fincas o lugares donde no se desarrollen actividades de la Administración pública o de naturaleza empresarial o profesional.

La autorización, en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), debe ser firmada por el delegado o administrador de Hacienda territorialmente competente o por el director general correspondiente. En la práctica, en ocasiones, la solicitud y autorización son anteriores a la propia personación, cuando la Inspección prevé que el interesado se va a oponer y considera urgente la realización de las actuaciones. La autorización es un acto de trámite no susceptible de impugnación independiente.

En caso de oposición a la entrada, se pueden adoptar las medidas cautelares que procedan.

- Mandamiento judicial si, no mediando consentimiento del interesado, se trata del domicilio particular de cualquier español o extranjero (art. 18.2 de la Constitución española de 1978).

Cuando sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario, o efectuar registros en el mismo en el desarrollo de un procedimiento de aplicación de los tributos, es preciso el consentimiento del obligado o en su defecto la oportuna autorización judicial.

Se trata de una cuestión que no presenta especial dificultad en materia tributaria más allá de los problemas doctrinales clásicos sobre el concepto de domicilio inviolable, o la posibilidad de atribuir esta condición a los domicilios de las personas jurídicas.

La delimitación del concepto de «domicilio constitucionalmente protegido» se ha ido produciendo de forma casuística a través de la jurisprudencia. Se entiende necesaria la concurrencia de las siguientes características:

- Ha de tratarse de un lugar separado de forma inequívoca del entorno físico exterior y de acceso restringido.
- En tal lugar ha de presentarse alguna manifestación de la intimidad o de la privacidad.

De aquí que el *domicilio constitucionalmente protegido* pueda definirse como cualquier lugar delimitado y con acceso restringido en el que permanente u ocasionalmente desarrolle su vida privada una o varias personas físicas o jurídicas, independientemente del título que justifique su permanencia.

El domicilio constitucionalmente protegido por su propia esencia es inviolable, lo que implica que no se puede acceder al mismo ni proceder a su registro sin el previo consentimiento del titular o autorización judicial. La violación del domicilio está tipificada como delito (arts. 202 a 204 del Código Penal).

En cuanto al domicilio constitucionalmente protegido de las personas jurídicas, si bien el núcleo esencial del domicilio es servir de morada a las personas físicas, el Tribunal Constitucional ha extendido esta protección a las personas jurídicas, precisando que esta protección es menor al estar fundamentada en la privacidad, en lugar de en la intimidad personal y familiar.

La más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha venido a precisar el alcance de esta protección al afirmar: que el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio se extiende a las personas jurídicas de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional; que tal derecho fundamental no tiene un contenido idéntico al propio de las personas físicas; que en el caso debatido no bastaba la autorización del delegado especial de la AEAT, ya que donde se desarrolló la actuación fue en los despachos del domicilio social en los que se encontraban

datos, que luego resultaron esenciales para la determinación de la base imponible, razón por la que estaban protegidos constitucionalmente (art. 18.2 de la Constitución española de 1978); que no existió información suficiente para que el supuesto consentimiento tácito estuviera libre de toda mácula de error, violencia, intimidación o engaño, máxime si se tiene en cuenta la compulsión que suponía el acompañamiento de la Guardia Civil; y que la prueba obtenida fue ilícitamente usada para la determinación de las bases impositivas.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos concluir que la entrada en el domicilio social con el consentimiento del representante de la sociedad es válida, y en caso de que fuese necesaria, disponía además de la oportuna autorización judicial.

En cuanto a la obtención de copias e incautación de documentos, el artículo 171.1 del RGAT establece que en la realización de actuaciones inspectoras se podrán examinar, entre otros, declaraciones, autoliquidaciones, contabilidad, libros registro, facturas, datos, informes, antecedentes y cualquier otro documento con trascendencia tributaria. Asimismo, el citado artículo, en su párrafo segundo, establece también que se podrán obtener copias en cualquier soporte de los datos, libros o documentos anteriores.

A la vista de la documentación y caja de seguridad con dinero en efectivo y lingotes de oro, se podrán adoptar medidas cautelares, conforme a los artículos 146 de la LGT y 181 del RGAT, para impedir que desaparezcan, alteren o se destruyan pruebas, consistiendo dichas medidas cautelares en el precinto, depósito o incautación.

Por lo tanto, en relación con este último extremo, la manifestación del representante carece de fundamento dado que, existiendo autorización judicial para la entrada o registro, el actuario podrá adoptar cuantas medidas cautelares estime necesarias, de conformidad con el artículo 172 del RGAT.

## Segundo.

**III.** El artículo 87.5 del RGAT dispone que las declaraciones o autoliquidaciones tributarias que presente el obligado tributario una vez iniciadas las actuaciones o procedimientos, en relación con las obligaciones tributarias o periodos objeto de la actuación o procedimiento, en ningún caso iniciarán un procedimiento de devolución ni producirán los efectos previstos en los artículos 27 y 179.3 de la LGT.

Asimismo, los ingresos efectuados por el obligado tributario con posterioridad al inicio de las actuaciones o procedimientos, en relación con las obligaciones tributarias y periodos objeto del procedimiento, tendrán el carácter de ingreso a cuenta sobre el importe de la liquidación que, en su caso, se practique, sin que esta circunstancia impida la apreciación de las infracciones tributarias que puedan corresponder.

En el presente supuesto, no se entenderá regularizada voluntariamente la situación tributaria, ya que se le había notificado previamente el inicio de las actuaciones de comprobación o investigación.

A estos efectos, el artículo 252 de la LGT regula la regularización voluntaria en supuestos de delito contra la Hacienda Pública, disponiendo que para que se entienda que existe regularización voluntaria, y que la Administración tributaria no pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remita el expediente al Ministerio Fiscal, debe constar que el obligado tributario ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de regularización.

**IV.** El artículo 250.1 de la LGT determina que cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la Hacienda Pública se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin perjuicio de que se pasa el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas que se establecen en el título VI de la LGT.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 251 de la LGT, se procederá a practicar liquidación de los elementos de la obligación tributaria objeto de comprobación, separando en liquidaciones diferentes aquellos que se encuentran vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública y aquellos que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.

Por tanto, la propuesta de liquidación vinculada al delito formalizada por la Inspección es correcta, sin que llegue a prosperar la solicitud formulada por el obligado tributario (en cuanto que únicamente se extiendan las correspondientes actas de inspección, al entender regularizada voluntariamente su situación tributaria).

Dicha propuesta de liquidación se notificará al obligado tributario, concediéndole el trámite de audiencia para que alegue lo que convenga a su derecho en el plazo de 15 días naturales, contados a partir del día siguiente a la notificación de la propuesta de liquidación.

Transcurrido el plazo previsto para el trámite de audiencia y examinadas las alegaciones presentadas, en su caso, el órgano competente dictará una liquidación administrativa, con la autorización previa o simultánea del órgano de la Administración tributaria competente para interponer la denuncia o querrela, cuando considere que la regularización procedente pone de manifiesto la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública.

Por tanto, podemos concluir que la liquidación administrativa previa a la denuncia que se practique no es ilegal, siempre que el órgano competente cuente con la autorización previa o simultánea del órgano de la Administración tributaria competente para interponer la denuncia o querrela, por considerar que la regularización procedente pone de manifiesto la existencia de un posible delito contra la Hacienda Pública.

**V.** En virtud del artículo 253.3 de la LGT, en los casos en los que, por un mismo concepto impositivo y periodo, quepa distinguir elementos en los que se aprecia una conducta dolosa que pueda ser determinante de un delito contra la Hacienda Pública, junto con otros elementos

y cuantías a regularizar respecto de los que no se aprecia esa conducta dolosa, se efectuarán dos liquidaciones de forma separada.

A efectos de la cuantificación de ambas liquidaciones, se formalizará una propuesta de liquidación vinculada al delito y un acta de Inspección, de la siguiente forma:

- a) Una propuesta de liquidación vinculada a delito, que comprenderá los elementos que hayan sido objeto de declaración, en su caso, a los que se sumarán todos aquellos elementos en los que se aprecie dolo, y se restarán los ajustes a favor del obligado tributario a los que este pudiera tener derecho, así como las partidas a compensar o deducir en la base o en la cuota que le correspondan adicionalmente.
- b) La propuesta de liquidación contenida en el acta, que comprenderá la totalidad de los elementos comprobados con independencia de que estén o no vinculados al delito, y se deducirá la cantidad resultante de la propuesta anterior.

Con base en lo establecido en el citado artículo 253.3 de la LGT, podemos decir que los dos ajustes propuestos por la Inspección están correctamente incluidos en la propuesta vinculada al delito, sin perjuicio de que pueda practicarse una propuesta de liquidación separada, en caso de que se aprecien otros elementos a regularizar en los que no exista conducta dolosa.

### PARTE 3.<sup>a</sup>

#### Primero.

1. En cuanto a la deducibilidad de las pérdidas por deterioro de los créditos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores, el artículo 13 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), introduce diversas modificaciones, no tanto en las situaciones habilitantes como en las situaciones excluyentes.

La norma ha simplificado profundamente las excepciones a la deducibilidad, eliminando las siguientes relacionadas con créditos garantizados:

- a) Los afianzados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca.
- b) Los garantizados mediante derechos reales, pacto de reserva de dominio y derecho de retención, excepto en los casos de pérdida o envilecimiento de la garantía.
- c) Los garantizados mediante un contrato de seguro de crédito o caución.

Estas excepciones tenían escasa lógica, por cuanto difícilmente sería aceptable, desde el punto de vista contable, una pérdida por deterioro de estos créditos, al existir una garantía suficiente.

La otra excepción suprimida es la referente a los créditos «que hayan sido objeto de renovación o prórroga expresa». Estos conceptos generaban ciertas dudas y no parece que necesariamente supusiera una causa de exclusión de la deducibilidad, puesto que el mantenimiento de las relaciones comerciales, por ejemplo, puede justificar seguir prestando servicios a clientes morosos y ampliando los plazos de pago de las facturas debidas.

Se trata de una medida que simplifica la gestión de estos créditos. Al final, existen normas claras para determinar la procedencia del deterioro de un crédito y, por tanto, se elimina un concepto que puede ser difícil de gestionar.

Los tres supuestos que se mantienen como excepciones a la deducibilidad de las pérdidas por deterioro son:

- a) Las correspondientes a créditos adeudados por entidades de derecho público, excepto que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía. Es una excepción que tiene escasa justificación. Si bien es cierto que las Administraciones públicas en principio son solventes, no se entiende el motivo por el que en caso de retrasarse en el pago la pérdida por deterioro no se considera deducible. Existen motivos de estricta justicia que deberían impedir este razonamiento. Así, el Estado se beneficia de su propio incumplimiento. Considerando al Estado como un todo, resulta que sí, por un lado, incumple la norma pagando en plazos superiores a los que están impuestos normativamente, por otro lado, se beneficia porque obtiene de los contribuyentes un pago de impuestos como si estos hubieran cobrado. Esta situación se ha solventado en sede del IVA, pero no se ha querido aprovechar la reforma del IS para solventar esta problemática.
- b) Las correspondientes a créditos adeudados por personas o entidades vinculadas, salvo que estén en situación de concurso y se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- c) Las correspondientes a estimaciones globales del riesgo de insolvencias de clientes y deudores. En cualquier caso, estas estimaciones fiscalmente no tienen relevancia alguna, salvo para el régimen de entidades de reducida dimensión, donde se admiten con determinados requisitos (art. 104 LIS).

En consecuencia, las pérdidas por deterioro de los créditos frente a una entidad de derecho público no serán fiscalmente deducibles, salvo que sean objeto de un procedimiento arbitral o judicial que verse sobre su existencia o cuantía. Ahora bien, en el caso del crédito de 21.500 euros, que es objeto de litigio por considerar la Administración que los productos recibidos son defectuosos, la pérdida por deterioro sí que será fiscalmente deducible, al ser objeto de un litigio (procedimiento judicial o arbitral) que versa sobre su existencia o cuantía.

Por lo que se refiere al crédito frente a la entidad Yonas, declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, de fecha 7 de julio de 2015,

la pérdida por deterioro de valor sí será fiscalmente deducible, siempre que Yonas no sea una entidad vinculada con Boinaparte, puesto que a la fecha de devengo del impuesto la deudora se encuentra declarada en concurso de acreedores, tal y como dispone el artículo 13.1 b) de la LIS. Cabe señalar que solo a las entidades vinculadas se les exige declaración de concurso y que se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art. 13.2.º LIS).

Por lo que se refiere al crédito frente a un cliente cuyo vencimiento se produjo el 1 de septiembre de 20X15, la pérdida por deterioro de valor no será fiscalmente deducible, ya que no han transcurrido seis meses desde el vencimiento de la obligación, y tampoco se dan otras de las circunstancias que el artículo 13.1 de la LIS exige para poder deducirse la pérdida por deterioro de valor:

- a) Que haya transcurrido el plazo de seis meses desde el vencimiento de la obligación.
- b) Que el deudor esté declarado en situación de concurso.
- c) Que el deudor esté procesado por el delito de alzamiento de bienes.
- d) Que las obligaciones hayan sido reclamadas judicialmente o sean objeto de un litigio judicial o procedimiento arbitral de cuya solución dependa su cobro.

Por lo que se refiere al crédito frente a una entidad vinculada declarada en concurso de acreedores pero sin apertura de la fase de liquidación, la pérdida por deterioro de valor no resulta fiscalmente deducible dado que, en virtud de lo establecido en el artículo 13.2.º de la LIS, se exige declaración de concurso y que se haya producido la apertura de la fase de liquidación por el juez, en los términos establecidos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

## Segundo.

2. La Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y la creación de empleo, incorporó una disposición adicional decimonovena en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), mediante la que creó un tipo de gravamen especial aplicable a entidades de nueva creación constituidas a partir del 1 de enero de 2013.

De acuerdo con dicha disposición adicional, en el primer periodo impositivo en que la base imponible fuese positiva y en el siguiente, estas entidades podían aplicar un tipo de gravamen del 15% sobre la parte de la base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros y un tipo de gravamen del 20% sobre la parte de la base imponible que excediera de 300.000 euros.

La LIS conserva la escala de gravamen (15%-20%) en la disposición transitoria vigésima segunda (apdo. 1.º), para aquellas entidades constituidas entre 1 de enero de 2013 y 31 de diciembre de 2014

Por otra parte, y en relación con las entidades constituidas a partir del 1 de enero de 2015, la LIS establece un tipo de gravamen reducido en el párrafo segundo y siguientes del apartado 1 del artículo 29, estableciendo un tipo de gravamen del 15 % para el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente.

Para poder aplicar el citado tipo de gravamen del 15 %, se han de cumplir los siguientes requisitos:

- 1.º La entidad debe ser de nueva creación y realizar una actividad económica.

La norma mantiene en similares términos las cautelas previstas en la anterior regulación del TRLIS. Así, se establece que no tendrán la consideración de entidades de nueva creación las que formen parte de un grupo de sociedades según el artículo 42 del Código de Comercio, independientemente de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Asimismo, no se entenderá iniciada una actividad económica cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que se hubiera realizado previamente dicha actividad por alguna persona o entidad con la que exista vinculación a los efectos del artículo 18 de la LIS, siendo transmitida dicha actividad, por cualquier título jurídico, a la entidad de nueva creación.
- c) Que se hubiera ejercido la actividad económica durante el año anterior a la constitución de la entidad por una persona física que tenga una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación, superior al 50 %.

- 2.º Como novedad, se precisa que la entidad no puede tener la consideración de sociedad patrimonial en los términos del artículo 5.2 de la LIS.

En el caso de la sociedad Yrella, constituida en 20X15 por Boinaparte como socio con un porcentaje de participación del 91 %, no resulta aplicable el tipo de gravamen reducido del 15 % porque forma parte de un grupo de sociedades, de acuerdo con el artículo 42.2 del Código de Comercio, según el cual existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, posea la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad, que se calificará como dependiente.

En el caso de la sociedad Okon, SL, si bien una hija de la familia había desarrollado durante el año anterior (20X14) la misma actividad que constituye el objeto social de Okon, SL (comercialización de tutoriales por internet), el porcentaje de participación de dicha hija en el capital social de Okon, SL no es superior al

50%, por lo que no se da la exclusión del tipo de gravamen reducido previsto en la letra b) del artículo 29.1 de la LIS.

Sin perjuicio de lo anterior, procede analizar si se da la exclusión del tipo de gravamen reducido previsto en la letra a) del artículo 29.1 de la LIS. La hija de la familia es una persona vinculada con Okon, SL, en virtud de lo establecido en el artículo 18 a) de la LIS. Además, la actividad desarrollada por la hija de la familia es la misma que la que desarrolla Okon, SL. Por tanto, si la actividad de Okon, SL ha sido transmitida por la hija de la familia, por cualquier título, no se entenderá iniciada una actividad económica, en la medida en que dicha actividad ya ha sido realizada en sede de la hija.

No obstante, si la actividad realizada por Okon, SL no es la misma que la realizada por la hija de la familia, sino una actividad que se desarrolla conjuntamente con el inversor francés (el otro socio), sin que haya habido transmisión del negocio realizado por la hija de la familia, se podrá entender iniciada una actividad económica, tal y como concluye la contestación a la Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V0621/2014, de 7 de marzo (NFC050649).

### Tercero.

3. La reserva de capitalización, regulada en el artículo 25 de la LIS, constituye una rebaja fiscal para las empresas que no repartan parte del beneficio, constituyendo con el mismo esta reserva indisponible, sin requisito de materialización concreto en ningún tipo de activo. Trata de sustituir los incentivos fiscales eliminados en la nueva normativa (reinversión de beneficios extraordinarios y deducción por inversión en beneficios).

Tiene como objetivo potenciar la capitalización empresarial, incrementando el patrimonio neto de las empresas, contribuyendo a la sustitución de la financiación ajena por financiación propia.

Podrán aplicar este incentivo los contribuyentes que tributen al tipo general, o al tipo especial del 30% (entidades de crédito y exploración, investigación o explotación de hidrocarburos).

La reserva por capitalización consiste en la reducción en la base imponible del 10% del incremento de los fondos propios. Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- a) Que el incremento de los fondos propios se mantenga durante un plazo de cinco años, salvo por la existencia de pérdidas contables.
- b) Que se dote una reserva por el importe de la reducción, que deberá aparecer en el balance con absoluta separación e identificación y será indisponible durante el plazo de cinco años desde el cierre del periodo impositivo al que corresponda la reducción.

Dicha reducción tiene como límite el 10% de la base imponible previa a esta reducción, a la integración de la reversión de determinados gastos que en su día no fueron fiscalmente deducibles y a la compensación de bases imponibles negativas.

En caso de insuficiencia de base imponible, las cantidades pendientes podrán ser objeto de aplicación en los periodos impositivos que finalicen en los dos años inmediatos y sucesivos al cierre del periodo impositivo en el que se haya generado el derecho a deducción.

El incremento de los fondos propios, es decir, la base de la deducción, vendrá determinado por la diferencia positiva entre los fondos propios al cierre del ejercicio (sin incluir los resultados del mismo) y los fondos propios existentes al inicio del ejercicio (sin incluir los resultados del ejercicio anterior). Se enumera una serie de operaciones que no se tendrán en cuenta en los fondos propios (aportaciones de los socios, ampliaciones de capital por compensación de créditos, reservas de carácter legal o estatutario...).

En el supuesto planteado, el incremento de fondos propios a efectos de la reducción del artículo 25 de la LIS asciende a 17.500 euros, de acuerdo con el siguiente cálculo:

Fondos propios 31-12-20X15 .....	39.500 euros
Fondos propios 01-01-20X15 .....	22.000 euros
Incremento de fondos propios (39.500 – 22.000) .....	17.500 euros
Importe de la reducción por reserva de capitalización (10% × 17.500) ..	1.750 euros

No obstante, en el ejercicio 20X15 solo se pueden aplicar 200 euros, que es el límite del 10% de la base imponible previa (10% × 2.000). El exceso (1.550 €) se podrá aplicar en los periodos impositivos 20X16 y 20X17, respetando el mismo límite y conjuntamente con la reducción que se genere en estos periodos impositivos.

#### PARTE 4.<sup>a</sup>

Por lo que se refiere a la adquisición de una partida de boinas a un mayorista francés, el artículo 13 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), dispone que estarán sujetas al impuesto las adquisiciones intracomunitarias de bienes efectuadas a título oneroso por empresarios, profesionales o personas jurídicas que no actúen como tales cuando el transmitente sea un empresario o profesional.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 16 de la LIVA establece que se consideran operaciones asimiladas a las adquisiciones intracomunitarias de bienes a título oneroso, entre otras, la afectación a las actividades de un empresario o profesional desarrolladas en el territorio de aplicación del impuesto de un bien expedido o transportado por ese empresario, o por su cuenta, desde

otro Estado miembro en el que el referido bien haya sido producido, extraído, transformado, adquirido o importado por dicho empresario o profesional en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional realizada en el territorio de este último Estado miembro.

En el caso que nos ocupa, cuando el mayorista francés ordena el traslado de los bienes desde Francia al territorio de aplicación del impuesto, depositándolos en el almacén que había alquilado a las afueras de Burgos el mes anterior, está afectando dichos bienes a sus necesidades en el citado territorio. Por tanto, se trata de una operación asimilada a una adquisición intracomunitaria de bienes que tiene lugar en el territorio de aplicación del impuesto y que, en consecuencia, se halla sujeta al mismo.

El mayorista francés es el sujeto pasivo de dicha operación, de acuerdo con el artículo 85 de la LIVA, según el cual en las adquisiciones intracomunitarias de bienes los sujetos pasivos del impuesto serán quienes las realicen, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la LIVA.

En segundo lugar, en el territorio de aplicación del impuesto se produce una entrega de bienes por parte del mayorista francés a Boinaparte, SL. En este sentido, el artículo 4 de la LIVA establece que estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan a favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

Las entregas de bienes se definen en el artículo 8.Uno de la LIVA como la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de la entrega de bienes, el artículo 84.Uno de la LIVA señala que serán sujetos pasivos del impuesto:

- 1.º Las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al impuesto, salvo lo dispuesto en los números siguientes.
- 2.º Los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas al impuesto, entre otros supuestos, cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el territorio de aplicación del impuesto.

Se considerarán establecidos en el territorio de aplicación del impuesto los sujetos pasivos que tengan en el mismo la sede de su actividad económica, su domicilio fiscal o un establecimiento permanente que intervenga en la realización de las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al impuesto. Se entenderá que dicho establecimiento permanente interviene en la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios cuando ordene sus factores de producción materiales y humanos o uno de ellos con la finalidad de realizar cada una de ellas.

El apartado 3 del artículo 69 de la LIVA establece que, a efectos de este impuesto, se considerará establecimiento permanente cualquier lugar fijo de negocios donde los empresarios o profesionales realicen actividades económicas.

En particular, tendrán esta consideración:

- a) La sede de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, tiendas y, en general, las agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta del sujeto pasivo.
- b) Las minas, canteras o escoriales, pozos de petróleo o de gas u otros lugares de extracción de productos naturales.
- c) Las obras de construcción, instalación o montaje cuya duración exceda de 12 meses.
- d) Las explotaciones agrarias, forestales o pecuarias.
- e) Las instalaciones explotadas con carácter de permanencia por un empresario o profesional para el almacenamiento y posterior entrega de sus mercancías.
- f) Los centros de compras de bienes o de adquisición de servicios.
- g) Los bienes inmuebles explotados en arrendamiento o por cualquier título.

Este precepto debe interpretarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en particular de las Sentencias de 4 de julio de 1985, asunto 168/84, Gunter Berkhol (NFJ000101); de 2 de mayo de 1996, asunto C-231/94, Faaborg-Gelting (NFJ004368); de 17 de julio de 1997, asunto C-190/95, ARO Lease BV (NFJ005724); de 20 de febrero de 1997, asunto C-260/95, DFDS A/S (NFJ005197), y de 28 de junio de 2007, asunto C-73/06, Planzer Luxembourg (NFJ026006).

De conformidad con esta jurisprudencia, para que exista establecimiento permanente es necesario que el mismo se caracterice por una estructura adecuada en términos de medios humanos y técnicos, propios o subcontratados, con un grado suficiente de permanencia.

Este mismo criterio ha sido consagrado por el Reglamento de ejecución (UE) n.º 282/2011, del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del IVA, cuyo artículo 53.1 dispone que para la aplicación del artículo 192 bis de la Directiva 2006/112/CE solo se tomará en consideración el establecimiento permanente que tenga el sujeto pasivo cuando se caracterice por un grado suficiente de permanencia y una estructura adecuada en términos de medios humanos y técnicos que le permitan realizar la entrega de bienes o la prestación de servicios en la que intervenga.

En particular, el referido artículo 192 bis de la Directiva 2006/112/CE dispone que a un sujeto pasivo que tenga un establecimiento permanente en el territorio de un Estado miembro en

que se devengue el impuesto se le considerará como sujeto pasivo no establecido en el territorio de dicho Estado miembro cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que efectúe una entrega de bienes o una prestación de servicios gravada en el territorio de ese Estado miembro.
- b) Que en la entrega de bienes o la prestación de servicios no intervenga ningún establecimiento que tenga el proveedor de servicios en el territorio de ese Estado miembro.

La determinación de cuándo un establecimiento permanente distinto de la sede de actividad interviene en la realización de una operación debe hacerse a la luz del citado Reglamento de ejecución (UE) n.º 282/2011. El artículo 53.2 de esta norma establece que cuando un sujeto pasivo tenga un establecimiento permanente en el territorio del Estado miembro en que se adeude el IVA, se considerará que dicho establecimiento no interviene en la entrega de bienes o prestación de servicios en el sentido del artículo 192 bis, letra b), de la Directiva 2006/112/CE, a menos que el sujeto pasivo utilice los medios técnicos y humanos de dicho establecimiento permanente para operaciones inherentes a la realización de la entrega imponible de esos bienes o la prestación imponible de esos servicios en dicho Estado miembro, ya sea antes o durante esa entrega o prestación.

Cuando los medios del establecimiento permanente se utilicen exclusivamente para llevar a cabo tareas administrativas auxiliares, tales como la contabilidad, la facturación y el cobro de créditos, no se considerará que dichos medios se hayan utilizado a los fines de una entrega de bienes o una prestación de servicios.

No obstante, en caso de que se expida una factura con el número de identificación a efectos del IVA asignado por el Estado miembro del establecimiento permanente, se considerará que este último ha intervenido en la entrega de bienes o la prestación de servicios efectuada en ese Estado miembro, salvo que existan pruebas que acrediten lo contrario.

Por su parte, el artículo 54 del citado Reglamento de ejecución establece que cuando un sujeto pasivo haya establecido la sede de su actividad económica en el territorio del Estado miembro en que se adeude el IVA, el artículo 192 bis de la Directiva 2006/112/CE no será de aplicación, intervenga o no tal sede en la entrega de bienes o la prestación de servicios que efectúe en ese Estado miembro.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, cabe concluir que el mayorista francés no posee un establecimiento permanente y, en consecuencia, no está establecido en el territorio de aplicación del IVA español, por lo que será el cliente español (Boinaparte, SL) quien tenga la consideración de sujeto pasivo en esta segunda operación, y deberá ingresar el impuesto incluyendo la misma en la declaración correspondiente al periodo impositivo en que se produzca el devengo [art. 84.Uno.2.º a) LIVA].

De este modo, el mayorista francés no debe repercutir el impuesto en factura al destinatario de las operaciones mencionadas.

Por último, del enunciado parece deducirse que el mayorista francés solo realiza en el territorio de aplicación del impuesto las operaciones descritas anteriormente, lo que implicaría que en las entregas de bienes realizadas por el mayorista francés en el territorio de aplicación del impuesto el sujeto pasivo resulta ser el destinatario de las correspondientes operaciones.

Si así fuera, el mayorista francés cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 119 de la LIVA, y tendría derecho a la devolución del impuesto soportado en el territorio de aplicación del mismo. Esto implicaría que la operación asimilada a una adquisición intracomunitaria de la que el mayorista francés es sujeto pasivo resultaría exenta, conforme a lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo 26 de la LIVA, según el cual estarán exentas del IVA las adquisiciones intracomunitarias de bienes respecto de las cuales se atribuya al adquirente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 119 o 119 bis de la LIVA, el derecho a la devolución total del impuesto que se hubiese devengado por las mismas.

Por lo que se refiere al cumplimiento de obligaciones formales, el artículo 25 del RGAT establece que, a efectos del IVA, para las personas o entidades que realicen operaciones intracomunitarias a las que se refiere el apartado 2, el número de identificación será el definido de acuerdo con lo establecido en el RGAT, al que se antepondrá el prefijo ES.

Dicho número se asignará cuando se solicite por el interesado la inclusión en el Registro de operadores intracomunitarios, en la forma prevista para la declaración de alta o modificación de datos censales. La AEAT podrá denegar la asignación de este número en los supuestos comprendidos en los artículos 24.1 y 146.1 b) de este reglamento. Si la AEAT no hubiera resuelto en un plazo de tres meses, podrá considerarse denegada la asignación del número solicitado.

El número de identificación fiscal a que se refieren los párrafos anteriores se asignará, entre otras personas o entidades, a los empresarios o profesionales que realicen entregas de bienes o adquisiciones intracomunitarias de bienes sujetas al IVA, incluso si los bienes objeto de dichas adquisiciones intracomunitarias se utilizan en la realización de actividades empresariales o profesionales en el extranjero.

No obstante lo anterior, no se asignará el número de identificación específico a efectos del IVA a las siguientes personas o entidades:

- a) Los sujetos pasivos que realicen exclusivamente operaciones que no atribuyan el derecho a la deducción total o parcial del impuesto o que realicen exclusivamente actividades a las que sea aplicable el régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca o las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales, cuando las adquisiciones intracomunitarias de bienes efectuadas por dichas personas no estén sujetas al IVA en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la LIVA.
- b) Las indicadas en la letra anterior y las que no actúen como empresarios o profesionales, cuando realicen adquisiciones intracomunitarias de medios de transporte nuevos.

- c) Las comprendidas en el artículo 5.Uno e) de la LIVA.
- d) Los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del IVA, que realicen en dicho territorio exclusivamente operaciones por las cuales no sean sujetos pasivos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.Uno, números 2.º, 3.º y 4.º de la LIVA.
- e) Los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del IVA que realicen en el mismo exclusivamente las adquisiciones intracomunitarias de bienes y entregas subsiguientes a las que se refiere el artículo 26.Tres de la LIVA.

Dado que el mayorista francés realiza en el territorio de aplicación del impuesto operaciones asimiladas a las adquisiciones intracomunitarias de bienes sujetas, aunque exentas, deberá solicitar el número de identificación fiscal a efectos del impuesto de acuerdo con el artículo 25.2 del RGAT.

Por lo que se refiere a la concesión de un préstamo por parte del señor Maté y su esposa a Boinaparte, SL (el señor Maté y su esposa son socios de la entidad), quedando este formalizado mediante documento privado, al ser particulares los prestamistas (no son empresarios o profesionales a efectos del IVA, en los términos establecidos en el art. 5 LIVA), la operación no está sujeta al IVA, sino al ITP y AJD, en su modalidad transmisiones patrimoniales onerosas (TPO), en virtud del artículo 7.1 b) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP y AJD), si bien está exenta en virtud del artículo 45.1.B.15.º del TRLITP y AJD, que declara exentos los depósitos en efectivo y los préstamos, cualquiera que sea la forma en que se instrumenten.

El sujeto pasivo es, a título de contribuyente, el prestatario, tal y como establece el artículo 8 d) del TRLITP y AJD. Siendo responsable subsidiario el prestamista si percibiera total o parcialmente los intereses o el capital o la cosa prestada, sin haber exigido al prestatario justificación de haber satisfecho este impuesto (art. 9 TRLITP y AJD).

El devengo de la operación se produce el 25 de enero de 20X16, tal y como dispone el artículo 49.1 a) del TRLITP y AJD.

Con independencia de que la operación esté exenta, el sujeto pasivo debe presentar ante los órganos competentes de la Administración tributaria la autoliquidación del impuesto extendida en el modelo de impreso de declaración-liquidación especialmente aprobado al efecto por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y a la misma se acompañará el documento privado del préstamo, por duplicado, original y copia, junto con el impreso de declaración-liquidación [art. 101.1 del RD 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD (RITP y AJD)].

Existe un plazo de 30 días hábiles, a contar desde el momento en que se causa el acto o contrato, para presentar la declaración-liquidación y el documento privado (art. 102.1 RITP y AJD).

Por otra parte, la falta de formalización del préstamo en escritura pública impide la sujeción a la modalidad de AJD (documentos notariales) del ITP y AJD. De todas formas, si el préstamo estuviese formalizado en escritura pública, no se devengaría la cuota variable de documentos notariales, regulada en el artículo 31 del TRLITP y AJD, al ser incompatible con la modalidad TPO, tal y como dispone el artículo 1.3 del TRLITP y AJD.

Por lo que se refiere a la ejecución de obra para la construcción de una edificación de viviendas, se trata de una entrega de bienes sujeta al IVA, en virtud del artículo 4 de la LIVA, según el cual estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

El artículo 8.Dos.1.º de la LIVA califica como entrega de bien las ejecuciones de obra que tengan por objeto la construcción (o rehabilitación) de una edificación cuando el empresario que ejecute la obra aporte una parte de los materiales utilizados, siempre que el coste de los mismos exceda del 40% de la base imponible (el enunciado del supuesto indica que el coste de los materiales representa más del 60% del coste de la ejecución).

Por otra parte, el artículo 20.Uno.22.º de la LIVA dispone que estarán exentas las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, cuando tengan lugar después de terminada la construcción o rehabilitación. Se considerará primera entrega la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada. No obstante, no tendrá la consideración de primera entrega la realizada por el promotor después de la utilización ininterrumpida del inmueble por un plazo igual o superior a dos años por su propietario o por titulares de derechos reales de goce o disfrute o en virtud de contratos de arrendamiento sin opción de compra, salvo que el adquirente sea quien utilizó la edificación durante el referido plazo. No se computarán a estos efectos los periodos de utilización de edificaciones por los adquirentes de los mismos en los casos de resolución de las operaciones en cuya virtud se efectuaron las correspondientes transmisiones.

Por lo tanto, la ejecución de obra para la construcción de una edificación de viviendas destinadas a la venta es una operación sujeta y no exenta. Boinaparte, SL, como promotor, realizará posteriormente la primera entrega de las viviendas terminadas, que también estará sujeta y no exenta del IVA.

Por lo que se refiere al lugar de realización del hecho imponible, se trata de una entrega de bienes realizada en el territorio de aplicación del impuesto, dado que el artículo 68.Uno de la LIVA dispone que las entregas de bienes que no sean objeto de expedición o transporte se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto cuando los bienes se pongan a disposición del adquirente en dicho territorio, y el artículo 68.Dos.3.º de la LIVA establece que también se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto las entregas de bienes inmuebles que radiquen en dicho territorio.

El sujeto pasivo de la ejecución de obra es el destinatario de la operación sujeta al IVA, es decir, Boinaparte, SL, de acuerdo con el artículo 84.Uno.2.º f) de la LIVA, que dispone que serán sujetos

pasivos de las entregas de bienes los destinatarios de las mismas, entre otros casos, cuando se trate de ejecuciones de obra, con o sin aportación de materiales, así como las cesiones de personal para su realización, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la urbanización de terrenos o la construcción o rehabilitación de edificaciones.

Boinaparte, SL estará obligado, en cuanto que sujeto pasivo, a repercutir y a soportar la repercusión de la cuota tributaria, en virtud del artículo 88.Uno de la LIVA, que dispone que los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando este obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en la LIVA, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos.

Por lo que se refiere a la base imponible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.Uno de la LIVA, estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas. El enunciado del supuesto indica que el precio cerrado de la construcción completa asciende a 1.500.000 euros, por lo que dicho importe es la base imponible.

El tipo de gravamen será el 10%, de acuerdo con el artículo 91.Uno.3.1.º de la LIVA, que dispone que se aplicará el tipo de gravamen del 10% a las ejecuciones de obras, con o sin aportación de materiales, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la construcción o rehabilitación de edificaciones o partes de las mismas destinadas principalmente a viviendas, incluidos los locales, anejos, garajes, instalaciones y servicios complementarios en ellos situados. Se considerarán destinadas principalmente a viviendas las edificaciones en las que al menos el 50% de la superficie construida se destine a dicha utilización.

La cuota tributaria, por consiguiente, ascenderá a 150.000 euros ( $1.500.000 \times 10\%$ ).

En cuanto al devengo de la operación, el artículo 75.Uno.1.º de la LIVA señala que, en las entregas de bienes, el impuesto se devenga cuando tenga lugar la puesta a disposición del adquirente de los bienes. No obstante, el apartado Dos del artículo 75 de la LIVA dispone que en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.

La contestación a la Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2436/2013, de 19 de julio (NFC048691), señala que en los contratos de ejecución de obra que tengan la consideración de entrega de bienes o en los que, teniendo la consideración de prestaciones de servicios, se aporten materiales por el constructor, el momento que determinará el devengo del impuesto será aquel en el que el destinatario de la operación en que consiste la ejecución de obra se convierta en propietario de la misma, en cuanto adquiera el total de las facultades que corresponden al propietario de un bien, en tanto que en aquel se debe tener por producida la puesta a disposición del resultado de la obra.

Por todo ello, la mera expedición de certificaciones de obra en las que se documente el estado de avance de las obras, en cuanto aquella, en principio, no determina que se cumplan las

condiciones requeridas en la LIVA, no determinará, por sí misma, el devengo del impuesto, ya que su simple expedición no puede calificarse como entrega de bienes, por no haber transmisión del poder de disposición, tal y como esta se configura en el impuesto. No obstante, la puesta a disposición de las obras puede producirse parcialmente cuando el dueño se apropie de las obras a medida que el contratista las realiza o bien cuando se emitan certificaciones de obra mediante las cuales se ponga a disposición del dueño de la obra la parte de la obra certificada («fase completa y terminada de la misma»). En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de marzo de 2001, rec. núm. 9464/1995 (NFC010413).

Todo lo anteriormente expuesto no impide la aplicación de la norma relativa a los pagos anticipados (art. 75.Dos LIVA), el cual establece que, en las operaciones sujetas a gravamen que originen pagos anticipados anteriores a la realización del hecho imponible, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos.

Es decir, si se procede al pago total o parcial del importe correspondiente a la parte de obra ejecutada, que se documenta en la certificación de obra, se devengará el impuesto en proporción a la cantidad satisfecha, por el importe efectivamente cobrado. A estos efectos, el mero endoso, descuento o pignoración de la certificación de obra no puede considerarse como pago anticipado de la obra a realizar y no determina, por tanto, el devengo correspondiente a dicha obra. Tampoco se entenderá cobrada la certificación de obra con la emisión de un pagaré sino únicamente en el momento de su pago por el deudor.

Como Construcciones AZ, SL emite una certificación de obra el 15 de marzo de 20X16, que cobra este mismo día, se entiende devengado el 15 de marzo de 20X16 el IVA correspondiente a este pago anticipado. La base imponible estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas, tal y como dispone el artículo 78.Uno de la LIVA. No obstante, no se incluyen en la base imponible las sumas pagadas en nombre y por cuenta del cliente, en virtud de mandato expreso del mismo, tal y como dispone el artículo 78.Tres de la LIVA.

Por lo tanto, la base imponible ascenderá a 100.000 euros (61.000 € de materiales y 39.000 € de mano de obra), siendo el tipo impositivo del 10% (de conformidad con el art. 91.Uno.3.1.º LIVA), por lo que la cuota tributaria ascenderá a 10.000 euros.

## PARTE 5.<sup>a</sup>

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (LORC), cometen delito de contrabando las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el artículo 35.4 de la LGT que, entre otros supuestos, importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros.

Por otra parte, el artículo 11.1 de la LORC dispone que incurrirán en infracción administrativa de contrabando las personas físicas o jurídicas y las entidades mencionadas en el artículo 35.4 de la LGT que, entre otros supuestos, importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 150.000 euros.

Dado que el valor de las mercancías descubiertas por la Agencia Tributaria (100.000 €) es inferior a 150.000 euros, la conducta no es constitutiva de delito de contrabando, sino de infracción administrativa de contrabando.

De acuerdo con el artículo 11.2 b) de la LORC, la infracción administrativa de contrabando se clasificará como grave, ya que el valor de las mercancías objeto de la misma está entre 37.500 y 112.500 euros. Los responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionados con multa pecuniaria proporcional al valor de los bienes, de entre el 150% y el 250%, tal y como dispone el artículo 12.1 de la LORC.

Por otra parte, el artículo 12 bis de la LORC regula los criterios de graduación de las sanciones, disponiendo que las sanciones por infracciones administrativas de contrabando se graduarán atendiendo, entre otros criterios, a la resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de los órganos competentes para el descubrimiento y persecución de las infracciones administrativas de contrabando o de los órganos competentes para la iniciación del procedimiento sancionador por estas infracciones.

A estos efectos, el artículo 11.4 de la LORC dispone que constituye resistencia, obstrucción, excusa o negativa, entre otras, las siguientes conductas de las personas investigadas, del presunto infractor o de la persona sancionada:

«d) Negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en fincas o locales a las autoridades, funcionarios o fuerzas o el reconocimiento de medios de transporte, locales, máquinas, instalaciones y explotaciones relacionados con la investigación del contrabando, la tramitación del expediente o la ejecución de la sanción de cierre de establecimiento o suspensión del ejercicio de la actividad.

e) Las coacciones a las autoridades, funcionarios y fuerzas en el ejercicio de las funciones previstas en esta ley».

En el caso que nos ocupa, dado que los responsables de XM, SL impidieron la entrada y coaccionaron a los funcionarios de la Agencia Tributaria, la sanción por infracción administrativa de contrabando se graduará atendiendo a dicho criterio de graduación.

El artículo 12 bis.3 de la LORC establece que reglamentariamente se determinará la aplicación de cada uno de los criterios de graduación. A estos efectos, el artículo 8.2 a) del Real Decreto 1649/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el título II de la LORC, dispone que la sanción pecuniaria por infracción grave se incrementará entre 30 y 40 puntos porcentuales.

2. La normativa básica de la materia aduanera en la Unión Europea está constituida por el Reglamento (UE) n.º 952/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión (CAU), aplicable a partir del 1 de mayo de 2016.

Asimismo, con el objeto de completar y desarrollar lo previsto en el CAU, se han publicado los dos siguientes reglamentos, aplicables a partir de la misma fecha:

- a) Reglamento delegado (UE) n.º 2015/2446, de la Comisión, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 952/2013.
- b) Reglamento de ejecución (UE) n.º 2015/2447, de la Comisión, por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) n.º 952/2013.

El valor en aduana de las mercancías se regula en los artículos 69 a 74 del CAU. Según dispone el artículo 70 del CAU, la base principal para determinar el valor en aduana de las mercancías será el valor de transacción, que es el precio efectivamente pagado o por pagar por ellas cuando se vendan para su exportación al territorio aduanero de la Unión, ajustado, en su caso.

El precio realmente pagado o por pagar será el pago total que el comprador haya efectuado o deba efectuar al vendedor o a un tercero a favor del vendedor, por las mercancías importadas, e incluirá todos los pagos efectuados o por efectuar como condición de la venta de esas mercancías.

De los datos del enunciado se desprende que el precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías importadas asciende a 49.000 euros (50.000 € menos el descuento por pronto-pago del 2% sobre dicha cantidad).

Los incoterms (términos internacionales de comercio) son términos, de tres letras cada uno, que reflejan las normas de aceptación voluntaria por las dos partes –compradora y vendedora–, acerca de las condiciones de entrega de las mercancías y/o productos. Se usan para aclarar los costes de las transacciones comerciales internacionales, delimitando las responsabilidades entre el comprador y el vendedor, y reflejan la práctica actual en el transporte internacional de mercancías. El objetivo fundamental de los mismos consiste en establecer criterios definidos sobre la distribución de los gastos y la transmisión de los riesgos entre la parte compradora y la parte vendedora en un contrato de compraventa internacional.

En general, la exportación es responsabilidad del vendedor. Solo existe un incoterm sin despacho aduanero de exportación: EXW (*ex works*, en fábrica), donde el comprador es responsable de la exportación y suele contratar los servicios de un transitario o un agente de aduanas en el país de expedición de la mercancía, que gestione la exportación. Los restantes incoterms son «con despacho», es decir, la exportación es responsabilidad del vendedor, que algunas veces se ocupa también de la importación en el país de destino.

El incoterm *ex works* significa que el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador en sus propias instalaciones, y todos los gastos a partir de ese momento son por cuenta del comprador.

Para completar la determinación del valor en aduana siguiendo el método principal relativo al valor de transacción de las mercancías importadas, deberán tomarse en consideración los ajustes previstos en los artículos 71 y 72 del CAU.

En el artículo 71 del CAU se detallan los conceptos que deben formar parte del valor en aduana, es decir, deberán adicionarse al valor de transacción siempre que no estén incluidos ya en el mismo.

En el artículo 72 del CAU se especifican los conceptos que no forman parte del valor en aduana, y que por ello deberán ser deducidos del valor de transacción en caso de estar ya incluidos en el mismo.

Según dispone el artículo 71 del CAU, al determinar el valor en aduana en aplicación del artículo 70, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas se completará con:

- a) Los siguientes elementos, en la medida en que los soporte el comprador y no estén incluidos en el precio realmente pagado o que debe pagarse por las mercancías:
  - i) Las comisiones y los gastos de corretaje, salvo las comisiones de compra.
  - ii) El coste de los envases que, a efectos aduaneros, se consideren que forman un todo con la mercancía.
  - iii) El coste de embalaje, tanto por la mano de obra como por los materiales.
- b) El valor, imputado de forma adecuada, de los bienes y servicios que se indican a continuación, cuando hayan sido suministrados directa o indirectamente por el comprador, gratuitamente o a precios reducidos, y utilizados en la producción y venta para la exportación de las mercancías importadas, en la medida en que dicho valor no esté incluido en el precio efectivamente pagado o por pagar:
  - i) Materiales, componentes, partes y elementos similares incorporados a las mercancías importadas.
  - ii) Herramientas, matrices, moldes y objetos similares utilizados en la producción de las mercancías importadas.
  - iii) Materiales consumidos en la producción de las mercancías importadas.
  - iv) Trabajos de ingeniería, de desarrollo, artísticos y de diseño, planos y croquis, realizados fuera de la Unión y necesarios para la producción de las mercancías importadas.
- c) Los cánones y derechos de licencia relacionados con las mercancías objeto de valoración, que el comprador esté obligado a pagar, directa o indirectamente, como condición de la venta de dichas mercancías, en la medida en que los mencionados cánones y derechos no estén incluidos en el precio realmente pagado o por pagar.

- d) El valor de cualquier parte del producto de una posterior reventa, cesión o utilización de las mercancías importadas, que revierta directa o indirectamente al vendedor.
- e) Los gastos de transporte y de seguro de las mercancías importadas, así como los gastos de carga y de manipulación asociados al transporte de las mercancías importadas, hasta el lugar por donde se introducen las mercancías en el territorio aduanero de la Unión.

Por otra parte, el artículo 72 del CAU dispone que al determinar el valor en aduana en aplicación del artículo 70, no se incluirá ninguno de los elementos siguientes:

- a) Los gastos de transporte de las mercancías importadas después de su entrada en el territorio aduanero de la Unión.
- b) Los gastos de construcción, instalación, montaje, mantenimiento o asistencia técnica, realizados después de la entrada en el territorio aduanero de la Unión de las mercancías importadas, tales como instalaciones, máquinas o material industrial.
- c) Los importes de los intereses derivados de un acuerdo de financiación concertado por el comprador, relativo a la compra de las mercancías importadas, independientemente de que la financiación corra a cargo del vendedor o de otra persona, siempre que el acuerdo de financiación conste por escrito y, si así se requiere, que el comprador pueda demostrar que se cumplen las siguientes condiciones:
  - Que tales mercancías se venden efectivamente al precio declarado como realmente pagado o por pagar.
  - Que el tipo de interés exigido no excede del aplicado corrientemente a tales transacciones en el país y en el momento en que se haya proporcionado la financiación.
- d) Derechos de reproducción en la Unión de las mercancías importadas.
- e) Comisiones de compra.
- f) Derechos de importación y otros gravámenes pagaderos en la Unión como consecuencia de la importación o la venta de las mercancías.

De conformidad con lo establecido en el artículo 72 del CAU, no formarán parte del valor en aduana la comisión de compra a su agente, así como el gasto de transporte de las mercaderías, desde la frontera comunitaria hasta el almacén. Ahora bien, dado que la importación se habrá realizado en condiciones *ex works*, entendemos que el precio efectivamente pagado o por pagar no incluye dichos conceptos, por lo que no procede restarlos.

De todo lo anterior se deduce que el valor en aduana asciende a 49.400 euros, de acuerdo con el siguiente desglose:

Precio efectivamente pagado o por pagar .....	49.000 euros
+ Ajuste embalajes [art. 71.1 a) iii) CAU] .....	+200 euros
+ Ajuste transporte y seguro [art. 71.1 e) CAU] .....	+200 euros <sup>1</sup>
Valor en aduana .....	49.400 euros

3. En este supuesto se realiza el hecho imponible del impuesto especial sobre la electricidad: suministro de energía eléctrica a una entidad que lo adquiere para su propio consumo, tal y como dispone el artículo 92.1 a) de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (LIE).

El devengo, de acuerdo con el artículo 95 a) de la LIE, tiene lugar cuando sea exigible la parte del precio correspondiente a la energía eléctrica suministrada en cada periodo de facturación.

El contribuyente es la empresa Comercializadora Eléctrica, SA [art. 96.1 a) LIE].

Además, sería contribuyente, por el suministro de electricidad realizado al amparo de una reducción de la base imponible, el cliente Aires Líquidos, SA, por la cantidad de electricidad recibida sin la correcta repercusión del impuesto por no haber comunicado a Comercializadora Eléctrica, SA los datos exactos de la regularización en los plazos y términos establecidos reglamentariamente (art. 96.3 LIE).

La base imponible será la que se habría determinado a efectos del IVA, excluidas las cuotas del propio impuesto sobre la electricidad, para un suministro de energía eléctrica efectuado a título oneroso dentro del territorio de aplicación del IVA entre personas no vinculadas (art. 97 LIE).

Por lo que se refiere a la base liquidable, en el suministro efectuado a Aires Líquidos, SA, hay una reducción del 85% de la base imponible del suministro, ya que la electricidad consumida representa más del 50% del coste de un producto [art. 98 d) LIE].

En el suministro efectuado a Granja Porcina, habría una reducción del 85% de la base imponible en caso de que la electricidad se utilizase para el riego agrícola.

El tipo impositivo, de acuerdo con el artículo 99 de la LIE, ascenderá al 5,11269632%, sin que pueda ser inferior a 0,50 euros/Mwh en el caso de Aires Líquidos, SA (usos industriales) y 1,00 euros/Mwh en el caso de la Granja Porcina (otros usos).

<sup>1</sup> Gastos de transporte hasta el lugar por donde se introducen las mercancías en el territorio aduanero de la Unión: 1.000 euros × (280 km/1.400 km) = 200 euros.

## PARTE 6.<sup>a</sup>

**Primero.** La renta derivada de la transmisión del bien inmueble se califica, a efectos del IRPF, como una ganancia o pérdida patrimonial, ya que, de conformidad con lo establecido en el artículo 33.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (LIRPF), se trata de una variación en el valor del patrimonio del contribuyente puesto de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquel, sin que la LIRPF lo califique como rendimiento.

Por lo que se refiere a la individualización de dicha renta, el artículo 11 de la LIRPF establece que las ganancias y pérdidas patrimoniales se considerarán obtenidas por los contribuyentes que sean titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos, de que provengan dichos rendimientos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquellos o de las descubiertas por la Administración.

En su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia.

La titularidad de los bienes y derechos que conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial sean comunes a ambos cónyuges se atribuirá por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación.

El enunciado del supuesto indica que doña Dolores Fuertes adquirió la vivienda a título lucrativo, por herencia de su padre, por lo que se trata de un bien privativo de doña Dolores, tal y como dispone el artículo 1.346 del Código Civil. Por tanto, la ganancia o pérdida patrimonial será imputable a doña Dolores Fuertes.

Por lo que se refiere a la cuantificación de la ganancia o pérdida patrimonial, el artículo 34 de la LIRPF establece que, en el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, el importe de la ganancia o pérdida patrimonial es la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales.

El artículo 35 de la LIRPF dispone que el valor de adquisición estará formado por la suma de:

- a) El importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado.
- b) El coste de las inversiones y mejoras efectuadas en los bienes adquiridos y los gastos y tributos inherentes a la adquisición, excluidos los intereses, que hubieran sido satisfechos por el adquirente.

El valor de transmisión será el importe real por el que la enajenación se hubiese efectuado. De este valor se deducirán los gastos y tributos a que se refiere el párrafo anterior, en cuanto resulten satisfechos por el transmitente.

Por importe real del valor de enajenación se tomará el efectivamente satisfecho, siempre que no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecerá este.

Por su parte, el artículo 36 de la LIRPF dispone que cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo 35 de la LIRPF, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del impuesto sobre sucesiones y donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado.

Aplicando lo anteriormente expuesto, el valor de adquisición ascenderá a 220.000 euros (200.000 + 20.000), mientras que el valor de transmisión ascenderá a 472.800 euros (500.000 – 25.000 – 2.200). Cabe señalar que no procede deducir, para el cálculo del valor de transmisión, los 30.000 euros del ITP y AJD, ya que el sujeto pasivo de este impuesto, a título de contribuyente, es el adquirente del bien inmueble, tal y como disponen los artículos 8 y 29 del TRLITP y AJD.

Por lo tanto, la ganancia de patrimonio obtenida por doña Dolores Fuertes ascenderá a 252.800 euros (472.800 – 220.000).

Por otra parte, la disposición transitoria novena de la LIRPF (en la redacción dada por Ley 26/2014, de 27 de noviembre, de modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias) regula un régimen transitorio aplicable a las ganancias de patrimonio derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, consistente en aplicar unos coeficientes reductores, llamados «coeficientes de abatimiento», a la ganancia de patrimonio obtenida.

Cabe señalar, a este respecto, que durante una importante parte de la tramitación parlamentaria de la Ley 26/2014, el proyecto de ley recogía la derogación de la referida disposición transitoria novena de la LIRPF y, con ella, la desaparición de los coeficientes de abatimiento. Sin embargo, la Ley 26/2014 finalmente publicada en el BOE mantuvo esta disposición transitoria, pero introduciendo una relevante modificación que se detalla a continuación.

En particular, la nueva redacción de la disposición transitoria novena permite la aplicación del régimen de abatimiento que venía aplicándose hasta la fecha (que no se modifica), si bien únicamente por el importe proporcional que se corresponda con un valor de transmisión de hasta 400.000 euros, estableciéndose un esquema similar al recogido en la disposición transitoria cuarta.

De esta manera, se reconoce a cada contribuyente una franquicia (un «límite vital») de 400.000 euros de valor de transmisión, que puede ser consumido en relación con transmisiones de elementos patrimoniales no afectos que tengan lugar a partir del 1 de enero de 2015. Por tanto, las ganancias patrimoniales asociadas a estas operaciones podrán aplicar la reducción en la parte que corresponda a un valor de transmisión de hasta 400.000 euros.

La aplicación práctica de la norma se configura de la siguiente manera:

- 1.º El periodo de permanencia en el patrimonio del contribuyente sigue haciendo referencia al número de años, redondeados por exceso, que hayan transcurrido desde la fecha de adquisición del elemento patrimonial y el 31 de diciembre de 1996.
- 2.º Los coeficientes aplicables a cada tipo de elemento patrimonial (11,11 % en caso de bienes inmuebles, 25 % en caso de acciones cotizadas y 14,28 % en el resto de los casos) también se mantienen, y siguen aplicándose en función del número de años transcurridos desde la fecha de adquisición hasta el 31 de diciembre de 1996 que exceda de dos.
- 3.º El criterio de cálculo de la parte de ganancia patrimonial susceptible de reducción no se ve modificado, de manera que deberá seguir atendiéndose al valor a efectos del impuesto sobre el patrimonio del ejercicio 2005, en relación con valores admitidos a negociación y participaciones en instituciones de inversión colectiva, mientras que en el resto de los casos seguirá procediendo la linealización por días.
- 4.º Ahora bien, la modificación operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, establece un «contador personal» de valores de transmisión correspondientes a ganancias patrimoniales respecto de las cuales ya se haya aplicado la reducción recogida en la norma desde el 1 de enero de 2015, el cual debe ser tenido en cuenta en el momento de evaluar la posibilidad de que la reducción sea aplicada a una ganancia patrimonial concreta.
- 5.º Así, si el importe que refleja este contador más el importe del valor de transmisión de la ganancia patrimonial en concreto no alcanza el importe de 400.000 euros, se permite la aplicación del régimen de abatimiento correspondiente.
- 6.º Si esta suma arroja un importe superior a 400.000 euros, pero el contador aún no ha alcanzado este importe, la franquicia aún disponible permitirá aplicar parcialmente (según corresponda proporcionalmente) el régimen de abatimiento que corresponda.
- 7.º Una vez que el contador de ganancias patrimoniales a las que se ha aplicado el régimen de la disposición transitoria novena supera 400.000 euros en términos de valor de transmisión, ya no es posible aplicar la reducción de esta norma.

El cuadro que se indica a continuación resume los criterios expuestos:

Variables a considerar
Importe del <b>valor de transmisión</b> de la ganancia patrimonial respecto de la que se plantea la posibilidad de aplicar el régimen de la disposición transitoria novena (A)
Importe del <b>valor de transmisión</b> de ganancias patrimoniales, obtenidas después de 1 de enero de 2015, a las que se les haya aplicado el régimen de la disposición transitoria novena (B)

Escenario	Consecuencia
Si $A + B < 400.000 \text{ €}$	Aplicación <b>íntegra</b> del régimen de la disposición transitoria novena
Si $A + B < 400.000 \text{ €}$ , pero $B < 400.000 \text{ €}$	Aplicación <b>proporcional</b> de la disposición transitoria novena, según la fórmula: $(400.000 - B)/A$
Si $B > 400.000 \text{ €}$	<b>No aplicación</b> de la disposición transitoria novena

En particular, la aplicación proporcional del régimen de la disposición transitoria novena consiste en aplicar dicho régimen a la parte de la ganancia patrimonial que proporcionalmente corresponda a la parte de valor de transmisión que sumado a B no supere 400.000 euros. Es decir, se aplica el régimen de los coeficientes de abatimiento a la parte de ganancia patrimonial que proporcionalmente se corresponda con la proporción que represente la franquicia todavía disponible sobre el valor de transmisión.

Dicho tratamiento resulta aplicable tanto en el caso de una única transmisión patrimonial cuyo importe sea superior a 400.000 euros, como en el caso de sucesivas transmisiones de elementos en relación con las cuales, en una de ellas, se supera el umbral de 400.000 euros. En ambos supuestos, debe atenderse al importe acumulada hasta la fecha de valores de transmisión correspondientes a ganancias patrimoniales a las que se haya aplicado la disposición transitoria novena desde el 1 de enero de 2015 (variable B).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el cálculo de la ganancia patrimonial reducida, tras la aplicación de los coeficientes de abatimiento de la disposición transitoria novena de la LIRPF, a incluir en la base imponible del ahorro, obedece al siguiente cálculo:

Fecha de adquisición <sup>(1)</sup> .....	20-01-19X90
Coste de adquisición .....	220.000
Fecha de transmisión .....	30-06-20X15
Valor de transmisión (A) .....	472.800
Ganancia patrimonial .....	252.800
Valor de transmisión de ganancias patrimoniales posteriores a 01-01-2015 con aplicación de disposición transitoria novena (B) .....	-
$A + B > 400.000 \rightarrow$ Aplicación proporcional de la disposición transitoria novena, según la fórmula: $(400.000 - B)/A$ .....	472.800
.../...	

.../...

- (1) El artículo 440 del Código Civil regula la adquisición de bienes hereditario, disponiendo que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.  
Por lo tanto, la fecha de adquisición (por herencia) del inmueble es el 20 de enero de 19X90, dado que al aceptar la herencia se entiende que se es dueño desde el fallecimiento.

Número de años hasta el 31-12-19X94 (redondeado por exceso) .....	5
Porcentaje correspondiente (bienes inmuebles) .....	11,11 %

Ganancia patrimonial generada con anterioridad a 20-01-20X6 <sup>(1)</sup> .....	158.993,03
Proporción aplicable a la ganancia patrimonial <sup>(2)</sup> (400.000/472.800) .....	84,602369 %
Ganancia patrimonial generada con anterioridad a 20-01-20X6 susceptible de aplicar coeficientes de abatimiento (158.993,03 × 84,602369 %) .....	134.511,87
Reducción por aplicación de coeficientes de abatimiento (134.511,87 × 11,11 % × 5)	74.721,34
Ganancia patrimonial reducida tras la aplicación de los coeficientes de abatimiento, a incluir en la base imponible del ahorro (252.800 – 74.721,34) .....	178.078,66

- (1) A los efectos de determinar la ganancia patrimonial generada con anterioridad a 20 de enero de 20X6, se toma de la ganancia patrimonial obtenida (252.800 €) la parte proporcional que corresponda al número de días transcurridos entre la fecha de adquisición y el 19 de enero de 20X6:

Días comprendidos entre el 20-01-19X90 y el 19-01-20X6 .....	5.844 días
Días comprendidos entre el 20-01-19X90 y el 30-06-20X15 .....	9.293 días
Ganancia patrimonial generada con anterioridad a 20-01-20X6 (252.800 × 5.844/9.293) .....	158.993,03 €

- (2) Solo se puede reducir la parte de la ganancia patrimonial generada con anterioridad al 20 de enero de 20X6 y que corresponda proporcionalmente a la parte del valor de transmisión que no supere los 400.000 euros.

**Segundo.** Por lo que se refiere al tratamiento fiscal de las anualidades por alimentos satisfechas por don Ernesto Maté, cabe señalar que la reforma de los artículos 64 y 75 de la LIRPF, que regulan especialidades aplicables en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos, viene a establecer la incompatibilidad entre la aplicación de las especialidades previstas por estas normas en supuestos de pago de anualidades por alimentos a favor de los hijos y la aplicación del mínimo por descendientes del artículo 58 de la LIRPF.

Asimismo, resuelve la citada incompatibilidad a favor de la aplicación de este último de manera que tan solo aquellos contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial y que no tengan derecho a la aplicación del mínimo por descendientes podrán

aplicar las especialidades previstas en los artículos 64 y 75 de la LIRPF. En definitiva, a partir del 1 de enero de 2015, no existirá opción entre ambos beneficios fiscales para el contribuyente sino que, de proceder el mínimo por descendientes, deberá aplicar necesariamente este en detrimento de las especialidades antes citadas.

En ambos artículos, el nuevo redactado dispone que «Los contribuyentes que satisfagan anualidades por alimentos a sus hijos por decisión judicial sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta ley...».

En suma, conforme al nuevo texto legal, la aplicación de las especialidades en los supuestos de anualidades por alimentos a favor de los hijos que prevé la ley del impuesto exigirá:

- a) Que las anualidades por alimentos se hayan satisfecho efectivamente en el periodo impositivo.
- b) Que las anualidades por alimentos hayan sido fijadas por decisión judicial.
- c) Que su importe sea inferior al de la base liquidable general.
- d) Que el contribuyente no tenga derecho a aplicar el mínimo por descendientes por esos mismos hijos.

Recordemos que, a diferencia de los alimentos pagados al cónyuge, aquellos que los padres abonan a los hijos no pueden reducir la base imponible del IRPF del pagador (art. 55 LIRPF). Correlativamente, se trata de una renta exenta del IRPF para los hijos, tal y como establece el artículo 7 k) de la LIRPF.

No obstante, la LIRPF regula, en los artículos 64 y 75, un tratamiento particular para estas cantidades fijadas en sentencia judicial al permitir computarlas separadamente del resto de la base imponible del pagador y minorar así la progresividad del impuesto.

Por otro lado, en relación con el mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de la LIRPF, la Dirección General de Tributos, en las Consultas vinculantes V1682/2006, de 10 de agosto (NFC023418); V1170/2010, de 31 de mayo (NFC038331), y V2283/2013, de 10 de julio (NFC048761), entre varias otras, viene entendiendo que solo puede aplicar el mínimo por descendientes el progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia de los hijos a la fecha del devengo del impuesto (31 de diciembre), al tratarse del progenitor que convive con ellos.

Así es que, bajo la redacción anterior, el solapamiento entre ambos beneficios fiscales solo podía producirse en los supuestos de custodia compartida, en los que el mínimo por descendiente se prorratea al 50%, por convivir el menor con ambos progenitores y con independencia de con quién estuviera conviviendo efectivamente el menor a la fecha de devengo del impuesto. Así, si el progenitor con custodia compartida sobre el menor igualmente abonaba alimentos a este por decisión judicial (por ejemplo, mediante transferencia de estas cantidades a una cuenta de titula-

ridad del otro progenitor), cabía la aplicación simultánea del mínimo por descendientes (al 50%) del artículo 58 de la LIRPF y de las especialidades de los artículos 64 y 75 de la LIRPF.

Bajo la redacción anterior de los artículos 64 y 75 de la LIRPF, la Dirección General de Tributos concluyó por primera vez en fecha 26 de abril de 2012 [Consulta vinculante V0909/2012, de 26 de abril (NFC044349)] que ambos beneficios fiscales eran incompatibles y, más aún, que solo cabía aplicar el mínimo por descendientes prorrateado al 50%, sin que pudiera aplicarse beneficio fiscal alguno por los alimentos pagados a los hijos en caso de custodia compartida. Este nuevo criterio de la Dirección General de Tributos dio lugar a un sinnúmero de procedimientos de comprobación por los órganos de gestión tributaria, reclamando la cuota resultante derivada de inaplicar los artículos 64 y 75 de la LIRPF a los contribuyentes con custodia compartida en todos los ejercicios abiertos a comprobación.

Posteriormente, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, de fecha 11 de septiembre de 2014, R. G. 3654/2014 (NFJ055272), ha zanjado esta cuestión estableciendo que, bajo la redacción de la LIRPF vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, el mínimo por descendientes y las especialidades previstas en los artículos 64 y 75 de la LIRPF pueden aplicarse a la vez si se dan los requisitos para cada uno de ellos y no son de modo alguno incompatibles.

En este sentido, cabe mencionar que el artículo 85 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF (RIRPF), relativo a la cuota de retención, ha sido modificado por el Real Decreto 1003/2014, para adaptar su contenido a la reforma de los artículos 64 y 75 de la LIRPF, esto es, la incompatibilidad expresa entre la aplicación de las especialidades previstas por estas normas en supuestos de pago de anualidades por alimentos a favor de los hijos y la aplicación del mínimo por descendientes del artículo 58 de la LIRPF.

Asimismo, se ha modificado el artículo 87.2 del RIRPF, en el que se prevé como uno de los supuestos en los que debe regularizarse el tipo de retención «Cuando por resolución judicial el percceptor de rendimientos del trabajo quedase obligado a satisfacer una pensión compensatoria a su cónyuge o anualidades por alimentos en favor de los hijos sin derecho a la aplicación por estos últimos del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de la LIRPF, siempre que el importe de estas últimas sea inferior a la base para calcular el tipo de retención».

Por último, los nuevos artículos 64 y 75 de la LIRPF elevan el importe del mínimo personal y familiar cuando resulten aplicables las especialidades por alimentos, que se incrementará, a partir de 1 de enero de 2015, en 1.980 euros frente a los 1.600 euros anteriores. El RIRPF (art. 85) también se ha modificado para incrementar dicho importe en 1.980 euros.

En el caso que nos ocupa, la guarda y custodia de los hijos es compartida por don Ernesto y su exmujer, por lo que don Ernesto tiene derecho a aplicar el mínimo por descendientes del artículo 58 de la LIRPF y, por tanto, no podrá aplicar el régimen especial de determinación de la cuota íntegra, siempre que se cumplan todos los requisitos para aplicar el mínimo por descendientes.

Por lo que se refiere al pago de la anualidad de diciembre 20X15 en el mes de febrero 20X16, de conformidad con lo establecido en la Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V1570/2014, de 13 de junio (NFC051326), el periodo impositivo en el que inciden las anualidades por alimentos fijadas judicialmente a favor de los hijos será en el que las mismas se satisfagan (es decir, el periodo impositivo 20X16), si bien en este caso no resulta aplicable el régimen especial de determinación de la cuota íntegra.

Por otra parte, por lo que se refiere a la inversión realizada en el Plan de Ahorro a Largo Plazo (PALP) cabe señalar que, con el ánimo de fomentar fiscalmente el ahorro a largo plazo, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha regulado unos nuevos instrumentos jurídicos denominados Planes de Ahorro a Largo Plazo, cuya regulación se encuentra en la nueva letra ñ) del artículo 7, la nueva letra e) de la disposición adicional decimotercera y la nueva disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF.

Los PALP se configuran como instrumentos de ahorro en los que el contribuyente puede aportar hasta un máximo de 5.000 euros anuales con la ventaja fiscal de que los rendimientos del capital mobiliario que se generen estarán exentos de gravamen siempre que el importe del capital y la rentabilidad acumulada se perciba en forma de capital y el contribuyente no realice disposición alguna de su inversión, total o parcialmente, antes de finalizar el plazo de cinco años desde la fecha de contratación.

Por lo que se refiere a la instrumentación jurídica, los recursos económicos aportados a los PALP deben configurarse bajo uno de los siguientes contratos:

- a) Seguros de vida individuales, los cuales recibirán la denominación de Seguros de Vida Individuales a Largo Plazo (SIALP).
- b) Contratos bancarios de depósito o contratos financieros atípicos, integrados en una cuenta bancaria que recibirá la denominación de Cuenta Individual de Ahorro a Largo Plazo (CIALP).

Por lo que se refiere a las principales características y requisitos comunes a todos los PALP, el apartado 1 de la nueva disposición adicional vigésima sexta establece los requisitos y principales características que deben cumplir estos nuevos productos de ahorro a largo plazo:

- a) Un contribuyente solo puede ser titular de forma simultánea de un PALP.
- b) Las aportaciones anuales no podrán exceder de 5.000 euros en ninguno de los ejercicios de vigencia del PALP, y no otorgan ventaja fiscal alguna al contribuyente en el periodo impositivo en que se realicen.
- c) La apertura del PALP se producirá cuando tenga lugar el pago de la primera prima de seguro de vida o cuando se realice la primera aportación al contrato de depósito o al contrato financiero atípico.

- d) La extinción del PALP se producirá cuando se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias: que se realice una disposición anticipada antes del transcurso del plazo de cinco años o bien que se realice una inversión cuya cuantía exceda del límite máximo anual de 5.000 euros.
- e) La percepción de los derechos económicos del PALP únicamente podrá realizarse en forma de capital (pago único).
- f) La entidad aseguradora o la entidad de crédito con quienes se formalice el PALP deberán garantizar al contribuyente, en la fecha de vencimiento del contrato, al menos un capital equivalente al 85 % de la suma de las primas satisfechas al seguro o de las aportaciones realizadas al depósito o al contrato financiero. En el caso de que la citada garantía fuese inferior al 100 % se exige que la duración del PALP sea al menos de un año.
- g) El contrato que se formalice con la entidad de crédito o la compañía de seguros deberá contener, de forma expresa y destacada, la siguiente información:
- El importe y la fecha a la que se refiere la garantía de recuperación de al menos el 85 % del capital invertido.
  - Las condiciones financieras en las que, antes del vencimiento del PALP, se podrá disponer del capital resultante o realizar nuevas aportaciones.
  - Que el contribuyente solo puede ser titular de un único PALP de forma simultánea y que no puede aportar al mismo más de 5.000 euros al año ni disponer parcialmente del capital que vaya constituyéndose. Asimismo, deberá informarse de los efectos fiscales derivados de efectuar disposiciones con anterioridad o posterioridad al transcurso de los cinco años desde la primera aportación.

Por lo que se refiere a los requisitos específicos de las CIALP, estas se pueden configurar de dos formas:

- a) Como contratos bancarios de depósito de dinero celebrados con entidades de crédito.
- b) Como contratos financieros de los regulados en el artículo segundo de la Orden EHA/3537/2005, de 10 de noviembre, por la que se desarrolla el artículo 27.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores –en la actualidad art. 37.6 del RDLeg. 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores– (se trata de los comúnmente conocidos como «depósitos estructurados» o «contratos financieros atípicos»), con la diferencia de que en su clausulado debe preverse que las aportaciones al contrato y las liquidaciones a vencimiento se realicen exclusivamente en dinero (no en valores).

Como puede observarse, mientras que la primera de las alternativas sitúa el riesgo financiero de la inversión del contribuyente en la entidad de crédito con quien se contrate el producto,

en la segunda de las alternativas el inversor puede colocar sus ahorros en la entidad de crédito pero con exposición del depósito a la evolución de los mercados de valores, si bien asumiendo un mayor riesgo dado que puede perder hasta un 15% del capital invertido.

Los rendimientos que periódicamente vaya generando la inversión se integrarán obligatoriamente en la CIALP y no se computarán a efectos del límite de 5.000 euros que, como máximo, se permite invertir anualmente en la CIALP.

La CIALP deberá estar identificada singularmente y separada de otras formas de imposición. Asimismo, los depósitos y contratos financieros integrados en la CIALP deberán contener en su identificación la referencia a esta última.

En el condicionado del contrato se hará constar de forma expresa y destacada que se trata de una CIALP que quedan reservadas a los contratos celebrados a partir del 1 de enero de 2015 que cumplan los requisitos previstos en la LIRPF e integrarán depósitos y contratos financieros contratados a partir de dicha fecha.

Por lo que se refiere al régimen fiscal de los PALP, el nuevo artículo 7 ñ) de la LIRPF establece que estarán exentos de gravamen los rendimientos positivos del capital mobiliario procedentes de los PALP siempre que el contribuyente no efectúe disposición alguna del capital antes de finalizar el plazo de cinco años desde la fecha de su apertura. Esta ventaja fiscal, supeditada a la condición de mantener intocable la inversión durante al menos cinco años, deja patente el carácter de ahorro finalista que tienen estos nuevos productos financieros.

Debe señalarse que no es necesario que la inversión se liquide de forma inmediata una vez alcanzado el citado plazo de cinco años, pudiéndose la misma alargar el tiempo que desee el contribuyente (tomador del seguro o depositante), optándose así a que la rentabilidad financiera que se vaya generando en el PALP quede fiscalmente exenta en el periodo impositivo en el que se produzca la extinción de la inversión, bien por el transcurso de su plazo de vencimiento, bien porque se realice una disposición total o parcial antes de la fecha de vencimiento.

Por otra parte, debe tenerse presente que la exención afecta a los rendimientos del capital mobiliario «positivos», lo cual implica que si circunstancialmente la percepción del capital procedente del PALP determinase la obtención de un rendimiento del capital mobiliario negativo, el mismo se integraría en la base imponible del ahorro, pudiéndose compensar con otros rendimientos del capital mobiliario positivos o ganancias patrimoniales que hubiera podido obtener el contribuyente en el periodo impositivo.

No obstante, esta idea queda matizada por la regla especial establecida en el apartado 7 de la disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF, según la cual los rendimientos del capital mobiliario negativos que se obtengan durante la vigencia del PALP, incluidos los que pudieran obtenerse con motivo de la extinción, se imputarán al periodo impositivo en que se produzca dicha extinción y únicamente en la parte del importe total de dichos rendimientos negativos que exceda de la suma de los rendimientos del mismo PALP a los que hubiera resultado de aplicación la

exención. O, dicho de otro modo, los rendimientos del capital mobiliario negativos se integrarán en el periodo impositivo en que se extinga el PALP y solo en la cuantía que exceda de los rendimientos del capital mobiliario positivos exentos.

De conformidad con lo establecido por el párrafo segundo del artículo 7 ñ) de la LIRPF, la exención anterior no resultará aplicable si antes del transcurso del plazo de inversión mínima de cinco años se produce cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Una disposición anticipada, total o parcial, del capital invertido en el PALP.
- b) Un incumplimiento de cualquier otro de los requisitos previstos en la disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF.

En tales supuestos, el contribuyente deberá declarar, en el periodo impositivo que se produzca la cancelación anticipada o el incumplimiento, los rendimientos del capital mobiliario acumulados en el PALP.

Por otra parte, la disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF establece en su apartado 6 la obligación de practicar una retención o pago a cuenta sobre los rendimientos del capital mobiliario positivos obtenidos desde la apertura del PALP, si bien dicha obligación de retención o pago a cuenta solo estaría prevista en dos supuestos de incumplimiento: la disposición anticipada o el incumplimiento del límite máximo de 5.000 euros de aportación anual.

La retención o pago a cuenta deberá realizarse por la compañía de seguros o la entidad de crédito con la que se haya contratado el PALP y se practicará sobre los rendimientos del capital mobiliario positivos obtenidos desde la apertura del PALP, incluidos los que se pudieran obtener como consecuencia de la extinción del mismo. En este mismo sentido, el nacimiento de la citada obligación de retención o pago a cuenta se producirá cuando, antes de la fecha de vencimiento del plazo de cinco años desde la apertura del PALP, se produzca cualquier disposición del capital o se incumpla el límite de aportación máxima anual de 5.000 euros.

Por último, el apartado 5 de la disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF prevé la posibilidad, si bien supeditada al pertinente desarrollo reglamentario, de que los derechos económicos en un SIALP y los fondos constituidos en una CIALP se puedan movilizar entre sí sin que por ello se genere tributación para el contribuyente.

En el caso que nos ocupa, se ha superado el límite máximo de 5.000 euros de aportación anual (el señor Maté aportó 6.000 €), y también se ha producido una disposición parcial anticipada del capital invertido en el PALP (1.000 € en febrero de 20X16), por lo que la exención prevista en el artículo 7 ñ) de la LIRPF no resultará aplicable, y el contribuyente deberá declarar, en el periodo impositivo en el que se produzcan tales incumplimientos (el ejercicio 20X16), los rendimientos del capital mobiliario acumulados en el PALP.

Por otra parte, tal y como dispone el apartado 6 de la disposición adicional vigésima sexta de la LIRPF, la entidad de crédito deberá practicar una retención o pago a cuenta del 19% sobre

los rendimientos del capital mobiliario positivos obtenidos desde la apertura del plan, incluidos los que pudieran obtenerse con motivo de la extinción del mismo.

**Tercero.** La Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha dado nueva redacción al artículo 27 de la LIRPF, a fin de introducir dos cambios en la definición de actividad económica.

En primer lugar, en relación con los requisitos que determinan que el arrendamiento de bienes inmuebles se considere como actividad económica cuyas rentas deban declararse como rendimientos de actividades económicas, se ha eliminado el requisito consistente en que el contribuyente disponga de un local exclusivamente destinado a llevar a cabo la gestión de la actividad de arrendamiento de inmuebles.

En segundo lugar, se ha introducido un requisito especial para calificar como rendimientos de actividades económicas las rentas percibidas por los socios de sociedades como consecuencia de la realización, por parte de aquellos, de actividades profesionales de las contempladas en la Sección Segunda de las tarifas del impuesto sobre actividades económicas (IAE).

El requisito que permite calificar tales rentas como rendimientos de actividades económicas consiste en que el socio de la sociedad esté incluido en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propio o autónomos o en una mutualidad de previsión social que actúe como alternativa al citado régimen especial de cotización en los términos de la disposición adicional decimoctava del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Este precepto encuentra su origen en la Nota 1/2012, del Departamento de Gestión Tributaria, en la que se pretendía clarificar la naturaleza de la renta obtenida por los socios profesionales.

Por lo tanto, las rentas obtenidas por el señor Maté (50.000 €) y su esposa (70.000 €), por la prestación de servicios como consultores a Yaptonodi, SL, se calificarán como rendimientos de actividades económicas, en virtud de la presunción *iusuris et de iure* del párrafo tercero del artículo 27.1 de la LIRPF, al darse las circunstancias previstas en el mismo:

- 1.º Los rendimientos provienen de una entidad de la que son socios los perceptores (el señor Maté y su esposa son socios, al 50% cada uno, de Yaptonodi, SL).
- 2.º Los rendimientos derivan de la realización de actividades profesionales (las recogidas en la Sección Segunda de las Tarifas del IAE), por parte de los socios perceptores, a la sociedad.

De conformidad con la contestación a la Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V1147/2015, de 13 de abril (NFC053868), esta presunción *iusuris et de iure* de que estamos ante un rendimiento de actividad económica resulta aplicable solo en el caso de que tanto la actividad de la sociedad como la del socio tengan carácter profesional.

- 3.º Los socios de la sociedad (el señor Maté y su esposa) están incluidos en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (RETA), o en una mutualidad de previsión social que actúe como alternativa al citado régimen especial.

A este respecto, el artículo 305 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone que estarán obligatoriamente incluidos en el RETA quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquella. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Por otra parte, los gastos sin justificar cargados en una cuenta bancaria de titularidad de la sociedad Yaptonodi, SL, a través de unas tarjetas de crédito de las que disponen el señor Maté y su esposa, «por ser los socios de Yaptonodi SL», se califican como rendimientos de capital mobiliario, en virtud del artículo 25.1 a) de la LIRPF, al tener la consideración de participaciones en los beneficios de la entidad por su condición de socio.

Estos gastos (comidas, ropa, viajes, gasolina...), al no poderse justificar, no pueden ser deducidos para la determinación del rendimiento de la actividad económica en el IRPF, ya que el principio general de deducibilidad de un gasto es que se cumplan los requisitos de contabilización o registro, justificación, imputación temporal y correlación con los ingresos.

Ahora bien, en el caso de que el señor Maté y su esposa determinen el rendimiento de su actividad económica por el método de estimación directa simplificada, se permite la deducción de una cantidad, en concepto de provisiones deducibles y gastos de difícil justificación, aplicando el porcentaje del 5% sobre el rendimiento neto, excluido este concepto, sin que la cuantía resultante pueda superar 2.000 euros anuales. No obstante, no resulta de aplicación dicho porcentaje de deducción cuando el contribuyente opte por la aplicación de la reducción prevista en el artículo 32.2.1.ª de la LIRPF.

Por lo que se refiere a la adquisición por el señor Maté de un vehículo a Boinaparte, SL, el artículo 41 de la LIRPF establece que la valoración de las operaciones entre personas o entidades vinculadas se realizará por su valor normal de mercado, en los términos previstos en el artículo 18 de la LIS.

El artículo 18 de la LIS dispone que, en los supuestos de vinculación entre socio o partícipe y entidad, existe una relación de vinculación cuando el socio o partícipe ostente una participación directa de al menos el 25% en la entidad. El TRLIS preveía una participación mínima de al menos el 5% directamente o del 1% en caso de valores admitidos a negociación en un mercado

regulado. Por tanto, se equipara ahora el porcentaje mínimo de participación de forma indirecta, a partir del cual se entiende que existe una relación de vinculación, con el porcentaje mínimo de participación de forma directa.

De los datos del enunciado se desprende que el señor Maté es titular del 25 % de las participaciones sociales de la sociedad Boinaparte, SL, por lo que cabe concluir que existe vinculación en los términos establecidos en el artículo 18 de la LIS y, en consecuencia, debemos valorar la operación de adquisición del vehículo BMW (serie 3) a Boinaparte, SL por su valor normal de mercado (entendemos que el mismo es de 50.000 €, dado que hace tan solo un mes Boinaparte, SL adquirió el vehículo por dicha cantidad).

El apartado 11 del artículo 18 de la LIS dispone que en aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento:

- Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1 d) de la LIRPF.

Dado que el valor convenido (5.000 €) es distinto del valor de mercado (50.000 €), la diferencia (45.000 €) tendrá el siguiente tratamiento fiscal para el señor Maté:

- 1.º La parte de la diferencia que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad (11.250 €, es decir, el 25 % de 45.000 €) se considerará como participación en beneficios para el socio, es decir, que se calificará como rendimiento del capital mobiliario del artículo 25.1 a) de la LIRPF, constituyendo renta del ahorro.
- 2.º La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje de participación en la entidad (33.750 €, es decir, el 75 % de 45.000 €) tendrá para el socio la consideración de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1 d) de la LIRPF, constituyendo también renta del ahorro.

## PARTE 7.<sup>a</sup>

### Primero.

**1. a)** El artículo 98 de la LIVA regula el nacimiento del derecho a deducir señalando que, con carácter general, el derecho a la deducción nace en el momento en que se devengan las cuotas deducibles.

El artículo 99 de la LIVA regula el ejercicio del derecho a la deducción, disponiendo que el derecho a la deducción solo podrá ejercitarse en la declaración-liquidación relativa al periodo de liquidación en que su titular haya soportado las cuotas deducibles o en las de los sucesivos, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años, contados a partir del nacimiento del mencionado derecho.

Por lo tanto, Boinaparte, SL tiene derecho a deducir la cuota de IVA soportado, cuyo importe conjunto asciende a 2.400 euros, en el plazo de los cuatro años contados a partir del nacimiento del mencionado derecho.

La inclusión de las cuotas de IVA soportado en la autoliquidación correspondiente a un periodo de liquidación constituye una opción, en el sentido que el contribuyente facultativamente puede optar por ejercer el derecho a la deducción en el periodo en el que se soportaron las cuotas o en cualquiera de los posteriores. Dicha opción no es susceptible de modificación una vez vencido el plazo de presentación de la autoliquidación de ese periodo, sin perjuicio del ejercicio de ese derecho en las siguientes, de conformidad con el artículo 99.3 de la LIVA.

En cuanto a la cuota de IVA repercutido de 1.200 euros, que la entidad no incluyó en la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, correspondiente al tercer trimestre de 20X15, Boinaparte, SL debe proceder a presentar una declaración-liquidación complementaria, aplicándose a la misma el recargo por declaración extemporánea y los intereses de demora que procedan, de conformidad con lo establecido en los artículos 26 y 27 de la LGT, sin que dicha conducta lleve aparejada sanción.

**b)** El artículo 119.3 de la LGT dispone que las opciones que, según la normativa tributaria, se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración, no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el periodo reglamentario de declaración.

En consecuencia, la Administración tributaria deberá proceder de la siguiente manera:

- En cuanto a la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, periodo 4T/20X15, de la sociedad Boinaparte, SL, dado que se presenta la autoliquidación complementaria dentro del plazo reglamentariamente establecido (los 30 primeros días del mes de enero de 20X16), la opción podrá rectificarse, es decir, que podrá cambiar de opción.

- En cuanto a la declaración-liquidación de IVA, modelo 303, periodo 4T/20X15, de la sociedad Yaptonodi, SL, dado que se presenta la autoliquidación complementaria una vez finalizado el plazo reglamentariamente establecido (los 30 primeros días del mes de enero de 20X16), la opción no podrá rectificarse, es decir, que no podrá cambiar de opción.

**2. a)** El procedimiento de comprobación limitada, regulado en los artículos 136 a 140 de la LGT y desarrollado en los artículos 163 a 165 del RGAT, es el procedimiento adecuado para realizar dichas actuaciones, puesto que mediante dicho procedimiento se pueden comprobar los hechos, actos, elementos, actividades y demás circunstancias de la obligación tributaria.

En concreto, el artículo 163 a) del RGAT señala como uno de los supuestos, entre otros, en los que podrá iniciarse el procedimiento de comprobación limitada cuando, en relación con las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas por el obligado tributario, se adviertan errores en su contenido o discrepancias entre los datos declarados o justificantes aportados y los elementos de prueba que obren en poder de la Administración tributaria.

Por lo que se refiere a las actuaciones practicadas, tanto el examen de las facturas que justifican las operaciones realizadas como la aportación por parte del obligado tributario de la contabilidad mercantil, sin mediar requerimiento previo al efecto, y la comprobación por parte de la Administración de lo constatado en la misma con los datos de los que dispone se entienden como actuaciones ajustadas a la ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.2 de la LGT.

**b)** El procedimiento de comprobación limitada, regulado en los artículos 136 a 140 de la LGT, finaliza con la puesta a disposición, en el buzón electrónico asociado a su DEH, de la Resolución el día 13 de abril de 20X16, tal y como dispone el artículo 104.2 de la LGT.

No existe motivo por el que los asesores de Boinaparte, SL puedan alegar la caducidad del procedimiento de comprobación limitada, dado que la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento se entiende cumplida con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración tributaria o en la DEH (13 de abril de 20X16), y esta se ha realizado dentro del plazo máximo de seis meses (tal y como dispone el art. 104.1 LGT) desde que se inició el procedimiento (15 de octubre de 20X15), aunque los asesores de la sociedad accedieran a dicha notificación posteriormente y una vez transcurrido dicho plazo (18 de abril de 20X16).

## Segundo.

El artículo 153.1 del RGAT dispone que corresponde a la Administración tributaria el control del cumplimiento de la obligación de presentar declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos, entre otros supuestos, cuando resulten obligados a ello de acuerdo con su situación censal.

En este caso, la Administración tributaria ha realizado un requerimiento para la presentación de una autoliquidación (modelo 303) referida al tercer trimestre del año 20X11, omitida por la sociedad Yaptonodi, SL y que debería haber presentado con base en los datos de su situación censal, por lo que está realizando una actuación de control de presentación de autoliquidaciones, regulada en el artículo 153 del RGAT.

El apartado 5 del artículo 153 del RGAT establece que, en los casos en que no se atiende el requerimiento o en los que, atendándose este, se presente una declaración o autoliquidación en la que se aprecien discrepancias respecto de los importes declarados o autoliquidados por el obligado tributario o por terceros, podrá iniciarse el correspondiente procedimiento de comprobación o investigación.

Por otra parte, el artículo 153.6 d) del RGAT dispone que el procedimiento de control de presentación de declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones de datos terminará, entre otras formas, por caducidad, una vez transcurrido el plazo de tres meses sin haberse notificado resolución expresa que ponga fin al procedimiento.

En este caso, el procedimiento terminó por caducidad, una vez transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse notificado resolución que le pusiera fin. Dado que el procedimiento se inició el 17 de julio de 20X15, la caducidad del mismo se produjo el 17 de octubre de 20X15.

La caducidad del procedimiento de control de presentación de autoliquidaciones conlleva que las actuaciones realizadas en el mismo no interrumpen la prescripción, tal y como dispone el artículo 104.5 de la LGT.

En consecuencia, cuando se inició el procedimiento de comprobación limitada (20 de enero de 20X16), ya había prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria correspondiente al IVA del tercer trimestre de 20X11 (por el transcurso de plazo de prescripción de cuatro años a que se refiere el art. 66 LGT), por lo que procede estimar las alegaciones presentadas por la sociedad Yaptonodi, SL.

## PARTE 8.<sup>a</sup>

### Primero.

a) Con carácter general, una condición necesaria para la concesión del aplazamiento o fraccionamiento es que el obligado que los solicita preste una garantía suficiente para asegurar el pago de la deuda.

Las garantías para solicitar el aplazamiento o fraccionamiento de pago de las deudas tributarias se encuentran reguladas en los artículos 82 de la LGT y 48 del RGR.

Como regla general, se exige la prestación de aval solidario de una entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.

Ahora bien, en los casos en que se justifique que no puede conseguirse este aval o que su aportación compromete gravemente la viabilidad de la actividad económica del obligado tributario, se puede conceder el aplazamiento con otro tipo de garantía de carácter real o personal: hipoteca, prenda, fianza personal y solidaria u otra garantía que se estime suficiente. Incluso, se permite al obligado tributario solicitar a la Administración que adopte las medidas cautelares del artículo 81 de la LGT en sustitución de las garantías anteriores.

Las citadas medidas cautelares se adoptarán conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del RGR, que establece que cuando se adopten embargos preventivos como medida cautelar, la concesión de la garantía quedará supeditada a la inscripción previa en el correspondiente registro público.

En el propio acuerdo en el que se resuelva el aplazamiento, la Administración accederá o denegará la solicitud atendiendo entre otras circunstancias a la situación económico-financiera del deudor o a la naturaleza del bien o derecho sobre el que se debiera adoptar la medida cautelar. En todo caso, la decisión debe ser motivada.

Cabe mencionar que el citado artículo 49 del RGR establece que se denegará la solicitud de adopción de medidas cautelares para la concesión de aplazamientos en el caso de que sea posible realizar el embargo de los bienes ofrecidos con arreglo a lo dispuesto en los artículos 75 a 93 del RGR.

Dado que todavía no se ha iniciado el procedimiento de apremio (la solicitud de aplazamiento ha sido formulada en periodo voluntario de pago, lo cual impide el inicio del periodo ejecutivo, tal y como dispone el art. 65 LGT), no se podría realizar el embargo del bien ofrecido como garantía conforme al artículo 83 del RGR y, por lo tanto, no se podrá denegar la solicitud con base en ello.

Por lo que se refiere a las diferencias entre este tipo de medida cautelar y el resto de las contempladas en el artículo 81 de la LGT, existen dos diferencias fundamentales:

- 1.<sup>a</sup> Se establece una limitación temporal para las medidas cautelares del artículo 81 de la LGT de seis meses con posibilidad de prórroga, que no es de aplicación para las medidas cautelares adoptadas para conceder aplazamientos y fraccionamientos.
- 2.<sup>a</sup> Las medidas cautelares del artículo 81 de la LGT se adoptan de oficio cuando se aprecian las circunstancias necesarias, mientras que las medidas cautelares del artículo 49 del RGR se solicitan a instancia del interesado.

**b.1)** En virtud de lo establecido en el artículo 84 del RGR, el órgano competente de la Agencia Tributaria deberá expedir mandamiento de anotación preventiva de embargo dirigido al Registro de la Propiedad competente por razón del lugar donde se encuentre sito el inmueble, a fin de gravar dicho bien.

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.1 del RGR, los mandamientos se presentarán por triplicado en los Registros de la Propiedad. Los registradores devolverán en el acto uno de los ejemplares con nota de referencia al asiento de presentación del mandamiento y otro, en su día, con la nota acreditativa de haber quedado extendida la anotación oportuna o de no haber podido practicarse, expresando detalladamente, en este caso, no solo los defectos advertidos, sino también la forma y medio de subsanarlos. El tercer ejemplar del mandamiento quedará archivado en el registro.

**b.2)** Procede la aplicación de un recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo del artículo 27 de la LGT. Dicho recargo será del 5 %, dado que el retraso en la presentación de la autoliquidación no es superior a tres meses (el plazo para presentar la autoliquidación finalizaba el 30 de junio de 20X15, mientras que la presentación extemporánea se efectúa el 20 de agosto de 20X15), se calculará sobre el importe a ingresar resultante de la autoliquidación extemporánea (43.250 €), y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación extemporánea.

El recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo se reducirá en un 25 %, siempre que se cumplan los requisitos a que se refiere el apartado 5 del artículo 27 de la LGT.

Por otra parte, cabe señalar que la solicitud de aplazamiento, cuyo importe asciende a 40.000 euros, ha sido formulada en periodo voluntario de pago, lo cual impedirá el inicio del periodo ejecutivo, pero no el devengo del interés de demora.

En virtud del artículo 48.2 del RGR, la garantía cubrirá el importe de la deuda en periodo voluntario, de los intereses de demora que genere el aplazamiento y el 25 % de ambos conceptos. Dado que no se trata de garantía consistente en aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, el interés de demora será del 6 %, en virtud del artículo 26.6 de la LGT.

El cálculo de los intereses de demora que genera el aplazamiento asciende a 591,78 euros, de acuerdo con el siguiente cálculo:  $40.000 \times 6\% \times (90/365) = 591,78$  euros.

Por lo tanto, la garantía que se deberá aportar asciende a 50.739,73 euros, de acuerdo con el siguiente desglose:

Importe de la deuda en periodo voluntario .....	40.000,00 €
Importe de los intereses de demora .....	591,78 €
25% de la suma de principal más intereses de demora .....	10.147,95 €
[25% × (40.000 + 591,78)]	

En este caso, la garantía que se debe aportar será de 50.739,73 euros, y dado que la valoración del inmueble es de 53.750 euros, cabe concluir que la garantía es suficiente a fin de cubrir los referidos conceptos.

c) El órgano competente de la Agencia Tributaria deberá expedir mandamiento de cancelación de anotación preventiva de embargo dirigido al Registro de la Propiedad competente por razón del lugar donde se encuentre sito el inmueble, pudiendo instarlo también el obligado tributario, de conformidad con el artículo 112.1 del RGR.

Por otra parte, y de conformidad con el artículo 41 del RGR, el obligado tributario podrá solicitar justificante de quedar extinguida la deuda por el pago.

## Segundo.

a) La conducta del cliente de doña Desiré podría ser constitutiva de un supuesto de responsabilidad solidaria contemplado en el artículo 42.2 b) de la LGT, al haberse producido el incumplimiento de una orden de embargo, siempre que concurra culpa o negligencia.

En cuanto al procedimiento a seguir frente al responsable solidario, el artículo 174 de la LGT señala que el procedimiento tendrá una duración de seis meses, debiéndose conceder al responsable un trámite de audiencia de 15 días previo al acto de declaración de responsabilidad. Dicho trámite de audiencia no excluirá el derecho que también les asiste a formular con anterioridad a dicho trámite las alegaciones que estimen pertinentes y a aportar la documentación que consideren necesaria.

El acto de declaración de responsabilidad será notificado al responsable. El acto de notificación tendrá el siguiente contenido:

- a) Texto íntegro del acuerdo de declaración de responsabilidad, con indicación del presupuesto de hecho habilitante y las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto.
- b) Medios de impugnación que pueden ser ejercitados contra dicho acto, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos.
- c) Lugar, plazo y forma en que deba ser satisfecho el importe exigido al responsable.

En el recurso o reclamación contra el acuerdo de derivación de responsabilidad no podrán impugnarse las liquidaciones a las que alcanza dicho presupuesto, sino el alcance global de la responsabilidad. Asimismo, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 212.3 de la LGT, tanto si el origen del importe derivado procede de deudas como de sanciones tributarias.

b) En virtud del artículo 42.2 de la LGT, se podrá exigir el importe de la deuda tributaria pendiente y, en su caso, el de las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del periodo ejecutivo, cuando procedan, hasta el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar o enajenar. En este caso, el importe del valor de los bienes o derechos que se hubieran podido embargar asciende a 135.600 euros, es decir, el derecho de crédito de doña Desiré frente a su cliente.

c) En virtud del artículo 41.5 de la LGT, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del artículo 81 de la LGT, una vez que se haya iniciado el procedimiento de derivación de responsabilidad y con anterioridad a la declaración de dicha responsabilidad, cuando se den las circunstancias del artículo 81.1 de la LGT, es decir, que existan indicios racionales de que el cobro puede verse frustrado o gravemente dificultado, debiéndose notificar las mismas al responsable tributario.

### Tercero.

a) En virtud de lo establecido en los artículos 65.5 de la LGT y 46.1 b) del RGR, dado que la deuda se encuentra en periodo ejecutivo de pago, la solicitud de aplazamiento podrá formularse hasta el momento en que se notifique al obligado tributario el acuerdo de enajenación de bienes embargados, pudiendo la Administración tributaria iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento.

No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados (en este caso, de la plaza de garaje) hasta que se notifique la resolución denegatoria del aplazamiento formulado.

b) Tal y como establece el artículo 33 del RGR, puede efectuar el pago cualquier persona, en periodo voluntario o periodo ejecutivo, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación tributaria, ya lo conozca y apruebe el obligado al pago (en este caso, doña Marisa), ya lo ignore aquella.

Por tanto, el pago efectuado por YY, SA tendrá efectos liberatorios, produciendo la extinción de la deuda tributaria, en virtud de los artículos 59.1 de la LGT y 32 del RGR.

## BASILEA III Y LA EVOLUCIÓN DE LA BANCA ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

**Marina Pedrosa Lorente**

*Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.  
Universidad Pontificia de Comillas-ICADE*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Germán DE LA FUENTE ESCAMILLA, don Eric DAMOTTE, doña Clara I. MUÑOZ COLOMINA, don Alfonso OSORIO ITURMENDI y don Alberto PLACENCIA PORRERO.

---

### EXTRACTO

En este trabajo se lleva a cabo un análisis de los cambios ocurridos en las entidades financieras españolas como respuesta a los nuevos requerimientos normativos establecidos por Basilea III. El estudio de la implantación de estas medidas se lleva a cabo con el objetivo de observar cuáles han sido los cambios que se han producido en la estructura de capital de las entidades de crédito, su origen en la situación económica nacional e internacional y la relación de estos cambios con la mejora en sus ratios de capital. La metodología seguida a lo largo del trabajo implica un análisis de la bibliografía acerca de las deficiencias mostradas por las entidades de crédito durante la crisis económica, el estudio de las medidas propuestas por Basilea antes y después de la crisis, y el examen de dos ejemplos concretos. Hemos podido observar como las medidas adoptadas por los bancos han estado dirigidas a mejorar su calidad y cantidad de capital y a reducir el riesgo de sus balances, mediante ampliaciones de capital o desinversiones. Los resultados muestran que estas actuaciones han tenido una correlación directa con la mejora en las ratios de capital.

**Palabras claves:** Basilea III, Comité de Basilea, sistema financiero español, entidades de crédito y ratios de capital.

---

*Fecha de entrada: 30-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016*

## BASEL III AND THE EVOLUTION OF THE SPANISH BANKING SECTOR IN RECENT YEARS

Marina Pedrosa Lorente

---

### ABSTRACT

This study analyses the recent changes in the Spanish financial institutions as a response to the new regulatory requirements that have been established by Basel III. The study of the implementation of these measures is carried out with the aim of observing the changes that have taken place in the credit institutions capital structure, the origin in the national and international economic situation and the relation of these changes to the increase in the capital ratios. The methodology used includes an analysis of the bibliography about weaknesses of credit institutions during the financial crisis, the study of the proposed measures before and after the crisis and the exam of two concrete examples. We observed how changes implemented by banks have been aimed at improving the quality and quantity of its capital and reducing their risk by capital increases and disinvestments. Results show how these activities have had a high correlation to the improvement of capital ratios.

**Keywords:** Basel III, Basel Committee, Spanish financial system, credit institutions and capital ratios.

---

---

## Sumario

1. Introducción
  - 1.1. Presentación del tema
  - 1.2. Justificación, contribución y estado de la cuestión
2. Origen y concepto de Basilea III
  - 2.1. Entorno de crisis
  - 2.2. Antecedentes: Basilea I y Basilea II
  - 2.3. Contenido: medidas propuestas en el nuevo marco regulatorio de Basilea III
  - 2.4. Consecuencias previstas
3. Aplicación de Basilea a la banca europea y española
  - 3.1. Regulación interna: europea y nacional
  - 3.2. Circunstancias de la banca española
  - 3.3. Evolución desde la publicación
4. Análisis de casos concretos: medidas para el fortalecimiento del capital
  - 4.1. Medidas adoptadas por el BBVA
  - 4.2. Medidas adoptadas por el Banco Popular
5. Conclusiones y previsiones de futuro

Anexo

Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

El presente trabajo trata de analizar los cambios ocurridos en el sector financiero español como consecuencia de la publicación por el Comité de Basilea del acuerdo Basilea III, por el que se introducen nuevas medidas de fortalecimiento de la solvencia y liquidez de las entidades bancarias y se modifican algunas de las medidas ya existentes.

### 1.2. JUSTIFICACIÓN, CONTRIBUCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

Hay tres motivos principales por los que este estudio despierta interés. En primer lugar, existe una gran incidencia del sistema financiero en el funcionamiento de la economía general. De esta influencia deriva una especial responsabilidad, que hace necesario prestar más atención a la marcha de las entidades de crédito y limitar su libertad de actuación frente a la de otros agentes económicos. Por este mismo motivo, es necesaria una regulación que asegure un buen funcionamiento del sector financiero, no solo en beneficio de los agentes que operan en él, sino también en beneficio de la economía y los individuos en general. Esta es la razón por la que este estudio comporta en cierta medida una contribución social, ya que debemos atribuir a la regulación y los requerimientos bancarios la importancia que merece, con el fin de proteger no un sector en concreto, sino toda la economía.

En segundo lugar, el interés del estudio estriba en que históricamente las regulaciones surgen como consecuencia de situaciones que ponen de manifiesto deficiencias en el sistema; de igual manera, la regulación bancaria ha surgido como consecuencia de situaciones de crisis en las que queda claro que la libertad de los agentes económicos no es suficiente para un correcto funcionamiento del mercado financiero. Este caso no es diferente; como comprobaremos, las medidas de Basilea surgen como reacción a la profunda crisis de finales de la primera década del siglo XXI. No obstante, las medidas propuestas en esta nueva normativa van más allá de lo estrictamente necesario para recuperar la situación financiera, y buscan evitar y prevenir futuras crisis financieras, así como el efecto de estas sobre la economía general. El estudio de estas medidas y de su aplicación práctica implicará una contribución empresarial, en la medida en que las entidades que han de aplicarlas con conocimiento de su justificación y sus efectos son las entidades de crédito.

Por último, este estudio comporta también una contribución académica, en la medida en que, hasta ahora, los autores se han ocupado de comprender la necesidad de las medidas adoptadas y su

justificación en relación con la crisis financiera o de realizar pronósticos acerca de los efectos a largo plazo de los requerimientos normativos en el ámbito macroeconómico, pero no se han analizado las medidas a corto plazo adoptadas por los sujetos afectados para cumplir con los requerimientos, y lo cierto es que solo examinando la puesta en práctica podremos comprender el porqué de la teoría.

## 2. ORIGEN Y CONCEPTO DE BASILEA III

### 2.1. ENTORNO DE CRISIS

El acuerdo de Basilea III surge como un programa de reformas del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea<sup>1</sup>, en materia de requisitos de liquidez y capital, que trata de dar respuesta a la situación de crisis financiera internacional experimentada a partir de 2007, crisis que, según GARCÍA MONTALVO (2009), pasará a la historia por ser la primera crisis verdaderamente global. La finalidad de esta nueva regulación, de implantación progresiva, será mejorar la capacidad del sector financiero para absorber las pérdidas derivadas de los vaivenes financieros y económicos y evitar que este sector se aleje de la economía real.

La gravedad de la crisis se vio incrementada por algunas deficiencias del sector bancario, como un exceso de apalancamiento, un capital de mala calidad y la insuficiencia de liquidez para afrontar los cambios en el panorama económico. Consideramos necesario, por tanto, una primera introducción en las causas que dieron lugar a la situación de recesión para poder comprender la motivación de las nuevas medidas que incorpora esta normativa, entender las consecuencias esperadas en el momento de creación, así como comprobar su efectividad en los últimos años.

Una de las ideas fundamentales de la crisis es la separación entre el funcionamiento del sector financiero y la economía real; en consecuencia, se ha producido un crecimiento del primero en detrimento del segundo, de tal manera que los movimientos en los mercados de capital han llegado a constituir el eje de la economía, y se ha dejado a un lado la actividad productiva y el flujo de bienes y servicios que, en teoría, debería ser la base de dicho movimiento de capital. Ya en 1987, el entonces presidente del Banco de Bilbao, SÁNCHEZ ASIAÍN, en un discurso con «tintes proféticos» (CERVERA CONTE, 2014, pág. 36), avisaba del peligro de la creación de una «superestructura financiera distorsionada y no fundamentada en bases reales» (SÁNCHEZ ASIAÍN, 1987, pág. 83).

Tras un periodo de expansión económica de ámbito global, la crisis se desencadena como consecuencia de un crecimiento excesivo de los mercados financieros, en oposición a los merca-

---

<sup>1</sup> CSBB (BCBS en inglés). Se crea en 1975 con la finalidad de llevar a cabo una cooperación regular sobre asuntos de supervisión bancaria. Su objetivo es mejorar la comprensión de las cuestiones clave y la calidad de la supervisión bancaria en todo el mundo (definición del Banco de Pagos Internacionales: <http://www.bis.org/bcbs/>) [consulta: 24 de enero de 2015].

dos reales, a través de un entorno especulativo y la aparición de diferentes tipos de burbujas en la economía nacional e internacional. A la hora de estudiar la crisis económico-financiera, tenemos que diferenciar entre el entorno internacional y la recesión en el ámbito interno español, puesto que, a pesar de venir originadas por causas similares, se pueden observar ciertas diferencias entre las crisis interna e internacional.

### 2.1.1. La crisis internacional

Desde el punto de vista internacional, la crisis en Estados Unidos surge de la convergencia de varios supuestos, como son la crisis de las empresas tecnológicas, la bajada de los tipos de interés y la burbuja inmobiliaria, entre otros.

Tras alcanzar máximos históricos en el año 2000, el índice Nasdaq<sup>2</sup> comenzó una bajada prolongada hasta 2002, que trajo consigo pérdidas de miles de millones de dólares para las empresas tecnológicas. Esta situación, junto con los atentados de septiembre de 2001 en Estados Unidos, propició una bajada de los tipos de interés por parte de la Reserva Federal.

El principal objetivo con la bajada de los tipos de interés por la Reserva Federal norteamericana era llevar a cabo una política monetaria proactiva que diera lugar al aumento de la cantidad de dinero prestado y, por tanto, fomentara la inversión en activos productivos por parte de las empresas y estimulara una economía que estaba ralentizándose. Sin embargo, los resultados de esta bajada de tipos de interés fueron más allá de lo previsto, porque esta medida de estímulo se mantuvo durante demasiado tiempo. En el **gráfico 1** podemos observar la bajada de los tipos de interés en Estados Unidos entre enero de 2002 y enero de 2004.

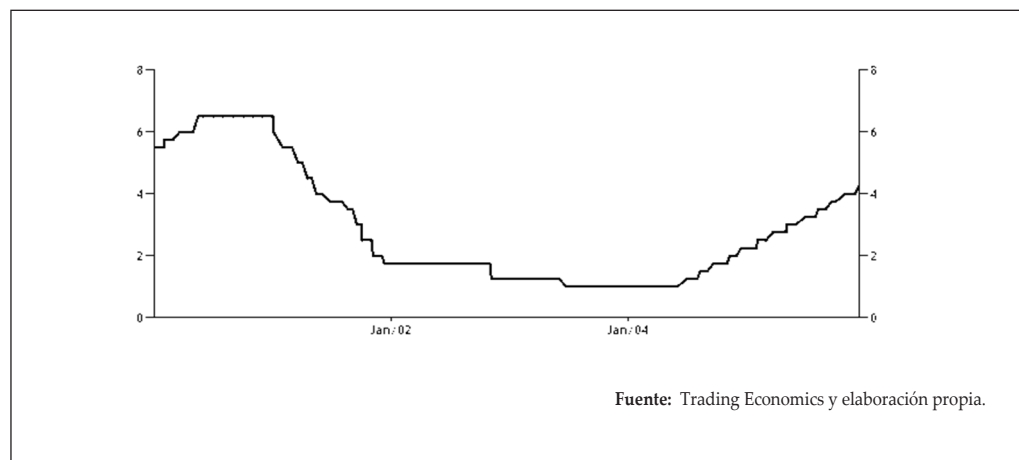
Esta bajada excesivamente prolongada en el tiempo de los tipos de interés dio lugar al surgimiento de la burbuja inmobiliaria. Podemos definir una burbuja como:

«un fenómeno que se produce en los mercados financieros e inmobiliarios que se caracteriza por una subida exagerada y prolongada del precio de un activo o producto, de forma que dicho precio se aleja cada vez más de su valor fundamental o intrínseco, hasta el momento en que se produce un desplome de ese precio» (CERVERA CONTE, 2014, pág. 37).

Lo que ocurre es que, con la bajada de los tipos de interés, disminuye el margen de intermediación de las entidades, y la única forma de recuperarlo es la concesión de préstamos más arriesgados, lo que conlleva el mayor acceso al crédito por parte de los individuos que desean acceder a viviendas.

<sup>2</sup> Nasdaq es la bolsa de valores electrónica y automatizada más grande de Estados Unidos; sus índices representativos son el Nasdaq 100 y el Nasdaq Composite. En el texto nos referimos al Nasdaq 100.

Gráfico 1. Tipos de interés de la Reserva Federal estadounidense entre enero de 2000 y enero de 2008



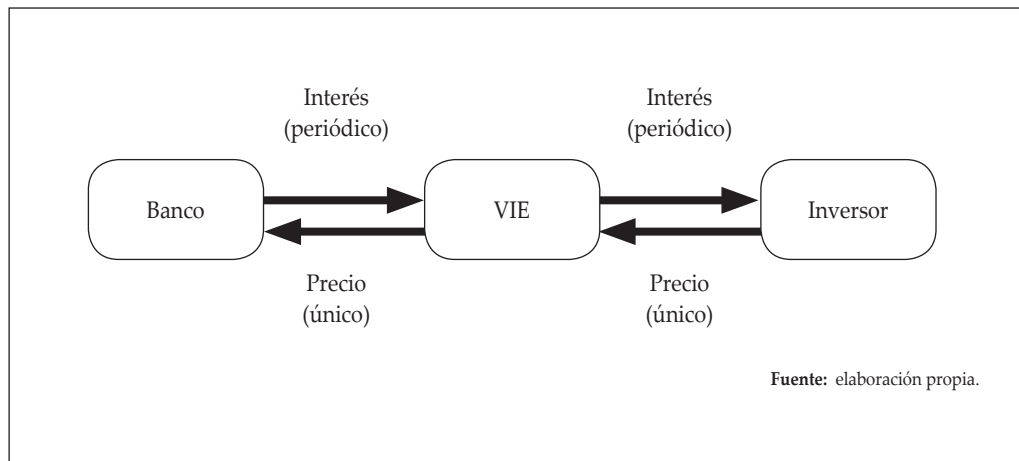
El incremento en la demanda de viviendas, por la bajada de los tipos, dio lugar a una subida continuada de los precios en el mercado inmobiliario. Los inversores eran conscientes de la sobrevaloración de los activos en los que invertían, pero a la vez tenían expectativas de un mayor crecimiento en el futuro, lo que muestra la prueba más evidente de la existencia de una burbuja en el precio de los activos inmobiliarios (GARCÍA MONTALVO, 2009).

Por otra parte, la voluntad de los inversores de adquirir créditos inmobiliarios no hubiera sido suficiente para causar una crisis si no viene acompañada de la concesión de los mismos por parte de las entidades. El problema es que las entidades no contaban con fondos ilimitados para prestar a los inversores, entre otros motivos porque debían cumplir con unos requisitos mínimos de capital impuestos por la normativa de Basilea II. La única forma de cumplir con estos requisitos y a la vez prestar fondos a inversores, asumiendo mayores riesgos, para así conseguir aumentar el margen de intermediación y hacer frente a las bajadas de los tipos de interés, fue la titulización.

La titulización consiste en una forma de eliminar el riesgo procedente de los préstamos hipotecarios que se recogía en el balance de la entidad que concedía estos préstamos. El proceso comienza con la creación de paquetes de activos hipotecarios, que son vendidos en los mercados de capitales a inversores a través de un «vehículo de propósito especial», llamados vehículos de inversiones estructuradas (VIE). Estos vehículos eran unas entidades que no participaban en la consolidación financiera de los bancos por los que eran creados; su función consistía en comprar los paquetes de activos titulizados y, posteriormente, venderlos a otras instituciones financieras.

De esta forma, se convertían los préstamos hipotecarios, que eran activos sin liquidez, en activos líquidos, de manera que el banco obtiene el dinero pagado por el inversor para comprar el activo titulizado a cambio de un pago periódico de unos intereses, que pagaba con lo que recibía del titular del préstamo hipotecario. El proceso era el que aparece en el **gráfico 2**.

Gráfico 2. Proceso de titulización



A este proceso se le añade el hecho de que todos los agentes del sistema inmobiliario se movían a partir de una serie de incentivos (GARCÍA MONTALVO, 2009), que llevaron a un ciclo de crecimiento del crédito que fue difícil de detener. Los inversores actuaban movidos por las expectativas favorables al crecimiento de los precios de las viviendas; los ejecutivos de los bancos trataban de hacer frente a la fuerte competencia con políticas agresivas de concesión de préstamos, para así incrementar sus márgenes, y los comerciales de hipotecas recibían mayores comisiones en función del mayor interés que pudieran cargar a los inversores, es decir, cuando conseguían a clientes de alto riesgo que pagaran altos intereses. Por otra parte, para que las entidades pudieran vender con facilidad los activos titulizados era necesario que a estos activos les fueran asignadas buenas calificaciones o *ratings* por las agencias de calificación, incentivadas por las comisiones y por la competencia entre ellas.

El problema surge en el momento en el que desaparece el presupuesto básico, es decir, cuando comienzan a subir los tipos de interés que, durante demasiado tiempo, habían estado por los suelos. En este momento, los inversores que habían comprado viviendas comienzan a ver problemas en el pago de sus hipotecas, y baja el precio de las viviendas. Con todo ello se reduce también la concesión de créditos por la desconfianza de los bancos hacia nuevos inversores inmobiliarios, pero los principales perjudicados son los intermediarios financieros, que compraron los activos titulizados con muy buenas calificaciones, y ahora pasaban a no tener ningún valor.

En este entorno de incertidumbre y desconfianza hacia los activos que aparecían en los balances de los bancos aumentan los tipos de interés de los mercados interbancarios, generando un grave problema de liquidez en estos mercados (RODRÍGUEZ GARCÍA, 2013), y aparece la necesaria intervención de los bancos centrales para inyectar liquidez en el sistema financiero.

### 2.1.2. La crisis nacional española

En el ámbito interno español, el origen de la crisis económica es similar pero incluye algunas peculiaridades. Podemos afirmar que la crisis financiera internacional:

«no se traslada directamente a España, y las entidades financieras españolas no estuvieron expuestas de forma sensible como las de otros países [...] No es la española una crisis con origen en la globalización o en la crisis financiera internacional; esta no ha hecho más que agravarla» (LÓPEZ ROA, 2011, pág. 171).

En España, se origina la crisis como consecuencia de un periodo previo de expansión, con excesiva dependencia del sector inmobiliario y crecimiento del endeudamiento. El sector inmobiliario y de la construcción había sido, desde finales de los noventa, el principal destinatario de créditos productivos entre las empresas de servicios no financieros, mientras que otras empresas de servicios o industriales no participaron en la expansión económica previa a la crisis, en un contexto en el que se desacelera la inversión productiva en todos los sectores salvo en la construcción (MARQUÉS, NIETO, DEL RÍO, 2005).

La aparente prosperidad y crecimiento económico existentes en nuestro país durante la década del 2000 se fundamentaba en la débil base de una burbuja inmobiliaria y un excesivo endeudamiento de familias, empresas y el sector público. Para hacer frente a este endeudamiento, se recurre a la financiación exterior. La crisis internacional sí que encuentra reflejo en la española en cuanto a la reducción del crédito a las entidades españolas; esta reducción del crédito se produce como consecuencia de la pérdida de confianza en las entidades en el ámbito internacional, tras la crisis desencadenada en Norteamérica.

En España, los bancos no pueden transferir el riesgo de sus balances a través de la titulación a inversores en paquetes de activos, sino que mantienen el riesgo en su contabilidad. Sin embargo, el incremento de los precios de la vivienda y de los créditos por encima del crecimiento de la capacidad económica y el endeudamiento de las promotoras e inmobiliarias para hacer frente a una demanda creciente hizo que se generara una burbuja basada en la idea de que los precios de los inmuebles nunca iban a caer.

De nuevo, la simple voluntad de los inversores de invertir en inmuebles y acceder a créditos hipotecarios no fue suficiente para generar esta burbuja, sino que fue necesaria la participación de las entidades que concedían estos créditos y de las agencias de tasación. Mientras que en Estados Unidos el papel fundamental en la crisis lo desempeñaron las agencias de calificación, en España fueron las agencias de tasación las protagonistas, que, principalmente participadas por bancos, incrementaban el valor de las tasaciones. Así se originó una espiral de crecimiento del valor de los inmuebles, alejada del valor real de los mismos.

Esta burbuja no era sostenible en el tiempo, de manera que, en el momento en el que aparece un entorno de difícil financiación como consecuencia de la crisis financiera internacional,

los bancos no pueden acceder al mercado interbancario por el cierre de las principales fuentes de financiación, y los problemas de liquidez hacen que estalle la burbuja. En este momento de estallido de la burbuja, comienza a crecer el desempleo y la morosidad bancaria, especialmente procedente del segmento de promoción inmobiliaria, que se disparó a partir de 2008.

La reacción normativa del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea surge de la idea de la liquidez como elemento fundamental de la estabilidad financiera. Para ello se crean una serie de normas tras la reunión del G20 que, tal y como afirma CASSINELLO PLAZA (2013), definen los pasos necesarios para fortalecer los balances tanto en materia de capital como de liquidez, con el fin de garantizar el buen funcionamiento y la estabilidad del sistema financiero.

La actuación arriesgada del sector financiero en cuanto a los créditos muestra la necesidad de mejorar la cantidad y la calidad del capital de las entidades para poder absorber las pérdidas en un futuro. Además, la facilidad de acceso al crédito hizo que los bancos se desprendieran de sus activos líquidos del balance, sufriendo necesidades de liquidez cuando se paraliza este acceso a la financiación. Por ello, las medidas adoptadas por el Comité irán dirigidas a obtener un sistema financiero estable y solvente, incluyendo requisitos de capital, de liquidez, y de estructura de financiación.

## 2.2. ANTECEDENTES: BASILEA I Y BASILEA II

Previo al análisis de las medidas propuestas realizadas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, es preciso mencionar la regulación que, proveniente del mismo organismo, precede al acuerdo de Basilea III, para poder entender las modificaciones que incorpora.

### 2.2.1. Basilea I

En 1988, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea genera el primer «Acuerdo internacional de medición y regulación del capital», conocido como Basilea I<sup>3</sup>. Este contiene el acuerdo entre los bancos centrales de los países que pertenecían en ese momento al G10<sup>4</sup>, junto con Luxemburgo, para aplicar unos requisitos mínimos de capital a las entidades, tras un proceso de consulta en 1987. El acuerdo contiene cuatro secciones entre las que destacan las dos primeras, relativas a la definición de la constitución de capital y al sistema de medición del riesgo, respectivamente. Posteriormente se realizaron varias modificaciones de dicho acuerdo.

<sup>3</sup> BCBS: «International convergence of capital measurement and capital standards». Basle: Basle Committee on Banking Supervision, 1988, July, en <http://www.bis.org/publ/bcbs04a.pdf> [consulta: 19 de enero de 2015].

<sup>4</sup> El G10 comprendía los siguientes países: Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Holanda, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos.

Merecen una mención, dentro del contenido de este acuerdo, la denominación del capital y la creación de dos tipos de capital:

- **Tier 1 (nivel 1).** Capital bancario compuesto por acciones ordinarias completamente desembolsadas y acciones preferentes perpetuas no acumulativas, así como reservas declaradas, que deberá consistir en, al menos, un 50% del capital de la compañía.
- **Tier 2 (nivel 2).** Resto de elementos de capital de inclusión voluntaria.

Además, se fija como ratio de capital total sobre activos ponderados por riesgo un 8%, del cual debe ser un 4% de primer nivel, posibilitando un periodo de adaptación transitoria de cuatro años y medio, hasta 1992, para los bancos que no llegaban a este requisito.

## 2.2.2. Basilea II

En el año 2004 surge una de las modificaciones más importantes del acuerdo de Basilea, que da lugar a un nuevo acuerdo, conocido como Basilea II<sup>5</sup>. Este acuerdo está estructurado en cuatro secciones y tres pilares, de los cuales, el primero supone una modificación de Basilea I, y los otros dos incluyen novedades:

- **Primer pilar.** Se refiere al cálculo de los requerimientos mínimos de capital; incluye la medición del riesgo de crédito, el riesgo operativo y la cartera de negociación.
- **Segundo pilar.** Se refiere a la fijación de un proceso de supervisión.
- **Tercer pilar.** Se refiere a la disciplina de mercado, es decir, a la divulgación de la información acerca de los requisitos de capital.

Basilea II introduce modificaciones respecto del acuerdo de 1988, sin embargo, no se modifica el requisito del nivel de capital del 8%, que se mantiene desde que se creó en 1988, ni la definición de la composición del capital.

Basilea II entra en vigor con carácter general a partir de 2007, de manera que la crisis internacional se gestó cuando todavía se aplicaba Basilea I, y por tanto, se podría interpretar que las deficiencias regulatorias, que contribuyeron en parte a la crisis, no se debieron a Basilea II (IBÁÑEZ y DOMINGO, 2013). Sin embargo, como ya se ha mencionado, Basilea II no introduce nuevos niveles de capital, ni altera su composición, y la crisis financiera internacional de 2007

---

<sup>5</sup> BCBS: «Convergencia internacional de medidas y normas de capital». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2004, junio, en <http://www.bis.org/publ/bcbs107esp.htm> [consulta: 19 de enero de 2015].

pone de manifiesto que los niveles y la calidad de capital del sistema bancario son insuficientes para hacer frente a un excesivo apalancamiento. Por otra parte, con las restricciones de financiación, muchas entidades comienzan necesitar liquidez, de la que antes habían prescindido, y Basilea II no contenía ningún requerimiento mínimo de liquidez. Por lo tanto, aunque hubiera estado vigente Basilea II en esos momentos y los bancos hubieran tenido que cumplir con sus requisitos, igualmente se hubiera producido la crisis, y seguiría siendo necesaria la inclusión de nuevas medidas. Todas estas deficiencias son las que han llevado al Comité de Basilea a crear el acuerdo de Basilea III.

### 2.3. CONTENIDO: MEDIDAS PROPUESTAS EN EL NUEVO MARCO REGULATORIO DE BASILEA III

El acuerdo de Basilea III es creado en 2010 por el Comité de Basilea<sup>6</sup> como un programa de reformas basado en las lecciones extraídas de la crisis, siguiendo el mandato para la reforma del sector bancario que realizó el G20 en su cumbre de Pittsburgh en 2009<sup>7</sup>. Dado que las reformas procedentes del acuerdo de Basilea surgen como reacción a la crisis financiera internacional de 2007, los objetivos que inspiran esta nueva regulación son, según el propio Comité, mejorar la capacidad del sector financiero para hacer frente a las tensiones o perturbaciones financieras o económicas y reducir el riesgo de contagio de las pérdidas del sector financiero a la economía real.

Basilea III tiene como finalidad introducir modificaciones que complementen lo dispuesto en el acuerdo de Basilea II, a su vez, dividido en tres pilares: requisitos de capital, proceso de supervisión y disciplina de mercado, respectivamente. Esta división en pilares del acuerdo de Basilea II se mantiene con Basilea III, de manera que el nuevo acuerdo introduce modificaciones en cada uno de los pilares. Pero además de estas modificaciones, Basilea III incluye algunas novedades, sobre todo, en cuanto a los requerimientos mínimos de liquidez. Para afrontar esta nueva regulación, el acuerdo de Basilea III está estructurado en dos secciones, la primera de las cuales se encuentra recogida en el documento «Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios», y hace referencia a los requisitos mínimos y los colchones de capital, y la segunda, recogida en el documento «Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez»<sup>8</sup>, relativo a los nuevos requerimientos de liquidez.

<sup>6</sup> El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea estaba integrado en ese momento (y ahora) por representantes de autoridades bancarias y bancos centrales de Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

<sup>7</sup> BCBS: «La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe G-20». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2010, octubre, en [http://www.bis.org/publ/bcbs179\\_es.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs179_es.pdf) [consulta: 19 de enero de 2015].

<sup>8</sup> BCBS: «Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2010, diciembre.

### 2.3.1. Medidas de capital

#### A) Componentes y niveles de capital

La primera de las medidas de capital incorporadas en la reforma de 2010 se refiere a la composición del capital y los requisitos mínimos de cada tipo de capital para las entidades. A partir de la aplicación de Basilea III, el capital sigue quedando dividido en dos niveles, pero dentro del nivel 1 se incluyen, a su vez, dos tipos de capital:

- **Capital de nivel 1** (también llamado capital de funcionamiento).
  - Capital ordinario de nivel 1 (constituido por acciones ordinarias y beneficios retenidos).
  - Capital adicional de nivel 1.
- **Capital de nivel 2** (también llamado capital de liquidación).

La reforma contiene las características que deben cumplir los instrumentos de capital para ser considerados como *Tier 1-Common Equity* (capital ordinario de nivel 1), *Tier 1-Additional* (capital adicional de nivel 1) y *Tier 2* (capital de nivel 2), de manera que la clasificación de los elementos será homogénea entre las diferentes entidades en el ámbito internacional.

Entre las novedades, podemos afirmar que habrá un mayor protagonismo del capital ordinario; además, el reconocimiento contable de las pérdidas y depreciaciones se recogerá en los beneficios no distribuidos, que forman parte a su vez del capital ordinario, de manera que serán más estrictos los requisitos respecto de la composición de este tipo de capital.

Los ajustes reguladores son deducciones que se deben realizar respecto del capital que aparece en la contabilidad por varios motivos, como pueden ser la existencia de un fondo de comercio o la existencia de autocartera, entre otros. En la nueva regulación, estas deducciones se realizarán respecto del capital ordinario de nivel 1, en lugar de realizarse sobre el capital adicional de nivel 1 o sobre el capital de nivel 2, como se hacía anteriormente, lo que implica mayores restricciones para llegar a los niveles mínimos de capital. La aplicación de todos estos ajustes al capital ordinario busca asegurar la calidad de los componentes de este capital de manera que tenga una plena capacidad para absorber pérdidas (RODRÍGUEZ DE CODES, 2010).

Cada uno de los elementos definidos dentro de los dos niveles de capital, una vez realizados los ajustes regulatorios, están sujetos a unos límites mínimos, es decir, deberán ascender a unos porcentajes de capital sobre los activos ponderados por riesgo, que serán los siguientes:

- El capital ordinario de nivel 1 (*Tier 1-Common Equity*) deberá ser, como mínimo, el 4,5 % de los activos ponderados por riesgo, en todo momento.

- El capital de nivel 1 (suma del capital ordinario y el adicional del nivel 1) deberá ascender a un mínimo del 6% de los activos ponderados por riesgo, en todo momento.
- El capital total (es decir, la suma del capital de nivel 1 –ordinario y adicional– y de nivel 2) deberá ascender, al menos, al 8% de los activos ponderados por riesgo, en todo momento.

En comparación con lo establecido en el acuerdo de Basilea II, que solo requiere un porcentaje de capital total sobre activos ponderados por riesgo mínimo del 8%, y del 4% para el capital de nivel 1, ahora se exige un capital de nivel 1 mínimo del 6%, del que debe ser al menos un 4,5% procedente de capital ordinario. Estos requisitos se endurecerán aún más con los colchones de capital que serán explicados más adelante.

Por otra parte, también se incluyen medidas de refuerzo del tercer pilar, relativas a la disciplina del mercado y la divulgación de la información. La crisis puso de manifiesto casos en los que no había coherencia entre la información ofrecida por los bancos acerca de su exposición al riesgo y su situación de riesgo real, y otros en los que la información sobre los componentes del capital era insuficiente y no coordinada con sus estados financieros. Por estos motivos, el nuevo acuerdo establece la obligación de comunicación acerca de la conciliación de los elementos de capital, la identificación de todos los ajustes regulatorios, la descripción de todos los límites y mínimos y de las características de los instrumentos de capital emitidos, y la explicación del cálculo de los coeficientes de capital, entre otros, que deberán aparecer en su propia web<sup>9</sup>.

A efectos prácticos, podemos decir que se producen diferencias tanto cualitativas como cuantitativas; no solo varían los porcentajes exigibles de cada tipo de capital, sino que se hace más difícil llegar a estos porcentajes, por la mayor exigencia en cuanto a la composición del capital. Por una parte, las ratios de capital de las entidades bancarias se verán afectadas en cuanto al numerador de la proporción para cada tipo de capital porque cambian los elementos que pueden ser incluidos en cada tipo de capital y además aumentan las deducciones que se realizan sobre el capital de nivel 1 ordinario, lo que hace más difícil llegar a cubrir el porcentaje mínimo. Pero también se producen cambios en cuanto al denominador de la proporción, es decir, los activos ponderados por riesgo, de manera que este denominador aumentará al mejorar la captura de los riesgos, como veremos en el siguiente apartado, y por tanto hace también más difícil llegar al porcentaje mínimo para cada tipo de capital. Si a esto le sumamos que los porcentajes del capital de cada clase aumentan, como acabamos de ver, podemos afirmar un endurecimiento general de los requisitos de capital.

## B) Cobertura de riesgos

Las normas acerca de la composición del capital, así como los requerimientos de solvencia, deben ir acompañadas de una mejor gestión y supervisión del riesgo, lo que implica un refuerzo

<sup>9</sup> Requisitos adicionales de divulgación aparecen en una publicación de la Comisión de 2011, «Pillar 3 disclosure requirements for remuneration», en <http://www.bis.org/publ/bcbs197.pdf> [consulta: 23 de enero de 2015].

de las directrices que aparecen en el segundo pilar de Basilea II. Además, en cuanto a los requisitos de capital, es necesario también asegurarse de que el marco de capital comprende todos los riesgos susceptibles de ser computados.

Una de las principales manifestaciones de las deficiencias de Basilea II, que aparecieron como consecuencia de la crisis, fue el hecho de que algunos riesgos que eran importantes para la situación de la entidad no se computaban ni dentro ni fuera del balance, es decir, que al no computarse el riesgo correspondiente a una exposición, el capital que se requerirá para esta exposición será inferior al realmente necesario para afrontar el riesgo de esos activos para el banco. Por ello, Basilea III incluye nuevas medidas de medición y cómputo del riesgo, entre las que se pueden destacar las que reducen la dependencia respecto de las calificaciones de riesgo (*ratings*) externas y obligan al análisis interno de las titulaciones y retitulaciones, así como requerimientos de capital que incluyan los riesgos de impago y de bajada de calificación crediticia de una cartera.

### C) Colchones de capital

Existen dos tipos de colchones de capital: los colchones de conservación de capital y los colchones anticíclicos.

Un colchón de conservación de capital podría definirse como la acumulación de un capital de reserva que los bancos deberían reunir en periodos sin tensión para que pudieran ser utilizados en el caso de incurrir en pérdidas, de manera que puedan cumplir con los requerimientos mínimos de capital expuestos anteriormente.

Siempre que no se den situaciones de tensión, las entidades deben mantener un nivel mínimo de estos colchones de capital. Cuando se utilice la cantidad acumulada en el colchón de conservación de capital para reducir las pérdidas, esta deberá recomponerse, y para ello se prevén distintas medidas, como reducir la distribución de beneficios, la recompra de acciones o el pago de bonificaciones, o captar nuevo capital del sector privado. Cuanto mayores sean las pérdidas, se tendrá que disponer de más parte de este capital acumulado, y luego habrá que hacer un esfuerzo superior de recomposición, lo que implica una mayor restricción a las entidades para la distribución de beneficios. A pesar de perjudicar los intereses de los accionistas, que verán reducidos los beneficios que puedan obtener, estas medidas aumentan las resistencias de las entidades ante una posible situación de crisis económica.

El requisito numérico del colchón de conservación de capital establecido en Basilea III es de un 2,5% de capital ordinario de nivel 1, de manera que este porcentaje se suma a los requisitos de capital ordinario del 4,5%, y siempre que el capital ordinario esté por debajo del 7% (suma del requisito de capital del 4,5% y del requisito del colchón de conservación del 2,5%), tendrá una restricción porcentual al reparto de beneficios que será mayor cuanto más se aleje el porcentaje del 7%.

Un colchón anticíclico se puede definir como la acumulación de capital de reserva, que los bancos deben reunir en casos en los que el crecimiento excesivo del crédito agregado puede suponer un riesgo sistémico para la economía, y así poder hacer frente a las eventuales pérdidas futuras.

La explicación de este tipo de colchones de capital se basa en que las pérdidas de la banca pueden ser muy altas cuando se produce un periodo de recesión tras un crecimiento excesivo del nivel de crédito. Estas elevadas pérdidas pueden influir en el desarrollo de la economía en general y desacelerar el crecimiento, con lo que se entraría en un círculo vicioso. Para ello, existe un método por el cual las autoridades nacionales vigilan la posibilidad de riesgo sistémico y la evolución nacional del crédito, y los bancos observan los países en los que operan internacionalmente, con sus respectivos riesgos sistémicos, de manera que el colchón anticíclico dependerá de los lugares en los que opera un banco.

Este colchón anticíclico oscila entre el 0 y el 2,5%, y su porcentaje, en caso de existir, se sumará al del colchón de conservación de capital, de manera que restringirá el reparto de beneficios de las entidades en caso de no cubrir el porcentaje mínimo total.

#### D) *Coefficiente de apalancamiento*

La razón de la incorporación de una ratio de apalancamiento en Basilea III es complementar las medidas basadas en el riesgo con otra ajena al riesgo, de manera que determine la exposición total de la entidad, limitando un apalancamiento excesivo sin verse influida por una mala valoración del riesgo por parte de la entidad, para así evitar procesos de desapalancamiento que puedan perjudicar a la economía en general. Durante la crisis financiera, dado que solo existían medidas basadas en el riesgo, las entidades bancarias mostraban sólidos coeficientes de capital mientras que mantenían un excesivo apalancamiento, y cuando comenzaron a desapalancarse agravaron la caída en los precios de los activos, incrementando las pérdidas. Lo que se trata estableciendo un límite mediante el coeficiente de apalancamiento es evitar que esto vuelva a pasar.

Este nuevo coeficiente de apalancamiento tendrá como numerador el capital *Tier 1* y como denominador, una medida de la exposición:

$$\frac{\text{Capital de nivel 1}}{\text{Medida de la exposición}} \geq 3\%$$

Lo que muestra la ecuación es que la parte de la exposición que tiene la entidad por sus activos que está financiada por capital de primer nivel puede considerarse como aportaciones de los socios, y se fija en un mínimo del 3%. Lo peculiar del coeficiente de apalancamiento es que no tiene en cuenta el riesgo, sino el total de activos independientemente del riesgo, y así evita un sobreendeudamiento que pudiera estar destinado a financiar activos con ponderación 0% de

riesgo. Este coeficiente, al ser una novedad introducida por Basilea III, requiere un periodo de adaptación de las entidades de los países participantes, que en principio se estableció hasta 2018, comenzando un periodo supervisor en 2011, una aplicación en paralelo en 2013, y los requisitos de divulgación a partir del 1 de enero de 2015.

### 2.3.2. Medidas de liquidez

Como hemos mencionado con anterioridad en la exposición del origen del acuerdo de Basilea III, la introducción de medidas para asegurar un mínimo de liquidez se hace necesaria porque muchos de los problemas originados en las entidades se debieron a la falta de liquidez y la escasez de financiación.

Por este motivo, el Comité decidió introducir ciertas medidas para asegurar una liquidez mínima y dotar a las entidades de una mayor flexibilidad, de manera que puedan hacer frente a situaciones de dificultad de acceso a la financiación. La segunda sección del acuerdo de Basilea III incluye dos medidas para asegurar la liquidez: una que busca eliminar el riesgo de liquidez y asegurar que los bancos puedan soportar un escenario de tensión en el corto plazo, y otra que busca que los bancos realicen la financiación de sus actividades a largo plazo de forma más estable.

#### A) Coeficiente de cobertura de liquidez

La primera medida se refiere al coeficiente de cobertura de liquidez, que busca que un banco tenga un nivel suficiente de activos líquidos en el balance y asegure que podrá transformarlos en efectivo para satisfacer sus necesidades durante un plazo de 30 días naturales en un escenario de tensiones de liquidez. Las entidades deberán tener suficientes activos de alta calidad para atender a las salidas de pasivo en un escenario de estrés durante 30 días, ya que, transcurrido dicho plazo, los administradores o supervisores deberían haber adoptado otras medidas. El coeficiente se designa por las iniciales LCR.

Se exige, por tanto, que:

$$\frac{\text{Activos de alta calidad}}{\text{Salidas de caja totales netas próximos 30 días}} \geq 100\%$$

El fondo de activos de alta calidad deberá estar compuesto por activos líquidos libres de cargas, y entre sus características destaca el acuerdo por el que deben tener escaso riesgo de crédito y de mercado, facilidad de valoración, baja correlación con activos con riesgo, cotización en mercados de valores desarrollados y conocidos, que pertenezcan a un mercado activo y amplio, con creadores de mercado comprometidos, poca concentración del mercado y que sean activos hacia los que se desplaza el mercado en situaciones de crisis sistémicas.

Más allá de estas características, el propio Comité determina que se consideran activos de alta calidad los del nivel 1 (efectivo, reservas del banco central, y determinados valores negocia-

bles de soberanos, y empréstitos de soberanos o bancos centrales en determinados casos), que pueden componerlo en su totalidad, y los de nivel 2 (determinados valores negociables y bonos corporativos y garantizados bajo ciertas condiciones), que solo pueden componer el fondo de activos de alta calidad en un máximo del 40% del mismo.

En cuanto a las salidas de efectivo totales netas de los próximos 30 días, se determinarán como la diferencia entre las salidas de efectivo totales previstas menos las entradas de efectivo totales previstas, en el escenario de tensión y durante 30 días naturales. Donde las entradas de efectivo se calcularán multiplicando los importes de los derechos de cobro por las tasas que se esperan de cobro por el banco, con un tope máximo del 75% de las salidas.

*B) Coeficiente de financiación estable neta*

La segunda de las medidas consiste en establecer una financiación estable a largo plazo, de manera que los activos no líquidos sean financiados con pasivos a medio y largo plazo o con capital. El indicador establece un porcentaje mínimo de la financiación estable según la liquidez de los activos en el plazo de un año. Este coeficiente se designa por las iniciales NSFR. Lo que se consigue con este coeficiente es limitar una dependencia excesiva de financiación a corto plazo durante periodos de mucha liquidez en el mercado.

Se exige, por tanto, que:

$$\frac{\text{Financiación estable disponible}}{\text{Financiación estable requerida}} > 100\%$$

Trata de garantizar que los activos a largo plazo se financien con un mínimo de pasivos a largo plazo en función de su riesgo de liquidez, para evitar que se den situaciones en las que no pueda hacerse frente al pago de la financiación, y el activo no pueda realizarse.

Al hablar de financiación estable nos referimos al importe de los recursos propios y ajenos que serán fuente de financiación durante un plazo de un año en situaciones de tensión.

La financiación estable disponible se define como la suma del capital, acciones preferentes con vencimiento superior a un año, pasivos con vencimientos superiores a un año, depósitos sin plazo o con plazo inferior a un año que cabe esperar que se mantengan en la entidad, y financiación a menos de un año que cabe esperar que permanezca más de un año.

La financiación estable requerida dependerá de la liquidez de los activos que compongan la entidad y de las actividades que realice.

El primer coeficiente cumple la función de garantizar la supervivencia a corto plazo, y el segundo, la sostenibilidad de la entidad en un periodo prolongado de tensión, en el que, según la

Comisión, pueden darse situaciones como la caída de la rentabilidad o la solvencia, la rebaja de la calificación crediticia o un evento que ponga en cuestión la reputación de la entidad.

La aplicación de ambos ratios estaba prevista para el 1 de enero de 2013, de acuerdo con el acuerdo original, sin embargo, el 6 de enero de 2013, el propio Comité<sup>10</sup> acordó la modificación de los requerimientos y amplió el plazo de implantación, que ahora se producirá entre 2015 y 2019, de manera que, en 2015, las entidades solo debieron cumplir con el 60% del requerimiento.

## 2.4. CONSECUENCIAS PREVISTAS

En el momento de publicación de las nuevas normas de Basilea, en el año 2010, los pronósticos sobre los efectos que los nuevos requerimientos al sector financiero iban a tener en la economía eran similares, aunque no todas las opiniones confiaban en el buen funcionamiento de la nueva normativa.

En primer lugar, en cuanto al posible efecto macroeconómico de las nuevas medidas, el Macroeconomic Assessment Group<sup>11</sup> (en adelante MAG) publicó en 2010 un informe<sup>12</sup> acerca de la evaluación del impacto macroeconómico que supondrían las nuevas medidas de capital y de liquidez introducidas por la nueva norma. Este informe muestra como las nuevas exigencias de capital darán lugar a aumentos de capital por las entidades, y sus estudios muestran como un cumplimiento en el plazo establecido desde la publicación de las normas, con los requerimientos de capital, provocará una caída de 0,22 puntos porcentuales en el PIB, que irá seguido de una recuperación inmediata. Además, si los bancos optan por cumplir con los requisitos de forma adelantada al cumplimiento exigido por la normativa, el impacto podría ser mayor. Por otra parte, un estudio<sup>13</sup> elaborado por la Comisión Europea previo a la trasposición de Basilea a la normativa europea, también pronostica un descenso en el PIB, y su posterior recuperación a partir de 2019. En el estudio llevado a cabo por ROGER y VLCEK (2011), los resultados son similares a los obtenidos por el MAG, aunque con algunos valores relativamente superiores.

Los puntos de partida de estos estudios son las reacciones que tendrían los bancos ante los nuevos requerimientos de capital y liquidez. Frente a los mayores requerimientos de liquidez, las únicas reacciones posibles por parte de las entidades son: o bien incrementar el capital de primer

<sup>10</sup> El acuerdo está recogido en el documento «Basilea III: Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez», publicado en Basilea.

<sup>11</sup> Creado por el Financial Stability Board y el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.

<sup>12</sup> Este informe es «Assessing the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements», publicado por el Banco de Pagos Internacionales en diciembre de 2010.

<sup>13</sup> Comisión Europea: «Commission Staff Working paper. Impact assessment», Working Paper, 2011, en [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/sec\\_2012\\_72\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/sec_2012_72_en.pdf) [consulta: 10 de febrero de 2015].

nivel (que compone el numerador del *Tier 1*), o bien reducir los activos ponderados por riesgo (que componen el denominador de dicha proporción). Las medidas que pueden adoptar las entidades pasan por perjudicar en general el crecimiento en los primeros años de adaptación para aumentar el numerador, y son las siguientes:

- Aumentar las reservas, para lo que es necesario no repartir beneficios en forma de dividendos.
- Aumentar capital con emisión de capital de primer nivel, y no de instrumentos híbridos que no formen parte del capital de primer nivel.
- Incrementar los beneficios, mejorando la eficiencia operativa o incrementando los tipos de interés.

Por otra parte, el estudio realizado por SUTOROVA y TEPLY (2013) afirma que existe una relación positiva entre los requerimientos de capital y los tipos de interés de los préstamos bancarios y que, por tanto, un incremento en estos requerimientos implica necesariamente un incremento en los tipos de interés bancarios. Según estos autores, esto podría derivar en una disminución del volumen de créditos concedidos.

En cuanto a las nuevas exigencias de liquidez, podrían causar un bloqueo de los activos líquidos en los balances, de manera que su liquidez se redujera. Además, dado que los activos más líquidos tienden a tener menores retornos, su acumulación puede reducir los ingresos de los bancos, lo que implicará de nuevo la necesidad de incrementar los tipos de interés de los préstamos bancarios porque, tal y como afirma LÓPEZ GALINDO (2011), la introducción del NSFR llevará a buscar la financiación estable, lo que encarecerá la financiación de las entidades.

En lo que a las medidas de desapalancamiento se refiere, SUTOROVA y TEPLY (2014) consideran que las medidas que los bancos adoptarán para desapalancarse serán los aumentos de capital, la reducción de activos de riesgo y la restricción del crédito. Sin embargo, advierten que no todos los accionistas de entidades estarán dispuestos a aumentos de capital a su costa, y la venta de activos con alto riesgo puede ser difícil en el entorno en que se sitúa Europa, de manera que la última opción sería la restricción del crédito o el incremento de los tipos, lo que puede tener efectos perversos en la economía global.

### 3. APLICACIÓN DE BASILEA A LA BANCA EUROPEA Y ESPAÑOLA

#### 3.1. REGULACIÓN INTERNA: EUROPEA Y NACIONAL

El Comité de Basilea es un órgano informal, que no goza de potestad normativa, de ahí que sus regulaciones sean propuestas y no tengan carácter vinculante, por lo que se hace necesaria la

adopción de sus medidas por órganos con potestad normativa. Por este motivo, tras la publicación de los dos documentos del acuerdo de Basilea III, comienza un proceso por el que la Comisión Europea traslada las medidas propuestas por el Comité a la normativa europea. Se trata de la concreción de unas medidas de ámbito general a las circunstancias concretas de los países de la UE a través de la Directiva 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 575/2013.

Consideran IBÁÑEZ y DOMINGO (2013) que hay dos motivos que llevaron a introducir diferencias en algunos aspectos respecto de la norma del Comité. El primer motivo es que el acuerdo de Basilea da lugar a una trasposición directa por los países de acuerdo con sus procesos normativos internos, mientras que la norma comunitaria requiere procesos legislativos europeos, que implican la aprobación por parte del Consejo y el Parlamento europeos. El segundo motivo sería que, mientras que la normativa de Basilea III fue creada con vocación de aplicación a entidades internacionalmente activas, la normativa de la Comisión Europea tendrá un ámbito de aplicación mayor, y alcanzará a todos los bancos, por lo que es necesaria una adaptación de determinados requisitos al tipo de entidad al que se aplica.

La normativa de la Comisión incorpora, al igual que la norma originaria, requisitos de capital, de riesgo, de liquidez y de apalancamiento, con algunas modificaciones.

En cuanto a los requisitos de capital, la normativa europea elimina el requisito de que los componentes del capital básico sean acciones, porque es difícil la definición única de las acciones para todos los países europeos. Además, incluye diferencias relevantes en cuanto a la incorporación de los intereses de los minoritarios de las filiales financieras incluidas en la consolidación o el tratamiento de las participaciones significativas de las entidades aseguradoras.

Dentro de los colchones de capital, existen también algunas novedades; por ejemplo, en cuanto al colchón de capital anticíclico, la Comisión introduce la posibilidad de superar el máximo del 2,5 % si así lo considera oportuno la autoridad nacional competente para determinarlo. Además, la normativa europea crea un nuevo tipo de colchón de capital, llamado «colchón de capital sistémico», que es mucho más flexible que los existentes en Basilea III, y que trata de abordar el riesgo sistémico de carácter no procíclico.

Además, es relevante hacer referencia al documento «EBA recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence», publicado por la EBA<sup>14</sup> el 8 de diciembre de 2011, que ya incluía una recomendación de creación por las entidades bancarias europeas de un colchón temporal de capital como forma de recuperar la confianza de los mercados, con el requisito de un mínimo del 9 % de capital de nivel 1 ordinario.

<sup>14</sup> EBA es la European Banking Authority (Autoridad Bancaria Europea), que trabaja para supervisar y regular el sistema bancario y conseguir la estabilidad del sector financiero de forma independiente de la UE.

La normativa de la UE también incorpora como novedad los requisitos de apalancamiento. No obstante, se han realizado diferentes estudios para comprobar si el método por el que se fija un porcentaje único es adecuado o no a las circunstancias de los distintos tipos de entidades; entre estos estudios se encuentran consultas realizadas por el Comité de Basilea y modificaciones incorporadas como «Basilea III: Marco del coeficiente de apalancamiento y sus requisitos de divulgación», o informes de la EBA, como el «Report on impact of differences in leverage ratio definitions», publicado en marzo de 2014, y referido a las diferencias entre la definición de la ratio de apalancamiento propuesta por Basilea III y la propuesta por la normativa europea.

En cuanto a los requisitos de liquidez, el calendario de implementación de los requisitos de liquidez es algo más acelerado que el nuevo propuesto por el Comité de Basilea tras la modificación de enero de 2013, de manera que mientras el europeo busca una implementación total en 2018, el de Basilea la fija para 2019.

La normativa europea ha sido parcialmente traspuesta al ordenamiento español a través del Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea, en materia de supervisión y solvencia de las entidades financieras.

No obstante, el largo proceso de creación normativa de la UE hizo que fueran los propios Estados los que adoptaran algunas medidas inmediatas tras la situación de crisis financiera y la nueva regulación de Basilea III. A pesar de que la entrada en vigor del acuerdo sería más adelante, en España se dictaron varias normas dirigidas a mejorar la situación de las entidades de crédito y adecuarlas cuanto antes a los nuevos requerimientos, como el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero; el Real Decreto-ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero, y el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero.

### 3.2. CIRCUNSTANCIAS DE LA BANCA ESPAÑOLA

Las medidas normativas mencionadas en el subepígrafe anterior cobran sentido al tener en cuenta las circunstancias en que se desarrollaron las entidades de crédito en los años de crisis.

Tras la situación de crisis que se vivió a partir del año 2007, aparecen algunas reacciones, como la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) por el Gobierno en el año 2009, con el objetivo de inyectar fondos en las entidades que comenzaban a necesitarlos a cambio del cumplimiento de unos requisitos. El FROB tiene por objeto gestionar los procesos de reestructuración y resolución de las entidades de crédito<sup>15</sup>. Tras la creación de esta institución y la publica-

<sup>15</sup> De acuerdo con la definición dada por la entidad en su página web: <http://www.frob.es/es/Sobre-el-FROB/Paginas/Naturaleza-y-regimen-juridico.aspx> [consulta: 19 de febrero de 2015].

ción del primer real decreto-ley en 2011, se produce una gran concentración del sector financiero para poder cumplir con los nuevos requisitos de solvencia, entre otros motivos, porque las entidades que no pudieran cumplir con los requisitos de capital debían acudir al FROB para solicitar su ayuda, a cambio del cumplimiento de unos requisitos y de la adquisición por el FROB de acciones y su incorporación al gobierno de las entidades.

En junio de 2012 España solicita ayuda financiera exterior a la UE para la recapitalización del sistema financiero y firma el Memorando de Entendimiento (MOU) para regular esta financiación. Entre las medidas acordadas se encuentra la creación de la SAREB<sup>16</sup>. Por otra parte, los nuevos reales decretos-ley de 2012 provocaron la dotación de provisiones para el saneamiento de los balances de los bancos, lo que dio lugar a su vez a que las entidades de crédito que contaban con estos tipos de activos, que eran la mayoría, pasaran de resultados positivos a pérdidas en el 2012. En relación con este saneamiento, en 2012 se crea la SAREB como una entidad privada creada para prestar su ayuda en el saneamiento del sector financiero y, en concreto, a las entidades más afectadas por su exposición al sector inmobiliario. Esta entidad adquirió activos de las entidades en proceso de reestructuración o resolución, entregando a cambio a estas entidades bonos emitidos por la SAREB.

### 3.3. EVOLUCIÓN DESDE LA PUBLICACIÓN

#### 3.3.1. Resultados en los informes de seguimiento

En septiembre de 2014, la Comisión de Basilea publicó el último de sus informes<sup>17</sup> relativos al control del cumplimiento de los requisitos normativos. De igual manera, la EBA publicó el 11 de septiembre de 2014 un informe<sup>18</sup> relativo al nivel de cumplimiento, por parte de las entidades de crédito europeas en concreto, de la nueva normativa. En el informe de la EBA, los cambios producidos se observan sobre un conjunto de 151 bancos divididos en dos grupos.

En cuanto a la evolución de las ratios de capital exigidas, las cifras expuestas respecto de la muestra de bancos europeos muestran cómo se ha producido un gran incremento en los porcentajes de capital ordinario de nivel 1, sobre todo para los bancos del primer grupo, que muestra que los grandes bancos han tratado de cumplir con los requisitos de Basilea y la regulación europea incluso antes de su entrada en vigor.

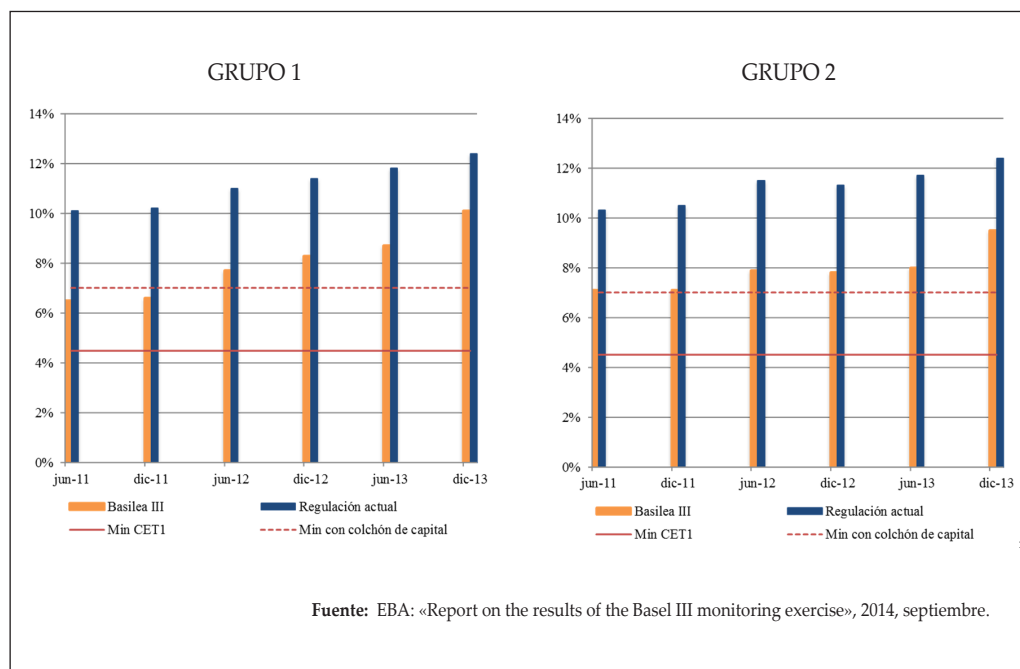
<sup>16</sup> Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria.

<sup>17</sup> BCBS: «Basel III monitoring report». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2014, septiembre.

<sup>18</sup> EBA: «Basel III monitoring exercise», 2014, septiembre.

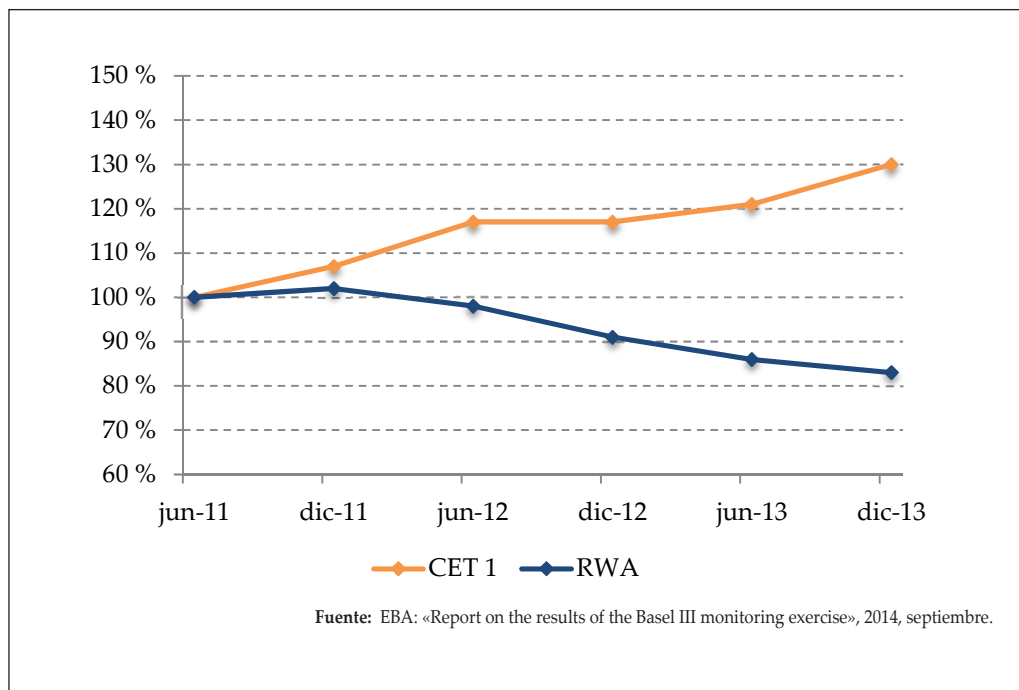
El incremento en los porcentajes de este nivel de capital se puede ver en el **gráfico 3**, donde se representa la evolución para el grupo 1 y para el grupo 2 de las ratios en función de dos escenarios: el primero, con la aplicación de la normativa de Basilea III aunque aún no esté en vigor, y el segundo, con la regulación actual, y donde el requerimiento mínimo es el 4,5% de capital ordinario de nivel 1.

Gráfico 3. Evolución en el tiempo del capital ordinario de nivel 1



Según el informe de la EBA, esta evolución en las ratios de capital se debe, por una parte, al incremento por los bancos del numerador de la ratio, es decir, al aumento del capital ordinario de nivel 1 (CET 1), mediante medidas como aumentos de capital o recortes de dividendos, y por otra parte, se debe a la reducción del denominador, es decir, la reducción de la suma de activos ponderada por riesgo (RWA), a través de la venta de carteras de activos en mora, por ejemplo. En el **gráfico 4** podemos ver la evolución del numerador (CET 1) y el denominador (RWA) desde junio de 2011 hasta diciembre de 2013. La tendencia también es positiva en los estudios realizados por el Comité de Basilea, en los que se puede observar también un crecimiento en el capital ordinario de nivel 1 desde junio de 2011 hasta diciembre de 2013, como podemos ver en las **tablas 1 y 2 del anexo**.

Gráfico 4. Evolución en porcentaje desde junio de 2011 del capital de nivel 1 (CET 1) y de los activos ponderados por riesgo (RWA) para los bancos del grupo 1



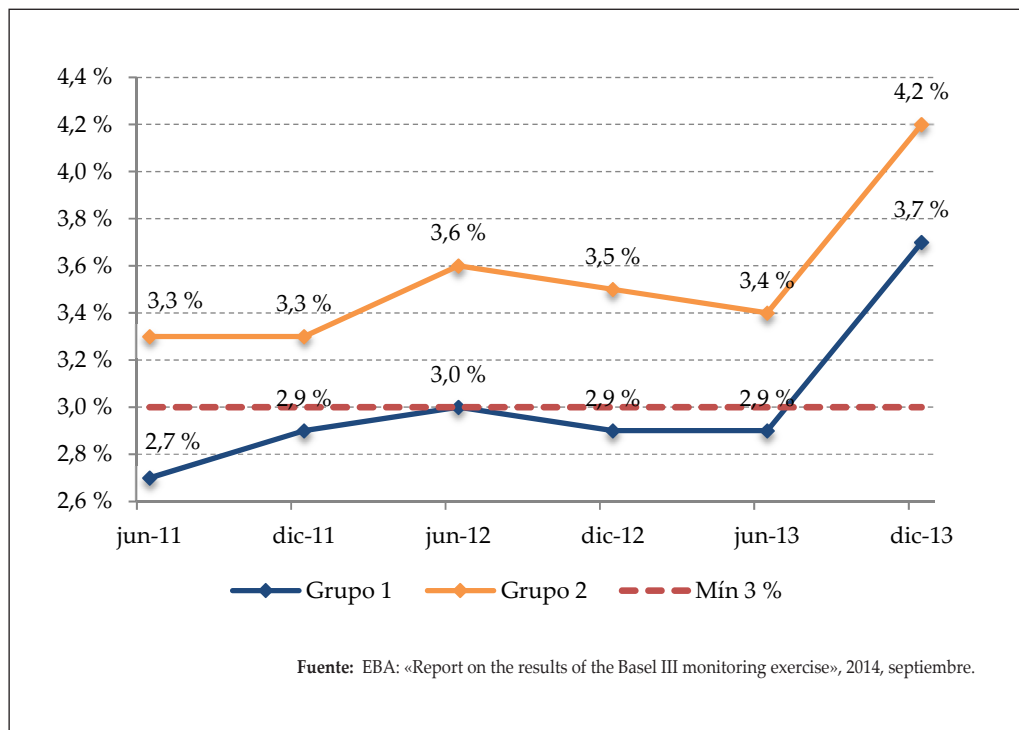
Hay que tener en cuenta que las medidas más exigentes de definición del capital, los nuevos mínimos incrementados, y los cambios respecto de las deducciones que ahora afectan al capital de nivel 1 ordinario, harán que se produzcan grandes caídas en los porcentajes de capital ordinario de los bancos. Por otra parte, al introducir la nueva normativa una mejor identificación de los riesgos, incrementará el denominador de las ratios de capital, lo que hará que estos disminuyan aún más.

En cuanto a la evolución de las entidades de crédito europeas en la ratio de apalancamiento, el informe de la EBA muestra un gran incremento en esta ratio<sup>19</sup> para las entidades estudiadas entre el último informe y el de diciembre de 2013, debido principalmente a las operaciones de desapalancamiento de los bancos europeos y a las medidas para mejorar las ratios de capital, que

<sup>19</sup> Un incremento en la ratio de apalancamiento implica un menor apalancamiento, puesto que esta ratio indica el porcentaje que representa el capital de primer nivel sobre el total de la exposición del banco, por lo que una mayor ratio implica mayor porcentaje de capital de primer nivel y menor apalancamiento.

también han contribuido a reducir el apalancamiento. En el **gráfico 5**<sup>20</sup> podemos ver la evolución de la ratio de apalancamiento para el grupo 1 y el grupo 2 desde junio de 2011, y cómo en el semestre analizado se supera el mínimo establecido inicialmente por el Comité del 3%. En el estudio realizado por el Comité de Basilea, los resultados son similares en tanto que la tendencia de la ratio de apalancamiento es ascendente; sin embargo, no puede observarse un incremento tan drástico en el último semestre de 2013, tal y como podemos ver en la **tabla 4** en el **anexo**.

Gráfico 5. Evolución de la ratio de apalancamiento desde junio de 2011 para los grupos 1 y 2



Por último, de acuerdo con los estudios realizados tanto por la EBA como por el Comité de Basilea, tanto el coeficiente LCR como el coeficiente NSFR incrementan en el último semestre de estudio, puntualizando que la superación del límite del 100% de cobertura es mucho más holgada en el primero de los coeficientes (LCR) para los bancos europeos del grupo 2 que para los del grupo 1, y que en cuanto al segundo de los coeficientes (NSFR), es el primer semestre en

<sup>20</sup> Los datos correspondientes a este gráfico aparecen en la tabla 3 del anexo.

el que los bancos del grupo 1 superan el mínimo del 100%. Por otra parte, los estudios del Comité de Basilea muestran también una cobertura mayor que los relativos a los bancos europeos.

### 3.3.2. Resultados en los «test de estrés» en el ámbito europeo

En octubre de 2014, la EBA publicó los resultados de los test de estrés realizados a la banca europea<sup>21</sup>. El objetivo del test de estrés realizado es comprobar la resistencia de la banca de la UE a un escenario adverso en la economía, para ayudar a los supervisores a evaluar a los bancos y el riesgo sistémico de la UE.

Los resultados de los test de estrés a la banca europea en 2014 fueron evaluados sobre la base de los requerimientos de capital ordinario de nivel 1 establecidos por la regulación europea como medidas transitorias, aplicables al periodo respecto del que se han realizado los test de estrés.

En cuanto a las consecuencias de un escenario adverso sobre los requerimientos de capital, según el estudio realizado, las entidades analizadas, en media, presentaban un punto de partida superior al anterior test de estrés realizado en 2011, lo que se debe a la evolución de las ratios de capital por las medidas adoptadas de recapitalización. Según los análisis, España era uno de los países en los que menos impacto tenía un escenario adverso sobre la ratio de capital ordinario de nivel 1, y en general, la mayoría de los bancos superan el nivel mínimo de capital en un escenario de estrés. Además, los casos en los que hay necesidades de capital para afrontar los escenarios adversos se han reducido debido a las medidas tomadas a partir de 2011 para aumentar el capital y mejorar su calidad. De hecho, en el momento de los test de estrés, los bancos ya habían tomado medidas entre enero y septiembre de 2014 para aumentar el capital o transformar instrumentos híbridos y así reducir las necesidades de capital. Entre los bancos que adoptaron estas medidas no se encontraba ninguna entidad española.

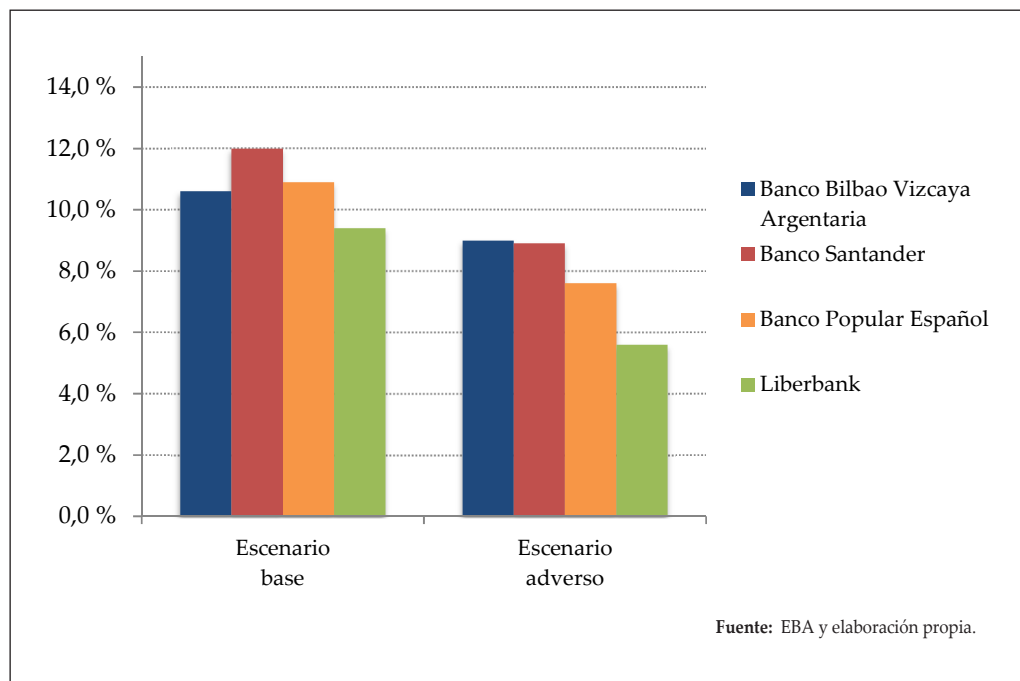
Teniendo en cuenta que los requisitos mínimos de capital establecidos por el reglamento europeo son, para el periodo sometido a examen, un mínimo del 8% de capital ordinario de nivel 1 para una situación base y del 5,5% para una situación adversa, todas las entidades españolas cumplen con estos requerimientos. Deberíamos puntualizar que, entre los bancos españoles, Liberbank es el que obtiene peores resultados para ambos escenarios, a pesar de superar los mínimos, y que el Banco Popular presenta la siguiente ratio más baja para un escenario adverso<sup>22</sup>. En el **gráfico 6**<sup>23</sup> aparecen representadas cuatro entidades bancarias españolas con sus resultados en los test de estrés de octubre de 2014, entre las que se encuentran las dos que se han mencionado.

<sup>21</sup> Estos resultados los podemos encontrar en el informe «Results of 2014 EU-wide stress test», de 26 de octubre de 2014.

<sup>22</sup> Datos sobre la banca española recogidos en la tabla 5 del anexo.

<sup>23</sup> En el «eje x» vemos representados los dos tipos de escenarios para cada entidad y en el «eje y», la ratio (en porcentaje) de capital ordinario de nivel 1.

Gráfico 6. Resultado de cuatro entidades bancarias españolas en los test de estrés en cuanto al requisito de capital ordinario de nivel 1



#### 4. ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS: MEDIDAS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL CAPITAL

Tras haber realizado un análisis del entorno económico que dio lugar a la nueva regulación financiera, y tanto de las medidas propuestas por Basilea como de las adoptadas por la UE, en este apartado procederemos a realizar un análisis de las actuaciones que han llevado a cabo dos bancos españoles, en concreto, el BBVA y el Banco Popular, para conseguir mejorar sus ratios incluso antes de la entrada en vigor de los requerimientos de capital establecidos por el Comité de Basilea y la UE, debido a la presión de los mercados.

Las medidas adoptadas por estas entidades bancarias se pueden clasificar en dos grupos: uno sería el compuesto por las medidas destinadas a aumentar el capital ordinario de primer nivel, y el segundo, el relativo a las medidas que buscan reducir los activos ponderados por riesgo, es decir, a reducir el denominador de la ratio. Dentro del primer grupo de medidas podemos encontrar el recorte de dividendos o la implantación del «dividendo opción», ampliaciones de capital, y desinversiones en negocios con el objetivo de generar plusvalías. Dentro del segundo grupo de medidas se encuentran las ventas de carteras de activos arriesgados, dirigidas a reducir el volumen de activos ponderados por riesgo.

## 4.1. MEDIDAS ADOPTADAS POR EL BBVA

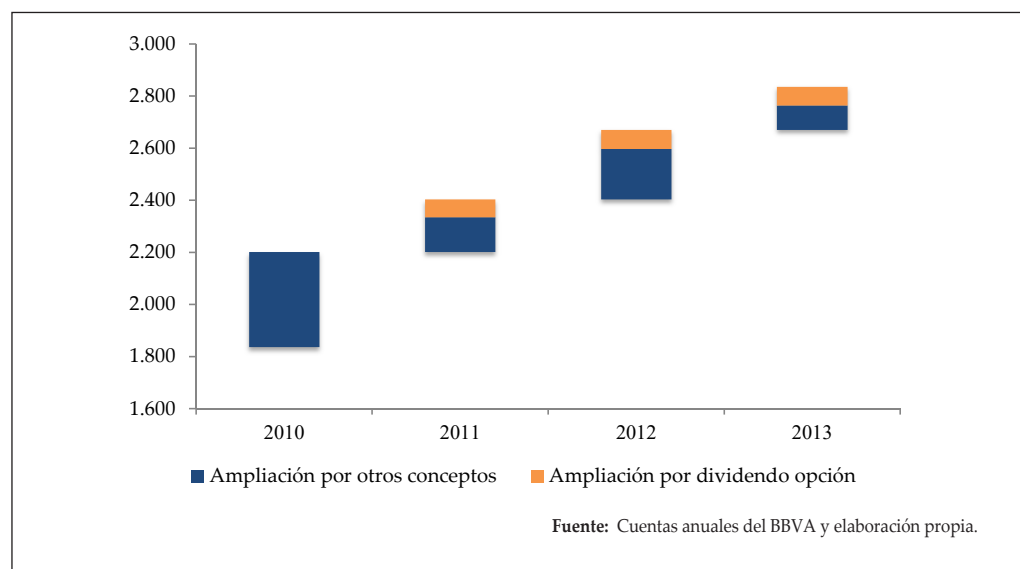
Entre las medidas adoptadas por el BBVA para el fortalecimiento del capital vamos a analizar la implantación de un «dividendo opción» como forma de retribución a los accionistas.

### 4.1.1. Ampliaciones de capital e implantación del «dividendo opción»

Las operaciones de ampliación de capital en BBVA comenzaron en el año 2009, en el que se acordó, por una parte, un aumento de capital, y por otra, la emisión de bonos convertibles. En marzo de 2009, la Junta General de la entidad acuerda la delegación en el Consejo de Administración la facultad de acordar un aumento de capital, así como de emitir valores convertibles, emisión que se lleva a cabo ese mismo año. Este mismo año también se acuerda la implantación de un dividendo opción con la consecuente ampliación de capital.

Durante los años siguientes, la entidad realiza ampliaciones de capital como consecuencia de la conversión de los bonos emitidos por acuerdo del Consejo de Administración en acciones ordinarias, así como por aplicación del método del «dividendo opción» o *scrip dividend*, que acuerda el órgano de administración en 2010 y que continúa en los años sucesivos. En el **gráfico 7**<sup>24</sup> podemos observar los aumentos de capital que se han producido a partir del año 2010 y su procedencia.

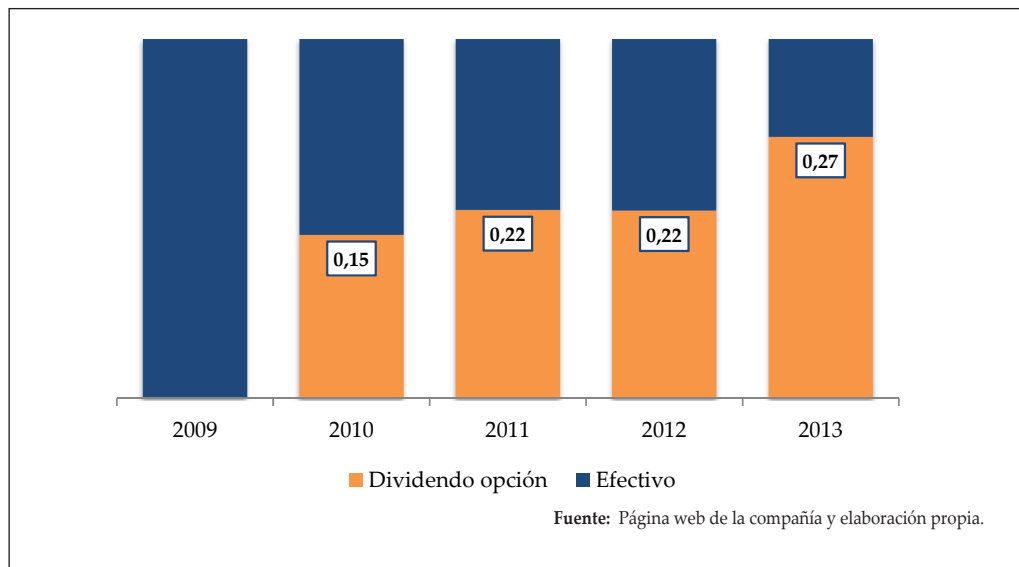
Gráfico 7. Aumentos de capital (en millones de euros) desde 2010 hasta 2013, en función de la procedencia de los nuevos fondos



<sup>24</sup> En el «eje y» aparece representada la cifra de capital en millones de euros.

El órgano de administración de la entidad propuso a la Junta General de Accionistas a partir del ejercicio de 2010 la implantación de una nueva forma de remuneración, consistente en un «dividendo opción». Esta forma de dividendo consiste en conceder a los accionistas la posibilidad de elegir entre formas alternativas para su remuneración, como son la entrega de nuevas acciones emitidas mediante una ampliación de capital liberada, es decir, con cargo a reservas, o la entrega de dinero en metálico para el pago del dividendo. Así, el accionista puede elegir entre recibir acciones en pago de dividendos o recibir dinero en efectivo, pero en cualquier caso va a recibir bienes por la misma cantidad. 2011 fue el primer año en el que se llevó a cabo el reparto de dividendos a través del dividendo opción, respecto de los dividendos procedentes del ejercicio 2010. En el ejercicio de 2009, el dividendo fue pagado en efectivo. La cifra de dividendos se mantuvo durante los años 2010 y 2011; sin embargo, en el ejercicio de 2010 se repartieron 0,15 euros por acción como parte del sistema de «dividendo opción», y en 2011 este tipo de dividendo ascendió a 0,22 euros por acción, al igual que en 2012. Para el ejercicio 2013 no solo es mayor la cantidad que se reparte en forma de «dividendo opción», sino también su proporción respecto de la cantidad en efectivo<sup>25</sup>. Este tipo de dividendo se presenta, tal y como su nombre indica, como una opción para los accionistas, sin embargo, en general, más del 80% de los accionistas han aceptado en los últimos años el pago a través de la ampliación de capital. En el **gráfico 8** se muestra la evolución del «dividendo opción» desde 2009 hasta 2013.

Gráfico 8. Evolución del «dividendo opción» del BBVA respecto del dividendo en efectivo entre los ejercicios 2009 y 2013 (en euros por acción)



<sup>25</sup> Datos disponibles en <http://accionistaseinversores.bbva.com/TLBB/tlbb/bbvair/esp/share/dividends/index.jsp> [consulta: 18 de febrero de 2015].

El efecto que tiene esta forma de dividendo es que anualmente se realiza una ampliación de capital mediante acciones ordinarias emitidas por el banco con cargo a reservas. Este tipo de acciones forman parte de los elementos del capital ordinario de nivel 1 y, por tanto, incrementan el valor del numerador de la ratio de capital CET 1 (*Tier 1-Common Equity*).

Además de las operaciones mencionadas, en 2014 el banco realizó otros movimientos que han favorecido el fortalecimiento de la solvencia y el crecimiento del capital de mejor calidad. Según la propia entidad, en sus informes trimestrales, las operaciones que han mejorado las ratios de capital del último año han sido algunas como la de ampliación de capital para hacer frente al «dividendo opción» que sigue aplicándose, o la ampliación de capital por un importe de 152 millones de euros para la colocación privada acelerada a inversores cualificados realizada en noviembre de 2014.

Por último, en 2014 se firmó un acuerdo de venta de un alto porcentaje de la participación del BBVA en Citic International Financial Holdings Ltd., lo que, según la entidad, tendrá efectos positivos sobre la ratio de capital de nivel 1, algo que es de esperar debido a que dicha operación no tiene otro objetivo que generar plusvalías, que se estiman en 400 millones de euros, según la comunicación realizada por la entidad a la CNMV en enero de 2015, y que puede tener un impacto en el CET 1 (capital ordinario de nivel 1, de acuerdo con la total implantación de las normas de Basilea III) de 20 puntos básicos, lo que equivaldría a la generación de 800 millones de capital de primer nivel.

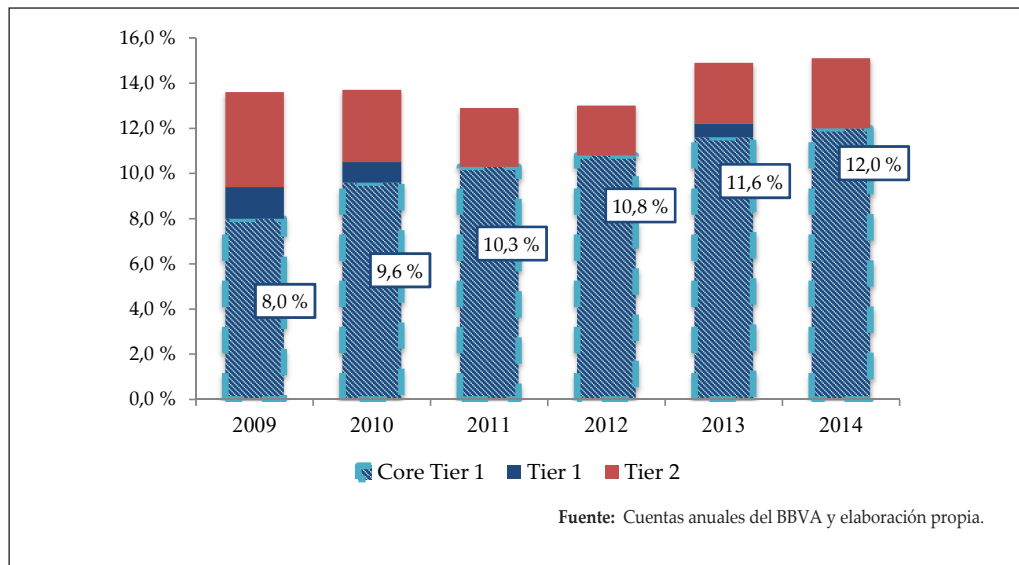
#### 4.1.2. Evolución de las ratios de capital

Todas estas operaciones descritas de ampliación de capital, emisión de bonos convertibles con la consecuente ampliación de capital, o la creación del dividendo opción son estrategias destinadas al incremento del capital de primer nivel, para así fortalecer la solvencia del banco, y para poder hacer frente a los requerimientos que desde 2010 han surgido de la normativa de Basilea III y su traslado mediante la normativa europea y española.

Para comprobar los efectos que han tenido los cambios llevados a cabo en cuanto al aumento de la cantidad y calidad del capital, podemos estudiar la evolución de las ratios de capital. En este caso, dado que la nueva definición de estas ratios por Basilea III todavía no ha sido del todo implantada, sí podemos observar, en función de las cuentas anuales de la entidad, la evolución en las ratios calculadas de acuerdo con Basilea II. Para ello, atenderemos a las medidas del *Tier 1* (nivel 1), *Tier 2* (nivel 2) y *CT 1-Core Tier 1* (ordinario de nivel 1). Debemos tener en cuenta que la definición de cada uno de los tres niveles es en parte diferente a la nueva definición, que se presenta de forma más exigente, lo que nos va a llevar a obtener cifras mayores que las que obtendríamos por aplicación de la definición de los niveles de capital actual, pero nos va a servir para comprobar el aumento para cada tipo de capital. En el **gráfico 9**<sup>26</sup> podemos observar la tendencia creciente del *Core Capital* en relación con los distintos niveles de capital calculados de acuerdo con las normas de Basilea II desde 2009 hasta el último semestre de 2014.

<sup>26</sup> En el «eje y» aparecen representadas las ratios (en porcentaje) de capital para cada uno de los niveles de capital.

Gráfico 9. Evolución de los distintos niveles de capital desde 2009, de acuerdo con las definiciones de Basilea II



Del gráfico 9 podemos concluir que el mayor incremento de la ratio *Core Tier 1* se produce entre los años 2009 y 2010, que pasa de una ratio del 8 al 9,6% (en términos de Basilea II), es decir, aumenta 1,6 puntos porcentuales en un año, lo que representa un incremento del 20%. Este incremento se debe a que es en 2010 cuando se introducen medidas para mejorar la solvencia y las ratios de capital, entre ellas, una ampliación de capital. Los efectos del reparto del «dividendo opcional», que comienza a repartirse en el año 2011, se observan en el crecimiento de los años sucesivos. El segundo mayor incremento que podemos observar en cuanto a la ratio *Core Tier 1* se da entre los años 2012 y 2013, en el que aumenta de un 10,8% a un 11,6% (en términos de Basilea II), es decir, 0,8 puntos porcentuales, que podríamos atribuir a la ampliación de capital superior a las anteriores como consecuencia de un mayor reparto en forma de «dividendo opcional», ya que, como podemos observar en el gráfico 8, en 2013 este aumenta de 0,22 euros por acción a 0,27 euros por acción.

### 4.1.3. Síntesis

La principal forma de afrontar los nuevos requerimientos normativos por parte del BBVA ha sido el fortalecimiento del capital mediante las sucesivas ampliaciones de capital a partir del año 2010. Estas ampliaciones se han llevado a cabo a través de la emisión y conversión de bonos y obligaciones, así como por la instauración de un «dividendo opción» como forma de remuneración a los accionistas en sustitución del dividendo en efectivo. Además de estas medidas, el BBVA ha adoptado otras destinadas a la generación de plusvalías para el fortalecimiento del capital, como la venta de su participación en Citic International Financial Holdings Ltd.

Existe una cierta correlación entre estas ampliaciones de capital y la mejora de las ratios de capital del banco. Así, las mayores subidas en las ratios de capital se producen en el año 2010, que coincide con la realización de una gran ampliación de capital, y el año 2013, en el que se aumenta significativamente la proporción del «dividendo opción» respecto del dividendo en efectivo. Así, podemos concluir que la nueva regulación bancaria de Basilea y su traslación europea han provocado una recapitalización de esta entidad, a través de recortes en la remuneración en efectivo a sus accionistas, y la venta de participaciones en negocios no estratégicos, que han dado lugar a una mayor calidad y cantidad de capital.

#### 4.2. MEDIDAS ADOPTADAS POR EL BANCO POPULAR

En lo que al Banco Popular respecta, podemos citar diferentes medidas adoptadas por la entidad. Entre estas operaciones analizaremos las más relevantes, entre las que se encuentran las sucesivas ampliaciones de capital, la venta de activos en mora o la desinversión en negocios. El Banco Popular vio necesaria una renovación con el objetivo de capitalización y refuerzo de la solvencia, que le llevó a finales de 2012 a publicar un nuevo Plan de Negocio 2012-2014 para reforzar la solvencia y sanear su balance.

En el mes de junio del año 2009, la Junta General de Accionistas del Banco Popular acordó una delegación al órgano de administración para realizar ampliaciones de capital.

En el mismo año 2009 se realizó una ampliación de capital de más de 9 millones de euros, parte para mejorar la solvencia, y otra parte, para realizar la fusión con el Banco de Andalucía. El año siguiente, de nuevo se realizan dos ampliaciones de capital por un importe total de algo más de 4 millones de euros, una de ellas, como consecuencia de la conversión de obligaciones convertibles, y otra, para permitir la entrada de Crédit Mutuel en el accionariado.

Posteriormente, en el ejercicio de 2011 el Banco Popular introduce una nueva forma de remuneración a los accionistas, igual que la de BBVA, a través de la fórmula del «dividendo opción». Este es el motivo, junto con una conversión de bonos, de las tres ampliaciones de capital que tienen lugar ese año, por un valor total de más de 2 millones de euros.

El 1 de octubre de 2012, el Banco Popular publica una renovación de su Plan de Negocio 2012-2014, que conllevará un saneamiento del banco para aumentar su rentabilidad. En esta publicación, la entidad muestra su intención de sanear el banco a través de una recapitalización que implicará un aumento de capital y el establecimiento de un control especial destinado a los activos inmobiliarios, entre otros. Fruto de este nuevo plan de negocio, nace una ampliación de capital histórica en el último trimestre de 2012, de 2.500 millones de euros brutos, lo que supone, junto con el canje de obligaciones y el pago del «dividendo opción»<sup>27</sup>, un aumento del nominal de 700 millones de euros aproxima-

<sup>27</sup> En 2012, debido a los requisitos de capitalización, la entidad bancaria suspende el pago de dividendos a cuenta del ejercicio 2012, de manera que los dividendos satisfechos en 2012 a través de la fórmula del dividendo opción corresponden a los devengados en el ejercicio 2011.

damente. Esta gran ampliación de capital es la principal causa del aumento del nivel de *Core Capital* del 7,38% en 2011 a 10,06% en 2012, y a la vez, del fortalecimiento de la solvencia de la entidad.

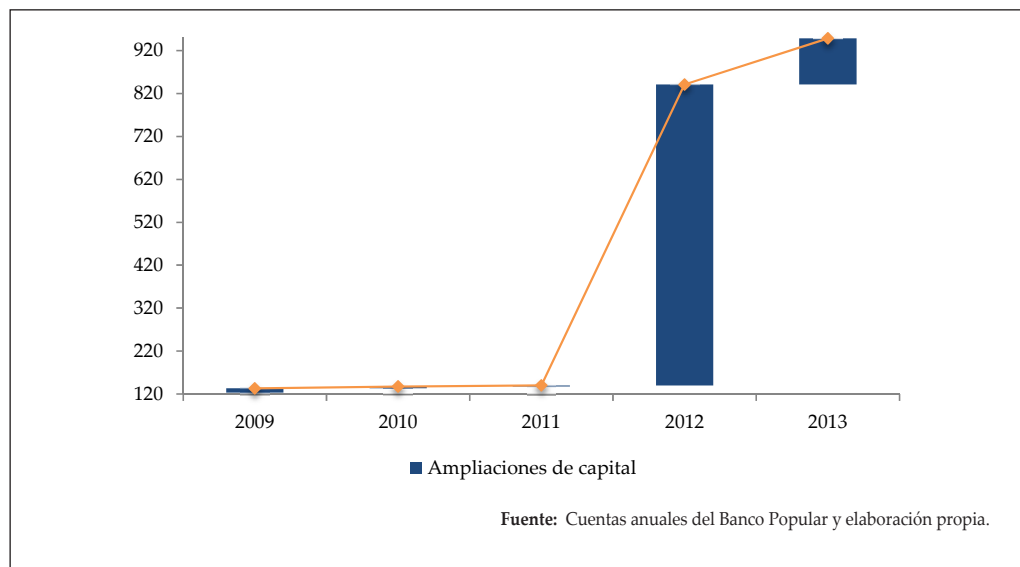
Con el objetivo de cubrir las necesidades de capitalización que aparecen en 2012, y como consecuencia de la realización del saneamiento de más de 9.000 millones de euros, la entidad bancaria suspende el reparto de dividendos a sus accionistas para este ejercicio. Se trata de una forma de retener fondos en la compañía como forma de recapitalización, reduciendo el reparto de beneficios. Esta medida es una de las formas propuestas por la normativa de Basilea III como medio para el cumplimiento con los requerimientos mínimos de capital.

En el año 2013 el banco realiza varias ampliaciones de capital, como consecuencia del canje de obligaciones convertibles, y pago de «dividendos opción», y restaura la remuneración a los accionistas que fue suspendida en 2012.

En el **gráfico 10** podemos observar las diferentes ampliaciones de capital que se han realizado por el Banco Popular desde 2009 hasta 2013 y la tendencia de crecimiento. A diferencia de lo que ocurrió con el BBVA, en el que los aumentos de capital han sido progresivos y bastante similares en cuanto a cuantía y origen a partir de 2011, en el caso del Banco Popular podemos ver como hay muchas diferencias entre unos años y otros, y como, en lugar de hacer aumentos progresivos, es en 2012 cuando se realiza la gran ampliación de capital antes descrita.

Todas estas ampliaciones de capital, y en concreto la realizada en el periodo de 2012, buscan contribuir a la recapitalización y fortalecimiento de la entidad, con el objetivo de afrontar futuras situaciones adversas y cumplir con la normativa impuesta por Basilea y las instituciones europeas.

Gráfico 10. Ampliaciones de capital (en millones de euros) en el Banco Popular entre 2009 y 2013



No obstante, el proceso de recapitalización y de cambio del plan de negocio que se inicia en 2012 no surge de forma espontánea, sino que viene en parte debido al estudio realizado por la consultora Oliver Wyman, que había detectado un déficit de capital de más de 3.000 millones de euros<sup>28</sup>.

#### 4.2.1. Venta de la cartera de fallidos

El 13 de diciembre de 2012, el Banco Popular comunica a la CNMV, como hecho relevante<sup>29</sup>, la venta de una cartera de préstamos fallidos sin garantía, por 1.143 millones de euros, a Lindorff y fondos asesorados por AnaCap. Esta operación forma parte de la renovación del Plan de Negocio 2012-2014 realizada por el Banco Popular con el objetivo de la recapitalización y refuerzo de la solvencia de la entidad, que implicaban también saneamientos por más de 9.000 millones de euros y obtención de plusvalías.

Esta operación es un ejemplo de las operaciones llevadas a cabo por diferentes entidades de crédito en los últimos años, como podemos observar en las comunicaciones realizadas a la CNMV. Como ejemplo podemos citar Liberbank, que llevó a cabo, en 2013 y 2014, dos operaciones de venta de carteras de fallidos, una, a Cerberus Capital Management, y otra, a Savia Asset Management y Perry Capital, por un valor conjunto de más de 1.100 millones de euros. Otros ejemplos serían: Catalunya Caixa, que cerró un acuerdo de venta de tres carteras de créditos fallidos por un importe total de 1.480 millones de euros en abril de 2014, o la venta por Bankia, en agosto de 2013, de tres carteras de préstamos fallidos por un importe total superior a 1.300 millones de euros.

El motivo por el que este tipo de activos son atractivos para los fondos que los adquieren es que, al tratarse de créditos que los bancos han dado por perdidos y con altos niveles de provisiones, los compradores pueden obtenerlos a muy bajo precio, y luego recuperar su inversión cuando consiguen cobrar parte de los créditos.

En cuanto a los motivos que han llevado a todos estos bancos a la venta de este tipo de activos, el principal es la reducción los activos ponderados por riesgo. Con la reducción de los activos ponderados por riesgo la entidad contribuirá a aumentar sus ratios de capital, en las que el denominador es la suma de los activos ponderados por riesgo del banco. Al reducir los activos ponderados por riesgo, los ratios de capital, tanto de nivel 1 o 2 como de capital total, mejorarán, lo que contribuirá al cumplimiento con los requerimientos de capital establecidos por la normativa estudiada.

<sup>28</sup> Oliver Wyman: «Bank of Spain stress testing exercise», 2012, junio.

<sup>29</sup> Disponible en <http://www.cnmv.es/Portal/HR/ResultadoBusquedaHR.aspx?division=3&nif=A-28000727&desde=10/12/2012&hasta=15/12/2012> [consulta: 20 de febrero de 2015].

Además, hay que tener en cuenta que otra de las razones por la que las entidades de crédito venden este tipo de activos, como son las carteras de fallidos, es que con ello generan plusvalías muy altas porque, al ser créditos que previsiblemente no iban a ser cobrados, suelen estar cubiertos casi en su totalidad. Estas plusvalías también contribuyen a reforzar la solvencia de la entidad mediante su retención en la sociedad como capital.

#### 4.2.2. Desinversión en negocios para aumentar las plusvalías

La generación de plusvalías a través de la desinversión en negocios ha sido una de las medidas más adoptadas por las entidades de crédito españolas y europeas. Con la venta de activos, que en teoría son no estratégicos, las entidades consiguen generar plusvalías sin reducir sus expectativas de rentabilidad operativa, y así fortalecer las ratios de capital en periodos relativamente cortos de tiempo.

En enero de 2013, el Banco Popular vendió su negocio de recuperación de deuda al grupo EOS, especializado en recobro. En esta operación, el grupo generó 133 millones de euros de plusvalías, según el informe financiero correspondiente al ejercicio 2013. Por otra parte, en marzo de 2013, el grupo vendió a Crédit Mutuel, por 60 millones de euros, el 50 % y el control del negocio de cajeros automáticos del grupo Banco Popular, venta que también generó plusvalías. En este mismo año, el grupo realizó otras operaciones de venta de negocios como la venta del negocio de vida-riesgo y pensiones de Pastor Vida (entidad participada al 100 % por Banco Popular) a Allianz, o del negocio de vida-riesgo, gestionado por Eurovida BNC, a Scor.

También habría que destacarse la venta, por parte del grupo del negocio de gestión inmobiliaria, en diciembre de 2013, a Aliseda. Esta operación generó, según la memoria de la compañía para el ejercicio 2013, unas plusvalías de 710 millones de euros, y según la propia entidad, entre los motivos que llevaron a realizar esta operación se encontraba la voluntad de centrar la actividad del banco en su negocio habitual y la mejora de la solvencia.

En 2014 también se llevaron a cabo ventas de negocios por esta entidad, en concreto, a finales de abril de 2014 se comunicó a la CNMV el acuerdo para la venta del negocio de depositaría y custodia de fondos de inversión, planes de pensiones, SICAV<sup>30</sup> y EPSV<sup>31</sup> del Banco Popular a BNP Paribas. Por otra parte, el Banco Popular comunicó a finales de 2014 a la CNMV el acuerdo por el que transmitía a Värde Partners el 51 % de la participación en su negocio de emisión de tarjetas, Bancopopular-e, SA, operación con la que se obtuvo, según la propia entidad, una plusvalía de más de 400 millones de euros. Esta última operación se realiza tras la adquisición por el propio Bancopopular-e, SA del negocio minorista y de tarjetas de Citibank España, SA, de manera que al vender un porcentaje mayoritario de su negocio, también transmitió la parte correspondiente al negocio de Citibank España.

<sup>30</sup> Sociedades de inversión de capital variable.

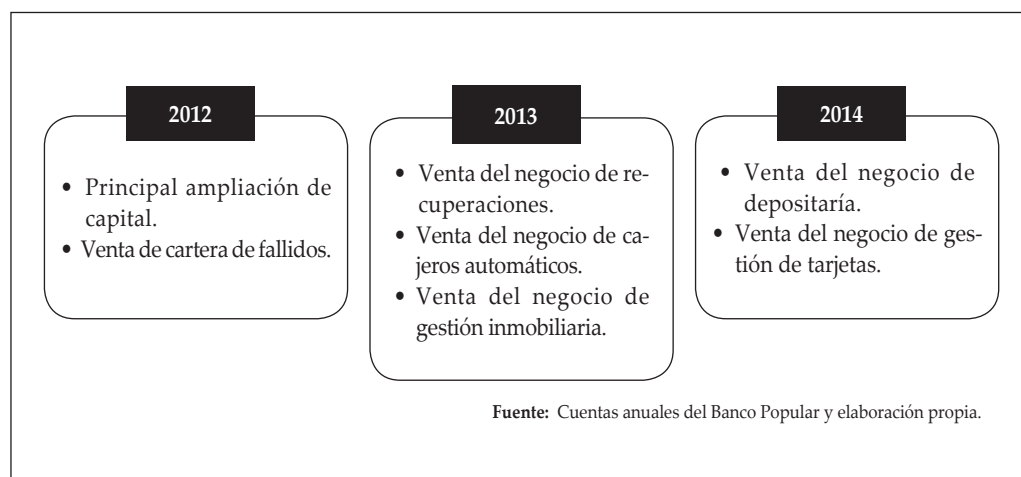
<sup>31</sup> Entidades de previsión social voluntaria.

El hecho de que el Banco Popular se haya desprendido de su participación en todos estos negocios ha dado lugar a plusvalías que han incrementado el resultado de su ejercicio y, posteriormente, los fondos que se retienen por la entidad, de manera que mejoran la cifra de capital de primer nivel y, a su vez, las ratios de capital exigidas por la normativa bancaria.

### 4.2.3. Evolución de las ratios de capital

Para poder analizar la efectividad de las medidas adoptadas es importante tener en cuenta qué medidas son adoptadas en cada periodo de tiempo para poder comprobar su incidencia sobre los cambios de un año a otro de los niveles de capital. No obstante, debemos tener en cuenta que las medidas descritas en los apartados anteriores son solamente una parte de la actuación del banco durante el periodo correspondiente, de manera que parte de los cambios en sus niveles de capital pueden deberse a otros factores que no sean los aquí analizados. En el **gráfico 11** podemos observar un eje temporal con las medidas principales adoptadas por el Banco Popular.

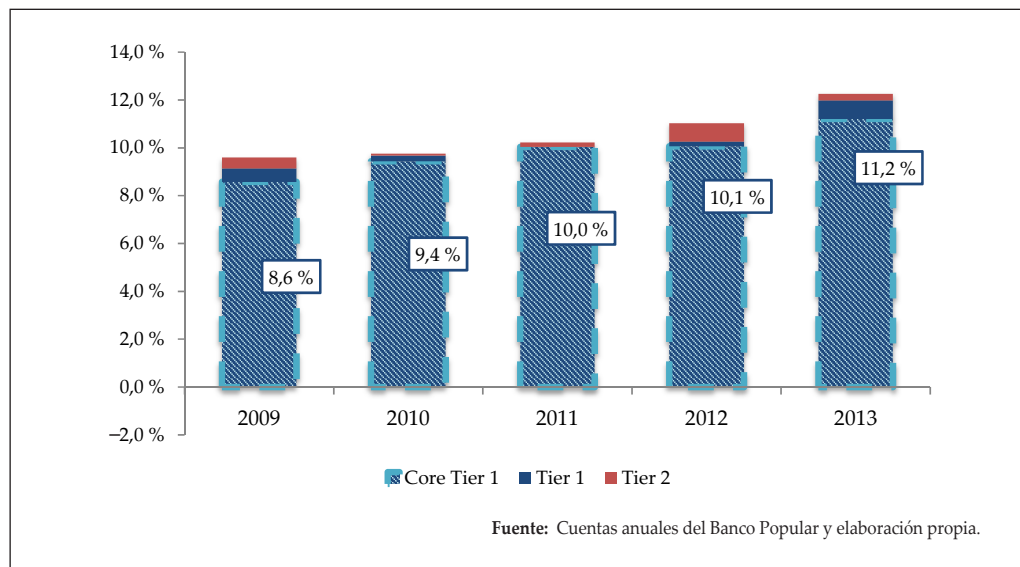
Gráfico 11. Cronograma de las operaciones destinadas a reforzar la solvencia realizadas por el Banco Popular entre 2012 y 2014



Por otra parte, en el **gráfico 12** podemos observar la tendencia creciente del *Core Capital* en relación con los distintos niveles de capital calculados de acuerdo con las normas de Basilea II desde 2009 hasta el último semestre de 2014 para el Banco Popular. En el gráfico podemos observar como el gran aumento de capital que se produce en 2012 no se ve correlacionado con un aumento en la ratio de capital de igual magnitud. Sin embargo, esto no quiere decir que el aumento de capital no haya contribuido a aumentar la solvencia, sino que se produjo como una respuesta del Banco Popular a una situación de descapitalización, que hacía necesaria una reacción de signo contrario.

Esta situación adversa, que dio lugar en la entidad a realizar un aumento de capital como el de 2012, fue causada por la adquisición del Banco Pastor y por la situación española antes descrita, por la que se publican dos reales decretos-ley en España para el saneamiento del sistema bancario, que dan lugar a un gran provisionamiento por parte de las entidades, que causa pérdidas y reduce el capital de primer nivel.

Gráfico 12. Evolución de los distintos niveles de capital, desde 2009, de acuerdo con las definiciones de Basilea II



#### 4.2.4. Síntesis

En el caso del Banco Popular, las actuaciones de adaptación a los nuevos requerimientos han sido bastante heterogéneas. El banco realiza pequeñas ampliaciones de capital a partir de 2010 como consecuencia de conversión de bonos y obligaciones y de la implantación de un «dividendo opción» similar al del BBVA; sin embargo, la reforma más destacable se produce en 2012 con la gran ampliación de capital que surge como consecuencia del nuevo Plan de Negocio 2012-2014. En el año 2012, la entidad sufre unas especiales circunstancias derivadas de las restricciones impuestas por la normativa española a través de los reales decretos-ley publicados, que le obligan a provisionar grandes cantidades y que causaron pérdidas de más de 2.000 millones de euros ese año. Para hacer frente a estas medidas regulatorias, y como forma de fortalecimiento del capital, se realiza la gran ampliación de capital de 2012. Además, en 2012 se adoptan otras medidas como el recorte de los dividendos a los accionistas, también para hacer frente a estas nuevas circunstancias y las necesidades de recapitalización. Realiza también otras operaciones dirigidas a obtener

plusvalías como la venta de participaciones de determinados negocios como el de recuperaciones, el de cajeros automáticos, el de depositaria o el de gestión inmobiliaria, y otras operaciones dirigidas a reducir el riesgo de su balance, como la venta de su cartera de fallidos a dos fondos.

La tendencia en las ratios de la capital de la entidad siempre ha sido creciente, a pesar de la especial coyuntura de 2012, gracias a las actuaciones de recapitalización llevadas a cabo. Podemos concluir, por tanto, que la nueva regulación bancaria de Basilea y su traslación europea y española han provocado la adopción de medidas de recapitalización de la entidad y, además, la homogeneización de su actividad como consecuencia de la salida de ciertos negocios no estratégicos con la venta de sus participaciones.

## 5. CONCLUSIONES Y PREVISIONES DE FUTURO

El sector financiero tiene una amplia responsabilidad en lo relativo al avance de la economía, y ello queda demostrado por la incidencia que tuvieron las interrelaciones entre los diferentes agentes económicos y bancarios en el origen de la crisis.

El problema se plantea cuando, a través de las crisis históricas, observamos que existen deficiencias en el funcionamiento de este sector que pueden ocasionar cambios en la economía general como consecuencia de la gran influencia que tiene. Ejemplos de estas deficiencias se muestran con el excesivo apalancamiento de las entidades financieras, o la insuficiencia de las medidas de control y definición del riesgo, lo que lleva a estas entidades a asumir riesgos por encima de sus posibilidades y sin tener en cuenta las consecuencias de estas posiciones arriesgadas tanto para el sector financiero como para la economía general. Además, la insuficiente cantidad y calidad de los activos que componían los patrimonios bancarios hicieron difícil hacer frente a la materialización de estos riesgos en tiempos adversos. Como consecuencia de todos estos déficits, apareció la crisis financiera y como reacción a esta crisis se llevaron a cabo una serie de medidas con el objetivo de cubrir todos los déficits observados.

Las propuestas regulatorias del Comité bancario de Basilea surgen como una forma de remediar los problemas detectados como orígenes de la crisis, por ello, introducen mayores requerimientos de cantidad y calidad de capital, una nueva ratio de apalancamiento, que asegure que una mínima parte de la actividad del sector financiero se financia con sus propios medios, así como medidas de mayor definición y control de los riesgos o que aseguren un mínimo grado de liquidez para hacer frente a situaciones de estrés a corto o largo plazo. Además, una vez detectada la interdependencia entre el sector financiero y la economía en general, se introduce la medida del colchón de capital anticíclico para evitar influencias negativas del entorno económico en el financiero, según el grado de riesgo sistémico existente en el entorno en el que opera la entidad financiera en concreto. Con todas estas medidas se busca evitar que futuras crisis ocurran, o que, si ocurren, no tengan los efectos perniciosos de la última.

La normativa bancaria no ha sido implantada por completo, sino que sigue un calendario de implantación progresiva. Además, hay que tener en cuenta que las normas de Basilea no tienen

fuerza normativa por sí mismas, y ha sido necesario, en el caso de la UE, su traslado a fuentes normativas propias, como han sido una directiva y un reglamento, así como a fuentes nacionales, como los reales decretos-ley en el caso de España. A pesar de su incompleta implantación, los estudios realizados por la EBA y el Comité de Basilea muestran como las entidades bancarias de los países europeos han llevado a cabo medidas para cubrir los requerimientos incluso antes de que los mismos sean exigibles.

Podemos observar como las medidas que la banca española en concreto ha utilizado para hacer frente a los nuevos requerimientos han sido efectivas. Por una parte, se han llevado a cabo fórmulas tendentes a una mejora de la calidad y cantidad de capital, como ampliaciones de capital, recorte de dividendos, nuevas fórmulas de retribución a los accionistas, conversión de bonos y obligaciones o generación de plusvalías mediante la desinversión en negocios no estratégicos para incrementar los recursos retenidos por el banco.

Además, también se han implementado medidas con el objetivo reducir el total de activos ponderados por riesgo y mejorar los ratios de capital. En los ejemplos estudiados hemos podido comprobar una fuerte correlación entre las medidas adoptadas y la mejora en los ratios de capital, teniendo en cuenta la influencia de otros factores externos como la incidencia de la normativa española.

En consecuencia, afirmamos que, hasta ahora, la normativa propuesta por el Comité de Basilea y adaptada por la Comisión Europea y el legislador español ha provocado reacciones positivas en los bancos, que les han llevado a adoptar medidas dirigidas a reforzar su solvencia. Sin embargo, queda por descubrir si estas medidas realmente tienen efectos positivos desde el punto de vista macroeconómico, ya que sus consecuencias no eran claras en el momento de publicación, y tampoco ahora, cuando todavía no se ha llegado a una implementación absoluta de la normativa. Lo que está claro, no obstante, es que las intenciones son buenas, y que las actualizaciones constantes de los requerimientos en los últimos años para adaptarlos a la realidad de estas entidades y de la economía parecen cubrir las necesidades de un adecuado control del sector financiero.

Podemos concluir que queda mucho trabajo por hacer para conseguir una estructura óptima del sistema financiero, y en este proceso de adaptación normativa es importante que tanto las entidades como los organismos reguladores entiendan el papel del sector financiero como proveedor de fondos de la economía general y la influencia de la situación económica general en el sector financiero, lo que hace que para que ambos puedan cumplir con sus fines sea necesaria una normativa que asegure que el sector financiero es solvente, rentable, y gestionado según criterios de rentabilidad ajustada por riesgo.

## ANEXO

Tabla 1. Evolución de los porcentajes de capital ordinario (CET 1), de nivel 1 (Tier 1) y total, desde junio de 2011, de acuerdo con la regulación actual

	Grupo 1			G-SIBs			Grupo 2		
	CET 1	Tier 1	Total	CET 1	Tier 1	Total	CET 1	Tier 1	Total
Jun. 11	10,2 %	11,5 %	14,1 %	9,5 %	11,2 %	13,8 %	10,4 %	11,1 %	14,7 %
Dic. 11	10,4 %	11,6 %	14,1 %	9,8 %	11,4 %	13,9 %	10,4 %	11,0 %	14,5 %
Jun. 12	10,9 %	12,0 %	14,5 %	10,5 %	12,0 %	14,3 %	10,9 %	11,3 %	14,7 %
Dic. 12	11,4 %	12,5 %	15,1 %	11,1 %	12,6 %	15,0 %	10,3 %	10,8 %	14,2 %
Jun. 13	11,0 %	12,0 %	14,6 %	11,0 %	12,2 %	14,7 %	10,8 %	11,2 %	14,5 %
Dic. 13	11,4 %	12,4 %	15,0 %	11,6 %	12,8 %	15,3 %	11,1 %	11,5 %	14,8 %

Fuente: BCBS: «Basel III monitoring report». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2014, septiembre.

Tabla 2. Evolución de los porcentajes de capital ordinario (CET 1), de nivel 1 (Tier 1) y total, desde junio de 2011, con una total aplicación de Basilea III

	Grupo 1			G-SIBs			Grupo 2		
	CET 1	Tier 1	Total	CET 1	Tier 1	Total	CET 1	Tier 1	Total
Jun. 11	7,1 %	7,4 %	8,6 %	6,4 %	6,7 %	8,0 %	8,7 %	9,0 %	11,1 %
Dic. 11	7,7 %	8,0 %	9,2 %	7,0 %	7,3 %	8,6 %	8,7 %	9,1 %	11,0 %
Jun. 12	8,6 %	8,8 %	9,9 %	7,9 %	8,3 %	9,5 %	9,0 %	9,5 %	11,3 %
Dic. 12	9,2 %	9,5 %	10,6 %	8,6 %	8,9 %	10,2 %	8,7 %	9,1 %	11,1 %
Jun. 13	9,5 %	9,8 %	11,1 %	9,1 %	9,4 %	10,9 %	9,1 %	9,5 %	11,3 %
Dic. 13	10,2 %	10,5 %	11,9 %	10,0 %	10,4 %	11,8 %	10,0 %	10,5 %	12,3 %

Fuente: BCBS: «Basel III monitoring report». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2014, septiembre.

Tabla 3. Evolución de los porcentajes de la ratio de apalancamiento, desde junio de 2011, para los bancos europeos según la EBA

Evolución ratios apalancamiento	Jun. 11	Dic. 11	Jun. 12	Dic. 12	Jun. 13	Dic. 13
Grupo 1	2,7 %	2,9 %	3,0 %	2,9 %	2,9 %	3,7 %
Grupo 2	3,3 %	3,3 %	3,6 %	3,5 %	3,4 %	4,2 %
Mín. 3 %	3 %	3 %	3 %	3 %	3 %	3 %

Fuente: Datos de la EBA y elaboración propia.

Tabla 4. Evolución de los porcentajes de la ratio de apalancamiento, desde junio de 2011, según Basilea

Evolución ratios apalancamiento	Jun. 11	Dic. 11	Jun. 12	Dic. 12	Jun. 13	Dic. 13
Grupo 1 .....	3,4 %	3,5 %	3,7 %	3,7 %	4,0 %	4,4 %
G-SIBs .....	3,1 %	3,2 %	3,4 %	3,4 %	3,7 %	4,2 %
Grupo 2 .....	4,3 %	4,3 %	4,4 %	4,3 %	4,6 %	5,1 %
Mín. 3 % .....	3 %	3 %	3 %	3 %	3 %	3 %

Fuente: BCBS: «Basel III monitoring report». Basilea: Banco de Pagos Internacionales, 2014, septiembre.

Tabla 5. Resultados del test de estrés para la banca española

Banco	Capital ordinario nivel 1		
	Punto de partida 2013	Escenario base	Escenario adverso
BBVA .....	10,5 %	10,6 %	9,0 %
Banco Popular .....	10,1 %	10,9 %	7,6 %
Banco Santander .....	10,4 %	12,0 %	8,9 %
Bankinter .....	11,7 %	12,9 %	11,0 %
Kutxabank .....	12,1 %	13,1 %	11,9 %
Liberbank .....	7,8 %	9,4 %	5,6 %

Fuente: Datos de la EBA y elaboración propia.

## Bibliografía

- AL-DARWISH, A. *et al.* [2011]: «Possible unintended consequences of Basel III and Solvency II», *Working Paper*, International Monetary Fund, en <https://www.imf.org> [consulta: 3 de febrero de 2015].
- BANCO DE ESPAÑA [2009]: *Informe Anual 2008*, Madrid.
- CASSINELLO PLAZA, N. [2013]: «Impacto de la crisis financiera de 2007 en la regulación y la gestión de la liquidez en la banca europea», *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 89, mayo-agosto, págs. 73-93.
- CERVERA CONTE, I. [2014]: «Las burbujas en la crisis financiera», *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 91, enero-abril, págs. 31-58.
- COMISIÓN EUROPEA [2011]: «Comission Staff Working paper. Impact assessment», *Working Paper*, en <http://ec.europa.eu> [consulta: 10 de febrero de 2015].
- COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA (BCBS) [1988]: «International convergence of capital measurement and capital standards», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, julio, en <http://www.bis.org> [consulta: 19 de enero de 2015].
- [2004]: «Convergencia internacional de medidas y normas de capital», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, junio, en <http://www.bis.org> [consulta: 19 de enero de 2015].
  - [2010]: «La respuesta del Comité de Basilea a la crisis financiera: informe al G-20», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, octubre, en <http://www.bis.org> [consulta: 19 de enero de 2015].
  - [2010]: «Basilea III: Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, diciembre [rev. junio 2011].
  - [2010]: «Basilea III: Marco internacional para la medición, normalización y seguimiento del riesgo de liquidez», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, diciembre.
  - [2011]: «Pillar 3 disclosure requirements for remuneration», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, junio, en <http://www.bis.org> [consulta: 23 de enero de 2015].
  - [2014]: «Basilea III: Marco del coeficiente de apalancamiento y sus requisitos de divulgación», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, enero.
  - [2014]: «Basilea III: Coeficiente de cobertura de liquidez y herramientas de seguimiento del riesgo de liquidez», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, enero.
  - [2014]: «Basel III monitoring report», Basilea: Banco de Pagos Internacionales, septiembre.
- EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA) [2011]: *EBA recommendation on the creation and supervisory oversight of temporary capital buffers to restore market confidence*, diciembre.
- [2014]: *Report on impact of differences in leverage ratio definitions*, marzo.
  - [2014]: *Basel III monitoring exercise*, septiembre.
  - [2014]: *Results of 2014 EU-wide stress test*, octubre.
- GARCÍA MONTALVO, J. [2009]: «Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09», *Papeles de Economía Española*, núm. 122, págs. 66-85.

- IBÁÑEZ, J. P. y DOMINGO, B. [2013]: «La transposición de Basilea III a la legislación Europea», *Revista de estabilidad financiera*, núm. 25, noviembre, Banco de España, págs. 65-97.
- LÓPEZ GALINDO, R. [2011]: «Basilea III. Novedades regulatorias», en J. Pérez y J. C. Díez (coords.), *El sistema bancario tras la gran recesión, Mediterráneo Económico*, núm. 19, págs. 215-217, en <http://dialnet.unirioja.es/> [consulta: 20 de enero de 2015].
- LÓPEZ ROA, A. L. [2011]: «Un repaso del comportamiento de las principales variables que han definido la crisis», *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núms. 83-84 (Especial 50 aniversario ICADE), págs. 169-180.
- MACROECONOMIC ASSESSMENT GROUP [2010]: «Assessing the macroeconomic impact of the transition to stronger capital and liquidity requirements», *Final Report*, Basilea: Banco de Pagos Internacionales, diciembre.
- MARQUÉS, J. M.; NIETO, F. y RÍO, A. del [2005]: «Una aproximación a los determinantes de la financiación de las sociedades no financieras en España», *Documentos de Trabajo*, núm. 0535, Banco de España, en <http://www.bde.es> [consulta: 4 de octubre de 2014].
- MOONEY, S. y RASMUSSEN, C. [2014]: *Bank's reactions to the Basel III regulations*, Tesis doctoral, University of Gothenburg.
- OLIVER WYMAN [2012]: *Bank of Spain stress testing exercise*, junio, en <http://www.bde.es> [consulta: 12 de febrero de 2015].
- PELÁEZ RODRÍGUEZ, E. [2011]: «Crisis financiera y crisis económica», *Cuadernos de Formación*, núm. 12 (colaboración 8/11), Instituto de Estudios Fiscales, págs. 111-129.
- PWC [2010]: *Basilea y los retos de la banca*, en <http://www.ie.edu> [consulta: 30 de octubre de 2015].
- RODRÍGUEZ DE CODES, E. [2010]: «Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital», *Revista de estabilidad financiera*, núm. 19, noviembre, Banco de España, págs. 11-19.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, R. [2013]: «La reforma financiera y la reestructuración del sector español de bancos y cajas de ahorro», *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 89, mayo-agosto, págs. 11-31.
- ROGER, S. y VLCEK, J. [2011]: «Macroeconomic Costs of Higher Bank Capital and Liquidity Requirements», *Working Paper*, International Monetary Fund, en <https://www.imf.org> [consulta: 3 de febrero de 2015].
- SÁNCHEZ ASIAÍN, J. A. [1987]: «El progresivo divorcio entre el mundo real y el mundo financiero», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Políticas y Morales* (sesiones de 3 y 10 de noviembre de 1987), en [www.racmip.es](http://www.racmip.es) [consulta: 24 de enero de 2015].
- SUTOROVA, B. y TEPLY, P. [2013]: «The impact of Basel III on Lending Rates of EU Banks», *Czech Journal of Economics and Finance*, vol. 63, núm. 3, págs. 226-243.
- [2014]: «The level of capital and the value of EU banks under Basel III», *Prague Economic Papers*, núm. 2, University of Economics, en <http://www.vse.cz> [consulta: 31 de enero de 2015].
- TOLEDO FALCÓN, L. [2011]: «El impacto de los nuevos estándares de liquidez desde el punto de vista de un banco central», *Revista de estabilidad financiera*, núm. 21, noviembre, Banco de España, págs. 11-21.

## SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE INTERVENTORES- TESOREROS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (CATEGORÍA DE ENTRADA)

**María Álvarez Fernández**

**Miguel Ángel Gálvez Linares**

**José Tovar Jiménez**

*Profesores del CEF y la UDIMA*

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso a la subescala de Intervención-Tesorería, categoría de entrada, de la Escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, convocado por Orden HAP/2584/2015, de 25 de noviembre (BOE de 4 de diciembre)].

---

### Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Permuta comercial.
- Caso 2. Contabilidad financiera y de sociedades.** Arrendamientos, fianzas, compras, ventas, efectos comerciales en cartera, distribución del beneficio, descuento de efectos, nóminas y cierre trimestral.
- Caso 3. Contabilidad pública.** Obtención de un balance de comprobación.
- Caso 4. Contabilidad pública.** Contabilidad financiera de la gestión del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica y de la tasa de recogida de basuras.
- Caso 5. Contabilidad pública.** Tramitación de urgencia de un contrato y determinación del valor estimado y el presupuesto del contrato.
- Caso 6. Operaciones financieras.** Sustitución de varios préstamos por un solo en condiciones de prudencia financiera.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 1

### Contabilidad financiera

El 30 de junio de 2015, la empresa Gitanilla de Alcántara adquirió una impresora industrial B por 24.000 euros más IVA (tipo aplicable 21 %), pactando con el suministrador realizar el pago a través de la entrega de una impresora de su propiedad (impresora industrial A) y el resto a través de una transferencia bancaria el 31 de enero de 2016, en la cual se liquidará, además de la deuda pendiente, todo el IVA de la operación. El valor razonable de la impresora industrial A, a efectos de la compra, se estimó en 2.700 euros (IVA aplicable a la operación 21 %).

Gitanilla de Alcántara adquirió la impresora industrial A el 1 de enero de 2007 por 18.000 euros y ha estimado la vida útil de ambas impresoras en 10 años. La depreciación es lineal y los valores residuales en ambos casos se han estimado en cero.

*Se pide:*

1. Determine qué saldos tendría la empresa en su balance a 31 de diciembre de 2014 relativos a la impresora A.
2. Realice el registro contable de las operaciones correspondientes al ejercicio 2015, especificando el tipo de permuta al que se refiere el caso planteado.

### Normas para la realización del supuesto:

Para la resolución del caso deberá identificar las cuentas por su código numérico, con el nivel de desarrollo 3, 4 o 5 dígitos) que figura en el cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad (PGC) plan de cuentas normal o no abreviado), no siendo necesario incluir su denominación.

## **SOLUCIÓN**

### APARTADO 1

De acuerdo con la norma de registro y valoración 2.ª, «Inmovilizado material», del PGC, los bienes comprendidos en el inmovilizado material se valorarán inicialmente por su coste, ya sea este el precio de adquisición o el coste de producción.

Con posterioridad a su reconocimiento inicial, los elementos del inmovilizado material se valorarán por su precio de adquisición o coste de producción menos la amortización acumulada y, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro reconocidas.

Las amortizaciones habrán de establecerse de manera sistemática y racional en función de la vida útil de los bienes y de su valor residual, atendiendo a la depreciación que normalmente sufran por su funcionamiento, uso y disfrute, sin perjuicio de considerar también la obsolescencia técnica o comercial que pudiera afectarlos.

Teniendo en cuenta la normativa mencionada y los datos del enunciado, las cuentas y saldos por los que figuraría la impresora A a 31 de diciembre de 2014 son los siguientes:

• 213, «Maquinaria» (Por su precio de adquisición) .....	18.000
• 2813, «Amortización acumulada de maquinaria» (18.000/10 × 8) .....	(14.400)
• Valor contable .....	3.600

## APARTADO 2

30 de junio de 2015

En primer lugar, se registrará la amortización de la impresora A desde el comienzo del ejercicio hasta la fecha de baja.

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (18.000/10 × 6/12) .....	900	
2813	Amortización acumulada de la impresora A .....		900

Calificación de la permuta.

De acuerdo con la mencionada norma 2.<sup>a</sup> del PGC, se entiende que un elemento del inmovilizado material se adquiere por permuta cuando se recibe a cambio de la entrega de activos no monetarios o de una combinación de estos con activos monetarios.

Se considerará que una permuta tiene carácter comercial si:

- La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado recibido difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado.
- El valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta se ve modificado como consecuencia de la operación.

Además, es necesario que cualquiera de las diferencias surgidas por las anteriores causas a) o b) resulte significativa al compararla con el valor razonable de los activos intercambiados.

En caso contrario, la permuta se calificará como no comercial.

Adicionalmente, la norma tercera, «Formas especiales de adquisición del inmovilizado material», de la Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias, establece que las operaciones de permuta en que se entrega como pago parcial efectivo u otro activo monetario se presumirán comerciales, salvo que la contraprestación monetaria no sea significativa en comparación con el componente no monetario de la transacción.

En consecuencia, la empresa que adquiere un elemento del inmovilizado material a cambio de otro más un diferencial monetario reconocerá el bien recibido por el valor razonable del activo entregado, salvo que se tenga una mejor evidencia del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último, más las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio.

En su caso, se reconocerá el resultado de la operación en la cuenta de pérdidas y ganancias, utilizándose a tal efecto las cuentas 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material», o 771, «Beneficios procedentes del inmovilizado material».

En el caso propuesto en el ejercicio, el valor razonable del elemento adquirido (impresora B) asciende a 24.000 euros y el valor atribuido al elemento entregado (impresora A) es de 2.700 euros, por lo que la contrapartida monetaria que deberá entregar la sociedad Gitanilla de Alcántara es de 21.300 euros.

De acuerdo con la normativa aplicable y los datos del enunciado, la permuta se calificará como comercial.

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria (impresora B) .....	24.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado (24.000 × 21 %) .....	5.040	
2813	Amortización acumulada de impresora A (14.400 + 900) .....	15.300	
213	Maquinaria (impresora A) .....		18.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido (2.700 × 21 %) .....		567
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo (21.300 × 1,21) .....		25.773

31 de diciembre de 2015

Por la amortización de la impresora B:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (24.000/10 × 6/12) .....	1.200	
2813	Amortización acumulada de la impresora B .....		1.200

## CASO PRÁCTICO NÚM. 2

## Contabilidad financiera y de sociedades

La empresa Madrid, SA se dedica a la comercialización de productos de perfumería. A 31 de marzo de 2016 dispone de la siguiente información contable por las operaciones realizadas en enero y febrero de 2016:

N.º cuenta	Conceptos	Saldos (€)
100	Capital .....	80.000
112	Reserva legal .....	6.000
113	Reservas voluntarias .....	3.000
1290	Beneficios ejercicio 2015 .....	20.000
206	Página web .....	7.800
211	Elemento de transporte .....	35.000
216	Mobiliario .....	48.000
300	Perfumes .....	41.500
472	Hacienda Pública, IVA soportado .....	55.000
430	Clientes .....	290.000
572	Bancos .....	203.400
600	Compras de perfumes .....	225.000
400	Proveedores .....	180.000
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta .....	13.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido .....	115.500
XX	Deudas a corto plazo .....	25.000
476	Organismos Seguridad Social, acreedora .....	6.000
640	Sueldos y salarios .....	45.000
642	Seguridad Social a c/empresa .....	12.000
		.../...

N.º cuenta	Conceptos	Saldos (€)
.../...		
628	Suministros .....	30.000
621	Prima de seguros .....	8.000
280	Amortización acumulada de página web .....	2.600
281	Amortización acumulada del elemento transporte .....	10.000
282	Amortización acumulada de mobiliario .....	15.600
700	Ventas de perfumes .....	550.000

**Operaciones realizadas en marzo:**

- El 1 de marzo, se alquila un local por un año. Ese día se abona el total del alquiler por 30.000 euros junto con una fianza de 5.000 euros (IVA de la operación 21 %).
- El 2 de marzo se comparan 15.000 unidades de perfumes por valor de 8 euros/unidad (IVA 21 % no incluido) a pagar en 14 meses, los intereses por aplazamiento ascienden a 3.000 euros.
- El 8 de marzo se venden 20.000 unidades de perfumes por 25 euros/unidad, cobrando 200.000 euros al contado y el resto formalizado con letras (IVA de la operación 21 % no incluido).
- El 15 de marzo, la junta general de accionistas aprueba las cuentas anuales 2015 presentadas por el consejo de administración y acuerda la siguiente distribución de beneficios:
  - Reserva legal el mínimo permitido por la ley.
  - Reserva voluntaria: 5.000 euros.
  - Resto del beneficio a dividendos.
- El 20 de marzo se descuentan letras en el banco por 240.000 euros, la entidad bancaria cobra 15.000 euros por intereses y 3.000 por gastos de gestión.
- El día 22 de marzo se abona el dividendo a los accionistas.
- El 28 de marzo se contabiliza y paga la nómina de dicho mes: sueldos y salarios 62.000 euros, Seguridad Social a cargo de la empresa 18.000 euros, Seguridad Social a cargo del empleado 1.500 euros, IRPF 8.000 euros. Las nóminas se pagan por transferencia bancaria. Se abona la Seguridad correspondiente al mes de febrero.

- El 30 de marzo se devengan los intereses trimestrales del préstamo que tiene concedido por el banco y que se abonarán a la devolución del mismo. Fecha de devolución: 1 de enero de 2017. Tipo de interés: 7% anual.
- El 31 de marzo se procede a contabilizar la liquidación trimestral del IVA.

Ajustes previos al cierre de cuentas trimestrales:

- Con respecto a los perfumes, se dispone de la siguiente información:

Inventario de perfumes	Unidades	Precio/ud (€)	Total (€)
Existencias iniciales .....	5.000	8,3	41.500
Compras enero y febrero .....	30.000	7,5	225.000
Compras marzo .....	15.000		
Total .....	50.000		
Salidas por ventas de enero y febrero .....	22.000		
Salidas por ventas de marzo .....	20.000		
Existencias a 31 de marzo .....	a determinar		

El control de almacén indica que no ha habido diferencias de inventario. Madrid, SA aplica el criterio de coste medio ponderado móvil para valorar las existencias.

*Trabajo a realizar:*

- a) Contabilizar en el libro diario las operaciones de marzo de 2016 que incluya el código numérico de las cuentas de acuerdo con el PGC aprobado por el Real Decreto 1514/2007.
- b) Realizar los asientos de regulación contable a 31 de marzo de 2016.

### Normas para la realización del supuesto:

1. Para la resolución del caso deberá identificar las cuentas por su código numérico, con el nivel de desarrollo (3, 4 o 5 dígitos) que figura en el cuadro de cuentas del PGC (plan de cuentas normal o no abreviado), no siendo necesario incluir su denominación.
2. Se hará abstracción de las consideraciones fiscales no explicitadas en el texto.

## SOLUCIÓN

### APARTADO A)

1 de marzo

Alquiler del local:

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones .....	30.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado (30.000 × 21 %) .....	6.300	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		36.300

Por el pago de la fianza:

Código	Cuenta	Debe	Haber
565	Fianzas constituidas a corto plazo .....	5.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		5.000

Las fianzas entregadas o recibidas deberán valorarse por su valor razonable. No obstante, cuando la fianza sea a corto plazo, no será necesario realizar el descuento de flujos de efectivo si su efecto no es significativo.

2 de marzo

Compra de perfumes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
600	Compra de perfumes (15.000 × 8) .....	120.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado (120.000 × 21 %) .....	25.200	
420	Proveedores a largo plazo .....		145.200

De acuerdo con la norma de registro y valoración 10.<sup>a</sup> del PGC, las existencias se valorarán por su precio de adquisición que no incluirá los intereses incorporados al nominal de los débitos. Estos se registrarán en la cuenta de pérdidas y ganancias aplicando el método del tipo de interés efectivo.

En relación con la numeración de la cuenta de proveedores a utilizar, el PGC da dos posibilidades:

- a) Utilizar el subgrupo 42.
- b) Realizar la reclasificación en las propias cuentas del subgrupo 40.

8 de marzo

Venta de perfumes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....	200.000	
4310	Efectos comerciales en cartera .....	405.000	
700	Ventas de perfumes (20.000 × 25) .....		500.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido (500.000 × 21 %) .....		105.000

15 de marzo

Distribución del resultado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1290	Beneficios ejercicio 2015 .....	20.000	
112	Reserva legal (1) .....		2.000
113	Reservas voluntarias .....		5.000
526	Dividendo activo a pagar .....		13.000

(1) Según el artículo 274 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital (TRLSC) deberá destinarse a la reserva legal, al menos, un 10 % del beneficio del año hasta que esta alcance el 20 % del capital social.

El capital social asciende a 80.000 euros y la reserva legal que figura en balance a 6.000 euros, por lo que se destinarán 2.000 euros a la reserva legal.

## Descuento de letras

Por la reclasificación de las letras:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4311	Efectos comerciales descontados .....	240.000	
4310	Efectos comerciales en cartera .....		240.000

Por el descuento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ..... (240.000 – 15.000 – 3.000)	222.000	
665	Intereses por descuento de efectos y operaciones de <i>factoring</i> ..... (15.000 + 3.000)	18.000	
5208	Deudas por efectos descontados .....		240.000

22 de marzo

Pago del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar .....	13.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		13.000

28 de marzo

Por las nóminas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios .....	62.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa .....	18.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores (18.000 + 1.500) ...		19.500
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas .....		8.000
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		52.500

Pago de la Seguridad Social de febrero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores .....	6.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros .....		6.000

30 de marzo

Devengo de intereses del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito ..... (25.000 × 7 % × 3/12)	437,5	
527	Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito .....		437,5

31 de marzo

Liquidación trimestral de IVA:

Código	Cuenta	Debe	Haber
477	Hacienda Pública, IVA repercutido (115.500 + 105.000) .....	220.500	
472	Hacienda Pública, IVA soportado (55.000 + 6.300 + 25.200) .....		86.500
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA .....		134.000

## Ajustes previos al cierre de cuentas trimestrales

a) Existencias de perfumes

Inventario de perfumes	Unidades	Precio	Total
Existencias iniciales .....	5.000	8,3	41.500,00
Compras enero y febrero .....	30.000	7,5	225.000,00
Existencias .....	35.000	7,6143	266.500,00
Ventas enero y febrero .....	-22.000	7,6143	-167.514,29
Existencias .....	13.000	7,6143	98.985,71
Compras marzo .....	15.000	8	120.000,00
Existencias .....	28.000	7,8209	218.985,71
Ventas marzo .....	-20.000	7,8209	-156.418,37
Existencias finales .....	8.000	7,8209	62.567,35

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de perfumes .....	41.500	
300	Perfumes .....		41.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Perfumes .....	62.567,35	
610	Variación de existencias de perfumes .....		62.567,35

*b) Alquiler del local*

El día 1 de marzo se pagó el arrendamiento de 12 meses. A efectos de regularizar el primer trimestre solo será gasto el importe de una mensualidad.

Código	Cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados (30.000/12 × 11) .....	27.500	
621	Arrendamientos y cánones .....		27.500

*c) Intereses de la compra realizada el día 2 de marzo*

Cálculo del tipo de interés efectivo:  $145.200 \times (1 + i)^{14} = 148.200 \rightarrow i = 0,14618\%$  mensual.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas (145.200 × 0,14618%) .....	212,26	
420	Proveedores a largo plazo .....		212,26

**APARTADO B)**

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio .....	541.149,76	
600	Compras de perfumes (225.000 + 120.000) .....		345.000,00
640	Sueldos y salarios (45.000 + 62.000) .....		107.000,00
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
642	Seguridad Social a cargo de la empresa (12.000 + 18.000) .....		30.000,00
628	Suministros .....		30.000,00
625	Primas de seguros .....		8.000,00
621	Arrendamientos y cánones (30.000 - 27.500) .....		2.500,00
665	Intereses por descuento de efectos y operaciones de <i>factoring</i> .....		18.000,00
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito .....		437,50
6624	Intereses de deudas, otras empresas .....		212,26

Código	Cuenta	Debe	Haber
700	Ventas de perfumes (550.000 + 500.000) .....	1.050.000	
610	Variación de existencias de perfumes (62.567,35 - 41.500) .....	21.067,35	
129	Resultado del ejercicio .....		1.071.067,35

$$\text{Resultado} = 1.071.067,35 - 541.149,76 = 529.917,59$$

### CASO PRÁCTICO NÚM. 3

#### Contabilidad pública

1. La liquidación del presupuesto de gastos por capítulos presenta, entre otros, los siguientes datos a 31 de diciembre del año n:

Aplicación presupuestaria	Descripción	Créditos presupuestarios			Gastos comprometidos	Obligaciones reconocidas netas
		Iniciales	Modificac.	Definitivos		
Capítulo 1	Gastos de personal .....	2.500.000		2.500.000	2.500.000	2.500.000
Capítulo 2	Gastos corrientes en bienes y servicios .....	2.400.000		2.400.000	900.000	800.000
Capítulo 6	Inversiones reales .....	1.000.000	100.000	1.100.000	1.100.000	1.100.000
<b>Total</b> .....		<b>5.900.000</b>	<b>100.000</b>	<b>6.000.000</b>	<b>4.500.000</b>	<b>4.400.000</b>

Durante el ejercicio se declaró crédito no disponible por importe de 120.000 euros. A 31 de diciembre se había retenido crédito para gastar por el resto del crédito disponible y se había autorizado gasto por 5.000.000 de euros.

2. La modificación presupuestaria es una incorporación de remanentes de crédito que ampara un compromiso de gasto del ejercicio anterior para la compra de equipos informáticos.
3. La liquidación del presupuesto de ingresos por capítulos presenta, entre otros, los siguientes datos a 31 de diciembre del año n:

Aplicación presupuestaria	Descripción	Créditos presupuestarios			Derechos reconocidos	Derechos anulados	Derechos cancelados	Derechos reconocidos netos
		Iniciales	Modificac.	Definitivas				
Capítulo 1	Impuestos directos .....	2.500.000		2.500.000	2.400.000	50.000	10.000	2.340.000
Capítulo 2	Impuestos indirectos .....	1.000.000		1.000.000	900.000	40.000		860.000
Capítulo 3	Tasa, precios públicos y otros ingresos .....	400.000		400.000	390.000	10.000		380.000
Capítulo 4	Transferencias corrientes ..	1.000.000		1.000.000	1.000.000			1.000.000
Capítulo 7	Transferencias de capital ..	1.000.000		1.000.000	1.000.000			1.000.000
Capítulo 8	Activos financieros .....		100.000	100.000				0
<b>Total .....</b>		<b>5.900.000</b>	<b>100.000</b>	<b>6.000.000</b>	<b>5.690.000</b>	<b>100.000</b>	<b>10.000</b>	<b>5.580.000</b>

El 100% de los derechos anulados se corresponden con la anulación de liquidaciones. Los derechos cancelados se corresponden con bajas por insolvencia y otras causas.

4. La transferencia de capital presupuestada se corresponde con una subvención que ha financiado el 100% de la construcción de la nueva casa consistorial. La obra se presupuestó en el capítulo 6 del presupuesto de gastos del año n y ha finalizado el 31 de diciembre.
5. La entidad fija el deterioro de valor de sus créditos al final del ejercicio mediante una estimación global del riesgo de fallidos.
6. La corporación ha incluido en un plan de ventas un solar valorado en 500.000 euros. Su venta se estima altamente probable en el ejercicio n+1.

Se pide:

Cumplimente en la hoja autocopiativa las casillas del balance de comprobación que se adjunta (previo a las operaciones de regularización y cierre).

**BALANCE DE COMPROBACIÓN A 31/12/N**  
(previo a las operaciones de regularización y cierre)

Cuenta	Descripción	Sumas	
		Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente .....	6.000.000	
001	Presupuesto de gastos: créditos iniciales .....		
0024	Incorporaciones de remanentes de crédito .....	100.000	
0030	Créditos disponibles .....		
0031	Créditos retenidos para gastar .....		
0034	Créditos no disponibles .....		
004	Presupuesto de gastos: gastos autorizados .....		
005	Presupuesto de gastos: gastos comprometidos .....		
006	Presupuesto de ingresos: previsiones iniciales .....		
007	Presupuesto de ingresos: modificación de previsiones .....		
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas .....		
100	Patrimonio .....		2.500.000
210	Terrenos y bienes naturales .....	2.500.000	
211	Construcciones .....		
217	Equipos para procesos de información .....		
380	Activos en estado de venta .....		
4000	AOR. Presupuesto de gastos corriente. Operaciones de gestión		
4003	AOR. Presupuesto de gastos corriente. Otras deudas .....	200.000	
4300	DDR. Presupuesto ing. corriente. Operaciones de gestión .....		
4303	DDR. Presupuesto ing. corriente. Otras inversiones financieras		
43300	DAPC. Por anulación de liquidaciones. Operaciones de gestión ...		
43810	DCPC. Por insolvencias y otras causas. Operaciones de gestión ....		
4900	Deterioro de valor de créditos. Operaciones de gestión .....	190.000	
522	Deudas a corto plazo transformables en subvenciones .....	1.000.000	1.000.000
62X	Servicios exteriores .....		
64X	Gastos de personal y prestaciones sociales .....		
6671	Pérdidas de créditos incobrables. Con otras entidades .....		
6983	Pérdidas por deterioro de créditos a otras entidades .....	200.000	
			.../...

Cuenta	Descripción	Sumas	
		Debe	Haber
.../...			
72X	Impuestos directos .....		
73X	Impuestos indirectos .....		
74X	Tasas, precios públicos, CE e ingresos urbanísticos .....		
75X	Transferencias y subvenciones .....		
7983	Reversión del deterioro de créditos a otras entidades .....		
9401	Ingresos de subvenciones para la financiación del inmovilizado no financiero y de AEV. del resto de entidades .....		
<b>Total</b> .....		<b>54.090.000</b>	<b>54.090.000</b>

## SOLUCIÓN

### BALANCE DE COMPROBACIÓN A 31/12/N (previo a las operaciones de regularización y cierre)

Cuenta	Descripción	Sumas	
		Debe	Haber
000	Presupuesto del ejercicio corriente .....	6.000.000	6.000.000
001	Presupuesto de gastos. Créditos iniciales .....	5.900.000	5.900.000
0024	Incorporaciones de remanentes de créditos .....	100.000	100.000
0030	Créditos disponibles .....	6.000.000	6.000.000
0031	Créditos retenidos para gastar .....	5.000.000	5.880.000
0034	Créditos no disponibles .....		120.000
004	Presupuesto de gastos. Gastos autorizados .....	4.500.000	5.000.000
005	Presupuesto de gastos. Gastos comprometidos .....		4.500.000
006	Presupuesto de ingresos. Previsiones iniciales .....	5.900.000	5.900.000
007	Modificación de las previsiones .....	100.000	100.000
008	Presupuesto de ingresos. Previsiones definitivas .....	6.000.000	
	.../...		

Cuenta	Descripción	Sumas	
		Debe	Haber
.../...			
100	Patrimonio .....		2.500.000
210	Terrenos y bienes naturales .....	2.500.000	500.000
211	Construcciones .....	1.000.000	
217	Equipos para procesos de información .....	100.000	
380	Activos en estado de venta .....	500.000	
4000	AOR. Presupuesto de gastos corriente. Operaciones de gestión ..		3.300.000
4003	AOR. Presupuesto de gastos corriente. Otras deudas .....		1.100.000
4300	DDR. Presupuesto de gastos corriente. Operaciones de gestión ..	5.690.000	
4303	DDR. Otras inversiones financieras .....		
43300	DAPC. Por anulación de liquidaciones .....		100.000
43810	DCPC. Por insolvencias y otras causas .....		10.000
4900	Deterioro de valor de créditos. Operaciones de gestión .....	190.000	200.000
520	Deudas a corto plazo transformables subvenciones .....	1.000.000	1.000.000
62X	Servicios exteriores .....	800.000	
64X	Gastos de personal .....	2.500.000	
6671	Pérdidas de créditos incobrables. Con otras entidades .....	10.000	
6983	Pérdidas por deterioro de créditos .....	200.000	
72X	Impuestos directos .....	50.000	2.400.000
71X	Impuestos indirectos .....	40.000	900.000
74X	Tasas, precios públicos, CE e ingresos urbanísticos .....	10.000	390.000
75X	Transferencias y subvenciones .....		1.000.000
7983	Reversión del deterioro de créditos .....		190.000
9401	Ingresos por subvenciones para la financiación del inmovilizado		1.000.000
<b>Total</b> .....		<b>54.090.000</b>	<b>54.090.000</b>

### Notas explicativas:

- Las cuentas 000, 001, 002X, 006, 007 siempre están saldadas.
- Del enunciado se desprende que toda la autorización se realiza desde el crédito retenido. Y el haber de la cuenta 005 siempre coincide con el debe de la cuenta 004.
- Las cuentas 0034 y 005 no tienen movimiento en el debe. La cuenta 008 no tiene movimiento en el haber.

- El solar incluido en un plan de ventas es un activo en estado de venta (cuenta 380). La norma de registro y valoración 7.<sup>a</sup>, «Activos en estado de venta», describe que son activos no financieros, excluidos los del patrimonio público del suelo, clasificados inicialmente como no corrientes cuyo valor contable se recuperará a través de una venta, en lugar de por su uso continuado. Por lo tanto, el alta mediante el cargo en la 380 del solar implica su reclasificación, mediante el abono en la cuenta 210, «Terrenos y bienes naturales».
- La cuenta 4000, «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto de gastos corriente. Operaciones de gestión», recoge en su haber las obligaciones reconocidas netas aplicadas a los capítulos 1, 2, 4 y 7 del presupuesto de gastos. En el debe, las obligaciones pagadas, pero no hay datos.
- La cuenta 4003, «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto de gastos corriente. Otras deudas», recoge en su haber las obligaciones reconocidas netas aplicadas a los capítulos 3, 6 y 9 del presupuesto de gastos. En el debe, las obligaciones pagadas, pero no hay datos.
- La cuenta 4300, «Deudores por derechos reconocidos. Presupuesto de ingresos corriente. Operaciones de gestión», recoge en su debe los derechos reconocidos brutos (incluidos los que han sido anulados o cancelados), aplicados a los capítulos 1, 2, 3, 4 y 7 del presupuesto de ingresos. El estado de ejecución nos proporciona los derechos reconocidos brutos antes de anulaciones y cancelaciones), que son anotaciones en el debe de la 430X. Por lo tanto, el debe de esta cuenta es la suma total 5.690.000. En el haber, los derechos recaudados, pero no hay datos.
- La cuenta 4303, «Deudores por derechos reconocidos. Presupuesto de ingresos corriente. Otras inversiones financieras», recoge en su debe los derechos reconocidos brutos (incluidos los que han sido anulados o cancelados), aplicados a los capítulos 5, 6 y 8 del presupuesto de ingresos. No hay datos. En el haber, los derechos recaudados, pero no hay datos.
- El estado de ejecución del presupuesto de gastos proporciona los datos de cargo de las siguientes cuentas:
  - 62X, «Servicios exteriores» (obligaciones reconocidas en el capítulo 2).
  - Cuenta 64X, «Gastos de personal» (obligaciones reconocidas en el capítulo 1).
- El estado de ejecución del presupuesto de ingresos proporciona los datos de cargo y abono de las siguientes cuentas:
  - 72X, «Impuestos directos». Capítulo 1 (cargo 50.000 por los derechos anulados y abono por 2.400.000).
  - 73X, «Impuestos indirectos». Capítulo 2 (cargo por 40.000 por los derechos anulados y abono por 900.000).
  - 74X, «Tasas, precios públicos, CE e ingresos urbanísticos». Capítulo 3 (cargo por 10.000 por los derechos anulados y abono por 390.000).

- 75X, «Transferencias y subvenciones». Capítulo 4 (únicamente el abono de 1.000.000 por los derechos reconocidos).
- La dotación del deterioro de los créditos por estimación global de los fallidos implica aplicar la dotación del año anterior (dato del debe de la cuenta 4900 por importe de 190.000), mediante el abono de esa cantidad en la cuenta 7983, «Reversión del deterioro». Y la dotación del ejercicio se obtiene del dato del debe de la cuenta 6983, «Pérdidas por deterioro de créditos», por 200.000, mediante el abono por esa cantidad en la cuenta 4900, «Deterioro de valor de créditos».
 

El debe de la cuenta 6671, «Pérdidas de créditos incobrables», es el importe de los derechos cancelados por insolvencia, que según el enunciado y el estado de ejecución del presupuesto de ingresos, son 10.000. Igualmente, es el haber de la cuenta 43810, «Derechos cancelados en especie de presupuesto corriente. Por insolvencias y otras causas».
- El haber de la cuenta 9401, «Ingresos de subvenciones para la financiación del inmovilizado no financiero», son los derechos reconocidos netos del capítulo 7 del presupuesto de ingresos. Han pasado a esta situación tras considerarse deudas a corto plazo transformables en subvenciones (cuenta 522), pues la norma de registro y valoración 18.<sup>a</sup> dispone que, como regla general, el ingreso por la subvención se reconocerá directamente en el patrimonio neto en este caso, mediante el abono en la cuenta 9401), pero si existen dudas sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para su percepción, tendrá la consideración de reintegrable, es decir, de un pasivo financiero.
- En el caso de subvenciones recibidas para construir activos, se considerarán no reintegrables «en proporción a la obra ejecutada». Por ello, la imputación inicial ha sido a la cuenta 522, «Deudas a corto plazo transformables en subvenciones».
 

A 31 de diciembre, la obra se ha ejecutado en su totalidad, por lo que procede su reclasificación.

## CASO PRÁCTICO NÚM. 4

### Contabilidad pública

Desde 2007 la Diputación Provincial X tiene encomendada la gestión del impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM) y de la tasa de recogida de basuras (en adelante Tasa) del Ayuntamiento Y.

*Se pide:*

Registrar en la contabilidad financiera (por partida doble) del ayuntamiento y de la diputación del ejercicio 2015 las operaciones que se describen a continuación, teniendo en cuenta que tanto el ayuntamiento como la diputación aplican el modelo normal de contabilidad local, utilizan

para estas operaciones cuentas bancarias operativas y sus relaciones a efectos de información se enmarcan en la situación descrita en la regla 31.1 de la instrucción del modelo normal de contabilidad local (situación 1).

**Si el opositor apreciara la no procedencia de registrar en partida doble alguna operación, deberá indicarlo de forma expresa.**

## Operaciones de 2015

1. En marzo el ayuntamiento aprobó los padrones de los dos tributos por los siguientes importes:
  - IVTM: 500.000 euros.
  - Tasa: 200.000 euros.
2. En junio la diputación pagó al ayuntamiento una entrega a cuenta de la recaudación por importe de 300.000 euros.
3. La diputación informó al ayuntamiento de que durante el año se concedieron los siguientes aplazamientos a personas físicas para el pago de liquidaciones del IVTM de 2015:
  - Por valor de 30.000 euros a largo plazo.
  - Por valor de 20.000 euros a corto plazo (5.000 € a pagar dentro del ejercicio 2015 y 15.000 € a pagar en febrero de 2016).
4. La diputación también informó de que durante el año se recaudaron los siguientes importes (que no se entregaron al ayuntamiento hasta el momento de la liquidación definitiva):
  - IVTM: 400.000 euros de liquidaciones del ejercicio 2015 y 20.000 euros de liquidaciones de años anteriores.
  - Tasa: 195.000 euros de liquidaciones del ejercicio 2015 y 5.000 euros de liquidaciones de años anteriores.
5. En el mes de diciembre la diputación practicó la liquidación definitiva de los recursos recaudados e ingresó al ayuntamiento el importe resultante.

## Normas para la realización del supuesto:

Para la resolución del supuesto deberá identificar las cuentas por su código numérico, con el nivel de desarrollo (3, 4 o 5 dígitos) que figura en el cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad Pública adaptado a la Administración Local (plan de cuentas normal), no siendo necesario incluir su denominación.

## SOLUCIÓN

Se trata de la contabilidad de recursos de otros entes públicos, en la situación descrita en la regla 31.1 de la instrucción del modelo normal (situación 1), es decir, cuando el ente gestor (en el enunciado, la diputación), facilita información periódica al ente titular (el ayuntamiento). En este caso:

- **La diputación gestora** únicamente contabiliza su relación dineraria con el ayuntamiento titular, mediante dos cuentas:
  - **453**, «Entes públicos por ingresos pendientes de liquidar», para reflejar el importe que recauda (haber) y el importe que entrega (debe).
  - **456**, «Entes públicos, cuenta corriente efectivo», si hace entregas a cuenta al ayuntamiento titular.
  - La liquidación con el ayuntamiento titular debe realizarse en dos asientos:
    - 1 Por el saldo de la cuenta 453, se efectúa un cargo con abono a la 456.
    2. Si la liquidación es favorable al titular, porque las entregas a cuenta efectuadas (debe 456) han sido inferiores a la recaudación neta de los ejercicios corriente y cerrado (saldo 453), la diferencia se abona como otra entrega a cuenta.
- **El ayuntamiento titular** recibe información de la totalidad de las operaciones por lo que contabiliza todas las operaciones de ejecución del presupuesto de ingresos por estos recursos: reconocimiento del derecho, anulación, cancelación, etc.
  - La imputación al presupuesto de ingresos de las diferentes operaciones se efectuará en la forma prevista para los ingresos presupuestarios en el modelo normal de contabilidad local, sin que haya ninguna particularidad. Si hubiera devoluciones de ingreso acordadas por la diputación gestora, se registrarán de la misma forma que las tramitadas en el caso de los recursos gestionados directamente por la propia entidad.
  - Cuando recibe la información de que los recursos han sido recaudados por la diputación gestora, contabiliza mediante un cargo en la cuenta 442, «Deudores por servicio de recaudación», 4420, «Entes públicos deudores por recursos recaudados» (ya que los sujetos pasivos dejan de ser deudores y su lugar lo ocupa el ente gestor que ha recaudado).
  - Las devoluciones de ingresos también se contabilizan mediante un cargo en la cuenta 442, «Deudores por servicio de recaudación», 4420, «Entes públicos deudores por recursos recaudados» (por la misma razón anterior).

- Las entregas a cuenta que reciba de la diputación gestora se contabilizan mediante un abono en la cuenta 5500, «Cuentas corrientes no bancarias con entes públicos, por administración de recursos».
- Cuando se realice la liquidación definitiva de los recursos recaudados se compensará contablemente este débito con el crédito recogido en la cuenta 4420, «Entes públicos deudores por recursos recaudados». Los saldos deudores a favor de la entidad titular de los recursos, o en su caso acreedores, que resulten de dicha liquidación quedarán recogidos en la citada cuenta 5500.

Ayuntamiento titular (4420)			
Aprobación del padrón Reconocimiento del derecho			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
4300	Deudores por derechos reconocidos .....	700.000	
725	Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica .....		500.000
740	Tasas .....		200.000
Por la entrega a cuenta:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas .....	300.000	
5500	Cuentas corrientes con entes públicos por administración de recursos .....		300.000
Por la concesión de aplazamiento:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
2621	Deudores a largo plazo .....	30.000	
4430	Deudores a corto plazo .....	15.000	
43320	Derechos anulados por aplazamiento .....		45.000
Por la recaudación información:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
4420	Entes públicos deudores por servicios recaudados .....	620.000	
4310	Deudores por derechos reconocidos .....		25.000
			.../...

Ayuntamiento titular (4420)			
.../...			
4300	Deudores por derechos reconocidos .....		595.000
Liquidación con diputación gestora			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas .....	320.000	
5500	Cuentas corrientes con entes públicos por administración de recursos .....		320.000
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
5500	Cuentas corrientes con entes públicos por administración de recursos .....	320.000	
4420	Entes públicos deudores por servicios recaudados .....		320.000

Diputación (453/456)			
Aprobación del padrón			
Sin asiento contable			
Por la entrega a cuenta:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
456	Entes públicos c/c efectivo .....	300.000	
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas .....		300.000
Por la concesión de aplazamiento:			
Sin asiento contable			
Por la recaudación:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas .....	620.000	
453	Entes públicos por ingresos pendientes de liquidar .....		620.000
.../...			

Diputación (453/456)			
.../...			
Liquidación con ayuntamiento titular: por el saldo de la 453, en dos asientos:			
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
453	Entes públicos por ingresos pendientes de liquidar .....	620.000	
456	Entes públicos c/c efectivo .....		620.000
Cuenta	Descripción	Debe	Haber
456	Entes públicos c/c efectivo .....	320.000	
571	Bancos e instituciones de crédito. Cuentas operativas .....		320.000

## CASO PRÁCTICO NÚM. 5

### Contabilidad pública

El Ayuntamiento Y se encuentra con la necesidad urgente de contratar la limpieza de los edificios de titularidad municipal por el próximo vencimiento del contrato en vigor.

Iniciada la tramitación de urgencia del expediente de contratación, que se tramitará a través de un procedimiento restringido, se calcula que el coste anual de la limpieza de cada uno de los siete edificios será de 20.000 euros, el plazo será el máximo legal, incluidas todas las prórrogas permitidas y también se señala que el ayuntamiento está tramitando la adquisición de un edificio al cual deberá extenderse, en su caso, el contrato de limpieza, estimándose también en 20.000 euros el coste anual de la limpieza del nuevo edificio.

En la aplicación presupuestaria 227.00, contra la que deben reconocerse las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato, hay crédito por un total de 100.000 euros. Se propone por tanto realizar una transferencia de crédito desde la aplicación presupuestaria 619.00 donde existe crédito ampliable por 1.000.000 de euros.

Por otro lado, en el presupuesto del ayuntamiento para el ejercicio actual consta una subvención nominativa para la ONG WWW por valor de 50.000 euros y destinada a sus gastos de funcionamiento. El concejal de Acción Social decide que, existiendo radicada en el municipio otra ONG, denominada ZZZZ, cuya finalidad coincide con la de WWW y para la que no se previó subvención alguna en el presupuesto, la disponibilidad crediticia se divida entre ambas ONG por lo que firma un convenio con cada una de ellas concediéndoles 25.000 euros a cada una, estableciéndose en el convenio de concesión que la subvención se justificará mediante la presentación de una declaración responsable de los presidentes de las ONG, en la que conste que las cantidades percibidas se han aplicado a la actividad ordinaria de la respectiva organización.

Se pide:

1. Pronúnciese sobre la tramitación de urgencia del contrato así como sobre las consecuencias que implica dicha tramitación de urgencia.
2. Determine el valor estimado y el presupuesto del contrato incluyendo el impuesto aplicable.
3. Pronúnciese sobre la procedencia de la modificación presupuestaria por la transferencia de crédito prevista.
4. Pronúnciese sobre las actuaciones del concejal de Acción Social respecto de las subvenciones citadas.

## **SOLUCIÓN**

### **1. SOBRE LA TRAMITACIÓN DE URGENCIA DEL CONTRATO**

El texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP) dispone en su artículo 112:

«Artículo 112. Tramitación urgente del expediente.

1. Podrán ser objeto de tramitación urgente los expedientes correspondientes a los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público. A tales efectos el expediente deberá contener la declaración de urgencia hecha por el órgano de contratación, debidamente motivada».

De los datos del enunciado se desprende que no concurren las necesidades inaplazables ni la razón de interés público que permita la tramitación de urgencia, pues el próximo vencimiento del contrato en vigor era una circunstancia conocida por el órgano de contratación.

Las consecuencias de la declaración de urgencia se recogen en el artículo 112.2:

«2. Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades:

a) Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes [...].

b) Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en esta ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 156.3 como periodo de espera antes de la formalización del contrato [...]

c) El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada».

## 2. VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

El artículo 88 del TRLCSP señala:

«Artículo 88. Cálculo del valor estimado de los contratos.

1. A todos los efectos previstos en esta ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato [...]

En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas [...]

En consecuencia, el valor estimado es:

$$(7 \text{ edificios} + 1 \text{ edificio}) \times 20.000 \text{ (sin IVA)} \times 6 \text{ años} = \mathbf{960.000 \text{ euros}}$$

### Presupuesto del contrato:

El TRLCSP habla del «presupuesto del contrato» en los artículos 24.1 b), 103 sobre la garantía provisional), 212.1 (sobre penalidades), 227.7 (sobre subcontratación), del «presupuesto de licitación» en el artículo 87 relativo al precio del contrato) y del «presupuesto base de licitación» en el artículo 95.3 y 98 (sobre garantías definitiva y complementaria). Pero estos conceptos no son definidos por la ley.

Por ello, la junta consultiva de contratación administrativa del Estado ha abordado esta cuestión en sus Informes 43/2008 y 17/2012, en los que establece unas pautas para identificar dichos conceptos:

- El **presupuesto de licitación**, con carácter general, puede definirse como aquel que sirve de referencia para la emisión de ofertas por parte de los licitadores y que tendrá carácter de máximo o mínimo, en función de que la prestación a realizar por el empresario suponga un gasto o un ingreso para el poder adjudicador. El presupuesto base de licitación puede fijarse de forma global o bien en consideración a unidades de la prestación.

A diferencia del valor estimado del contrato, el presupuesto de licitación vendrá determinado por el **precio** a abonar al contratista, o por el contratista si existe un canon, durante el **plazo inicial** del contrato, sin incluir prórrogas ni modificaciones previstas, en el que figurará, como partida independiente el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

- El **presupuesto del contrato** es el importe máximo limitativo del compromiso económico para la Administración, que debe ser objeto de la **autorización del gasto**, de acuerdo con el artículo 109 del TRLCSP y se corresponde con el presupuesto de licitación, añadiendo el IVA correspondiente, puesto que esta cantidad también forma parte del gasto que el contrato va a suponer para el poder adjudicador.
- Por último, el TRLCSP se refiere **al precio** en el artículo 87, definiéndolo como la retribución que corresponde al contratista, en el que se indicará como partida independiente el IVA. Se trata pues de una cifra que depende de la oferta del adjudicatario y por ello no se conoce hasta el momento de la adjudicación.

En consecuencia, el presupuesto del contrato es:

$$7 \text{ edificios} \times (20.000 + \text{IVA al } 21\%) \times 4 \text{ años} = \mathbf{677.600 \text{ euros}}$$

## Procedencia de la transferencia de crédito prevista

El enunciado señala que la aplicación presupuestaria que va a ceder crédito, concepto 619.00, el crédito es ampliable.

El artículo 180 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales señala que:

«Artículo 180. Transferencias de crédito: límites objetivos.

1. Las transferencias de créditos de cualquier clase estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) No afectarán a los créditos ampliables ni a los extraordinarios concedidos durante el ejercicio [...]

En el mismo sentido se expresa el artículo 41.1 a) del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril.

En consecuencia, no es posible, por prohibición legal, realizar la anterior transferencia.

## Actuaciones del concejal de Acción Social respecto de las subvenciones citadas

- La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su artículo 22, prevé que podrán concederse de forma directa «Las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos [...] de las Entidades Locales.

En otro caso, deben concederse por procedimiento de concurrencia competitiva.

En consecuencia, puede concederse a la ONG WWW el importe previsto nominativamente en el presupuesto para ella, pero no puede concederse ningún importe de forma directa a la ONG ZZZZ, al no existir previsión nominativa para ella.

- En cuanto a la justificación de la aplicación de los fondos, el artículo 30 del mismo texto legal señala que:

«Artículo 30. Justificación de las subvenciones públicas.

1. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención se documentará de la manera que se determine reglamentariamente, pudiendo revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o acreditarse dicho gasto por módulos o mediante la presentación de estados contables, según se disponga en la normativa reguladora».

Por lo tanto, la declaración responsable no es admisible como forma de justificación de la subvención en el caso de las ONG.

Únicamente podría admitirse la justificación mediante la citada declaración, en el caso de las subvenciones definidas en el apartado 7 del artículo 30 (por ejemplo, las ayudas de emergencia social):

«7. Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el receptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran establecerse para verificar su existencia».

## CASO PRÁCTICO NÚM. 6

### Operaciones financieras

La cartera de préstamos de una EELL está formada por las siguientes operaciones, que no cumplen con el principio de prudencia financiera:

- P1; Préstamo formalizado y dispuesto el 1 de enero de 2011 por importe de 5.000.000 de euros con vencimiento el 1 de enero de 2022, a un tipo del 5,5% efectivo anual.

Este préstamo se amortiza anualmente mediante un sistema de cuotas de amortización de principal constantes.

- P2; Préstamo francés formalizado y dispuesto el 1 de octubre de 2015 por importe de 1.000.000 de euros con vencimiento el 1 de octubre de 2020, a un tipo efectivo trimestral del 0,5 %.
- P3; Préstamo formalizado y dispuesto el 1 de enero de 2016, por importe de 2.500.000 euros, al 1,5 % efectivo anual. El capital prestado se devuelve con los intereses acumulados el 1 de enero de 2021.

La EELL tiene la posibilidad de sustituir su cartera de préstamos por una sola operación a 1 de enero de 2017 en condiciones de prudencia financiera.

*Se pide:*

1. Determinar el importe por el que se debe formalizar la nueva operación a 1 de enero de 2017.
2. Determinar el vencimiento medio ponderado de las operaciones sustituidas.

## **SOLUCIÓN**

### **1. IMPORTE NUEVA OPERACIÓN**

El importe del nuevo préstamo será la suma de los capitales pendientes de los tres préstamos que forman la cartera de préstamos de la EELL a la fecha de la nueva operación (1 de enero de 2017).

#### **Préstamo 1**

Se trata de un préstamo con las siguientes características:

- Importe: 5.000.000 de euros.
- Fecha formalización: 1 de enero de 2011.
- Fecha vencimiento: 1 de enero de 2022.
- Plazo: 11 años.

- Tipo de interés: 5,5% efectivo anual.
- Sistema de amortización: lineal, con cuota de amortización anuales constantes.

La cuota de amortización será de 454.545,45 euros (5.000.000/11).

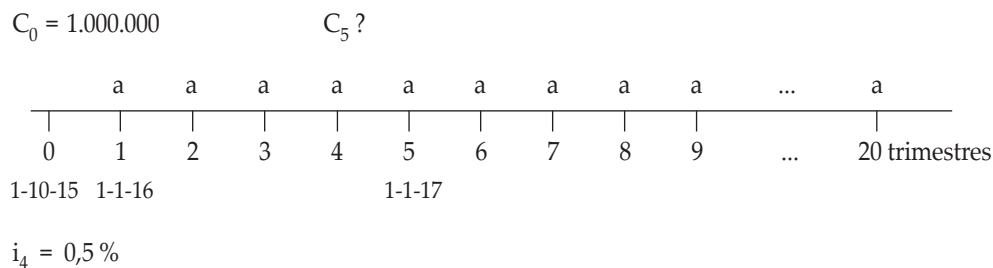
El capital pendiente a 1 de enero de 2017, cuando ya han transcurrido seis años, será la suma de las cinco cuotas de amortización pendientes:  $5 \times 454.545,45 = 2.272.727,27$  euros.

## Préstamo 2

Este préstamo tiene las siguientes características:

- Importe: 1.000.000 de euros.
- Fecha formalización: 1 de octubre de 2015.
- Fecha vencimiento: 1 de octubre de 2020.
- Plazo: 5 años.
- Tipo de interés: 0,5% efectivo trimestral.
- Sistema de amortización: francés, con cuotas trimestrales constantes.

Gráficamente:



El cálculo de la cuota a se obtiene enfrentado el importe del préstamo al valor actual de los 20 pagos constantes futuros al interés de la operación (0,5% trimestral):

$$1.000.000 = a \times a_{20-0,005}$$

$$1.000.000 = a \times \frac{1 - 1,005^{-20}}{0,005}$$

De donde:  $a = 52.666,45$

El capital pendiente a 1 de enero de 2017, cuando ya se han realizado cinco pagos, será el valor actual de las 15 trimestralidades pendientes:

$$C_5 = a \times a_{15-0,005} = 52.666,45 \times \frac{1 - 1,005^{-15}}{0,005} = 759.272,41$$

$$C_5 = 759.272,41 \text{ euros}$$

### Préstamo 3

Este préstamo tiene las siguientes características:

a

- Importe: 2.500.000 euros.
- Fecha formalización: 1 de enero de 2016.
- Fecha vencimiento: 1 de enero de 2021.
- Plazo: 5 años.
- Tipo de interés: 1,5% efectivo anual.
- Amortización de un solo pago con los intereses acumulados al vencimiento.

En principio, el pago a realizar al vencimiento será:

$$C_5 = 2.500.000 \times 1,015^5 = 2.693.210 \text{ euros}$$

El capital pendiente a 1 de enero de 2017, cuando tan solo ha pasado un año de su formalización, será el resultado de añadir al importe inicial los intereses del primer año:

$$C_1 = 2.500.000 \times 1,015 = 2.537.500 \text{ euros}$$

Por tanto, el importe del nuevo préstamo será:

$$C_0 = 2.272.727,27 + 759.272,41 + 2.537.500,00 = 5.569.499,68 \text{ euros}$$

## 2. VENCIMIENTO MEDIO DE LAS OPERACIONES SUSTITUIDAS

El vencimiento medio (vida media) de un préstamo se define como el plazo de la operación ponderado por el saldo vivo del préstamo en cada periodo. Esto es, se obtiene considerando el préstamo como una suma de préstamos cuyo importe es cada una de las cuotas de amortización que lo conforman y de duración el tiempo transcurrido hasta el vencimiento de dichas cuotas.

En el **préstamo 1** el cálculo se realiza a través de las 11 cuotas de amortización, multiplicando cada una de ellas por el número de periodos (años) que transcurren hasta el vencimiento de cada una, de acuerdo con la siguiente tabla:

Años	Fechas	Amortización	Años × Amortización
0	01-01-2011		
1	01-01-2012	454.545,45	454.545,45
2	01-01-2013	454.545,45	909.090,91
3	01-01-2014	454.545,45	1.363.636,36
4	01-01-2015	454.545,45	1.818.181,82
5	01-01-2016	454.545,45	2.272.727,27
6	01-01-2017	454.545,45	2.727.272,73
7	01-01-2018	454.545,45	3.181.818,18
8	01-01-2019	454.545,45	3.636.363,64
9	01-01-2020	454.545,45	4.090.909,09
10	01-01-2021	454.545,45	4.545.454,55
11	01-01-2022	454.545,45	5.000.000,00
<b>Total .....</b>		<b>5.000.000,00</b>	<b>30.000.000,00</b>

$$\text{Vencimiento medio} = \frac{30.000.000}{5.000.000} = 6 \text{ años}$$

Así pues:

Vida media años)	6
	72 meses
Vencimiento medio	01-01-2017

En el **préstamo 2** el cálculo se realiza a través de las 20 cuotas de amortización, multiplicando cada una de ellas por el número de periodos (trimestres) que transcurren hasta el vencimiento de cada una, de acuerdo con la siguiente tabla:

Trimestres	Fechas	Amortización	Trimestres × Amortiz.
0	01-10-2015		
1	01-01-2016	47.666,45	47.666,45
2	01-04-2016	47.904,78	95.809,57
3	01-07-2016	48.144,31	144.432,92
4	01-10-2016	48.385,03	193.540,12
5	01-01-2017	48.626,95	243.134,77
6	01-04-2017	48.870,09	293.220,54
7	01-07-2017	49.114,44	343.801,08
8	01-10-2017	49.360,01	394.880,10
9	01-01-2018	49.606,81	446.461,31
10	01-04-2018	49.854,85	498.548,47
11	01-07-2018	50.104,12	551.145,33
12	01-10-2018	50.354,64	604.255,70
13	01-01-2019	50.606,41	657.883,39
14	01-04-2019	50.859,45	712.032,25
15	01-07-2019	51.113,74	766.706,16
16	01-10-2019	51.369,31	821.909,00
17	01-01-2020	51.626,16	877.644,71
18	01-04-2020	51.884,29	933.917,22
19	01-07-2020	52.143,71	990.730,52
20	01-10-2020	52.404,43	1.048.088,60
<b>Total .....</b>		<b>1.000.000,00</b>	<b>10.665.808,20</b>

$$\text{Vencimiento medio} = \frac{10.665.808,20}{1.000.000} = 10,666 \text{ trimestres}$$

Resumiendo:

Vida media trimestres)	10,666
	32 meses
Vencimiento medio	01-05-2018

Por último, en el **préstamo 3**, al haber un único pago la vida media coincide con el momento donde este tiene lugar (año 5). No obstante, se puede calcular la misma tabla que en los casos anteriores:

Años	Fechas	Amortización	Años × Amortización
0	01-01-2016		
1	01-01-2017	0	0
2	01-01-2018	0	0
3	01-01-2019	0	0
4	01-01-2020	0	0
5	01-01-2021	2.500.000	12.500.000
<b>Total .....</b>		<b>2.500.000</b>	<b>12.500.000</b>

$$\text{Vencimiento medio} = \frac{12.500.000}{1.000.000} = 5 \text{ años}$$

Por tanto:

Vida media años)	5
	60 meses
Vencimiento medio	01-01-2021

Finalmente, el vencimiento medio de la cartera de préstamo será la media ponderada de los diferentes vencimientos medios, tomando como coeficiente de ponderación el importe de cada préstamo:

Préstamo	Importe	Vencimiento medio
P. 1 Lineal .....	5.000.000	72 meses
P. 2 Francés .....	1.000.000	32 meses
P. 3 Simple .....	2.500.000	60 meses
<b>Total .....</b>	<b>8.500.000</b>	

$$\text{Vencimiento medio ponderado} = \frac{5.000.000 \times 72 + 1.000.000 \times 32 + 2.500.000 \times 60}{8.500.000} =$$

$$= 63,76 \text{ meses}$$