

- **El resultado financiero en el IS. Dividendos y plusvalías de cartera. Requisitos (II).** *Eduardo Sanz Gadea*
- **Entidad patrimonial en el nuevo IS.** *Francisco J. Magraner Moreno*
- **Gastos no deducibles: intereses de demora tributarios.** *Alicia Villegas Moreno*
- **Artículo 42.2 LGT: la valoración de los bienes ocultados.** *Manuel Santolaya Blay*
- **Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges.** *Francisco José Cañal García*
- **Actividad empresarial versus actividad profesional.** *Esaú Alarcón García*
- **La comprobación como regularización íntegra del obligado.** *Javier Bas Soria*
- **Contabilidad y fiscalidad tras los Planes Contables del 2007.** *Elena Fernández y Antonio Martínez*
- **NIA-ES 560. Hechos posteriores al cierre.** *Jesús García Álvaro*
- **NIA-ES 570. Empresa en funcionamiento.** *Jesús García Álvaro*
- **Caso práctico de Técnicos de Hacienda.** *Javier Romano y José Tovar*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Junio 2015 – Número 387

PRESIDENTE EJECUTIVO

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

DIRECTOR

Alejandro Blázquez Lidoy (*Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos. Auditor de Cuentas*)

COORDINADORES

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

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

CONSEJO ASESOR

María José Aguiló García (*Socia responsable de KPMG Abogados*)

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. Consejero de la CNMV*)

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

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

Nicolás de Gaviria Fobián (*Socio del Área Fiscal Internacional de Deloitte*)

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

José Félix Gálvez Merino (*Socio de PricewaterhouseCoopers*)

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

Francisco Alfredo García Prats (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Valencia*)

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

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

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

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

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

Francisco Magraner Moreno (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Valencia*)

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

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

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

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

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

Flavia Rodríguez Ponga Salamanca (*Directora general de Seguros y Fondos de Pensiones*)

Fernando Ruiz Ruiz (*Presidente de Deloitte*)

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



www.cef.es

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

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

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

info@cef.es

902 88 89 90

REDACCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y SUSCRIPCIONES:

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

EDITA:

Centro de Estudios Financieros, S.L.

IMPRIME:

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

DEPÓSITO LEGAL:

M-1947-1981

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2015)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
144,24 € (IVA no incluido)	- Suscriptores: 16,35 € (IVA no incluido) - No suscriptores: 19,23 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com/revista-contabilidad-tributacion.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Contabilidad y Tributación* desde el número 100. Aquellos artículos que se correspondan con su periodo de suscripción los podrá obtener de forma gratuita; los anteriores a su fecha de alta en el producto tendrán un coste de 5 € + IVA por artículo, teniendo los suscriptores un descuento del 50%.

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



Correo electrónico: revistacef@cef.es

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

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conflicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

SUMARIO

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN (Comentarios y casos practicos)

Página

TRIBUTACIÓN

ESTUDIOS

- 61/2015** El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Requisitos (II)
The financial result for Corporate Income Tax purposes. Dividends and capital gains arising from the sale of shares. Requisites (II) 5
(Eduardo Sanz Gadea)
- 62/2015** La entidad patrimonial en el nuevo Impuesto sobre Sociedades
The «holding company» in the new Corporate Tax 39
(Francisco J. Magraner Moreno)
- 63/2015** A propósito de los gastos financieros: ¿son fiscalmente deducibles los intereses de demora tributarios?
With regard to financial expenses: are interest in arrears considered a deductible expense for Corporate Income Tax purposes? 73
(Alicia Villegas Moreno)
- 64/2015** La valoración de los bienes ocultos a los efectos del artículo 42.2 de la Ley General Tributaria
Hidden assets appraisal for the purpose of article 42.2 General Tax Act 115
(Manuel Santolaya Blay)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

- 65/2015** Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges (Análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014) 141
(Francisco José Cañal García)
- 66/2015** La producción de programas televisivos como actividad empresarial o profesional (Análisis de la SAN de 30 de enero de 2015, rec. núm. 518/2011) 149
(Esaú Alarcón García)

67/2015	El procedimiento de comprobación como procedimiento tendente a la íntegra regularización de la situación del obligado tributario (Análisis de la RTEAC de 19 de febrero de 2015, R. G. 3545/2011) ... (Javier Bas Soria)	156
----------------	---	-----

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

68/2015	La relación contabilidad-fiscalidad tras el cambio en la normativa contable española <i>The accounting-taxation relation after the change in the Spanish accounting standards</i> (Elena Fernández Rodríguez y Antonio Martínez Arias)	165
----------------	--	-----

COMENTARIOS NIA

69/2015 (a)	NIA-ES 560. Hechos posteriores al cierre <i>ISA 560. Subsequent events</i> (Jesús García Álvaro)	187
70/2015 (a)	NIA-ES 570. Empresa en funcionamiento <i>ISA 570. Going concern</i> (Jesús García Álvaro)	189

CASO PRÁCTICO

71/2015 (a)	Segundo ejercicio resuelto del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Hacienda (promoción interna) (Javier Romano Aparicio y José Tovar Jiménez)	191
-----------------------	--	-----

 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.

EL RESULTADO FINANCIERO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE CARTERA. REQUISITOS (II)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

En la primera parte del presente estudio se examinaron las rentas susceptibles de disfrutar del método de exención y aquellas otras que estaban excluidas. En esta segunda parte se abordan los requisitos para aplicar la exención.

La regulación de los requisitos adolece de una cierta complejidad. Esto se debe, principalmente, a que la norma se ha embarcado en una casuística notable, sin duda con el encomiable propósito de desalentar las maniobras tendentes a escapar de dichos requisitos y proporcionar la pertinente seguridad jurídica.

La ilustración de los comentarios de las normas correspondientes, con un conjunto de casos prácticos, se estima que ayudará notablemente a facilitar la comprensión de las mismas.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014, resultado financiero, dividendos y plusvalías de cartera y requisitos para la aplicación de la exención.

THE FINANCIAL RESULT FOR CORPORATE INCOME TAX PURPOSES. DIVIDENDS AND CAPITAL GAINS ARISING FROM THE SALE OF SHARES. REQUISITES (II)

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

In the first part of the present paper, we examined the revenues eligible for the exemption method, and those which were not. In this second stage, we tackle the required requisites to apply the referred exemption.

The requisites' regulations have a great complexity. This is due mainly to the fact that the provisions have embarked on a remarkable case study, without any doubt with the commendable purpose of deterring the operations tended to escape from the aforesaid requisites and to grant the relevant legal certainty.

The accompanying remarks about the statutory regulations, together with several case studies, are aimed at improving the better comprehension of themselves.

Keywords: Corporate Income Tax Law, Law 27/2014, financial result, dividends and capitals gains from the sale of shares and requisites for the application of the exemption.

Sumario

1. Requisitos para disfrutar del régimen de exención
 - 1.1. Requisito de participación significativa mantenida establemente
 - 1.1.1. Dividendos y participaciones en beneficios
 - 1.1.2. Rentas positivas derivadas de la transmisión
 - 1.2. Requisito de tributación de la entidad participada
 - 1.2.1. Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades
 - 1.2.2. La tributación nominal mínima
 - 1.2.3. Especialidades del requisito de tributación en las rentas derivadas de la transmisión
 - 1.3. Los requisitos y la normativa comunitaria
 - 1.3.1. La Directiva matriz-filial
 - 1.3.2. La Directiva de fusiones y operaciones asimiladas
 - 1.3.3. Libertades comunitarias
 - 1.3.4. Impacto de los requisitos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto y ha realizado valiosas sugerencias. Los errores que pudieren existir son de la exclusiva responsabilidad del autor.

1. REQUISITOS PARA DISFRUTAR DEL RÉGIMEN DE EXENCIÓN

La exención se proyecta únicamente sobre las rentas procedentes de las denominadas por el preámbulo de la Ley 27/2014 *participaciones significativas* mantenidas con carácter estable, a condición de que las entidades participadas, cuando no son residentes en territorio español, hayan soportado un nivel nominal mínimo de tributación. Inversamente, las rentas derivadas de participaciones no significativas sufrirán doble imposición.

Ahora bien, calificándose legalmente como participaciones significativas, además de las que confieren un 5 % sobre los fondos propios, aquellas cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros, la eliminación de la doble imposición económica queda, en términos cuantitativos absolutos, confinada al ámbito de los grandes patrimonios financieros, impresión esta que se refuerza si, además, se toma en consideración que, respecto de las personas físicas, la Ley 26/2014 ha suprimido la exención de los 1.500 primeros euros para los dividendos y participaciones en beneficios [antiguo art. 7 y) de la Ley 35/2006].

Así, las personas físicas titulares de grandes patrimonios financieros podrán cobijarlos en entidades jurídicas y disfrutar de la exención. Ciertamente, cuando estas entidades distribuyan los dividendos a sus socios, personas físicas, se devengará la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero no es difícil pronosticar que esa distribución será reducida, en términos relativos, en la generalidad de los casos. Se atisba, por tanto, un régimen fiscal de efectos prácticos similares al de los partícipes de las sociedades de inversión de capital variable.

Salvo error u omisión, no existen antecedentes en los países de nuestro entorno de un régimen de exención de dividendos y plusvalías de cartera en el Impuesto sobre Sociedades que adopte como requisito el valor de adquisición de la participación, si se exceptúa Francia que exime las plusvalías de cartera, pero no los dividendos, para valores de adquisición superiores a 22,8 millones de euros, a condición de que la participación permita ejercer control o influencia sobre la entidad participada¹.

Seguramente, la concesión de la exención de dividendos y plusvalías de cartera sobre la base del valor de adquisición de 20 millones de euros suscitará preocupaciones desde la perspectiva del principio de igualdad, máxime cuando la desaparición de la deducción parcial del artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) provocará un efecto inmediato de doble imposición para participaciones cuyo valor de adquisición sea inferior a 20 millones de euros y que no otorguen un porcentaje de participación del 5 %, y cuando, como se ha indicado, los dividendos percibidos por personas físicas se someten plenamente a doble imposición.

¹ *European Tax Handbook* (2014).

Los dos requisitos aludidos se predicen respecto de todas las rentas susceptibles de acogerse a la exención. Es útil resaltar este aspecto, por cuanto tales requisitos están definidos en el apartado 1 del artículo 21, el cual comienza anunciando que *estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios*, lo que podría provocar la falsa impresión de que los requisitos versan exclusivamente sobre ese tipo de rentas, la cual se disipa cuando, respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el apartado 3 de dicho precepto efectúa una remisión a los requisitos contenidos en el apartado 1, sin perjuicio de las matizaciones o especialidades contenidas en el propio apartado 3.

1.1. REQUISITO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA MANTENIDA ESTABLEMENTE

El requisito de participación significativa está muy extendido, por más que su justificación técnica sea discutible.

En este sentido, un reciente informe de una comisión nombrada al efecto por la autoridad fiscal noruega² ha propuesto, en relación con el requisito de participación significativa, pura y simplemente, su eliminación. Inversamente, la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario ha propuesto que *debería transformarse la actual deducción en la cuota para evitar la doble imposición interna en una exención que solo se aplicaría cuando el porcentaje de participación fuese, al menos, del 5 por 100 armonizándose de esta forma con los regímenes vigentes –exención y deducción en la cuota– para evitar la doble imposición internacional*³.

Gran parte de la indudable complejidad que anida en el artículo 21 se debe, como antes ha quedado apuntado, a los requisitos de aplicación de la exención, tanto al de participación significativa como al de tributación de la entidad participada, cuando esta no reside en territorio español.

Aun cuando el requisito de participación significativa es común para dividendos y plusvalías de cartera, es conveniente examinarlo separadamente para los dos tipos de renta.

1.1.1. Dividendos y participaciones en beneficios

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 a), la participación significativa se caracteriza porque *el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Este requisito, tratándose de dividendos y participaciones en beneficios, debe cumplirse *de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea*

² Official Norwegian Report. Capital Taxation in an International Economy (2014).

³ Página 203.

exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.

El carácter significativo de la participación es un rasgo tradicional de la legislación española relativa a la eliminación de la doble imposición de dividendos, pero carece de un fundamento técnico convincente, puesto que la doble imposición se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación. El carácter estable también es un rasgo tradicional de la eliminación de la doble imposición económica, pero su fundamento técnico también es débil, por cuanto el dividendo, en todo caso, procede de un beneficio que ha tributado.

En aquellos diseños normativos que permiten la plena integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, el elemento temporal opone un cierto obstáculo al denominado lavado del dividendo (percepción de dividendo exento y generación de una renta negativa como consecuencia de la disminución de valor de la participación) pero cuando, como sucede en el diseño de la Ley 27/2014, el dividendo exento aminoradora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, el lavado no se presenta, amén del freno que supone la normativa contable, en cuanto a tenor de la misma el dividendo que se inscribe en la operación de lavado es de aquellos que debieran contabilizarse aminorando el valor de la inversión financiera.

Con todo, tanto el carácter significativo como estable de la participación responden, como se ha indicado, a la tradición legislativa española y, al tiempo, encajan dentro de las restricciones permitidas por la Directiva matriz-filial, si bien, como es sabido, el antiguo TRLIS concedía una deducción parcial para dividendos internos procedentes de participaciones no significativas y/o fugaces (art 30.1 TRLIS).

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida por parte de otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. No se trata de que el tiempo de tenencia se mida tomando en consideración el grupo mercantil en su conjunto, sino de acumular tiempos pretéritos transcurridos en otra u otras entidades del grupo mercantil respecto de la participación de la que dimana el dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que una participación significativa mantenida por más de un año por una entidad de grupo no habilita el cumplimiento del tiempo de tenencia a favor de otra u otras entidades del propio grupo que mantengan otras participaciones significativas de la misma naturaleza.

EJEMPLO 1

Grupo constituido por las entidades A, B, y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y otra de 6 millones adquirida en marzo de 2014; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015; D distribuye un dividendo en julio de 2015.

.../...

.../...

A cumple el requisito de mantenimiento; B también puesto que acumula en la adquisición de 18 millones el tiempo de A; C no cumple el requisito de mantenimiento.

El porcentaje de participación o el valor de adquisición deben cumplirse tomando en consideración exclusivamente las circunstancias de la participación de la entidad preceptora del dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que carece de relevancia la participación que otra u otras entidades del grupo mercantil puedan tener sobre la entidad participada, a menos que den pie a la participación indirecta.

EJEMPLO 2

Grupo constituido por las entidades A, B, C; las tres entidades participan en la entidad D, en porcentajes y valor de adquisición de: 4 % y 21 millones (A); 0,8 % y 4 millones (B); 0,4 % y 2 millones (C).

Solamente cumple el requisito de participación significativa la mantenida por A. La agrupación de todas las participaciones en una sola entidad supondría el cumplimiento del requisito de participación significativa, plenamente.

1.1.1.1. *Cálculo de la participación indirecta*

El porcentaje del 5 % puede conformarse mediante la suma de un porcentaje de participación directo y otro indirecto.

EJEMPLO 3

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 2 % sobre C, que tiene una participación del 70 % sobre B.

La participación, directa e indirecta, de A en B es: $4 \% + 1,4 \% (2 \%/70 \%) = 5,4 \%$.

Los tramos de la cadena de la participación indirecta no están limitados, de aquí que, en ciertos casos, la entidad que desee aplicar la exención pueda tener dificultades en la determinación del porcentaje de participación indirecta, máxime si alguno de los tramos no es suficiente para deparar una influencia significativa.

EJEMPLO 4

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 3 % sobre C, que tiene una participación del 100 % sobre B. Tres días antes del vencimiento del plazo de tenencia del año C transmite el 70 % de la participación en B.

La participación directa e indirecta de A en B es: $4 \% + 0,9 \% (3 \% / 30 \%) = 4,9 \%$. Por tanto, no ha lugar a la exención.

El valor de adquisición no parece que permita una configuración directa e indirecta, aun cuando podría sostenerse lo contrario, tomando en consideración el resultado de multiplicar el porcentaje de participación sobre la entidad intermedia por el valor de adquisición de su participación en la entidad que distribuye el dividendo.

EJEMPLO 5

A tiene sobre B una participación cuyo valor de adquisición es 12 millones pero, a su vez, participa en el 20 % de C que tiene una participación de 70 millones sobre B, de manera que la participación de A en B es: $12 \text{ (directa)} + 14 (20 \% / 70, \text{ indirecta}) = 26 \text{ millones}$.

Con todo, esta interpretación debe ser contemplada con cautela.

1.1.1.2. *Préstamos participativos*

¿Está supeditada la exención de los intereses de los préstamos participativos intragrupo al requisito de participación significativa?

Al requisito del 5 % en *el capital o los fondos propios* parece que no, por cuanto ningún activo financiero representativo de un préstamo participativo da derecho a participar en los fondos

propios. La subordinación del interés, ya sea en su cuantía o en su percepción a la existencia de resultados positivos de la entidad prestataria no transforma al préstamo participativo en un componente de los fondos propios. Nótese que los fondos propios forman parte, junto a otras partidas, del patrimonio neto, de manera tal que no todas las partidas del patrimonio neto son fondos propios. Además, los préstamos participativos no forman parte, por esencia, del patrimonio neto, por más que tengan esa consideración a efectos de la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución.

Más dudoso es el requisito del *valor de adquisición de la participación*, por cuanto podría sostenerse que el préstamo participativo ha de tener un importe mínimo de 20 millones de euros. Nótese, sin embargo, que la palabra *participación* no es apropiada para referirse al activo financiero que deriva de un préstamo participativo.

1.1.1.3. La general irrelevancia de la naturaleza de la renta subyacente

La exención de los dividendos, no así la de las plusvalías, no está condicionada a la clase de actividad, composición del activo, lugar de realización de las inversiones o actividades, o naturaleza de las rentas obtenidas por la entidad participada.

La innovación normativa ha sido importante en relación con los dividendos de fuente extranjera, pues la exención de la que venían disfrutando desde el Real Decreto-Ley 3/2000 estaba supeditada a que las rentas de la entidad participada no fueran de aquellas *susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional* (art. 21.1.1.º TRLIS). Por el contrario, en relación con los dividendos de fuente interna no hay innovación, ya que la naturaleza de la renta obtenida por la entidad participada residente siempre ha sido indiferente, incluso desde los pretéritos tiempos del TRLIS de 1967.

La política del legislador del año 2000, en relación con los dividendos de fuente extranjera, se caracterizaba, en líneas generales, por aplicar el método de exención a los procedentes de rentas empresariales, y el método de imputación a los procedentes de rentas pasivas o no empresariales. La del legislador del año 2014, siguiendo en este punto la recomendación de la Comisión de Expertos, se caracteriza por aplicar el método de exención cualquiera que sea la naturaleza de las rentas subyacentes.

Quienes, básicamente por motivos de la normativa comunitaria, postulen la igualdad plena entre los dividendos nacionales y los extranjeros, aplaudirán la decisión del legislador de 2014, pero no harán lo mismo quienes entiendan, de una parte, que la normativa comunitaria no obliga a la igualdad a ultranza, y de otra, que no es prudente aplicar la exención a dividendos que proceden de rentas pasivas, ya que pudiera fomentar la deslocalización de las mismas.

EJEMPLO 6

La entidad A participa en el 25 % sobre la entidad B, residente en país con convenio para evitar la doble imposición, cuyo beneficio proviene de inversiones en obligaciones emitidas por compañías cotizadas, que disfruta de un régimen fiscal privilegiado (bonificación sobre ingresos de obligaciones cotizadas), aun cuando no ha debido ser desmantelado por no incurrir en las características que lo califican como perjudicial según los criterios de la OCDE y del Código de Conducta.

En este supuesto, la exención provoca un caso muy similar a los calificados como deducción y no ingreso por el documento de híbridos de la OCDE⁴. En efecto, los intereses serán fiscalmente deducibles en sede de las entidades emisoras de las obligaciones, la entidad perceptora tributará simbólicamente sobre la renta inherente a los mismos y los dividendos distribuidos con cargo a la misma podrán disfrutar de exención. Los ejemplos podrían multiplicarse, atendiendo a la naturaleza de los activos (marcas, patentes, propiedad intelectual, arrendamientos no empresariales...). Nótese que buena parte de esas rentas podrán ampararse en los regímenes fiscales conocidos como *patent box*, consistentes en privilegiar fiscalmente la renta de activos intangibles relacionados con la propiedad industrial, intelectual, comercial y asimilados, pues las rentas pagadas serán gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad que utiliza los activos, tributarán simbólicamente en la entidad perceptora, y los dividendos distribuidos con cargo a las mismas podrán disfrutar de exención.

⁴ Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.

1.1.1.4. La particular relevancia de la naturaleza de la renta subyacente

Sin embargo, a los efectos de aplicar el requisito de participación significativa, el párrafo tercero del artículo 21.1 a) de la LIS establece una norma especial, para el caso en que la entidad de la que procede el dividendo *obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos*, a cuyo tenor el contribuyente deberá poseer, además de la participación significativa en la entidad que distribuye el dividendo, *una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra*. Las entidades aludidas son aquellas de las que proceden los ingresos financieros y beneficios extraordinarios mencionados.

1.1.1.4.1. La regla de composición relativa de ingresos

Esta regla especial, o regla de composición relativa de ingresos, opera a modo de requisito adicional que se exige para configurar la participación significativa. El supuesto de hecho consis-

te en que la entidad que distribuye el dividendo nutre sus ingresos de dividendos o plusvalías de cartera en una proporción elevada, 70 %, y el mandato es que la exención sobre dicho dividendo no procederá a menos que concurra en la participación mantenida con carácter indirecto por la entidad perceptora del dividendo, el requisito de porcentaje de participación del 5 % o, con ciertas dudas, del valor de adquisición de 20 millones de euros.

El supuesto de hecho responde a la relación existente entre las magnitudes descritas en la norma, cuya dimensión se advierte a través de su reflejo contable.

Como ingresos, en el denominador, habrá de tomarse la totalidad de los mismos, esto es, no solo el importe neto de la cifra de negocios, sino también los ingresos accesorios, las subvenciones y otros ingresos no recurrentes, así como la variación de existencias, y todos los de carácter financiero. En efecto, la norma se refiere a los *ingresos*, por tanto a todos los ingresos, y no solamente a la partida contable del *importe neto de la cifra de negocios*, o a los ingresos derivados de actividades económicas.

Como dividendos y participaciones en beneficios, y rentas derivadas de la transmisión de valores, en el numerador, habrá que tomar aquellas de esta naturaleza que se hayan contabilizado como partidas del resultado financiero.

La entidad concernida puede ser residente en el extranjero, de manera tal que sus estados financieros podrán responder a criterios contables distintos de los españoles, esto es, de los previstos en el Plan General de Contabilidad. En tal caso lo pertinente sería efectuar los ajustes de adecuación, por más que la norma no lo prevea, a los efectos de alcanzar la oportuna homogeneidad.

Una vez constatado que la relación precitada ha rebasado el umbral del 70 %, cumple examinar si la entidad preceptora del dividendo tiene una participación indirecta como la establecida en el párrafo primero del propio artículo 21.1 a), siendo oportuno recordar que en dicho párrafo se contemplan dos modalidades de participación.

EJEMPLO 7

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20 %/30 %) sobre C, y en el 3,6 % sobre D (20 %/18 %), de manera que el requisito de participación indirecta del 5 % se cumple solo respecto de una

.../...

.../...

de las entidades participadas indirectamente. Por tanto, el dividendo que A perciba de B podrá disfrutar de exención, pero solo en la parte imputable al dividendo percibido por B de D. Más adelante se propone un ejemplo relativo a la determinación de la parte exenta.

Nótese que el requisito de participación indirecta está literalmente referido de manera indistinta al porcentaje o al valor de adquisición, por más que respecto de este último pueda surgir una duda fundada en relación con su capacidad lógica de adoptar una expresión indirecta.

EJEMPLO 8

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60, siendo el valor de adquisición de la participación 120; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20 %/30 %) sobre C, y respecto de D tiene una participación cuyo valor de adquisición indirecto es 24 millones (120/20 %). Por tanto, bajo esta interpretación amplia y, desde luego, sujeta a notable incertidumbre, de la participación indirecta, A tendría derecho a la exención respecto de la totalidad del dividendo percibido de B.

En fin, el caso precedente se resolvería en sentido adverso a la exención si la interpretación pertinente debiera ser que la participación indirecta solo cabe en términos porcentuales.

Las dos interpretaciones que se vienen barajando cuentan con apoyaturas. La de carácter amplio está respaldada por propia configuración alternativa del requisito definitorio de la participación significativa. La de carácter estricto, por la contextura lógica del carácter indirecto de la participación.

La entidad directamente participada puede, a su vez, ostentar participaciones indirectas. En tal caso, *la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*. Por tanto, en tal supuesto, el contribuyente deberá poseer una participación indirecta configurada mediante la multiplicación de tantos de participación del 5 %, siendo absolutamente irrelevante el valor de adquisición de las participaciones concernidas. No obstante, esta participación indirecta del 5 % no se exige en relación con las filiales que formen

parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados.

EJEMPLO 9

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40; C participa en el 50 % sobre E, y todos sus ingresos son los dividendos distribuidos por E.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20 %/30 %) sobre C, en el 3,6 % sobre D (20 %/18 %), y en el 3 % (20 %/30 %/50 %) sobre E. Por tanto, el dividendo que A perciba de B no podrá disfrutar en su totalidad de exención, por cuanto no se cumple la condición de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*.

El requisito de participación indirecta puede cumplirse parcialmente, esto es, cumplirse respecto de unas entidades y no cumplirse respecto de otras. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos*.

Esta regla, bien se comprende, está supeditada a que el umbral del 70 % deba operar. En tal caso, el dividendo percibido debe ser, a efectos de aplicar la exención, dividido en la forma descrita.

EJEMPLO 10

La entidad A participa en el 6 % en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90 % de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30 % de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70 \%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6 %/90 %), y sobre D es 1,8 % (6 %/30 %).

Parte del dividendo exenta: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

1.1.1.4.2. Incidencia de las relaciones de grupo mercantil

Bien se comprende que el contribuyente ha de contar con la colaboración activa de la entidad directamente participada para saber si concurren en su participación las circunstancias mencionadas, y esta, a su vez, deberá disponer de información hasta los niveles ulteriores. La tarea puede ser engorrosa, más todavía si el dividendo se distribuye con cargo a reservas, en cuyo caso es preciso identificar los beneficios de los que se nutrió la reserva, entendiéndose distribuida la reserva designada en el *acuerdo social*, considerándose, en su defecto, distribuidas *las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*, si bien dos normas relativas a la existencia de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio están llamadas a aliviarla. Además, lo que podríamos denominar una cláusula de escape, basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, enerva la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

Por la primera, cuando la entidad directamente participada sea dominante de un grupo mercantil y formule cuentas anuales consolidadas, el porcentaje de ingresos *se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio*. La literatura legal convoca a una relación ingresos por dividendos/resultado consolidado, pero una interpretación correctiva llevaría a relación ingresos por dividendos/ingresos consolidados, a los efectos de respetar la debida homogeneidad.

EJEMPLO 11

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40. B es entidad dominante de un grupo mercantil, siendo su resultado consolidado 190 y sus ingresos consolidados 320.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/320 < 70 \%$.

Como se ha indicado, la lógica apunta hacia la segunda relación, pero la letra de la norma lo hace hacia la primera.

Por la segunda, el requisito de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*, queda exceptuado cuando las entidades concernidas *reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados*. No es necesario que la entidad directamente participada sea la dominante del grupo mercantil, sino que basta con que forme parte del mismo.

EJEMPLO 12

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 60 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 52 %, 60; intereses 40; a su vez C y D obtienen todos sus ingresos de E, en la cual participan cada una de ellas al 50 %, y E percibe todos sus ingresos mediante dividendos de F, en la que participa en el 53 %. El resultado consolidado es 190 y los ingresos consolidados 192.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/192 > 70 \%$.

El requisito de porcentaje mínimo del 5 % no se cumple, pero queda exceptuado por el hecho de que todas las entidades forman parte del mismo grupo que B.

1.1.1.4.3. La cláusula de escape

Además del alivio proporcionado por la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, lo que podríamos denominar como «cláusula de escape», basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, excluye la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

La cláusula de escape opera para enervar los efectos de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada. En efecto, la misma no resultará de aplicación *cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.*

La cláusula de escape está construida bajo el entendimiento de que el dividendo percibido se ha nutrido de otro dividendo o plusvalía de cartera, ya sea obtenido por la entidad directamente participada o por otra indirectamente participada. Bajo ese entendimiento produce el efecto de inaplicación de la regla especial relativa a la composición de los ingresos, cuando concurre la prueba de la tributación de esos dividendos o plusvalías de cartera. La lógica que anima a la cláusula de escape es que la tributación del dividendo o la plusvalía de cartera en cuestión amerita que no opere la exclusión de la exención por causa de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada.

La cláusula de escape opera, consecuentemente, después de las dos reglas relativas a la incidencia de las relaciones de grupo mercantil.

Por tanto, cuando los dividendos proceden de una entidad en la que el peso de dividendos y plusvalías de cartera supera el 70 %, y el perceptor de los mismos no posee una participación indirecta en las entidades de las que tales ingresos proceden que reúna las características del primer párrafo del artículo 21.1 a), ni medie la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, se aplicará la exención bajo la prueba de integración en la base imponible de los dividendos o plusvalías de cartera y la no aplicación de un método para eliminar la doble imposición.

El supuesto de hecho de la cláusula de escape se compone de dos elementos, a saber, integración en la base imponible, y no disfrute de un método de eliminación de la doble imposición, cualquiera que sea su modalidad. Estos dos elementos pueden cumplirse tanto en la entidad directamente participada como en cualquiera de las indirectamente participadas, y van referidos tanto a las entidades residentes en territorio español como en el extranjero.

La integración en la base imponible implica que la renta en cuestión haya computado para determinar la base de cálculo del impuesto, aun cuando ello no implicase una tributación efectiva, sea por mediar la compensación de bases imponibles negativas o por la concurrencia de beneficios fiscales exorbitantes, o solamente supusiese una tributación efectiva ínfima motivada, entre otras técnicas, por un tipo de gravamen reducido o por bonificaciones. Habrá, ciertamente, supuestos de calificación dudosa, como pueden ser todos aquellos en los que haya habido integración de la renta en la base imponible, pero esta, en su conjunto, es objeto de una reducción, como puede ser el caso de constitución de reservas libres de impuestos o exenciones de carácter parcial.

El segundo elemento de la cláusula de escape concurre cuando, una vez integrada la renta afectada en la base imponible, dicha renta no ha motivado la aplicación de un método para eliminar la doble imposición. Se trata, pues, de un hecho negativo, consistente en la ausencia de exención o de deducción para eliminar la doble imposición, en relación con los dividendos o plusvalías de cartera.

La norma se refiere a *un régimen de exención o deducción*, sin especificar ninguna otra característica. Por tanto, la presencia de un régimen de exención parcial, por liviano que sea, frustrará la concurrencia del elemento negativo, como también lo hará un régimen de deducción en la base imponible, aun cuando sea parcial, y, por supuesto, un régimen de deducción en la cuota propio del método de imputación, aun cuando sea parcial. Sin embargo, la deducción en la cuota de una retención no lo hará, pues la doble imposición que se contempla es, inequívocamente, la económica.

EJEMPLO 13

La entidad A participa en el 6 % en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90 % de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30 % de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades

.../...

.../...

económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, sin disfrutar de un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70 \%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6 %/90 %) y sobre D es 1,8 % (6 %/30 %).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de B sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

En el ejemplo propuesto, la tributación del dividendo se ha producido en sede de la entidad directamente participada, pero la cláusula de escape también permite que la tributación se produzca en sede de una entidad indirectamente participada, sin distinción de nivel.

EJEMPLO 14

La entidad A participa en el 6 % en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90 % de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30 % de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, pero han disfrutado de un método para eliminar la doble imposición económica. No obstante, los dividendos percibidos de D proceden, a su vez, de dividendos percibidos por D de la entidad E, y se han integrado en la base imponible de D sin mediar un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70 \%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6 %/90 %) y sobre D es 1,8 % (6 %/30 %).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de E sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

Es importante advertir de que la cláusula de escape no exige que el beneficio del que proviene el dividendo haya tributado. La cláusula de escape se fija en la tributación del dividendo, sea en sede de la entidad directamente participada o de alguna entidad indirectamente participada.

La tributación del beneficio del que procede el dividendo no es indiferente al método de exención, pero, como más adelante se verá, esta materia es objeto de la letra b) del artículo 21.1, y solo afecta a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español.

1.1.1.4.4. La lógica de la regla especial de composición de ingresos

Las reglas que han de aplicarse cuando los dividendos y plusvalías de cartera rebasan el 70 % de los ingresos de la entidad participada que distribuye el dividendo tienen por objeto evitar que, mediante la interposición de una entidad, el requisito de participación significativa quede burlado. Así, una participación que no cumpla el requisito de participación significativa (5 % o 20 millones) podría situarse en sede de una entidad intermedia sobre la que se participa en más del 5 %, a los solos efectos de disfrutar de la exención. Se objetará que con eso nada logra el contribuyente puesto que en la entidad intermedia no habría lugar a la exención, lo cual es cierto, pero también lo es que esa objeción no es predicable respecto de entidades residentes en el extranjero que disfruten de exención bajo un requisito de participación más liviano que el español, y también lo es que la entidad intermedia podría servir de aglutinante de varias participaciones para alcanzar el 5 % o los 20 millones de euros.

Bajo el TRLIS se realizaron algunas agrupaciones de esa guisa, básicamente en relación con participaciones sobre entidades cotizadas y de ahí, tal vez, la reacción del legislador de la Ley 27/2014.

Toda vez que es posible acceder a la exención con un valor de adquisición de 20 millones de euros, esas argucias de agrupación, si lo fueron, aunque concebibles, han perdido buena parte de su sentido práctico, y por lo que se refiere al flanco de la entidad instrumental intermedia extranjera en régimen de exención-participación benévolo, quedará superado y resuelto, en buena parte de los casos, a través del régimen de la transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la Ley 27/2014.

Con todo, una vez que se decide aplicar la exención exclusivamente para las rentas derivadas de participaciones significativas, la regla especial de composición de ingresos no carece de fundamento lógico, en cuanto destinada a la protección de ese requisito de participación significativa. Cuestión distinta es que lo tenga que reservar la exención a ese tipo de participaciones. La tradición legislativa del Impuesto sobre Sociedades demuestra que la exención, al menos en sentido pleno, siempre se ha limitado a las participaciones significativas. Lo mismo acontece en relación con los convenios bilaterales que han establecido el método de exención, y con la Directiva matriz-filial.

La regla especial de composición de ingresos opera de manera radical. Cuando concurre el supuesto de hecho en que está basada, la exención se pierde totalmente. Unas décimas deci-

den el tránsito de la exención plena al gravamen total. Por esta razón, conviene tener muy en cuenta su impacto.

Así, es preferible mantener una posición inversora financiera individual directa cuando excede de 20 millones de euros, que hacerlo a través de una entidad dedicada a la gestión de inversiones financieras. En efecto, esta entidad podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 15

La entidad A debe decidir si realiza una inversión directa de 25 millones en bolsa, o toma una participación del 10 %, por ese mismo importe, sobre una entidad que realiza inversiones directas en bolsa.

La opción fiscal más ventajosa es realizar la inversión directa, pues realizarla a través de la entidad intermedia acarrea la pérdida de la exención, habida cuenta de la composición de los ingresos de la misma.

La conclusión precedente también es válida si la inversión se realiza a través de una institución de inversión colectiva, pues los dividendos distribuidos por la misma, así como las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación, no tienen derecho a la exención.

Por la misma razón, no es conveniente agrupar en una entidad las participaciones que un conjunto de entidades tiene sobre otra entidad, ya que esta última podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 16

Las entidades A, B y C tienen participaciones en la entidad D por valor de 25, 30 y 35 millones de euros, siendo útil para su finalidad de influir en la gestión de la misma agruparlas en la entidad E, la cual pasaría a tener el 6 % de D.

La entidad D tendría una composición de ingresos que determinaría la pérdida de la exención para los dividendos que ella distribuyera.

Si la lógica de la regla de composición de los ingresos es evitar que el requisito de participación significativa pueda ser burlado, no se comprende bien la lógica de la cláusula de escape ¿Por qué la integración del dividendo o de la plusvalía de cartera en la base imponible ha de enervar la aplicación de una regla que no está dirigida a exigir una tributación de las entidades participadas sino a proteger la contextura significativa de la participación sobre ellas?

1.1.2. Rentas positivas derivadas de la transmisión

El requisito de participación significativa también debe cumplirse en relación con las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación. Como se ha indicado anteriormente, el apartado 3 del artículo 21 concede la exención respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, *cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo*.

Tratándose del dividendo o la participación en beneficios, las circunstancias determinantes del cumplimiento del requisito de participación significativa necesariamente van referidos a la participación poseída, pues no hay otra alternativa, pero tratándose de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación podrían predicarse tanto de la participación transmitida como de la poseída antes de la transmisión.

La lógica de la participación significativa apunta a que aquellas circunstancias deban referirse a la participación poseída, no a la transmitida.

EJEMPLO 17

La entidad A adquirió en 2010 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 64 millones en 2015 y 19 millones en 2016.

Cumple el requisito la transmisión de 64 millones, pero no la de 19 millones.

Esta configuración del requisito de participación determina un tratamiento diferente según la cadencia de los actos de transmisión. En efecto, si se transmite la participación de una sola vez la exención será plena, pero si se hace en dos o más puede no serlo.

El requisito de participación significativa *deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión*. Por tanto, el tiempo de tenencia del año habrá que referirlo a ese día, sin que sea relevante el tiempo posterior, a diferencia de lo que acontece respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 18

La entidad A adquirió en marzo de 2015 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 61 millones en diciembre de 2015, 22 millones en septiembre de 2016.

Tiene derecho a exención la transmisión de 22 millones, pero no la de 61 millones, a pesar de que se ha poseído una participación de más de 20 millones durante más de un año.

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida realizada por otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en los términos expuestos respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 19

Grupo constituido por las entidades A, B y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y de 6 millones adquirida en marzo de 2014, que transmite en abril de 2015; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015.

La transmisión realizada por B cumple con el requisito de mantenimiento, por cuanto acumula el tiempo de tenencia consumido por A, y no lo cumple la realizada por C.

Pudiera acontecer que la participación transmitida lo fuese sobre una entidad en la que más del 70 % de sus ingresos sean *dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades*.

Es dudoso que la regla de composición del ingreso se aplique respecto de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación. La literatura legal podría amparar una interpretación afirmativa, pues la regla referida forma parte de la *letra a) del apartado 1*. Sin embargo, la textura de dicha regla podría llevar a una interpretación negativa. En efecto, no parece adecuada para ser aplicada respecto de rentas que no son pagadas por la entidad participada.

1.2. REQUISITO DE TRIBUTACIÓN DE LA ENTIDAD PARTICIPADA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 b), cuando el dividendo procede de una entidad residente en el extranjero, la exención está supeditada a que *la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten.*

1.2.1. Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades

El requisito de sujeción y no exención por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades es tradicional en la legislación española. Puesto que la exención trata de superar la doble imposición, esa sujeción y no exención es de todo punto lógica. En efecto, en otro caso no se presentaría el supuesto de doble imposición.

El requisito de tributación nominal mínima, por el contrario, es de nuevo cuño.

El tercer párrafo del artículo 21.1 b) establece que *se considerará cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.*

Esta regla ya estaba presente en el antiguo artículo 21 del TRLIS si bien, naturalmente, referida al requisito previsto en aquella norma que, como se recordará, estaba constreñido a la sujeción y no exención a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades. Ahora, el requisito se ha enriquecido, ya que se le ha añadido que ese impuesto debe tener un tipo nominal de, al menos, el 10%, y ello plantea la duda de si la presencia del convenio cumple la función de otorgar la calificación de idéntico o análogo al impuesto de que se trate, o también la de dar por cumplido que el tipo nominal de gravamen no es inferior al 10%.

La literalidad de la regla apunta hacia la función más amplia, pues su mandato consiste en que *se considerará cumplido este requisito*, y el requisito es único, esto es, sujeción y no exención a un impuesto idéntico o análogo que tenga un tipo nominal de tributación no inferior al 10%. Esta interpretación, sin embargo, no es satisfactoria, pues depararía dar por cumplido el requisito ante la evidencia de una tributación nominal inferior al 10%.

Si es fácil advertir la lógica de la presencia del convenio a los efectos de calificar la concurrencia de la nota de impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades, pues no en vano el convenio contiene una relación de los impuestos respecto de los que se aplica, no lo es, inversamente, a los efectos de dar por cumplida la tributación nominal mínima, cuando la evidencia señala lo contrario. En suma, si el tipo de gravamen nominal es inferior al 10%, la existencia del convenio no debería validar el cumplimiento del requisito del artículo 21.1 b).

Cuestión distinta es que en el propio convenio se haya previsto la exención de los dividendos. En tal caso, habrá que atenerse a lo en él establecido.

El artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014 también ha tomado del artículo 21 del TRLIS que se tendrán por impuestos idénticos o análogos al Impuesto sobre Sociedades, *aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier elemento indiciario de aquella.*

Lo relevante es la finalidad del tributo, con independencia de la magnitud que se tome como base de cálculo de la cuota tributaria. Con esta fórmula amplísima se diluyen las controversias acerca de la naturaleza del impuesto concernido, al tiempo que se da cabida a impuestos alejados del patrón fundamental de la imposición sobre el beneficio. Pero esta relajación, en el contexto del método de exención, no es relevante, por cuanto, en definitiva, dicho método está diseñado para que la tributación que prevalezca sea la del país o territorio en el que reside la entidad participada. En la práctica, únicamente no superarán el dintel las entidades residentes en países o territorios en los que no esté implantada la imposición sobre el beneficio de las empresas, pero sí lo harán aquellas que lo hagan en países o territorios que dispongan de una imposición, incluso rudimentaria, que tome como referencia la realización de actividades económicas, siempre, eso sí, que el tipo de gravamen nominal sea, al menos, del 10%.

1.2.2. La tributación nominal mínima

Es novedosa la exigencia de un tipo de tributación nominal mínimo, no inferior al 10%.

Por tipo nominal parece que debe entenderse, por contraposición con el tipo efectivo de gravamen, el establecido por la norma que regule el impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades.

La Comisión de Expertos se alarmó ante la importante cuantía que la exención de dividendos de fuente extranjera suponía en relación con el resultado contable declarado, y tras un somero análisis de Derecho comparado, recomendó *establecer un nuevo requisito consistente en que la entidad participada soporte por el impuesto extranjero una tributación mínima del 10 por 100 sobre su beneficio.* No aludió, sin embargo, la Comisión de Expertos a la función de la tributación mínima como medio para expulsar de la exención a los dividendos procedentes de entidades que tributaron en régimen privilegiado, y que, en tal condición, podían ser un estímulo para la deslocalización de actividades o el desvío de rentas.

Ahora bien, el privilegio fiscal no pivota sobre el tipo nominal de gravamen sino sobre el efectivo, de manera tal que el requisito de tributación nominal mínima, tal y como está configurado en el artículo 21.1 b), carece de efectos prácticos en relación con la deslocalización de actividades o el desvío de rentas, más todavía cuando se cierra todo resquicio a una eventual interpretación incisiva de la Administración tributaria, pues el tipo nominal no inferior al 10% no podrá ser desconsiderado por causa de la concurrencia *de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción.*

Con todo, esta relajación no es contradictoria con el método de exención, a cuyo tenor se evita la doble imposición mediante una técnica que implica aceptar como definitiva la tributación del país o territorio donde tiene su residencia la entidad de la que procede el dividendo, igualándose, de esta manera, la tributación de las entidades que operan en el territorio de la misma jurisdicción fiscal, en servicio al principio económico de neutralidad en la importación de capitales.

Lo verdaderamente importante es si la exención se aplica universalmente o se excluyen los dividendos que no proceden de beneficios derivados de la realización de actividades económicas. El artículo 21 de TRLIS exigió el requisito de realización significativa de actividades económicas por parte de la entidad participada, pero el artículo 21 de la Ley 27/2014 no ha hecho lo propio, excepto cuando la renta repatriada adopta la forma de plusvalía, como se comentará más adelante. Esta es la diferencia importante. La exigencia de un tipo nominal de gravamen no inferior al 10 % tiene, por el contrario, una importancia menor.

Ahora bien, la congruencia entre la exigencia de la tributación nominal mínima y la admisión como impuesto de naturaleza idéntica o análoga al que recae *sobre los ingresos o cualquier elemento indiciario de la renta* es dudosa. En efecto, un tipo de gravamen nominal no inferior al 10 % cuando se toman los ingresos como base de cálculo de la cuota sería exorbitante.

No existe una regla que verse sobre el caso en el que la entidad participada ha cumplido el requisito de tributación mínima en unos ejercicios pero no en otros. En su ausencia, la regla lógica es establecer una correspondencia entre dividendo y ejercicio en el que se obtuvo el beneficio del cual procede dicho dividendo. A estos efectos, el último párrafo del artículo 21.1 establece que *en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*.

Si se reparten beneficios del ejercicio la correspondencia es inmediata, pero si se reparten reservas habrá que identificar el ejercicio del que proceden los beneficios que las nutrieron, a cuyo efecto se atenderá a la reserva designada en el acuerdo social de reparto del beneficio, la cual procederá de un determinado ejercicio o ejercicios, y en caso de no efectuarse dicha designación se entenderá que han sido distribuidas las últimas cantidades abonadas a reservas, las cuales igualmente procederán de los beneficios de unos determinados ejercicios. Identificados los ejercicios, quedan determinados los tipos nominales de gravamen.

EJEMPLO 20

La entidad A, residente en un país sin convenio, distribuye en 2016 un dividendo con cargo a reservas, por importe de 160, sin designación de reservas. La entidad fue adquirida en 2009, con unas reservas de 30 (2008), las cuales se incrementaron en 20 (2009), 40 (2010), -70 (2011), 60 (2012), 70 (2013), 18 (2014), -20 (2015). El tipo nominal de gravamen fue 8 % hasta 2013, en el que se estableció el 12,5 %.

.../...

.../...

Las reservas que se entienden distribuidas son: 18 (2014), 70 (2013), 60 (2012), 12 (2010). Se cumple el requisito de tributación mínima respecto de 88 (18 + 70), y no se cumple respecto de 72 (60 + 12).

Los dividendos que en lo sucesivo se distribuyan con cargo a beneficios del ejercicio sí cumplirán con el requisito de tributación mínima. Por el contrario, los que se repartan con cargo a reservas no lo cumplirán.

Cuando la entidad participada no residente obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propio de entidades, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada.

La norma plantea varias cuestiones.

En primer lugar, si versa sobre el requisito de sujeción sin exención y tributación nominal mínima, o si lo hace exclusivamente sobre la tributación nominal mínima. Puesto que la norma se refiere expresamente al *requisito previsto en esta letra*, ha de entenderse que se proyecta tanto sobre la sujeción sin exención como sobre el tipo nominal de gravamen.

En segundo lugar, si el referido requisito ha de cumplirse en sede de las dos entidades, esto es, tanto en la directa como en la indirectamente participada, o bien basta con que se cumpla en una sola de ellas. La segunda interpretación es la más apropiada porque, además de caber perfectamente en la literalidad de la norma, es la que le confiere pleno sentido y eficacia práctica. En este sentido, cuando la entidad directamente participada sea de tipo *holding*, y por tal razón disfrute de exención o de un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %, el requisito de la tributación mínima se puede cumplir en sede de las entidades directamente participadas por la misma.

EJEMPLO 21

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %.

Se cumple el requisito.

No es claro si el cumplimiento del requisito de tributación nominal mínima puede cumplirse también en sede de las entidades participadas de ulterior nivel. Desde luego, materialmente, la tributación nominal mínima de ulterior nivel tiene el mismo significado que la habida en el nivel directo y en el inmediato indirecto. Sin embargo, los dividendos percibidos por la entidad directamente participada, que son, en definitiva, los que contribuyen a formar la renta de la que deriva el dividendo cuya exención se pretende proceden exclusivamente del primer nivel indirecto.

Pudiera acontecer que, no cumpliéndose en la entidad directamente participada el requisito del artículo 21.1 b), sí se cumpliera en alguna o algunas de las entidades participadas de las que aquella entidad ha percibido dividendos u obtenido rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, pero no en todas. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.*

EJEMPLO 22

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades, por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendos de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo (80) estará parcialmente exento 17,7 ($80 \times 20/20 + 40 + 30$). B, al estar exenta, obstruye la exención, pero la tributación de B rehabilita parcialmente la misma.

Esta regla se aplica, indistintamente, respecto de los requisitos de las letras a) y b) del artículo 21.1. En relación con el requisito de la letra b) hay que tomar en consideración que su cumplimiento por parte de la entidad directamente participada es suficiente, de manera tal que su no cumplimiento por alguna o algunas de las entidades indirectamente participadas es irrelevante.

EJEMPLO 23

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está sujeta y no exenta del Impuesto sobre Sociedades, siendo 15 %

.../...

.../...

su tipo de gravamen; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendo de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo estará exento en su totalidad, debido a la tributación de B.

1.2.3. Especialidades del requisito de tributación en las rentas derivadas de la transmisión

Tratándose de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el requisito de la letra b) del artículo 21.1 deberá cumplirse *en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación*, a diferencia de lo que acontece en el caso de los dividendos y participaciones en beneficios, donde el requisito ha de cumplirse respecto del ejercicio de cuyo beneficio procede dicho dividendo o participación en beneficios y, a diferencia también del requisito previsto en la letra a) del artículo 21.1, el cual, como se expuso, debe cumplirse en el día en que se produzca la transmisión de la participación.

Sin embargo, el efecto del incumplimiento del requisito así definido no es necesariamente la pérdida de la exención, pues *en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación*, pero sí en otro u otros, la exención procederá en la parte que sea imputable a estos últimos, de acuerdo con las siguientes reglas:

- La renta positiva se divide en dos partes, a saber, aquella que se corresponde con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, y el resto, la cual se entiende obtenida linealmente.
- Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solo en relación con la fracción de las mismas imputables a ejercicios en los que se cumple el requisito.

La norma no precisa los criterios que deben seguirse para establecer la imputación de la renta positiva a los ejercicios. Estos, por evidentes, son innecesarios en relación con la parte de renta positiva correspondiente a los beneficios acumulados, pero no así respecto de la otra parte de la renta positiva, limitándose la norma a indicar que *se entenderá generada de forma lineal*; expresión esta que puede amparar varias soluciones, de entre las cuales, parece que la más correcta es la que descansa en la proporción entre los beneficios acumulados relativos a los ejercicios en los

que se cumplió el requisito y los beneficios acumulados totales, en el bien entendido que siempre está abierta la salvedad de *prueba en contrario*.

EJEMPLO 24

Participación en B (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019; renta positiva 100; beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $60 (10 + 12 + 18 + 20)$. Parte exenta: $38 (18 + 20)$.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $40 (100 - 60)$. Parte exenta: $25,332 [40 \times (18 + 20/10 + 12 + 18 + 20)]$.

Total renta positiva exenta: $63,332 (38 + 25,332)$.

Se observará en el ejemplo precedente que el ejercicio de determinación de la renta positiva exenta implica dos operaciones, a saber, la división de la renta en dos partes, y la correspondencia de la renta con los ejercicios, y que las dos operaciones dependen de los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Cuando la entidad participada, a su vez, tuviere participación en otra u otras entidades, y aconteciere que en unas se cumpliera el requisito de tributación y en otras no, la exención, igualmente, se aplicará parcialmente. A tal efecto ha de dividirse la renta positiva en dos partes, a saber, la que se corresponda con un *incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de tenencia de la participación*, y la parte restante. Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solamente en la medida en que se corresponda con beneficios respecto de los que se cumpla el requisito de tributación.

Para establecer esta correspondencia ha de hacerse un ejercicio similar al anteriormente descrito para el caso en que el requisito de tributación se cumpliera en unos ejercicios y no en otros. Ahora el caso es el de cumplimiento del requisito de tributación en unas entidades sí y en otras no, en sede de las entidades participadas por la entidad cuya participación se transmite, pero el problema a resolver es el mismo, esto es, establecer una correspondencia entre la renta positiva y el cumplimiento del requisito de tributación. A estos efectos, la renta positiva se dividirá en dos partes, a saber, la que *se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de*

tenencia de la participación y la que no se corresponda, proyectándose la exención respecto de la renta imputable a las entidades que cumplieron con el requisito de tributación mínima.

EJEMPLO 25

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H también participa desde 2014 en C (100 %), beneficios acumulados 8; C tributa al 7 %. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 ($60 + 8$).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 ($100 - 68$). Parte exenta: 28,16 ($32 \times (60/60 + 8)$).

La norma indica que la partición de la renta positiva entre exenta y no exenta ha de hacerse, en su caso, cuando la entidad participada *a su vez, participara en dos o más entidades*, pero la lógica de esa operación también concurre cuando aquella entidad participara en una sola entidad, puesto que basta una sola para que se presente el caso de cumplimiento parcial del requisito de tributación.

EJEMPLO 26

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (100 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 ($60 + 8$).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 ($100 - 68$). Parte exenta: 28,16 [$32 \times (60/60 + 8)$].

En los dos ejemplos anteriores, por comodidad, se ha supuesto que la participación era del 100 %. Para participaciones inferiores bastará con tomar los beneficios acumulados correspondientes al porcentaje de participación.

EJEMPLO 27

La entidad A participaba en H (80 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 72, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (50 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $68 (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)$. Parte exenta: 48.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $20,8 (72 - (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5))$. Parte exenta: $19,53 [20,8 \times (60 \times 0,8/60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)]$.

En fin, también puede presentarse el caso en el que el requisito de tributación se cumpla en algunos ejercicios pero no en todos, y en algunas entidades participadas por la participada, pero no en todas. En tal caso, deben aplicarse de manera conjunta los criterios precedentes.

EJEMPLO 28

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018. H también participa desde 2014 en C (100 %), la cual ha obtenido los siguientes beneficios acumulados: 2 (2015), 1 (2016), 3 (2017), 4 (2018); el requisito de tributación se cumplió en 2015 y 2016. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $70 [(10 + 12 + 18 + 20) + (2 + 1 + 3 + 4)]$. Parte exenta: $41 [(18 + 20) + (2 + 1)]$.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $30 (100 - 70)$. Parte exenta: $17,55 [30 \times (18 + 20 + 2 + 1/10 + 12 + 18 + 20 + 2 + 1 + 3 + 4)]$.

1.3. LOS REQUISITOS Y LA NORMATIVA COMUNITARIA

1.3.1. La Directiva matriz-filial

El artículo 3 de la Directiva 2011/96/UE establece que *la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a una sociedad de un Estado miembro que cumpla las condiciones enun-*

ciadas en el artículo 2 y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 10%. El artículo 2 aludido establece que la entidad participada debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I o a cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos.

El requisito de participación del 5%, mantenida durante un año del artículo 21 de la Ley 27/2014, cumple con los requerimientos de la norma comunitaria. También los cumple el requisito de valor de adquisición de 20 millones.

La norma comunitaria no establece una regla semejante a la relativa a la composición de los ingresos de la entidad participada, ni prevé la aplicación parcial de la exención. Ahora bien, la regla de la composición de los ingresos puede ser entendida como destinada a la protección del correcto cumplimiento del requisito de participación del 5%, y la aplicación parcial como una consecuencia inherente al cumplimiento parcial del requisito de participación.

El artículo 21 de la Ley 27/2014, al igual que la Directiva matriz-filial, no contiene requisito alguno concerniente a la naturaleza de la renta o de las actividades ejecutadas por la entidad participada. A diferencia del artículo 21 del TRLIS.

La Directiva matriz-filial exige la sujeción y no exención a alguno de los impuestos sobre los beneficios vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea, pero no un tipo de gravamen nominal mínimo. En este punto, el artículo 21 de la Ley 27/2014 sí se aparta de la Directiva matriz-filial, incluso si, eventualmente, no existiera ningún tipo nominal de gravamen inferior al 10% en el contexto de la Unión Europea.

No se sigue de ahí que el legislador español haya fallado en el debido respecto a la Directiva matriz-filial, por cuanto en la misma también se prevé la validez del método de imputación, el cual se halla recogido en el artículo 32 de la Ley 27/2014. Sin embargo, la forma en como se determina en el apartado 3 de dicho artículo el campo de los impuestos subyacentes en el caso de participaciones en cadena es más restrictiva que la forma en como lo hace la Directiva matriz-filial.

En efecto, el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial considera impuesto subyacente sobre el beneficio imputable al *abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente pueda encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado*, en tanto que el artículo 32.3 de la Ley 27/2014, no obstante también extender el campo del impuesto subyacente al abonado por las entidades filiales de ulterior nivel exige que sobre las mismas la entidad perceptora del dividendo ostente una *participación indirecta..., al menos, del 5 por ciento ...*, de manera tal que, de acuerdo con el citado artículo 32.3, quedarían excluidos los impuestos abonados por entidades filiales de ulterior nivel no cubiertas por una participación indirecta del 5% mantenida por la entidad perceptora del dividendo cuando, de acuerdo con el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial, serían computados.

La leve discrepancia advertida entre la Directiva matriz-filial y la legislación española, relativa a la eliminación de la doble imposición económica, tiene su origen en que el método de exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 no se aplica cuando la entidad que distribuye el dividendo ha tributado por un tipo nominal de gravamen inferior al 10%, y se consuma cuando el método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014 no permite la deducción del impuesto subyacente abonado por alguna o algunas de las entidades de ulterior nivel, de manera tal que dicha discrepancia tendrá escasa trascendencia práctica.

1.3.2. La Directiva de fusiones y operaciones asimiladas

El artículo 7 de la Directiva 90/434/CE estableció que *cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación*, si bien la aplicación de esta exención podía condicionarse a la tenencia de un porcentaje de participación mínimo que, tras las modificaciones introducidas por la Directiva 2005/19/CE, quedó establecido en el 10%.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2014, el artículo 89.1 del TRLIS recogía la norma comunitaria indicando que *cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5 %, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa*.

Aun cuando el artículo 7 de la Directiva 90/434/CE no se refería a la correspondencia de la renta positiva con las reservas, la misma era de todo punto lógica pues, en su ausencia, no habría doble imposición que corregir, siendo así que, precisamente, esa corrección de la doble imposición era el fundamento de la norma comunitaria.

El artículo 82 de la Ley 27/2014 ha preferido reproducir el literal del artículo 7 de la Directiva 90/434/CE, estableciendo que *cuando la entidad adquirente participe en el capital o en los fondos propios de la entidad transmitente en, al menos, un 5 por ciento, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva o negativa derivada de la transmisión de la participación*. Al hacer esto, permite la exención de rentas que no han tributado, lo que carece de justificación, ni tan siquiera desde la consideración del debido respeto a la norma comunitaria pues, ciertamente, la misma tiene por objeto eliminar la doble imposición, pero no forzar la no imposición.

EJEMPLO 29

La entidad A adquirió por 60 una participación del 100 % sobre la entidad B, cuyos fondos propios estaban compuestos por un capital de 80 y unas reservas de 10.

.../...

.../...

Renta positiva derivada de la anulación de la participación: $30 (80 + 10 - 60)$. La totalidad de la renta está exenta.

Hay un déficit de imposición de 20, por cuanto habiéndose constituido la entidad con aportaciones de 80, los anteriores socios computaron una renta negativa de 20 ($60 - 80$) y la positiva no se computa.

1.3.3. Libertades comunitarias

En el preámbulo de la Ley 27/2014 se dice que, tras el Dictamen motivado de la Comisión Europea n.º 2010/4111, resultaba completamente necesaria una revisión del mecanismo de la eliminación de la doble imposición, con el objetivo fundamental de *equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de las participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas*.

La Comisión había señalado que los dividendos distribuidos por entidades residentes en territorio español disfrutaban de un régimen fiscal más liviano que los procedentes de entidades no residentes, lo que iría en contra del principio de no discriminación y de las libertades concernidas.

Cabían al legislador varias alternativas, aunque siempre dentro de un tratamiento equiparable, pero no necesariamente igual, de los dividendos nacionales y extranjeros ¿Se ha logrado el objetivo perseguido? La única sombra de duda la arroja la exigencia del tipo de gravamen nominal mínimo, pues implica un requisito adicional respecto de los dividendos extranjeros en relación con los nacionales.

Ciertamente, el Impuesto sobre Sociedades no ha establecido un tipo de gravamen nominal inferior al 10 %, y de ahí podría entenderse despejada la aludida duda, si bien no plenamente, debido al tipo de gravamen del 4 % previsto por el artículo 43 de la Ley 19/1994, para las entidades de la Zona Especial Canaria.

Por el contrario, es claro que no puede entrañar perturbación de la normativa comunitaria la limitación a la exención del artículo 21 prevista en el artículo 49 de la Ley 27/2014 en relación con las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, puesto que la discriminación inversa se viene admitiendo por el Tribunal de Justicia. Cuestión distinta es la discutible lógica de esta restricción, la cual reduce a la mitad la exención de los dividendos distribuidos por este tipo de entidades, seguramente por razón de la bonificación del 85 % de la que las mismas disfrutaban, cuando, justamente, una bonificación del mismo rango, o incluso superior, establecida a favor de una entidad no residente no impediría la aplicación de la exención.

1.3.4. Impacto de los requisitos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes

El artículo segundo de la Ley 26/2014 ha dado nueva redacción al artículo 14.1 h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), al objeto de configurar también la relación matriz-filial cuando *el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Esta configuración adicional, aun cuando no viene exigida por la Directiva matriz-filial, es oportuna en orden a mantener la igualdad de trato de los dividendos y participaciones en beneficios en relación con la residencia de su perceptor.

Por tanto, también disfrutarán de la exención por el IRNR las entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, cumpliendo con los restantes requisitos, tengan una participación cuyo valor de adquisición exceda de 20 millones de euros.

Se notará que el legislador ha establecido la homogeneidad de trato en sede del precepto que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva matriz-filial, en lo concerniente a la exención de la retención sobre los dividendos y participaciones en beneficios. Sin embargo la nueva medida, antes que de transposición de la referida norma comunitaria, ha de entenderse como de adecuación al principio de no discriminación o, más precisamente, a la libertad de movimiento de capitales ¿Hubiera debido extenderse la medida de exención a favor de todas las entidades no residentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia? Así parece desprenderse del carácter universal de la libertad de movimiento de capitales consagrada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La reflexión precedente, de ser acertada, suscita una interrogación ¿Era obligada una medida similar respecto de las plusvalías derivadas de instrumentos de patrimonio?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013 (NFJ052539) argumentó, en relación con la deducción para evitar la doble imposición de las plusvalías de fuente interna del artículo 30.5 del TRLIS, que residentes y no residentes se hallaban en situación comparable, de manera tal que *la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales*.

¿Cabe el mismo argumento en relación con la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014? Desde luego el supuesto de hecho es el mismo, y también el principio aplicable. En este sentido, la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014, tal vez pueda tener el efecto de ampliar, insospechadamente, el campo de aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR, extendiéndolo a todas las rentas positivas que hubieran disfrutado de exención caso de ser percibidas por una entidad residente en territorio español, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014.

LA ENTIDAD PATRIMONIAL EN EL NUEVO IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Francisco J. Magraner Moreno

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat de València*

EXTRACTO

La nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades ha creado la «entidad patrimonial» como una nueva categoría de contribuyente. Las características que debe reunir una entidad para tener la consideración de patrimonial en el Impuesto sobre Sociedades no son las mismas que las que establece la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio para declarar exentas las participaciones en sociedades. Tampoco recoge la nueva Ley los mismos requisitos que en leyes anteriores sirvieron para calificar a determinados sujetos pasivos como «sociedades transparentes» o como «sociedades patrimoniales». Los efectos derivados de la consideración como «entidad patrimonial», restringidos exclusivamente al ámbito del Impuesto sobre Sociedades, no pueden compararse con los que se derivaban de la inclusión en los regímenes especiales de «transparencia fiscal» y de «patrimoniales» vigentes en ejercicios anteriores.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, entidad patrimonial, valores, arrendamiento de inmuebles, Impuesto sobre el Patrimonio, grupo de sociedades y actividad económica.

Fecha de entrada: 13-02-2015 / Fecha de aceptación: 04-03-2015

THE «HOLDING COMPANY» IN THE NEW CORPORATE TAX

Francisco J. Magraner Moreno

ABSTRACT

The new Corporate Tax Law has created a new category of taxpayer: a special type of «holding company». The criteria that a company needs to meet in order to qualify as a holding company in relation to corporate taxation are not the same as those established by the Wealth Tax Law to declare company shares exempt. Further, the new Law does not draw from the same criteria that in prior laws served to qualify certain taxpayers as «entities under the fiscal transparency system» or as «holding companies». The new status of the «holding company» carries certain effects which are restricted to the sphere of corporate tax and which cannot be compared to the effects derived from considering such a company as regulated by a «fiscal transparency system» or the «holdings system» of previous years.

Keywords: Corporate Tax, holding company, securities, real property lease, Wealth Tax, group of companies and economic activity.

Sumario

1. Introducción
2. El concepto de «entidad patrimonial»
 - 2.1. Las entidades patrimoniales de valores
 - 2.2. Las entidades patrimoniales inactivas
3. Principales aspectos coincidentes y divergentes de las entidades cuyas participaciones están exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio y las entidades patrimoniales del IS
4. Efectos que se derivan de la consideración de una entidad como patrimonial
5. Una breve reflexión final

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el preámbulo de la Ley 27/2014, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, la nueva LIS), se hace expresa referencia a esta nueva categoría mutable de sociedad tributaria¹, o más bien, especie –también mutable– de contribuyente del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS)², diciendo lo siguiente: «se introduce el concepto de entidad patrimonial, que toma como punto de partida a las sociedades cuya actividad principal consiste en la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario, si bien se acomoda a las necesidades específicas de este impuesto»³.

Dentro del articulado de la nueva LIS, es el artículo 5 el que establece el concepto de entidad patrimonial, mientras que en otros preceptos es donde se explicitan de forma directa las consecuencias (siempre restricciones de índole desfavorable) que derivan de esta calificación. En concreto, estos preceptos son los siguientes: artículo 21 (exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español); artículo 26 (compensación de bases imponibles negativas); artículo 29 (el tipo de gravamen); artículo 100 (imputación de rentas po-

¹ El carácter «mutable» es consecuencia de la diferente calificación que «la entidad contribuyente» puede tener a lo largo de su vida, pudiendo ser «entidad patrimonial» en un ejercicio fiscal y en otro no, alternándose así con la no calificación como tal y, en consecuencia, siendo tratada en determinados ejercicios como cualquier contribuyente de características generales.

² Por tanto, no se trata de una nueva categoría de sociedad mercantil, el concepto es aplicable a cualquier entidad que pueda ser contribuyente del impuesto. Despejamos así la primera duda que podría plantearse en torno a la verdadera naturaleza jurídica de esta especie de contribuyente, que antaño se postuló de determinados supuestos de características similares contemplados en leyes anteriores (me refiero, a las sociedades patrimoniales y transparentes), produciendo interpretaciones erróneas.

³ Es importante hacer especial hincapié en el sentido último de esta afirmación. El legislador ha querido dotar del carácter de patrimonial a ciertas entidades exclusivamente a los efectos de este impuesto. Pruebas de ello las iremos mencionando a lo largo de este trabajo. Sin embargo, en su pretendido alejamiento del concepto de las llamadas sociedades *holding*, tal como estas se configuran en el Impuesto sobre el Patrimonio, y su reforzamiento del carácter propio de «entidad patrimonial», destacamos ya una evidente prueba. Obsérvese así, la diferencia de contenido entre los artículos 116, del Real Decreto Legislativo 4/2004, y del 107 de la nueva LIS, ambos preceptos reguladores del régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE). En el primero de ellos se establece que no podrán acogerse al régimen las entidades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, mientras que el artículo de la nueva LIS dispone que no podrán acogerse las entidades «que tengan la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta ley».

sitivas obtenidas por entidades no residentes en el régimen de transparencia fiscal internacional); artículo 101 (incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión: ámbito de aplicación; cifra de negocios); y artículo 107 (régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros).

A la vista de la regulación ofrecida por la nueva LIS, nuestro estudio se focalizará en diversos aspectos. Así, en primer lugar, delimitaremos el concepto de «entidad patrimonial». Esto es, a la luz de la definición ofrecida por la nueva LIS, determinaremos en qué supuestos una entidad contribuyente del impuesto tiene esa calificación; en segundo lugar, pretendemos establecer una diferencia con supuestos similares contemplados en otro impuesto y que se encuentran vigentes hoy en día, en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio; y, finalmente, dedicaremos un apartado especial a analizar las principales consecuencias que la nueva LIS atribuye a la calificación de este tipo de entidades.

2. EL CONCEPTO DE «ENTIDAD PATRIMONIAL»

Como hemos advertido anteriormente el primer objetivo de este estudio es delimitar el concepto de «entidad patrimonial» en el IS. A tal fin, el punto de partida se encuentra en el contenido del apartado 2 del artículo 5, el cual comienza diciendo lo siguiente: «A los efectos de lo previsto en esta ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica».

Repárese que, del contenido del citado precepto, se deduce una clara y principal intención legislativa, esta es, calificar como «entidad patrimonial» a cualquier tipo de entidad que no realice una «actividad económica». En consecuencia, en primer término, y a salvo de las precisiones que hace este artículo más adelante, interesa saber qué se entiende por «actividad económica».

A estos efectos, podemos observar hasta dos delimitaciones legales del citado concepto, ambas de carácter negativo. La primera, la que considera que las entidades que tienen más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones que sobre este concepto se hacen luego) no realizan una actividad económica. Y, la segunda, al darle idéntica consideración a las entidades en las que más de la mitad de su activo no se encuentra afecto, precisamente, a una «actividad económica».

De esta interpretación podemos deducir dos categorías de «entidad patrimonial». Denominaremos a la primera «entidad patrimonial de valores»; y, a la segunda, «entidad patrimonial inactiva». Sin embargo, advertimos de que el hecho de que adoptemos esta denominación para esta última categoría de entidades no significa que estas no ejerzan una «actividad económica», tal como la podemos entender a título general, sino que la entidad deviene patrimonial, exclusivamente a los efectos del IS, por la puntual composición de su activo. A continuación intentaremos resolver esta singular contradicción, devenga de ella una razón lógica o esta sea del todo incoherente.

2.1. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DE VALORES

Tal como hemos advertido anteriormente, la nueva LIS, en el apartado 2 de su artículo 5, califica de forma expresa como entidad patrimonial a toda entidad contribuyente en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores.

Sin embargo, a tenor de lo establecido en el precepto citado, la anterior apreciación no es más que el punto de partida para poder calificar como entidad patrimonial a una entidad poseedora de «valores». A tal efecto, deben seguirse varias reglas que vendrán a configurar sin duda alguna una singular guía para delimitar este carácter.

Así, siguiendo un proceder de actuación lógica en primer término, deberíamos cuantificar su activo total y, en relación con este, el porcentaje que ocupa la valoración contable que tengan, luego la redundancia, los «valores» incluidos en el mismo.

A tal efecto, resulta necesario determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores».

A este respecto, el preámbulo de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, no ofrece mucha luz, al señalar que esta ley «reposa sobre el concepto de «valores» o, para mayor precisión, de «valores negociables», concepto difícil de definir de forma escueta en el articulado de un texto legal. Consecuentemente con esta apreciación de tono general, lejos de establecer una unívoca definición del concepto de «valores», establece en su artículo 2 una lista exhaustiva de carácter muy ilustrativo, al indicar que se considerarán en todo caso «valores negociables», a los efectos de esta ley, los siguientes: a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren; b) Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables; d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; e) Los bonos de titulización; f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva; g) Los instrumentos del mercado monetario entendiendo por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables; h) Las participaciones preferentes; i) Las cédulas territoriales; j) Los *warrants* y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas; k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable; y, l) Las cédulas y bonos de internacionalización.

Quizá, tras esta ilustrativa lista de «valores negociables» ofrecida por la Ley del Mercado de Valores, lógicamente, para completar nuestro pretendido objeto de determinar los elementos del activo que tienen la consideración de «valores», solamente nos restaría averiguar cuáles son los «valores no negociables».

Para este propósito, resulta del todo apropiado acudir al texto del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007), en particular, a su Cuarta Parte, donde se encuentra el Cuadro de Cuentas. Se trata, en definitiva, de señalar las cuentas que denominan de forma directa o indirecta como «valores» las inversiones efectuadas por la entidad. A tal efecto, podemos señalar seis cuentas, las tres primeras incluidas en el activo no corriente del balance y las otras tres en el activo corriente. Nos referimos a las siguientes: 1) Cuenta 241, «Valores representativos de deuda a largo plazo de partes vinculadas», que incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento superior a un año; 2) Cuenta 250, «Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio», que incluye las inversiones a largo plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; 3) Cuenta 251, «Valores representativos de deuda a largo plazo», incluye las inversiones a largo plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos; 4) Cuenta 530, «Participaciones a corto plazo en partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –con o sin cotización en un mercado regulado– de partes vinculadas; generalmente, acciones emitidas por una sociedad anónima o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada; cuenta 531, «Valores representativos de deuda a corto plazo de partes vinculadas», incluye las inversiones a corto plazo en obligaciones, bonos u otros valores representativos de deuda, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos, emitidos por partes vinculadas, con vencimiento no superior a un año; 5) Cuenta 540, «Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio», incluye las inversiones a corto plazo en derechos sobre el patrimonio neto –acciones con o sin cotización en un mercado regulado u otros valores, tales como participaciones en instituciones de inversión colectiva, o participaciones en sociedades de responsabilidad limitada– de entidades que no tengan la consideración de partes vinculadas; y, 6) Cuenta 541, «Valores representativos de deuda a corto plazo», que incluye las inversiones a corto plazo, por suscripción o adquisición de obligaciones, bonos u otros valores de renta fija, incluidos aquellos que fijan su rendimiento en función de índices o sistemas análogos.

Consideramos que, teniendo en cuenta tanto la lista de «valores negociables» incluida en la Ley del Mercado de Valores como las definiciones de las cuentas contables indicadas en el Plan General de Contabilidad, hemos conseguido nuestro objetivo. A tal efecto, no pensamos que resulte relevante lo establecido en el artículo 92 (la acción como valor mobiliario) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) (aprobada por el RDLeg. 1/2010), cuando determina lo siguiente: «1. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por

medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios; 2. Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores»⁴.

En nuestra opinión, cuando el precepto citado, en su apartado 2, dice que «las participaciones sociales... no tendrán el carácter de valores», debe entenderse que se está refiriendo a que no tendrán el carácter de «valores mobiliarios»⁵.

Téngase en cuenta que la diferencia más importante que existe entre las participaciones y las acciones, y uno de los rasgos más significativos que distinguen a la sociedad de responsabilidad limitada de la sociedad anónima, se encuentra en la manera de representación que cada una de ellas tiene. Así, mientras que en la sociedad anónima las acciones pueden estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, teniendo en ambos casos la consideración de valores mobiliarios («valores negociables» en la terminología de la Ley del Mercado de Valores), en cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada se prohíbe expresamente que las participaciones sociales estén representadas de ese modo. Precisamente, entre otras cosas, lo más importante que trae como consecuencia la negación del carácter de valor a la participación social y la prohibición de representarla mediante títulos o anotaciones, es que no se le puede aplicar a su circulación el régimen especial de los títulos-valores, careciendo de este modo de aptitud circulatoria imprescindible para ser objeto de transmisiones masivas e impersonales, como las que se producen en los mercados de valores⁶.

Puntualícese, finalmente, que la definición que el diccionario de la RAE ofrece del término «valores» es la siguiente: «Títulos representativos o anotaciones en cuenta de participación en sociedades, de cantidades prestadas, de mercaderías, de depósitos y de fondos monetarios, futuros, opciones, etc., que son objeto de operaciones mercantiles».

⁴ Redacción que recoge el contenido de dos preceptos derogados tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Por un lado, del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010), en el que se establecía lo siguiente: «Representación de las acciones. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios»; y, de otro parte, el contenido del artículo 5 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010) que establecía lo siguiente: «1. El capital social estará dividido en participaciones indivisibles y acumulables. Las participaciones atribuirán a los socios los mismos derechos, con las excepciones expresamente establecidas en la presente ley. 2. Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones».

⁵ Esta conclusión podría estar corroborada por lo que dice la Directiva 85/611/CEE, del Consejo de 20 de diciembre, refundida en la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, cuando define los valores mobiliarios como: «a) las acciones y demás valores asimilables a acciones; b) las obligaciones y demás formas de deuda titulizada; y, c) cualesquiera otros valores negociables que otorguen derecho a adquirir dichos valores mobiliarios mediante suscripción o canje, excluidas las técnicas e instrumentos contemplados en el artículo 21».

⁶ *Vid.* una exposición más detallada de las diferencias que existen entre las acciones y las participaciones sociales, en MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2014), págs. 464 a 468.

A fortiori, también la interpretación ofrecida por la Dirección General de Tributos, a través de la resolución de diversas consultas vinculantes [entre otras, V1661/2009 (NFC034595); V2046/2009 (NFC035624)], resulta coherente con la interpretación general del concepto de valores que hemos adoptado, cuando considera que por «valores» deben entenderse «los títulos de participación social que atribuyen a su titular la condición de socio de sociedades mercantiles, tales como acciones de sociedades anónimas o participaciones en sociedades limitadas, u otros títulos cuya consideración de valor ha sido expresamente señalada en la ley, como es el caso de participaciones en fondos de inversión –art. 20 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva–, y en general títulos representativos del capital social de entidades que ostentan la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Cuando un ente tiene personalidad jurídica, las participaciones en su patrimonio se consideran valores...».

En definitiva, en nuestra opinión, por las razones esgrimidas, entendemos que el término «valores» que se incluye en el artículo 5 de la nueva LIS comprende también a las participaciones sociales en las que se divide el capital de las sociedades de responsabilidad limitada.

En segundo lugar, una vez calificados como «valores» los elementos integrantes del activo de la entidad, debe advertirse de que la nueva LIS considera que «no deben computarse» los siguientes: «a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; y d) Los que otorguen, al menos, el 5 % del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado. Esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».

Aunque parezca innecesario hacer mención expresa a ello, es interesante puntualizar que el hecho de que estos «valores», tal como establece el precepto citado, «no deben computarse», significa realmente que estos valores deben considerarse como «afectos». Y ello, precisamente, a los efectos de computar el porcentaje del activo que se encuentra afecto o no afecto a una actividad económica. De tal manera que no tendrá la calificación de entidad patrimonial aquella entidad en la que más de la mitad de su activo esté compuesto por esta categoría de activos, independientemente de cuál sea la actividad (económica o no) de la entidad o del tipo de elementos que formen el resto del activo⁷.

⁷ Interpretando un supuesto que consideramos similar, este es, el previsto en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995 [que contaba con una redacción casi idéntica de la contenida en el artículo 61.1 a) del texto refundido, aprobado por RDLeg. 4/2004], se expresa la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de noviembre de 2011 [rec. 470/2008 (NFJ044998)], cuyo criterio ha sido confirmado por la Sentencia, resolviendo el recurso de casación, del Tribunal Supremo de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 6437/2011 (NFJ057850)], al entender que «cuando la norma prevé que no

Por otro lado, en lo referente a la interpretación de las cuatro categorías de «valores» que en particular «no deben computarse» en el activo, poco podemos añadir a lo ya dicho por la doctrina científica, administrativa y jurisprudencial, en los análisis efectuados de supuestos prácticamente idénticos pero utilizados para otros fines impositivos.

Quizá, a efectos de nuestro análisis, tan solo despierta un cierto interés particular la referencia que se hace a algunos aspectos mencionados en la cuarta categoría. Por un lado, porque se observa una diferencia en su redacción respecto de la utilizada en supuestos similares (en concreto, en el Impuesto sobre el Patrimonio⁸), y, de otra parte, porque en su texto se siguen incluyendo determinados requisitos puntuales sobre los que todavía continúan vertiéndose algunas interpretaciones de diversa índole.

Así, por ejemplo, la nueva LIS fija el porcentaje de valores mínimo a ostentar en «el 5 por ciento del capital de una entidad», añadiendo, además, que estos «se posean durante un plazo mínimo de un año». Mientras que en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se dice que no se computarán los valores «que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto».

Es evidente esta diferencia. Recordemos que la Ley de Sociedades de Capital⁹ establece la posibilidad de que tanto las sociedades de responsabilidad limitada como las anónimas puedan crear participaciones sociales (las unas) o emitir acciones (las otras) sin derecho a voto (participaciones o acciones mudas), respectivamente, siempre que respeten unas serie de límites previs-

pueden computarse como no afectos, es porque deben computarse como afectos, señalando a favor de ello que dos negaciones implican una afirmación». En definitiva, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye que «los beneficios no distribuidos deben ser considerados parte del activo de la sociedad. Y además, si se trata de beneficios de la actividad empresarial con mayor razón deben ser considerados no solamente como activos, sino en principio, por subrogación, como activos empresariales, que han producido los beneficios en los que se plasman».

⁸ Tal como hemos indicado, la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, establece en su artículo 4, apartado 8, dos, letra a), que a efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: «1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias; Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas; Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto; Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra». A este respecto, véanse también algunos de los requisitos previstos en, entre otros, los artículos 21, que regula la *exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español*; el artículo 116, encargado de regular el régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros, ambos preceptos contenidos en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el 1 de enero de 2015); o, el artículo 107 de la nueva LIS, donde al regular la *Entidades de tenencia de valores extranjeros* también hace referencia expresa a la exigencia de la «correspondiente organización de medios materiales y personales».

⁹ Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

tos en la propia normativa¹⁰. Consecuentemente, puede no coincidir el porcentaje de capital que se ostente con la cantidad de derechos de voto que se tengan. Este hecho es el que puede ocasionar que los valores no se computen a efectos del IS para determinar la condición de entidad patrimonial y que, sin embargo, el titular de las acciones o participaciones no las tenga exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio, o viceversa.

Además, en cuanto a la exigencia de un plazo mínimo de tenencia de la participación nada se dice en este último impuesto, mientras que la nueva LIS sí que establece que la participación debe tenerse como mínimo durante un año. Esta diferencia entre la regulación ofrecida por ambos impuestos puede generar alguna duda interpretativa puesto que no se señala si este plazo debe estar cumplido cuando se deba evaluar el «no cómputo» o bien si se trata de un plazo que, sin estar cumplido en el momento de dicha evaluación, solamente es necesario que se cumpla. Recordemos que en la nueva LIS existen supuestos en los que se vincula un determinado efecto al cumplimiento de un plazo mínimo de tiempo de tenencia de un nivel de participación. Sin embargo, en estos supuestos, el legislador sí que despeja las dudas que en torno a su interpretación podrían plantearse. Así, por ejemplo, el artículo 21, al regular la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, dice lo siguiente: «La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas». Pensamos que esta debe ser la interpretación que debe darse al plazo mínimo contenido en el artículo 5, y ello en coherencia con esta y otras matizaciones efectuadas con un propósito similar en el texto legal¹¹.

¹⁰ Así se establece en el artículo 98 de esta ley, en el sentido siguiente: «Las sociedades de responsabilidad limitada podrán crear participaciones sociales sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital y las sociedades anónimas podrán emitir acciones sin derecho de voto por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado». Añadiendo, el artículo 188 que: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto. 2. En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. 3. En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en el artículo 527».

¹¹ En otros preceptos de la nueva LIS se establece, o bien un criterio idéntico al establecido en el citado artículo 21 (en este sentido, el art. 32), o bien, un indiscutible plazo de cómputo; así, en el artículo 87.1, se dice «Que se posean de manera ininterrumpida por el aportante durante el año anterior», o en el artículo 92, letra b), cuando dice lo siguiente: «siempre que, en ambos casos, los valores se mantengan ininterrumpidamente en el patrimonio de la entidad por un plazo de 10 años».

Por otra parte, se sigue requiriendo que la entidad disponga de una organización de medios materiales y personales para dirigir y gestionar la participación.

La nueva LIS no establece (como tampoco hacía su antecesora), a estos efectos, un umbral concreto de medios materiales o personales mínimos requeridos para ejercer la función anterior. Ha sido, para cubrir esta laguna legal, la Dirección General de Tributos la que ha venido estableciendo cuándo debe entenderse que existen medios personales adecuados, si bien lo ha efectuado para el recto entendimiento de otros preceptos¹², aunque *mutatis mutandis*, puede ser perfectamente aplicable al contenido del precepto analizado hoy por nosotros. De este modo, entiende el citado órgano administrativo que este requisito se cumple «cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la adecuada dirección y gestión de las participaciones. Por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, se entendería incumplido este requisito y los valores en cuestión habrían de computarse para determinar la posible inclusión en el régimen de transparencia fiscal»¹³.

De igual manera, aunque en esta ocasión interpretando el mismo requisito pero previsto para un supuesto legal distinto¹⁴, la Dirección General de Tributos ha venido considerando que la organización de medios materiales y personales adecuados para tomar las decisiones necesarias en orden a su correcta administración se exige... «no para controlar la gestión de las entidades participadas, sino para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como para tomar las decisiones relativas a la propia participación».

De este modo, recapitulando, lo importante, a estos efectos, es que la entidad disponga, al menos, de medios personales, aunque mínimos, que se ocupen de su gestión ordinaria mediante la adecuada administración de las participaciones poseídas, aunque esta gestión no implique, en sí misma y a efectos del IS, el desarrollo de una actividad empresarial. Sin embargo, por el contrario, si la dirección y gestión de las participaciones se desarrollara en su totalidad por medios ajenos, consideraremos que este requisito no se cumple y los valores en cuestión habrán de computarse como no afectos¹⁵.

Finalmente, si tenemos en cuenta que son tres los requisitos que se establecen para que los valores de la cuarta categoría «no se computen» para determinar la mitad del activo: a saber, el primero, el porcentaje mínimo de participación; el segundo, la existencia de una organización; y,

¹² En particular, dando luz a idéntico requisito establecido en el artículo 75.1 a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, referido a las «sociedades transparentes».

¹³ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 7 de mayo de 2001, referencia V0026/2001 (NFC012828).

¹⁴ Nos referimos al artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, regulando el régimen de las «sociedades patrimoniales».

¹⁵ Contestación a una Consulta vinculante de fecha 15 de febrero de 2005, referencia V0227/2005 (NFC024864), aplicable perfectamente a la interpretación de los términos que ahora estamos realizando, aunque la Dirección General de Tributos se esté refiriendo en la misma a la aplicación del derogado régimen de sociedades patrimoniales.

el tercero, que la entidad participada no tenga la condición de patrimonial, cuando en este apartado se establece *in fine* que «esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas», debemos interpretar sin duda alguna que se está refiriendo solamente al tercer requisito. En definitiva, de lo antedicho deducimos que, para determinar si la participada es o no una entidad patrimonial debemos hacer una análisis conjunto de todas las sociedades que formen parte de un grupo societario, tal como nos dice el texto legal.

Se introduce así un nuevo aspecto a tener en cuenta que requiere de un peculiar análisis. Este consistirá en determinar cuándo una sociedad forma parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Sin duda alguna, no solo nos encontramos ante un aspecto de difícil determinación desde un punto de vista teórico sino también lo es desde un punto de vista práctico. En este trabajo nos centraremos en despejar algunas de las cuestiones cuya controversia teórica todavía no arroja una incontestable luz. Las dudas prácticas aparecerán caso a caso y, en consecuencia, estas deberán resolverse atendiendo a cada situación en particular.

De este modo, respecto al denominado aspecto teórico, no podemos si no partir de la dicción del artículo 42 del Código de Comercio donde se establece que 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, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

En torno a qué entidades pueden o no formar parte de un grupo mercantil, la reforma introducida en el Derecho contable por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, siguiendo a este respecto el criterio establecido por el ICAC¹⁶, define

¹⁶ Boletín Oficial de Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC) número 83/2010, consulta 1 (NFC039175).

dos conceptos de grupo: a) El regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, que podríamos denominar de subordinación, formado por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera; y, b) el grupo de coordinación, integrado por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, previsto en la indicación decimotercera del artículo 260 del TRLSC y en la NECA n.º 13, «Empresas del grupo, multi-grupo y asociadas» del PGC.

La relación de subordinación a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio es la consecuencia de que una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto, o de la facultad de nombrar o haber designado a la mayoría de los miembros del órgano de administración, circunstancia que también requiere, con carácter general, gozar de los derechos de voto. Sin embargo, no es menos cierto que el artículo 42 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que el control se puede ejercer sin participación, configurándose a partir de esta conclusión una nueva tipología de sociedades dependientes, las denominadas «entidades de propósito especial», para cuya identificación uno de los aspectos más relevantes a considerar será la participación de una sociedad en los riesgos y beneficios de otra.

Téngase en cuenta que la principal consecuencia de la reforma del artículo 42 del Código de Comercio, elaborada por la Ley 16/2007, fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados «grupos de coordinación», integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión; concepto jurídico que permite identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades están controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil, en particular, este tipo de grupos son las sociedades participadas por personas físicas vinculadas por una relación de parentesco¹⁷.

En definitiva, en palabras del propio ICAC, «cabe concluir que la calificación como empresas del grupo de un entramado societario es una cuestión de hecho, que viene determinada por la existencia o la posibilidad de control entre sociedades o de una empresa por una sociedad, para cuya apreciación concreta sería preciso analizar todos los antecedentes y circunstancias del correspondiente caso».

Precisamente, y esto es lo que queríamos advertir, las citadas circunstancias van a dificultar enormemente la calificación como entidad patrimonial en el IS, pues, en todo caso, se requerirá un análisis previo de si la entidad en cuestión (de la que se posee el requerido porcentaje mí-

¹⁷ Seguimos así lo dicho por el ICAC, consulta número 4 (NFC045900), BOICAC número 92/2012, que a su vez reproduce lo dicho en la exposición de motivos del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. El apuntado criterio del ICAC indicado en la consulta citada ha sido recogido por la Dirección General de Tributos en su contestación a una consulta vinculante de fecha 21 de febrero de 2013 [referencia V0554/2013 (NFC046586)].

nimo de participación) forma o no parte de un grupo del artículo 42 del Código de Comercio, algo que como hemos podido comprobar no resulta sencillo de determinar. Ejemplos de ello los podemos ver ya en la resolución de algunos casos planteados ante la Dirección General de Tributos a propósito de la determinación de la existencia o no de un grupo mercantil a efectos de aplicar los incentivos fiscales previstos para las empresas de reducida dimensión en la ley anterior a la vigente¹⁸.

Acabado este primer análisis (exclusivamente referido a entidades que en su activo tengan «valores»), los resultados obtenidos pueden ser alguno de los siguientes: *uno*, que la mayor parte del activo esté compuesto por valores que «no deban computarse», en consecuencia, «afectos», nos encontraremos entonces ante una entidad no patrimonial; *dos*, que la mayor parte del activo esté formado por valores que deben computarse, la conclusión será que se trata de una entidad patrimonial; y, *tres*, que en su activo existan valores que deban y otros que no deban computarse, pero que ni los unos ni los otros alcancen la mitad del activo aunque en un conjunto supongan más del 50% del mismo. En este último supuesto deberá analizarse la composición del resto del activo, determinando que parte de este está «afecto» o «no afecto» a una actividad económica.

Así, de este último supuesto, se aperturan a la vez dos nuevos escenarios. El primero, que la suma de los valores que no deben computarse más el resto del activo afecto constituya más de la mitad del activo. Queda claro que estaremos entonces ante una entidad no patrimonial. Y, el segundo escenario, que la suma de los valores que deben computarse más la parte del activo no afecto sea superior a la mitad del activo. En este caso nos encontraremos ante una entidad patrimonial.

En este particular punto, en torno al concepto de qué parte del activo se encuentra «afecto» o «no afecto» a una actividad económica, debemos hacer dos matizaciones. La primera, de carácter general, consistirá necesariamente en determinar cuándo la entidad está realizando una «actividad económica» y qué elementos del activo se encuentran afectos a la misma. Esta primera cuestión la analizaremos con detalle en el epígrafe siguiente.

Y la segunda matización, de tono más específico, se refiere a dos controvertidos elementos del activo, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Así, en el artículo 5 de la nueva LIS, expresamente se nos dice que a los efectos de determinar el valor del activo «no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales

¹⁸ La Dirección General de Tributos, en la consulta que hemos indicado en la nota anterior, llega a la conclusión de que determinadas sociedades «están integradas en un grupo familiar sometido a una misma unidad de decisión, por lo que forman parte de un grupo mercantil, a efectos de lo dispuesto en el artículo 42 del C.Com. Por tanto, a efectos de computar el importe neto de la cifra de negocios habido en el periodo impositivo inmediato anterior, a que se refiere el artículo 108.1 del TRLIS, deberá tomarse en consideración, conjuntamente, el importe neto de la cifra de negocios de todas las sociedades que integran el grupo mercantil (A, B y H), correspondiente al periodo impositivo inmediato anterior, a efectos de determinar si resultan de aplicación los incentivos fiscales para las empresas de reducida dimensión regulados en el capítulo XII del Título VII del TRLIS». [Este órgano administrativo resuelve una Consulta de una manera similar en su contestación de fecha 19 de septiembre de 2011, referencia V2129/2011 (NFC042389)].

afectos a actividades económicas» o los procedentes de la transmisión de cualquiera de las cuatro categorías de valores «que no deben computarse», siempre que dichas transmisiones se hayan realizado «en el periodo impositivo o en los dos periodos impositivos anteriores».

En consecuencia, tanto el importe del «dinero» como el de «los derechos de crédito» que se encuentren contabilizados se deberá computar o no para determinar si más de la mitad del activo se encuentra afecto o no afecto, y ello independientemente de que pudiera entenderse que tanto uno como el otro elemento son necesarios o derivados del ejercicio de una actividad económica. Esto es, para determinar si estos dos elementos deben o no computarse, debe obviarse cualquier análisis acerca de su posible vinculación o no a una determinada actividad económica. Lo relevante no va a ser eso, la clave va a ser determinar su procedencia, de conformidad con lo que dice el precepto citado de la nueva LIS.

Ante esta nueva situación, lo que nos queda por resolver es determinar los elementos que deben agruparse dentro del concepto «dinero» y del término «derechos de crédito». Este análisis conceptual, que, efectuado de forma aislada, podría llevarnos a controvertidas exégesis, sin embargo, a nuestro juicio, se debe realizar desde dos puntos de vista. El primero de ellos, muy sencillo, será el «dinero» y «los derechos de crédito» que no deben computarse son solamente los que proceden de las transmisiones citadas en el precepto legal.

El segundo es más complejo. Lo que se pretende averiguar son los elementos que se recogen en el activo del balance bajo los conceptos de «dinero» y de «derechos de crédito», por supuesto, no procedentes de las mencionadas transmisiones. Esta cuestión no es baladí, puesto que, atendiendo a la literal dicción del precepto, a contrario sensu, y en este punto es en el que queremos incidir, esos elementos tendrán la calificación de no afectos.

En definitiva, tendrán la condición de elementos afectos las partidas que se agrupen como «dinero» o como «derechos de crédito» que no deban computarse porque proceden de transmisiones —efectuadas en el ejercicio o en los dos anteriores— de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o valores «no incluibles» en el activo.

A este respecto, la dificultad de interpretar estos términos se hace patente tras observar que en el cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad no aparece ninguno de ellos relacionado de forma expresa. Tampoco ofrece ninguna luz con este propósito la legislación tributaria a pesar de que los conceptos no son extraños a la misma¹⁹.

Si acudimos, para efectuar una correcta interpretación, a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley General Tributaria, en virtud del cual «en tanto no se definan por la normativa tributa-

¹⁹ Véase, a título de ejemplo, el artículo 3 de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMIS), cuando dice: «A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedente de la transmisión de dichos inmuebles o participaciones que se haya realizado en el mismo ejercicio o anteriores...».

ria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda», podríamos considerar como «dinero» las cuentas incluidas en los siguientes subgrupos, las cuales figurarán en el activo no corriente del balance: en primer lugar, el subgrupo 26 «inversiones financieras a largo plazo», que recoge las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación sea superior a un año, incluidos los intereses devengados con vencimiento superior a un año; en segundo término, el subgrupo 54 «inversiones financieras a corto plazo», que recoge, en general, las inversiones financieras, cualquiera que sea su forma de instrumentación, cuyo vencimiento o fecha esperada de enajenación no sea superior a un año; en tercer lugar, el subgrupo 55 «otras cuentas financieras», que recoge otras cuentas financieras que no se clasifiquen en otros subgrupos; y, en cuarto término, el subgrupo 57 «efectivo y activos líquidos equivalentes», que recoge las disponibilidades de medios líquidos; los saldos a favor de la entidad en cuentas operativas, de disponibilidad inmediata, en bancos e instituciones de crédito; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de recaudación, las disponibilidades líquidas destinadas a pagos a justificar y anticipos de caja fija; los saldos a favor de la entidad en cuentas restringidas de pagos; y las inversiones financieras de gran liquidez, que cumplan todas las condiciones siguientes: primera, se realicen con el objetivo de rentabilizar excedentes temporales de efectivo y formen parte de la gestión normal de la liquidez de la entidad; segunda, en el momento de su formalización tengan un vencimiento no superior a tres meses; tercera, sean fácilmente convertibles en importes determinados de efectivo sin incurrir en penalizaciones significativas; y, por último, no estén sujetas a riesgo de cambios en su valor.

De otro lado, en lo referente a los «derechos de crédito», debemos comenzar indicando que este concepto no es novedoso en la legislación tributaria. Así, vemos que se refiere al mismo, por ejemplo, el artículo 9 de la Ley 16/2012, cuando trata la actualización de balances²⁰; o, el artículo 15, apartado 9, de la nueva LIS, cuando pretende establecer el importe de la depreciación a los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles. Precepto, este último, que recoge mutatis mutandis lo establecido en el también apartado 9, del artículo 15, de la Ley derogada del Impuesto sobre Sociedades²¹.

²⁰ Así, en su apartado 6, señala lo siguiente: «La diferencia entre las cantidades determinadas por aplicación de lo establecido en el apartado anterior se minorará en el importe del valor neto anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, un coeficiente que vendrá determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería».

²¹ En materia de corrección monetaria, este artículo 15.9 del Texto Refundido de la LIS establecía lo siguiente: «A los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles, se deducirá el importe de la depreciación monetaria producida desde el día 1 de enero de 1983, calculada de acuerdo con las siguientes reglas: a) Se multiplicará el precio de adquisición o coste de producción de los bienes inmuebles transmitidos y las amortizaciones acumuladas relativas a aquellos

Sin embargo, a pesar de que la Ley anterior del IS ya hacía referencia a «los derechos de crédito», en su articulado no se contenía ningún precepto que definiese este concepto. Así lo reconoce la Dirección General de Tributos, considerando que, acudiendo a lo preceptuado por la Ley General Tributaria en materia de interpretación, los derechos de crédito podrían ser, a título general, todos aquellos derechos en virtud de los cuales un acreedor puede exigir una determinada prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, a un deudor. O bien, desde una perspectiva específicamente contable, como indica el citado órgano administrativo, los derechos de crédito incluirían «todas aquellas cuentas representativas de deudas de terceros con la empresa con fecha establecida de vencimiento, ya sea en el corto o largo plazo, como son, entre otras, todas las cuentas de clientes, deudores y de valores representativos de la cesión de capitales propios a terceros»²². Observamos así como la remisión a la norma contable es la solución que adopta la Administración tributaria para interpretar este concepto, criterio que corrobora al contestar en el INFORMA a la pregunta de si las magnitudes a que se refiere el artículo 9 apartado sexto de la Ley 16/2012 (Actualización de balances), en orden a aplicar el coeficiente en función del endeudamiento del contribuyente, son magnitudes contables o fiscales. A lo que responde que «las referencias a patrimonio neto, pasivo total, derechos de crédito y tesorería son magnitudes contables y deben entenderse por las mismas conforme a lo previsto en el código de comercio y normas de desarrollo».

De este modo, tras haber predeterminado ya los subgrupos que incluirían el «dinero» y los «valores», a nuestro juicio, por defecto, aunque determinadas cuentas de estos subgrupos podrían recoger también determinados «derechos de crédito», reservamos para albergar este elemento las cuentas de los subgrupos 43 (clientes) y 44 (deudores varios) del cuadro de cuentas del Plan General de Contabilidad.

Por último, en otro orden de cosas y para finalizar este apartado, a efectos de la realización del análisis del balance societario que va a servir para determinar el porcentaje de bienes afectos a la actividad económica, se observa que el precepto legal citado especifica que el porcentaje de activo no afecto debe determinarse teniendo en cuenta la media de los balances trimestrales del ejercicio. En definitiva, solamente al final del ejercicio, tras aprobar el balance anual, podrá efectuarse la requerida calificación, puesto que la influencia del porcentaje de un balance trimestral (por ejemplo, del último) podría modificar la calificación que se deduciría de la media de los anteriores balances trimestrales (por ejemplo: si durante un ejercicio se encuentra un 60% de bie-

por los coeficientes que se establezcan en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. b) La diferencia entre las cantidades determinadas por la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior se minorará en el valor contable del elemento patrimonial transmitido. c) La cantidad resultante de dicha operación se multiplicará por un coeficiente determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería. Las magnitudes determinantes del coeficiente serán las habidas durante el tiempo de tenencia del elemento patrimonial transmitido o en los cinco ejercicios anteriores a la fecha de la transmisión, si este último plazo fuere menor, a elección del sujeto pasivo. Lo previsto en este párrafo no se aplicará cuando el coeficiente sea superior a 0,4».

²² Contestación a una consulta tributaria vinculante referencia V2739/2014, de fecha 13 de octubre de 2014 (NFC052720).

nes no afectos en el primer trimestre; 60 % en el segundo trimestre; 60 % en el tercer trimestre; y, 15 % en el cuarto trimestre; la media de los trimestres arrojaría un resultado del 48,75 % de bienes no afectos; en consecuencia, en ese ejercicio la entidad no tendría el carácter de patrimonial).

A ello debemos añadir que, en caso de que la entidad en cuestión sea la «dominante» de un grupo mercantil (concepto de grupo del art. 42 del Código de Comercio que ya hemos tenido la oportunidad de analizarlo anteriormente), los balances a tener en cuenta no serán los suyos únicamente sino los consolidados, con independencia de la residencia y de que el grupo esté obligado a formular cuentas anuales. A estos efectos, se entenderá que es una sociedad dominante aquella que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras, que se calificarán como dependientes o dominadas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social. Debiendo entenderse por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades²³.

2.2. LAS ENTIDADES PATRIMONIALES INACTIVAS

Recordemos que la nueva LIS configura la segunda especie de «entidad patrimonial» como aquella entidad que sin tener más de la mitad de su activo constituido por valores (con las precisiones hechas a este respecto en el epígrafe anterior) tenga más de la mitad de su activo no afecto a una «actividad económica».

A este respecto, son tres los aspectos que necesariamente debemos analizar. El primero consiste en resolver cuándo se considera que, en general, una entidad ejerce una «actividad económica»; el segundo trata de delimitar el supuesto específico de ejercicio de una actividad económica cuando la entidad tiene como objeto el arrendamiento de inmuebles; y, nuestro tercer objetivo deberá ser, en íntima conexión con el examen de la concurrencia del primer aspecto, el análisis de dos conceptos que la nueva LIS dice que deben o no tenerse en cuenta a los efectos del cómputo

²³ Es el artículo 42 del Código de Comercio del que se desprende el concepto de entidad dominante, cuando establece que tendrá esta calificación la sociedad que «se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado». A este respecto, véase también el artículo 2 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre.

de los elementos no afectos a una actividad económica, a saber, el dinero y los derechos de crédito. Adviértase, no obstante, de que el análisis de este tercer aspecto ya lo hemos efectuado en el apartado anterior, por tanto, a lo dicho allí nos remitimos.

De este modo, en lo referente a la definición del concepto de actividad económica, es el artículo 5 de la nueva LIS, en su apartado 1, el que parcamente lo define, en los siguientes términos: «Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Resulta curioso que no se haya definido de una manera más explícita este importante concepto, por varias razones. Primera, porque su importancia viene dada por la reiteración de su concepto en numerosas ocasiones a lo largo del articulado de la nueva LIS²⁴; la segunda, porque su recto entendimiento no ha gozado de una claridad meridiana, siendo la prueba más evidente de ello que ha sido objeto de interpretaciones de diversa índole procedentes tanto de la Administración tributaria como de los tribunales y de la doctrina científica; y, la tercera, porque en la propia exposición de motivos de la nueva LIS se dice que, al regular el hecho imponible, «se incorpora el concepto de actividad económica, que no presenta diferencias relevantes respecto al concepto tradicionalmente utilizado en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin embargo, resulta esencial que un impuesto cuya finalidad primordial es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas, y siendo este el impuesto que grava por excelencia las rentas de este tipo de actividades, contenga una definición al respecto, adaptada a la propia naturaleza de las personas jurídicas»²⁵. Enunciado este que negativamente contrasta con la parquedad de la definición que en el articulado se hace de este concepto respecto del establecido en el artículo 27 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el cual al definir el concepto de rendimientos procedentes de actividades económicas, dispone lo siguiente: «Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos,

²⁴ Entre otros, véanse los siguientes: artículo 18.3 (operaciones vinculadas); artículo 23.1 (Reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles); artículo 26.4 (Compensación de bases imponibles negativas); artículo 29.1 (tipo de gravamen); artículo 48 (entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda); artículo 50.1 (Sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional); artículo 100.3 (transparencia fiscal internacional); y, artículo 110.1 (régimen de entidades parcialmente exentas).

²⁵ Resulta curioso que tan solo uno de los preceptos de la nueva LIS se remita a la Ley del IRPF para conceptuar el término «actividad económica». Se trata del artículo 50, dentro del capítulo dedicado al régimen especial de sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional, en el que se dice lo siguiente «... la aplicación de la exención quedará condicionada a que, al menos, los inmuebles que representen el 85 % del valor contable total de los inmuebles de la entidad participada estén afectos, ininterrumpidamente durante el tiempo de tenencia de los valores, **al desarrollo de una actividad económica en los términos previstos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, distinta de la financiera, tal y como se define en la Ley reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, o inmobiliaria» (la negrita es nuestra).

con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas»²⁶.

Precisamente, la crítica que apuntamos obedece a la enumeración de esas actividades que «en particular» incluye la Ley del IRPF y que no aparecen en la nueva LIS. No obstante, consideramos que todas ellas deben tener contenido en el concepto de «actividad económica» que establece esta última ley.

A mayor abundamiento, debe servir también como necesario recurso para completar el contenido de este concepto acudir a la normativa reguladora del Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante, IAE), de la que podemos destacar, como cuestiones relevantes, las siguientes²⁷: en primer lugar, al definir el hecho imponible del impuesto dice que este está constituido por el mero ejercicio, en territorio nacional, «de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto», considerándose, a estos efectos, actividades empresariales las ganaderas que tengan carácter independiente, las mineras, industriales, comerciales y de servicios; en segundo lugar, establece que no tienen la consideración de hecho imponible «las actividades agrícolas, las ganaderas dependientes, las forestales y las pesqueras», sin embargo, esta consideración debe tenerse en cuenta exclusivamente a efectos de este impuesto, sin que ello sea suficiente para no atribuir la condición de actividad económica en otros impuestos, por ejemplo, en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), IS o IRPF, en los que indudablemente sí la tienen; en tercer lugar, en el IAE se considera, a título general, y de la misma manera que se define en el IRPF y en el IS la actividad económica, que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico cuando suponga la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. Añadiéndose, no obstante, que «el contenido de las actividades gravadas se definirá en las tarifas del impuesto»²⁸; por último, se establece que el ejercicio de las actividades gravadas se probará por cualquier medio admisible en derecho y, en particular, por los contemplados en el artículo 3 del Código de Comercio, según el cual «existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anunciare por circulares,

²⁶ A mayor abundamiento, esta es también la definición que de la actividad empresarial o profesional se establece en el artículo 5, dos, de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Resultan también de interés algunas aportaciones efectuadas en torno al concepto de actividad económica en el IVA por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A este respecto, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LUCAS DURÁN, M. (2011), págs. 239-248; VILLAR EZCURRA, M. (2007), págs. 213-220; y CHECA GONZÁLEZ, C. (2009), págs. 39-43.

²⁷ Artículos 78 y siguientes 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.

²⁸ Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas.

periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil»²⁹.

Sin duda alguna, dadas las controvertidas interpretaciones que se han producido de este concepto en el ámbito del IS, pensamos que hubiera sido conveniente precisar algo más esta definición, recurriendo, como hemos comentado, de forma expresa, bien a la dada en la Ley del IRPF, a la ofrecida por la Ley del IVA, o, al menos, haciendo una referencia a la dada por la normativa reguladora del IAE.

De este modo, puede observarse como, ante las citadas dificultades interpretativas, algunos tribunales han ofrecido la suya propia, diciendo, por ejemplo, que se observa tal existencia cuando la entidad tiene un conjunto organizado de elementos patrimoniales y personales dispuestos y efectivamente utilizados para la realización de una explotación económica cuya actividad supone la colocación de un bien o servicio en el mercado, sin que, por ello, sea suficiente la mera titularidad o tenencia de elementos patrimoniales aislados³⁰.

O bien, tratándose de la problemática calificación como económica de la actividad de urbanización de terrenos, tendrá tal consideración no solamente cuando se han soportado costes de urbanización directamente relacionados con la ejecución material de las obras de transformación del suelo para dotarle de los servicios mínimos exigidos, de suministro de agua y electricidad, de evacuación de aguas residuales, de vialidad, de parques y jardines, etc., sino también aquellos otros gastos de carácter técnico o administrativo necesarios para la urbanización y generalmente previos al inicio de las obras, siempre que su adquisición se realice con la intención confirmada por elementos objetivos de destinar estos servicios a la actividad urbanizadora. Además, los costes afectos a la actividad urbanizadora no son necesaria y únicamente los que se refieren a la ejecución material de las obras, sino, como se ha expuesto anteriormente, todos aquellos que contribuyan a la realización de tal actividad, como costes técnicos y administrativos, con independencia de que en el momento en que tales costes se produzcan las obras se hayan iniciado, tal como ha confirmado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), en su Resolución de fecha 19 de octubre de 2012³¹.

²⁹ Esta presunción del ejercicio de una actividad empresarial o profesional también se recoge en el artículo 5.Tres de la Ley 37/1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que además añade, como presunción de este ejercicio, «cuando para la realización de las operaciones definidas en el artículo 4 de esta ley se exija contribuir por el Impuesto sobre Actividades Económicas».

³⁰ Según el Tribunal Supremo, «es evidente que al construir los locales y venderlos la recurrente ha ordenado por cuenta propia los factores de producción con la finalidad de producir tales inmuebles, siendo irrelevante que la venta se haya hecho a socios o a terceros ajenos a la sociedad... por lo que estaba realizando una actividad económica» [Sentencia de fecha de 3 de abril de 2014, rec. 5019/2011 (NFJ054224)]. El Tribunal Supremo entiende también que la sociedad recurrente realiza una actividad económica de promoción inmobiliaria en su Sentencia de fecha de 18 de septiembre de 2014 (rec. 3185/2012), corroborando así el criterio sustentado por la Sentencia de instancia de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2012 [rec. 341/2009 (NFJ048109)].

³¹ También el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 3 de abril de 2014 [rec. 5019/2011 (NFJ054224)], ha matizado el carácter de la promoción inmobiliaria, señalando que en todo caso esta actividad debe tener el carácter de económica.

Por último, también para tildar de económica la actividad de compraventa de bienes inmuebles se ha venido exigiendo que no solamente se disponga de medios materiales y personales sino que además se hayan ejecutado obras materiales concretas.

En consecuencia, no podemos establecer apriorísticamente cuándo una entidad va a estar desarrollando una actividad económica, a los efectos del IS. Deberá efectuarse un análisis caso por caso, en función de la actividad que desarrolle, de los medios materiales y personales de que dispone y utiliza efectivamente en el desarrollo de la misma.

Un caso especial, sin embargo, es el de las entidades que tengan como actividad el arrendamiento de inmuebles, puesto que en este supuesto la nueva LIS considera que se entenderá que existe actividad económica, únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa³².

Se recoge así uno de los requisitos que durante mucho tiempo ha establecido la Ley del IRPF para calificar los rendimientos procedentes de dicha actividad como del capital inmobiliario o bien como de la actividad económica y que, precisamente, no ha gozado de una pacífica interpretación.

A tal efecto, entiende que esta actividad consiste «en el desarrollo urbanístico del suelo para poner en el mercado inmobiliario parcelas que antes no estaban en el mismo por sus condiciones tanto físicas como jurídicas». Siguiendo este criterio, el Tribunal Supremo distingue la actividad de promoción inmobiliaria de la de arrendamiento o compraventa de inmuebles, indicando que aquella es más amplia que estas dos últimas, ya que además del posible arrendamiento o compraventa del producto final, «incluye la adquisición del suelo y su transformación hasta alcanzar el estado, físico y jurídico, que permite la edificación sobre el mismo, conforme a los parámetros fijados por la ordenación del suelo» [Sentencia de fecha de 27 de octubre de 2014, rec. 4428/2012 (NFJ056453)]. En torno al concepto de la actividad urbanizadora como actividad económica véase el trabajo de MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (2009), págs. 11-46.

- ³² Por lo que se refiere a la exigencia de un «contrato laboral», la Dirección General de Tributos interpreta que «solo se entenderá cumplido este requisito si el contrato es calificado como laboral por la normativa laboral vigente, cuestión ajena al ámbito tributario». De este modo, dicho órgano administrativo llega a la conclusión de que dicho requisito no puede entenderse cumplido si el contrato se hace al cónyuge del máximo accionista de la sociedad. Así, «debe tenerse en cuenta que el artículo 1.2 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo –BOE de 12 de julio–, declara expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha ley y excluidos por tanto de la relación laboral a "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, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquella, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio". Por su parte, la referida disposición adicional establece que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad, cuando, entre otras circunstancias, al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios el trabajador esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado, circunstancia que se produce en el cónyuge de la consultante; por lo que, en caso de que la relación establecida entre la sociedad y el cónyuge de la consultante no tuviera naturaleza laboral, no se cumplirían los requisitos establecidos en el artículo 27.2 de la Ley del Impuesto para considerar la actividad de arrendamiento desarrollada como actividad económica» [contestación a una Consulta tributaria de fecha 2 de abril de 2014, referencia V0920/2014 (NFC050814)].

No obstante, después de una tormentosa jurisprudencia al respecto, se ha establecido un cierto criterio unánime en torno a la interpretación de los requisitos que deben cumplirse para que la actividad de arrendamiento de inmuebles tenga la consideración de económica. Este criterio lo podemos ver resumido, entre otras, en la Resolución del TEAC de fecha 28 de mayo de 2013 (NFJ051064), recogiendo unas pautas de la doctrina del Tribunal Supremo, de las cuales vamos a señalar las que hoy en día pueden resultar de aplicación al supuesto recogido en la nueva LIS, son las siguientes: *primera*, la regla solo es aplicable al arrendamiento, no lo es si la actividad inmobiliaria realizada es otra (por ejemplo, promoción, construcción o compraventa de inmuebles). Por tanto, la adecuada calificación del supuesto de hecho es prioritaria, y debe ser previa al análisis de la regla del empleado, que puede no ser de aplicación; *segunda*, cuando la actividad realizada no es un mero arrendamiento, deja de ser trascendente si se emplea en ella, o no, empleado. En ese caso son meros indicios (ni necesarios ni suficientes) de la realización de la actividad económica; y, *tercera*, cuando sí es de aplicación la regla, el empleado es un requisito necesario («únicamente...») para que haya actividad económica, aunque no suficiente si se acreditase que la carga de trabajo que genera la actividad no justifica tener empleado y que, por tanto, se tenga para aparentar que hay actividad económica³³.

Sin embargo, a pesar de que es indudable que estas pautas resuelven algunas dudas de interpretación del cumplimiento del requisito «persona», no aclaran todas las que se pueden plantear. Quedaría, por ejemplo, pendiente de resolver el tiempo en el que debe constataarse la contratación, así, si la persona debe estar contratada laboralmente durante todo el ejercicio a tiempo completo, o serviría que este requisito se cumpliera solamente en la fecha del devengo. También tenemos dudas acerca del grado de actividad arrendaticia que deba justificar la contratación de un empleado, este juicio podrá ser en todo caso objeto de controversia. En definitiva, lo que sí que podemos deducir de todo lo dicho hasta ahora es que cuando la entidad tenga como actividad principal el arrendamiento de inmuebles, o, mejor dicho, tenga la mayor parte del activo constituido por inmuebles destinados a la actividad de arrendamiento, y no tenga contratada laboralmente al menos una persona a tiempo completo, la entidad tendrá la consideración de patrimonial. Fuera de este específico supuesto pueden plantearse diversas dudas interpretativas.

A lo dicho anteriormente, en torno a la general dificultad que en determinados supuestos va a tener la determinación de la existencia de una «actividad económica» en el seno de una entidad, debe advertirse de que el mismo artículo 5 de la nueva LIS añade otro criterio que hará difícil no ya conceptuarla sino valorar su existencia a nivel global. Nos referimos a lo dicho en el último párrafo de su apartado uno, el cual establece que «cuando se trate de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales

³³ Esta doctrina jurisprudencial la recoge actualmente la Dirección General de Tributos, entre otras, en su contestación a una Consulta vinculante de fecha de 25 de octubre de 2013, referencia V2699/2013 (NFC048929). También ha sido acuñado este criterio por diversos autores, entre otros: ROIG SÁNCHEZ, A. (2014); ALONSO ARCE, I. (2014).

consolidadas, el concepto de actividad económica se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo».

De este modo, a la denunciada falta de concreción sobre la composición del grupo societario, a la que hemos ya aludido en el epígrafe anterior, se suma la necesaria determinación de una actividad económica en su seno, por tanto, observada a nivel global³⁴.

Así, cuando la entidad forme parte de un grupo societario, para determinar si es o no entidad patrimonial, no nos podremos detener solamente con la actividad por ella desarrollada, ni por la particular representación que sus elementos del activo tengan en su balance individual. Deberá hacerse un análisis grupal. De tal manera que, habrán de consolidarse los balances de todas las entidades que integren el grupo, estén o no obligadas a consolidar sus cuentas contablemente, y, a la vista de este resultado global, se establecerá la valoración final³⁵.

³⁴ No es del todo novedosa la valoración a nivel de grupo societario, prevista ahora legislativamente, para observar la concurrencia de un determinado requisito legal. Así lo vemos, a título de ejemplo, en la contestación a una consulta vinculante de fecha 11 de febrero de 2010 [referencia V0236/2010 (NFC037330)], en la que la Dirección General de Tributos interpreta que a efectos de considerar la existencia de una estructura empresarial mínima, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia que el Tribunal Supremo tiene al configurar la doctrina de los grupos de empresas en las relaciones laborales en las que parte de la existencia de un único empleador. De esta forma, por ejemplo, a efectos de determinar el importe de las indemnizaciones exentas en el IRPF, el número de años de servicio a considerar serán los trabajados para el grupo, en cuanto empleador. «Trasladando este criterio a la cuestión planteada considerando, además, que el cumplimiento de la norma fiscal no puede derivar en una situación de ineficiencia empresarial, podría deducirse que la actividad efectuada por las sociedades dedicadas al arrendamiento de inmuebles se efectúa contando con la necesaria organización o medios que establece el artículo 27.2 de la LIRPF, siempre que los mismos sean necesarios y suficientes para la realización de tal actividad considerando cada sociedad participada de forma individual, aunque estos se encuentren en sede de la sociedad SE gestora de la actividad de arrendamiento, siempre que esta última y aquellas pertenezcan al mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 16 del TRLIS, es decir, el arrendamiento de inmuebles se entendería como una actividad económica, en cuyo caso podría aplicarse el régimen establecido en el artículo 21 del TRLIS de cumplirse los demás requisitos establecidos en dicho precepto. En definitiva, la concentración de la gestión de la actividad de arrendamiento en una sola sociedad permite reducir los medios materiales (un solo local) así como los personales ante la sinergia que de ello se deriva, dado que es posible que no se requiera tantos empleados como sociedades gestionadas, siempre que a nivel individual se justifique la necesidad de esos medios personales y materiales mínimos en cada sociedad». Debe indicarse, no obstante, que este criterio de la Dirección General de Tributos, mantenido durante varios años [por ejemplo, en sus Consultas vinculantes referencia V0473/2007 (NFC025471) y V0509/2007 (NFC025425)], fue expresamente modificado [por ejemplo, en su Consulta vinculante V1729/2012 (NFC045366)] a tenor de la doctrina emanada por el TEAC, en Resoluciones de 30 de junio de 2010 (NFJ040369) y de 2 de febrero de 2012 (NFJ046312), en la que en definitiva se establece que los requisitos mínimos para que la actividad de arrendamiento tenga la condición de económica deben concurrir en cada una de las sociedades tenedoras de inmuebles. Ahora, sin embargo, la nueva LIS ha rescatado la doctrina anterior de la Dirección General de Tributos, convirtiendo así en papel mojado la establecida por el TEAC.

³⁵ El artículo 10 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, establece los métodos de consolidación aplicables, son los siguientes: a) integración global; y, b) integración proporcional.

La exigida y novedosa valoración de la actividad económica a nivel de grupo, prevista en la nueva LIS, con el objeto de determinar si una entidad, a título individual, es o no patrimonial, se convierte así en un arma de doble filo. Por un lado, podría rescatar de esta calificación a una entidad que analizada a nivel individual se observase nítidamente que no desarrolla ningún tipo de actividad económica. Sin embargo, de otro lado, podría ser calificada como patrimonial cualquier entidad que, desarrollando a título individual una incontestable actividad económica, la evaluación del grupo diera un resultado diferente.

En definitiva, la exigida valoración a nivel de grupo de la existencia de actividad económica desemboca en una meridiana conclusión, esta es, o todas las sociedades que forman un grupo societario deben ser calificadas como entidades patrimoniales o ninguna de ellas debe tener esta condición. Entendemos que del expreso mandato contenido a este respecto por el legislador no cabe otra interpretación distinta.

3. PRINCIPALES ASPECTOS COINCIDENTES Y DIVERGENTES DE LAS ENTIDADES CUYAS PARTICIPACIONES ESTÁN EXENTAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y LAS ENTIDADES PATRIMONIALES DEL IS

El carácter de «entidad patrimonial» que revisten ciertas entidades, tal como establece la nueva LIS, tiene un efecto exclusivo para este impuesto. Así, ni la nueva LIS extiende sus efectos a otros impuestos ni en ninguna otra norma de derecho tributario –en particular, de las que regulan otros tributos– se hace remisión alguna a este concepto.

Sin embargo, es cierto que existen otras normas tributarias que recogen, si bien con otras finalidades, supuestos societarios con características muy similares. Nos referimos, en particular, a la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, IP), y, en concreto, a los requisitos que establece para que las participaciones de una entidad puedan estar exentas del mismo.

De este modo, aunque tanto la nueva LIS como la Ley del IP configuran –para sus peculiares fines– una especie de entidades semejantes –las de gestión de patrimonios mobiliarios e inmobiliarios–, al no ser coincidentes los requisitos que cada una de ellas establecen para delimitarlas, como a continuación justificaremos, podemos encontrarnos hasta en cuatro escenarios diferentes. En primer lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP; en segundo lugar, una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; en tercer lugar, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones no exentas en el IP; y, por último, una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP.

Para llegar a las conclusiones anteriores resulta necesario analizar tanto los caracteres que debe reunir una entidad para ser patrimonial en el IS (a tal efecto, nos remitimos a lo dicho en

epígrafes anteriores) como los requisitos que la Ley del IP determina que deben reunir las participaciones de las entidades para estar exentas.

Para este propósito, es el artículo 4, apartado 8, dos, de la Ley del IP, el que establece las condiciones que deben concurrir en las participaciones de las entidades para que estén exentas, son las siguientes: «a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes: que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o, que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas». A estos efectos, «para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que esta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad. A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos: 1.º No se computarán los valores siguientes: Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias. Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas. Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto. Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra. 2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas. b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción. c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal...».

En definitiva, sin necesidad de efectuar un análisis exhaustivo de los requisitos que establece la Ley del IP para considerar exentas las participaciones de las entidades, si hacemos un estudio comparativo de las condiciones que exige esta norma y la nueva LIS podemos justificar

cada uno de los escenarios que habíamos planteado. Así, si bien es cierto que la casuística puede arrojar indeterminados supuestos reales, nosotros vamos solamente a señalar un ejemplo para cada uno de los casos.

Así, en primer lugar, hemos dicho que una entidad patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. En efecto, existe un requisito en la Ley del IP, diferente al previsto en la nueva LIS, a tener en cuenta. Se trata de los valores y los elementos no afectos a la actividad económica que «no se computarán» siempre que su precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad procedentes de la realización de actividades económicas, «con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores»³⁶. En definitiva, en el activo de la entidad pueden encontrarse «elementos no afectos» (por ejemplo, dinero o derechos de crédito) que para determinar la mitad no afecta en el IP no deben computarse mientras que para el IS deben tenerse en cuenta. La clave está, precisamente, en el diferente plazo que establecen dichas normas.

En segundo y tercer lugar, hemos indicado que una entidad patrimonial, o una no patrimonial, del IS pueden tener sus participaciones no exentas en el IP. Quizá este sería el supuesto más sencillo de ejemplificar. Así, puede observarse que la Ley del IP contiene dos elementos que son irrelevantes en la nueva Ley del IS. Nos referimos, por un lado, al porcentaje de participación que como mínimo debe tener en la entidad participada la persona física accionista (5 %, a título individual, o 20 %, conjuntamente con su grupo familiar), y, de otra parte, a la retribución que se le exige al sujeto pasivo que ejerce funciones de dirección. En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de estos dos requisitos exigidos al titular de las participaciones hace que, no solo la entidad patrimonial del IS, sino cualquier entidad de este impuesto no tenga sus participaciones exentas en el IP.

Por último, hemos dicho que una entidad no patrimonial del IS puede tener sus participaciones exentas en el IP. Quizá este será el supuesto más común, siempre y cuando, eso sí, se reúnan todos los requisitos establecidos en la Ley del IP.

³⁶ Curiosamente, si bien la finalidad que tenían los regímenes de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales previstos en normativas anteriores es diferente a la que hoy se desprende de las entidades calificadas como «patrimoniales» en la nueva LIS, no puede obviarse que la calificación como unas u otras requería la concurrencia de requisitos similares. Así, no podemos dejar de lado que alguno de ellos es ahora de carácter más restrictivo que lo era antaño. Por ejemplo, el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004 (recogiendo lo establecido en el art. 75 de la Ley 43/1995) establecía que «No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas.»

En definitiva, tras este breve análisis, hemos querido demostrar que el hecho de calificar en el IS a una entidad como patrimonial no implica automáticamente, como se ha señalado en algún apresurado comentario al proyecto legislativo, que sus participaciones se encuentren no exentas en el IP.

4. EFECTOS QUE SE DERIVAN DE LA CONSIDERACIÓN DE UNA ENTIDAD COMO PATRIMONIAL

A lo largo de este trabajo hemos constatado –en reiteradas ocasiones– que los efectos de la calificación de «entidad patrimonial» que se hace en la nueva LIS tienen una proyección exclusiva en el propio IS. En efecto, la nueva LIS, ni para considerar a una entidad como tal recurre a los requisitos establecidos en otro impuesto (por ejemplo, los previstos para aplicar la exención de las participaciones de una entidad en el Impuesto sobre el Patrimonio), ni tan siquiera extiende los efectos de esta calificación a otros impuestos.

De este modo, resta por determinar los efectos concretos que va a tener en el IS la consideración como entidad patrimonial, todos ellos previstos en los preceptos de la nueva LIS que a continuación enumeramos.

En primer lugar, el artículo 21, en su apartado 5, de la nueva LIS, restringe la aplicación de la exención para evitar la doble imposición a aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de las entidades patrimoniales que se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. En cambio, no se impide la aplicación de la exención prevista en este precepto sobre los dividendos recibidos de estas entidades. Además, como estas entidades pueden ser calificadas como patrimoniales en determinados ejercicios y no serlo en otros, se establece que la exención solamente no se aplicará respecto de aquella parte de las rentas que proporcionalmente se corresponda con los periodos impositivos en que hubiesen tenido tal carácter durante la tenencia de la participación. El mismo criterio se aplicará en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.

En segundo lugar, el apartado 4, del artículo 26, establece que no podrán ser objeto de compensación las bases imponibles negativas que tenga pendientes de compensar una entidad patrimonial, cuando además concurren las siguientes circunstancias: a) La mayoría del capital social o de los derechos a participar en los resultados de esta entidad hubiera sido adquirida por una persona o entidad o por un conjunto de personas o entidades vinculadas, con posterioridad a la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa; y, b) Estas personas o entidades hubieran tenido una participación inferior al 25% en el momento de la conclusión del periodo impositivo al que corresponde la base imponible negativa. En definitiva, se restringe la aplicación de la compensación de bases imponibles negativas a las entidades que sean trans-

mitidas bajo ciertos condicionantes, entre ellos, que la entidad que se transmite tenga el carácter de patrimonial. Sin embargo, nada se dice en torno a cuándo debe tener la consideración de patrimonial la entidad transmitida. Nos queda la duda así de determinar si solamente debe ser patrimonial en el ejercicio de la transmisión, lo cual no parece lógico, o bien si solo deben tenerse en cuenta los ejercicios en los que tuvo esta condición. Aunque esto no queda claro en el texto legal, aplicando un criterio lógico, nos inclinamos por esta última interpretación.

En tercer lugar, el artículo 29 establece que el tipo reducido del 15 % no les resulta de aplicación a aquellas entidades que tenga la consideración de entidad patrimonial. Recordemos que el tipo general que se establece en este precepto es del 25 %, no obstante, se prevé la aplicación del tipo del 15 %, en el primer periodo impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, a las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas. Adviértase, sin embargo, de que la disposición transitoria trigésima cuarta de la nueva LIS establece, entre las *Medidas temporales aplicables en el periodo impositivo 2015*, y con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro del año 2015, determinadas especialidades entre las que se encuentran algunas referidas al tipo de gravamen. En particular, determina que el tipo de gravamen general será del 28 % [letra i)], no obstante, según se dispone en la letra j), las entidades que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 101 de la ley tributarán, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 deban tributar a un tipo diferente del general, por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 25 %; y, por la parte de base imponible restante, al tipo del 28 %. Esta escala no resulta de aplicación a las entidades patrimoniales, pues, como diremos más adelante, es el propio artículo 101 el que las excluye expresamente. Sin embargo, nada dice la citada disposición transitoria de la nueva LIS, sobre la procedencia de utilizar el tipo de gravamen previsto en la letra k) a las entidades patrimoniales en 2015. Recordemos que según lo dispuesto en esta letra k), tributarán al 25 % «las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en los periodos impositivos iniciados en 2015 sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados». A continuación se establecen determinados requisitos en lo referente al mantenimiento de la plantilla pero nada se dice sobre la exclusión de las entidades patrimoniales, por lo que entendemos que, ante la ausencia de exclusión legal expresa, podría llegar a pensarse que no cabe restringir la aplicación de este supuesto especial a este tipo de entidades. Sin embargo, no se puede llegar a esta conclusión si se aplica la doctrina administrativa y jurisprudencial –la cual analizaremos más adelante–, que considera que no cabe hablar de cifra de negocios en las entidades que no tienen actividad económica.

En cuarto lugar, el artículo 100, en su apartado 12, dentro del capítulo dedicado por la nueva LIS al régimen especial de transparencia fiscal internacional, establece, al regular el cálculo de la renta derivada de la transmisión de las participaciones de una entidad (en concreto, para la imputación de rentas positivas obtenidas por entidades no residentes), que el valor de adquisición se incrementará en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubiesen sido imputadas a los socios como rentas de sus acciones o participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión. Concretando acto seguido que, en el caso de entidades que tengan la consideración de entidad patri-

monial, «el valor de transmisión a computar será como mínimo, el valor del patrimonio neto que corresponda a los valores transmitidos resultante del último balance cerrado, una vez sustituido el valor contable de los activos por el valor que tendrían a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio o por el valor de mercado si este fuere inferior». En este específico supuesto, la nueva ley ha modificado, respecto del total contenido del precepto que regulaba esta misma cuestión en la ley precedente (art. 107, apdo. 10), la referencia que se hacía a «las sociedades que tengan como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en el artículo 4.Ocho de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio» por la referencia hecha ahora a «las entidades patrimoniales». Esta modificación no puede pasar desapercibida, pues, como ya hemos indicado a lo largo de este trabajo, el concepto de «entidad patrimonial» no tiene por qué ser coincidente con el de una entidad que tiene sus participaciones no exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

En quinto lugar, el artículo 101 establece que los incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión no resultarán de aplicación cuando la entidad tenga la consideración de entidad patrimonial. Se trata de un esperado supuesto expreso de exclusión, a tenor de la doctrina administrativa y jurisprudencial vertida a la luz de la anterior legislación en torno a la aplicación de dicho régimen a las entidades que no se acomodaban al concepto de «empresa». Recordemos que este criterio había sido sostenido por la Dirección General de Tributos³⁷; por los Tribunales económico-administrativos³⁸; por la Audiencia Nacional³⁹; y, finalmente, también por el Tribunal Supremo⁴⁰. De este modo, en esta última Sentencia citada, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo establece que «a partir de que el régimen de empresas de reducida dimensión supone el reconocimiento de un incentivo fiscal al ejercicio de actividades económicas por las mismas, el motivo debe desestimarse ante la carencia de organización empresarial puesta de manifiesto por la resolución del TEAC y confirmada igualmente por la sentencia de instancia». De este modo, este Tribunal no hace más que confirmar una interpretación que venía ya siguiendo desde su Sentencia de 5 de julio de 2012, además de ratificar el criterio mantenido por la sentencia de instancia de la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, de fecha 18 de octubre de 2012, en la que se establecía que «el beneficio regulado por la norma fiscal se hace depender del "importe neto de la cifra de negocios" realizados por la entidad en el ejercicio correspondiente; en definitiva, el sustento fáctico sobre el que se asienta la aplicación de dicho beneficio se predica de la existencia de una actividad empresarial originadora de la "cifra de negocios" y el "importe" de los mismos». Así las cosas, teniendo en cuenta que el concepto de «cifra de negocios» da a entender que los ingresos que lo componen deben provenir de una actividad económica, se concluye que «no es

³⁷ Por todas, véase la contestación a la Consulta de fecha de 8 de julio de 2014, referencia V1771/2014 (NFC052284).

³⁸ Entre otras, véase la Resolución del TEAC de fecha de 30 de mayo de 2012 (NFJ047068).

³⁹ Véase, a este respecto, la Sentencia de 18 de octubre de 2012, recurso 338/2009 (NFJ057852).

⁴⁰ Entre otras, en sus Sentencias de 5 de julio de 2012, recurso 724/2010 (NFJ048308); y, en la más reciente de fecha de 27 de noviembre de 2014, recurso 4070/2012 (NFJ057851).

posible extender este concepto a las entidades de mera tenencia de bienes que no desarrollan actividad mercantil alguna».

Por último, en el apartado 1 del artículo 107, se establece de manera expresa que las entidades patrimoniales no podrán acogerse al régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros. A este respecto, solamente nos queda advertir de que la diferencia con el texto de la ley anterior que regulaba este régimen (art. 116, apdo. 1) se encuentra en la distinta concepción que ahora se ofrece de las entidades de similares características que quedan excluidas de este régimen especial. Así, si bien ahora se hace una expresa referencia a las entidades patrimoniales (según la definición dada a las mismas en la propia ley), la normativa precedente excluía a las entidades que tenían como actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario en los términos previstos en la Ley del IP, añadiendo además determinados requisitos relativos a la composición de su accionariado (grupo familiar, personas jurídicas de derecho público, etc.). En definitiva, ya hemos tenido la oportunidad de comentar que una entidad patrimonial definida como tal por la nueva LIS no tiene por qué ser coincidente con la entidad que puede tener no exentas sus participaciones en el Impuesto sobre el Patrimonio. En consecuencia, podría darse el caso, a tenor de este, posiblemente inadvertido, cambio normativo que entidades que antes no podían acogerse al régimen especial lo pudieran hacer ahora y viceversa.

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

A dos conclusiones de carácter general llegamos tras la realización de este estudio. La primera, relativa a la razón que ha hecho que se incorpore en la nueva LIS un tratamiento especial para las entidades patrimoniales. Y, la segunda, una vez establecida por el legislador esta singular calificación –no es ni tan siquiera un régimen especial–, se refiere a la valoración del motivo que ha propiciado singularizar la condición de entidad patrimonial a los solos efectos del IS.

En lo que respecta a la primera conclusión, hemos dicho que no tenemos clara la razón que ha llevado al legislador a incorporar esta categoría de entidades en el seno del IS (impuesto, cuya mejor denominación podría ser hoy en día la de Impuesto sobre la Renta de las Entidades). El motivo es sencillo de explicar. Si como se anuncia en la exposición de motivos de la nueva LIS, la finalidad primordial del impuesto es gravar las rentas obtenidas en la realización de actividades económicas (lo que justificaría la novedosa inclusión de las sociedades civiles que tengan objeto mercantil como contribuyentes del impuesto), no parece adecuado que también se pretendan gravar, y además darles la consideración de contribuyente, a aquellas entidades que no desarrollan una actividad económica. Posiblemente, alguna razón de coherencia con lo establecido para situaciones más o menos similares en normativas anteriores (nos referimos a los regímenes especiales de transparencia fiscal y de sociedades patrimoniales) ha sido la justificación de ello. Sin embargo, esto se diluye si se observan las diferentes consecuencias que de la pertenencia a aquellos regímenes se derivaban (básicamente se les quería hacer tributar con parámetros del

IRPF) respecto de las que ahora se observan para las llamadas entidades patrimoniales. De este modo, se ha creado un ente, un *tertium genus*, que con los parámetros de la legislación anterior no se puede identificar ni como «sociedad transparente» ni como «sociedad patrimonial», pero al que tampoco le es de aplicación la totalidad de las normas que sí lo son para el contribuyente en el nuevo impuesto que tributa en el régimen general.

La segunda conclusión trae causa de las características específicas que la nueva LIS impone para que una entidad tenga el carácter de patrimonial. Así, de un lado, aunque a lo largo de este trabajo hemos pretendido interpretar todos y cada uno de los elementos que intervienen para calificar como patrimonial a una entidad, no podemos aventurar que su aplicación sea plenamente pacífica. De este modo, conseguir un pleno entendimiento en torno a conceptos tales como el de actividad económica (en particular, cuando esta consiste en el arrendamiento de inmuebles), valores, dinero, derechos de crédito o grupo societario, nos parece que va a ser una ardua labor. Y, de otra parte, no consideramos acertada la decisión del legislador de alejar la configuración dada a las entidades patrimoniales de la ofrecida a las sociedades de tenencia de bienes por el Impuesto sobre el Patrimonio. Esta última, por el paso de los años y tras numerosas interpretaciones efectuadas por la Administración tributaria, doctrina científica y tribunales de justicia, se encuentra bastante asentada en nuestro derecho, lo que ofrece ciertas garantías de una seguridad jurídica que no dará la de tener que recurrir a normas diferentes para, en definitiva, alcanzar objetivos de carácter similar. No encontramos por ello motivo alguno que justifique esta distinta configuración.

Bibliografía

ALONSO ARCE, I. [2014]: «El arrendamiento de inmuebles y el concepto de actividad económica», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, número 191, págs. 41-42.

CHECA GONZÁLEZ, C. [2009]: «El concepto de "actividad económica" a efectos del IVA (SSTJCE de 26 de junio de 2007. As. C-284/04 y C-369/04, T-Mobile Austria GMBH y otros, y Hutchinson 3G UK Ltd. y otros)», *Noticias de la Unión Europea*, número 290, págs. 39-43.

LUCAS DURÁN, M. [2011]: «SSTJCE 21-2-2006, Halifax, As. C 255/02 y University of Huddersfield, As. C-223/03: Sexta directiva IVA. Artículos 2, punto 1, 4, apartados 1 y 2, 5, apartado 1, y 6, apartado 1. Actividad económica. Entregas de bienes. Prestaciones de servicios. Operaciones realizadas con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal», *Crónica tributaria*, número 138, págs. 239-248.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A. [2009]: «La actividad económica ante el sistema tributario. Especial referencia a la actividad urbanizadora», *Impuestos*, número 8, págs. 11-46.

MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dirs.) [2014]: *Lecciones de Derecho Mercantil*, Thomson Reuters, Madrid, 12.ª edición.

PÉREZ ARANA, R. [2004]: «El arrendamiento de inmuebles: su tributación en el IRPF e implicaciones en otros impuestos», *Estrategia financiera*, número 211, págs. 72-75.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y GINER PARREÑO, C. A. [2008]: «Jurisprudencia comunitaria. Art. 82 CE: conceptos de empresa y de actividad económica: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 1 de julio de 2008, en el asunto C-49/2007 (MOTOE)», *Derecho de los negocios*, número 217, pág. 64.

ROIG SÁNCHEZ, A. [2014]: «Arrendamiento de inmuebles: local y empleado. Requisitos mínimos pero no suficientes en los grupos de sociedades», *Diario La Ley*, número 8.265.

VILLAR EZCURRA, M. [2007]: «STJCE 21-4-2005, Finanzamt Bergish Gladbach y HE, As. C-25/03: Sexta Directiva IVA: Construcción de un inmueble de uso residencial por una sociedad conyugal que no desarrolla, como tal, una actividad económica - Derecho a deducción», *Crónica tributaria*, número 125, págs. 213-220.

A PROPÓSITO DE LOS GASTOS FINANCIEROS: ¿SON FISCALMENTE DEDUCIBLES LOS INTERESES DE DEMORA TRIBUTARIOS?

Alicia Villegas Moreno

Inspectora de Hacienda del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY, don Nicolás DE GAVIRIA FOBIÁN, don José Félix GÁLVEZ MERINO y don Eduardo LUQUE DELGADO.

EXTRACTO

Se analiza el tratamiento contable y fiscal a efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de los intereses de demora tributarios liquidados en supuestos de regularizaciones tributarias. La conclusión que se alcanza es la consideración tributaria de los mismos como un gasto no deducible según jurisprudencia del Tribunal Supremo y la existencia de posibles contingencias fiscales por la falta de seguimiento de tal criterio en diversas resoluciones del TEAC y consultas de la DGT.

Palabras claves: gastos no deducibles e intereses de demora.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 21-07-2014 / Fecha de revisión: 30-04-2015

WITH REGARD TO FINANCIAL EXPENSES: ARE INTEREST IN ARREARS CONSIDERED A DEDUCTIBLE EXPENSE FOR CORPORATE INCOME TAX PURPOSES?

Alicia Villegas Moreno

ABSTRACT

This article deals with the accounting and tax treatment of the interest in arrears deriving from tax proceedings for the purpose of determining the Corporate Income Tax («CIT») taxable base. The conclusion reached by the author is that, pursuant to certain rulings of the Spanish Supreme Court, interest in arrears are not considered a deductible expense for CIT purposes. Additionally, this paper analyses the existence of tax contingencies regarding the lack of follow-up of the Spanish Supreme Court case law on this point by the Spanish General Directorate of Taxes and the Regional Economic-Administrative Court.

Keywords: non-deductible expenses and interest in arrears.

Sumario

1. Introducción
2. Impuesto sobre Sociedades: el resultado contable y la inclusión como gastos financieros de los intereses de demora tributarios
3. Impuesto sobre Sociedades: gastos no deducibles. Calificación como liberalidades de los intereses de demora tributarios
4. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN

Las recientes modificaciones normativas efectuadas en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) en relación con la deducibilidad de los gastos financieros en el IS, negando aquella o limitando temporalmente esta, obligan a reflexionar sobre un tema que podríamos calificar de antiguo, y que se entiende o parece entenderse ya resuelto o superado. ¿Son gastos financieros los intereses de demora tributarios regulados en el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria? ¿Son fiscalmente deducibles los intereses de demora tributarios?

La consulta de cualquiera de los manuales al uso del IS¹ o incluso la base de criterios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, Agencia Tributaria o AEAT) denominada INFORMA² lleva a considerar que el criterio que pueda entenderse consolidado es la

¹ Así se puede consultar en:

- **Memento de IS:** 693. *Los intereses de demora tributarios no tienen, en ningún caso, carácter sancionador, sino indemnizatorio. Ello motiva que sean deducibles.*
- **Memento Cierre fiscal-contable (ejercicio 2014): 6850.** *Ni las sanciones ni los recargos tienen carácter de gasto deducible, pero sí los intereses de demora.*

² 124903-INTERESES DE DEMORA. Pregunta: ¿Deben tenerse en cuenta los intereses de demora para determinar la base imponible? Respuesta: Sí, dado que la ley del impuesto no establece ninguna excepción a la deducción de estos intereses y que son gastos de acuerdo con la norma contable. Normativa/Doctrina artículo 10.3 del TRLIS, Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo de 2004. Consulta de la DGT 2099/2004, de 23 de diciembre (NFC020405).
130302-ACTA POR EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. Pregunta. **Las cuotas fiscales, sanciones e intereses de demora derivadas de la regularización de la situación tributaria del sujeto pasivo como consecuencia de la comprobación efectuada por la Inspección de Hacienda ¿son fiscalmente deducibles?** Respuesta: El artículo 14 del TRLIS establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los derivados de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades. No tendrán la consideración de ingresos los procedentes de dicha contabilización. Igualmente no son deducibles las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones. Por tanto, la cuota del Impuesto sobre Sociedades así como la sanción contabilizada como gasto derivada de las actas de inspección no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en la determinación de la base imponible del IS. Al no regularse nada en dicho artículo 14 respecto de los intereses de demora, estos serán fiscalmente deducibles de la base imponible del IS en el periodo impositivo en que se produzca la liquidación definitiva de las actas. **Normativa/Doctrina.** Artículo 14 del TRLIS, Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. Consulta de la DGT 615/1997, de 3 de abril. Consulta de la DGT 2099/2004, de 23 de diciembre (NFC020405).

consideración de tales intereses de demora tributarios como «un gasto financiero más» y fiscalmente deducibles en el ámbito del citado impuesto.

Por el contrario, el criterio que se entiende aplicable cuando del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) se trata, incluso aunque estas desarrollen una actividad económica, es considerar fiscalmente no deducibles tales intereses de demora, calificados en este caso de pérdida patrimonial y no de gasto financiero³.

Se trata de analizar en las líneas siguientes si los intereses de demora tributarios liquidados en supuestos de regularizaciones tributarias son o no gastos financieros y si son o no deducibles en el Impuesto sobre Sociedades.

De no serlo, criterio este que, anticipo ya, es el que resulta de diversas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, es evidente que no les afecta el límite para la deducibilidad de los gastos establecidos en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TRLIS) vigente hasta 1 de enero de 2015, o en el artículo 16 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, vigente a partir de dicha fecha (en adelante, LIS 27/2014).

En caso contrario dicho límite operaría o podría operar sobre los mismos si bien no existe hasta la fecha criterio manifestado por la Dirección General de Tributos (DGT).

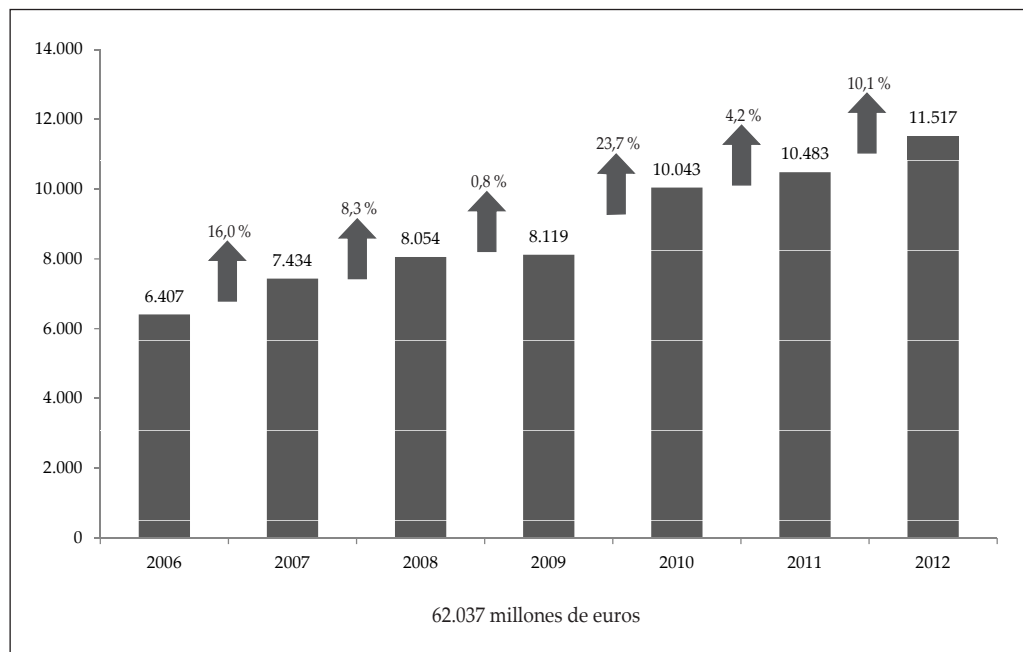
Antes de analizar la cuestión conviene reflejar las cifras que la liquidación de estos intereses pudiera representar, tomando para ello los datos ofrecidos por la memoria de la Agencia Tributaria del año 2012⁴.

El cuadro que se inserta a continuación refleja la ***Recaudación obtenida de las actuaciones de prevención y control del fraude tributario y aduanero***, tanto la denominada directa, como la denominada inducida, esto es la recaudación efectuada a consecuencia de las actuaciones de prevención y control realizadas. *(Se incluyen ingresos por declaraciones complementarias o presentadas fuera de plazo y los procedentes de delitos contra la Hacienda Pública, contrabando y blanqueo de capitales, así como la minoración de devoluciones de expedientes judicializados.)*

³ Así se puede consultar en **Memento de IRPF: 4126**, donde se analiza la calificación como ganancia de patrimonio establecida por la Administración tributaria para el perceptor de los mismos, cuando estos intereses son abonados por la Administración, llegando a la conclusión de que para el pagador por el retraso en el cumplimiento de una obligación o su falta de cumplimiento, entendemos que tienen la consideración de pérdida patrimonial.

⁴ La memoria correspondiente a 2013 señala que en 2013 los ingresos directos de actuaciones de control realizadas por la Agencia Tributaria fueron de **10.091,46 millones de euros** y los ingresos inducidos ascendieron a **858,72 millones**.

Evolución de los resultados de las actuaciones de prevención y control tributario y aduanero



Si bien de la citada Memoria no puede obtenerse el desglose que los intereses de demora liquidados, incluidos en dichas cifras, puedan representar tanto en el ámbito de las actuaciones directas, como en el ámbito de las actuaciones inducidas, sí que permite conocer la importancia que en términos económicos tienen tales intereses.

Es evidente que cualquier cambio de criterio sobre la deducibilidad de estos intereses podría ocasionar una importante contingencia fiscal a los sujetos pasivos del IS.

2. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: EL RESULTADO CONTABLE Y LA INCLUSIÓN COMO GASTOS FINANCIEROS DE LOS INTERESES DE DEMORA TRIBUTARIOS

El IS se define como «un tributo de carácter directo y naturaleza personal que **grava la renta de las sociedades** y demás entidades jurídicas **de acuerdo con las normas de esta ley**» (art. 1. *Naturaleza del TRLIS y de la LIS 27/2014*).

La ley define el hecho imponible como «la **obtención de renta**, cualquiera que fuese su **f fuente u origen**,...» (art. 4.1.º del TRLIS y de la LIS 27/2014) y en su artículo 10. *Concepto y determinación de la base imponible*, apartados 1 y 3 establece:

«1. La base imponible **estará constituida por el importe de la renta** en el **periodo impositivo** minorada por la compensación de bases imponibles negativas de periodos impositivos anteriores.

(...)

3. En el método de estimación directa, la **base imponible** se calculará, **corrigiendo**, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta ley, el **resultado contable** determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas».

En definitiva la renta obtenida por el sujeto pasivo del IS y que constituye la base imponible del impuesto exige para su cálculo como dice la ley:

1. Determinar el resultado contable de acuerdo con:

1.1. Las normas previstas en el **Código de Comercio**.

1.2. En las **demás leyes** relativas a dicha **determinación**.

1.3. En las **disposiciones que se dicten en desarrollo** de las citadas normas.

2. Corregir el resultado contable mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la ley reguladora del IS.

Es por ello que lo primero que cabe preguntarse es cuál es el tratamiento que los intereses de demora tributarios tienen desde el punto de vista contable, para luego analizar si la Ley reguladora del IS contiene alguna norma que, en su caso, permita corregir a efectos fiscales ese tratamiento contable.

Conviene recordar que esta forma de calcular la *renta obtenida por los sujetos pasivos* del IS y que constituye la base imponible del impuesto fue introducida por la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, vigente desde 1 de enero de 1996, y que bajo la vigencia de esta ley, han sido dos los planes generales de contabilidad aplicables, sin que el citado artículo 10.3 del TRLIS regulador de la forma de calcular la base imponible del IS haya sido modificado, a pesar de que, como tendremos ocasión de analizar, el registro contable de estos intereses de demora ha sufrido una modificación:

- Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, vigente hasta 1 de enero de 2008.
- Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, vigente desde 1 de enero de 2008.

Con anterioridad a dicha fecha (1 de enero de 1996), la *renta obtenida por los sujetos pasivos del IS* y que constituye la base imponible del impuesto se determinaba mediante la descripción de los diferentes componentes de la misma realizando la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, una **definición pormenorizada de los distintos conceptos**.

Como refleja la exposición de motivos de este reglamento, se parte, entre otros, de **dos tradicionales principios**:

«(...)

- b) Determinación de la base de imposición **con apoyo** en los datos contables.
- c) **Adecuación de la carga tributaria a la capacidad contributiva** de los sujetos; y»

Y en este contexto el Reglamento reflexiona sobre las relaciones entre contabilidad y fiscalidad señalando:

«En el desarrollo reglamentario del Impuesto sobre Sociedades no podía prescindirse de la relación evidente que existe entre contabilidad y fiscalidad, para cuyo tratamiento, si **se prescinde de la posibilidad de una separación absoluta entre normas fiscales y contables**, se ofrecen **tres alternativas**:

- a) La **aceptación incondicional de las valoraciones contables** a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.
- b) El **sometimiento de la contabilidad a las valoraciones aceptadas a efectos fiscales**; y
- c) La **armonización de criterios contables y fiscales**, sin que esto signifique que **las valoraciones contables hayan de aceptarse indiscriminadamente a efectos fiscales**.

De estas alternativas, aceptar **la primera** supondría **una deslegalización práctica del impuesto, sobre cuya cuantía podría disponer de forma casi ilimitada el contribuyente**, mientras que acoger **la segunda** podría **poner en peligro la propia subsistencia de la contabilidad** como técnica de información y representación de la verdadera situación patrimonial y de las operaciones realizadas, por lo que **la tercera resulta la más plausible, siendo, además, la postura seguida tradicionalmente en nuestro ordenamiento**. Además, la Ley del Impuesto sobre Sociedades, sobre todo a través de lo dispuesto en los artículos 16, 22 y 30, refuerza la idea de que debe procurarse el mayor grado posible de aproximación entre la contabilidad y las reglas fiscales, sin que ello suponga, empero, menoscabo de las facultades normativas que tienen los distintos órganos del Estado. La confirmación última de esta postura se encuentra en la disposición adicional cuarta de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, antes citada, en la que se impide, de forma indirecta, la existencia de contabilidades diversas.

El Reglamento ha prestado una especial atención a los aspectos e implicaciones contables del impuesto, **definiendo conceptos y operaciones** con una terminología familiar a la mayoría de las Empresas y asumiendo en su propio texto buena parte de los postulados contenidos en nuestro Plan General de Contabilidad y en la Cuarta Directriz de la Comunidad Económica Europea, con lo que se buscan así soluciones a los problemas de adaptación futura a esta última. Lógicamente esta postura no ha impedido hacer especial hincapié en aquellos conceptos u operaciones cuya consideración y tratamiento a efectos del impuesto resultan especialmente relevantes. De esta forma, la posterior evolución de la técnica contable no introducirá inseguridades o alteraciones innecesarias y peligrosas sobre la estructura básica del impuesto, sin que ello impida naturalmente que, a través del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales, se realicen en su momento las oportunas adaptaciones de la normativa fiscal.

Lo anteriormente expuesto no debe entenderse como una intromisión de las normas fiscales en los aspectos contables y de gestión de las Empresas, sino que, por el contrario, supone, en la mayoría de los casos, la eliminación de la doble óptica con la que la Empresa había tomado en consideración, en el pasado, buena parte de sus actuaciones. Al mismo tiempo, en los casos en que la valoración fiscal difiera de la contable, el Reglamento no impone la rectificación de la valoración contable, sino que establece como suficiente la mera indicación aclaratoria en las cuentas sociales como modo de solucionar satisfactoriamente la discrepancia, a la vez que prohíbe la utilización de las valoraciones fiscales para alterar la representación del resultado contable. Esto demuestra la preocupación del Reglamento por no perjudicar, sino, en todo caso, favorecer una contabilidad veraz que sea consecuencia de una gestión financiera correcta y ordenada encaminada a conservar y potenciar, en lo posible, la situación patrimonial y financiera de las Empresas españolas».

Conviene recordar que la Exposición de motivos de la Ley 43/1995 expresa los motivos de la reforma, reforma que **no implica una transformación radical de dicho tributo**.

La Exposición de motivos de esta Ley señalaba:

«Antecedentes y causas de la reforma del Impuesto sobre Sociedades

El Impuesto sobre Sociedades cumple el objetivo de gravar **los beneficios** obtenidos por las entidades jurídicas. En este sentido el Impuesto sobre Sociedades constituye un complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el marco de un sistema tributario sobre la renta. Además, cumple una función de retención en la fuente respecto de las rentas del capital obtenidas por los inversores extranjeros a través de sociedades de su propiedad residentes en territorio español.

Ambos objetivos, que responden a los principios constitucionales de suficiencia y justicia establecidos en el artículo 31 de la Constitución son una constante en el Impuesto sobre Sociedades. La presente Ley **no altera dichos objetivos** y, por

consiguiente, **la estructura del Impuesto sobre Sociedades que contiene no implica una transformación radical de dicho tributo.**

Las causas que motivan la reforma del Impuesto sobre Sociedades tampoco ponen en cuestión su actual estructura, aunque sí determinan modificaciones de cierta importancia. Estas causas son las siguientes:

Primera. La reforma parcial de la legislación mercantil, llevada a cabo por la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Segunda. La reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, realizada por la Ley 18/1991, de 6 de junio.

Tercera. La apertura de nuestra economía a los flujos transfronterizos de capitales.

Cuarta. La dispersión normativa que padece actualmente el Impuesto sobre Sociedades.

Quinta. La evolución de la teoría hacendística, jurídico-financiera y de los sistemas tributarios de nuestro entorno en relación al Impuesto sobre Sociedades.

Por lo que se refiere a la primera causa, cabe observar que **el objeto del Impuesto sobre Sociedades es la renta obtenida por las entidades jurídicas**, y que esta magnitud se determina, para la inmensa mayoría de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, **en virtud del algoritmo contable** regulado por los principios y normas establecidos en el Código de Comercio, la Ley de Sociedades Anónimas y el Plan General de Contabilidad, básicamente.

Determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades **a partir** del resultado contable, **corregido por las excepciones legalmente tipificadas**, constituye uno de los **objetivos primordiales** de la reforma del Impuesto sobre Sociedades, cuya consecución redundará en beneficio de la **seguridad jurídica del contribuyente**.

Así las cosas tendremos ocasión de reflexionar acerca de si el tratamiento contable y fiscal de los intereses de demora tributarios ha sufrido un cambio radical a efectos de IS y si ese cambio lo ha sido en la práctica o era el deseo del legislador tributario.

Desde el punto de vista **contable** los intereses de demora tributarios han sido calificados por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC) como **gastos financieros** a contabilizar en una cuenta del subgrupo 66.

Esta calificación se contiene tanto en la **Resolución de 9 de octubre de 1997** dictada en desarrollo del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad vigente hasta 1 de enero de 2008, como en la Consulta 10 de fecha **1 de septiembre de 2008** [BOICAC, núm. 75 (NFC031164)], dictada bajo la vigencia del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad vigente desde dicha fecha.

La **Resolución de 9 de octubre de 1997** fue dictada al amparo de lo establecido en la disposición final quinta del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, que establecía:

«El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas podrá aprobar, mediante Resolución, **normas de obligado cumplimiento que desarrollen** el Plan General de Contabilidad y sus adaptaciones sectoriales **en relación con las normas de valoración** y las normas de elaboración de las cuentas anuales, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final tercera».

Conviene recordar que esta capacidad normativa del ICAC fue cuestionada por la Asociación Española de Leasing al interponer recurso contra la Resolución del ICAC de 21 de enero de 1992, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material, recurso que resolvió en primer lugar por Sentencia dictada por la Sección 9.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó aquel anulando la citada resolución con fundamento en que el Instituto no tiene potestad para dictar normas con eficacia externa, y en que se ha vulnerado el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, sentencia casada posteriormente por el Tribunal Supremo que en Sentencia de fecha 27 de octubre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo rec. n.º 4354/1994 (NFJ005629), reconoció la potestad normativa del ICAC para dictar la disposición objeto de recurso, sin embargo, matizó que tal potestad no es absoluta, sino que ha de respetar los límites propios de todo reglamento, y en especial el de jerarquía, motivo por el cual anula un apartado de la misma en concreto infringe, por tanto, el espíritu que animó a la norma habilitante.

Ello nos lleva a analizar detenidamente si la **Resolución de 9 de octubre de 1997** desarrolla correctamente al Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre.

En primer lugar, debe señalarse que la citada Resolución desarrolla la norma de valoración número 16, relativa al registro contable del gasto por **Impuesto sobre Sociedades** y, por tanto y, en principio, sus determinaciones, de ser obligatorias, podrían afectar a la contabilización de este impuesto pero no a otros tributos.

La norma de valoración número 16, relativa al registro contable del gasto por IS, hace referencia o contempla la contabilización **correcta** del IS, sin hacer mención alguna a **los errores** de la misma. Tan solo hace mención a «Cuando la **modificación de la legislación tributaria** o la evolución de la **situación económica de la empresa...**».

Es por ello que la referencia en la disposición **novena** de la citada Resolución al «*Registro de las contingencias derivadas del Impuesto sobre Sociedades*», no es desarrollo de dicha disposición sino que viene a determinar la forma de operar en supuestos de **errores contables**, es decir, en aquellos casos en que el IS no ha sido correctamente contabilizado en las cuentas correspondientes al ejercicio de que se trate y que han sido aprobadas precisamente a pesar del error contable cometido, puesto de manifiesto a posteriori «se deriven o no de un acta de inspección».

Como se deduce del tenor literal la citada disposición novena se limita a resaltar **la obligación de registro contable de las contingencias fiscales** al señalar que:

«1. De acuerdo con el **principio de prudencia** recogido en la primera parte del Plan General de Contabilidad, con carácter general, las **contingencias fiscales**, se deriven o no de un acta de inspección, **deberán ocasionar en el ejercicio en que se prevean**, la correspondiente dotación a la provisión para riesgos y gastos por el importe estimado de la deuda tributaria».

Y a ello añade:

«2. La provisión para riesgos y gastos a que hace referencia el número anterior o, en su caso, si se trata de importes determinados, la **deuda con la Hacienda Pública**, se registrará **con cargo a los conceptos de gasto correspondientes a los distintos componentes que la integran**.»

Respecto de los componentes de dicha deuda tributaria consistentes en intereses de demora o en sanción señala:

«Los intereses correspondientes al **ejercicio en curso** se contabilizarán **como un gasto financiero**, que figurará en la partida "Gastos financieros y gastos asimilados", formando parte del epígrafe II: "Resultados financieros". Para ello se podrá emplear las cuentas del subgrupo 66 que correspondan contenidas en la segunda parte del Plan General de Contabilidad.

Los intereses correspondientes **a ejercicios anteriores** se considerarán como gastos de ejercicios anteriores, y figurarán en la partida "Gastos y pérdidas de otros ejercicios", formando parte del epígrafe IV. "Resultados extraordinarios". Para ello se podrá emplear la cuenta 679. "Gastos y pérdidas de ejercicios anteriores" contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad.

La sanción producirá un gasto de naturaleza extraordinario, que figurará en la partida "Gastos extraordinarios" formando parte del epígrafe IV. "Resultados extraordinarios". Para ello se podrá emplear la cuenta 678. "Gastos extraordinarios" contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad».

El ICAC entiende que hay que registrar los distintos componentes de la deuda tributaria de acuerdo con su naturaleza y así determina, sin razonar, el porqué, que el interés de demora es un gasto financiero mientras que la sanción tributaria es un gasto extraordinario.

No razona la resolución qué criterios se toman en consideración para calificar como gasto financiero el interés de demora y no, por ejemplo, como gasto extraordinario como con la sanción tributaria se efectúa.

Calificar de gasto financiero el interés de demora tributario exige considerar que se trata de un supuesto de financiación ajena instrumentada, en este caso, no en forma de préstamo o de un contrato celebrado con tercero, sino en forma de incumplimiento tributario al dejar de declarar e ingresar correctamente el IS y, además, que tal financiación obtenida está relacionada con la actividad de la empresa.

Así se definen los gastos financieros por el ICAC, el cual, en Resolución de 9 de mayo de 2000, del ICAC, por la que se establecen criterios para la determinación del coste de producción (BOE de 13 de junio), señala expresamente:

«1. Gastos financieros **son aquellos que se derivan de la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad.** Entre otros, se consideran gastos financieros, los **intereses y comisiones devengados como consecuencia de la utilización de fuentes ajenas de financiación**».

Como tendremos ocasión de ver, esta definición contable de gasto financiero vigente bajo la aplicación del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, es similar a la definición que de gasto financiero utilizaba la normativa tributaria bajo la vigencia de la Ley 61/1978.

Definido así el gasto financiero (*la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad*) podría decirse que tanto el interés de demora derivado de un incumplimiento tributario como la sanción derivada del mismo merecen el calificativo de gasto extraordinario, tal y como este define en su Tercera parte, *Definiciones y relaciones contables*, Grupo 6. Compras y gastos, 67. Pérdidas procedentes del inmovilizado y gastos excepcionales, 678. Gastos extraordinarios:

«Pérdidas y gastos de cuantía significativa, que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa.

Como regla general una pérdida o gasto se considerará como partida extraordinaria únicamente si se origina por **hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de actividad en que opera la empresa, cumplen las dos condiciones siguientes:**

- **Caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa, y**
- **No se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia.**

A título indicativo, se señalan los siguientes: Los producidos por inundaciones, incendios y otros accidentes; costes de una oferta pública de compra de acciones sin éxito; **sanciones y multas fiscales o penales**».

Resulta evidente que sería difícil entender o justificar que la forma habitual de financiarse una empresa sea dejando de declarar correctamente y de pagar sus impuestos correspondientes. Si esto fuera así realmente, ¿podría considerarse que es un motivo económico válido?

Sirvan para dar respuesta a esta pregunta los argumentos del Tribunal Supremo referidos a un asunto que podríamos calificar de similar, cual es la consideración como gastos no deducibles de las retribuciones de administraciones y consejeros cuando los Estatutos establecen la gratuidad del cargo, apelando entre otras cosas al *adecuado comportamiento de un ordenado comerciante, en los términos exigidos por el Código de Comercio*. [Sentencia de 30 de octubre de 2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 131/2012 (NFJ052827), recurso de casación para la unificación de doctrina], o señalando [Tribunal Supremo, Sentencia de 2 de enero de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 4269/2012 (NFJ053476)] que:

(...)

«Es, por tanto, palmario [se refiere al art. 10.3 del TRLIS] que **el resultado contable no es extraño y ajeno al "Código de Comercio" y demás leyes relativas a su determinación sino fiel servidor de ellas.**

6.º De ello se infiere, sin género alguno de dudas, que la deducibilidad de las retribuciones de los Administradores se rigen por dichas normas, lo que comporta que **la entrada en vigor de la Ley 43/1995 no operase, en lo sustancial, modificación alguna** en lo referente al régimen fiscal de las retribuciones de los Administradores, que es la tesis de fondo que en el recurso que analizamos se sostiene.

La cuestión, por tanto, no se centra en la "necesariedad" del gasto como a veces se pretende, **sino en su "legalidad"**, que ha de inferirse de las normas que rigen la materia de las retribuciones de los Administradores en los respectivos textos que las regulan. **Tal legalidad hay que entenderla referida, como también** hemos señalado, no solo a los Estatutos sino **a los límites que de la totalidad del ordenamiento jurídico pueden inferirse** a la vista de las circunstancias concurrentes.

Por eso, resulta insólita, como ya hemos dicho en alguna ocasión, cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil».

Si la respuesta fuera que la entidad está financiando su actividad con los tributos no ingresados a la Hacienda Pública, estaría calificando por sí sola la conducta de aquella al contravenir claramente las normas tributarias que obligan al cumplimiento en plazo reglamentario de las obligaciones de presentación de declaraciones y autoliquidaciones.

Por el contrario, en los supuestos de errores contables cometidos por el sujeto pasivo del IS, determinantes de incumplimientos tributarios, la regularización de estos por parte del sujeto pasivo, ya sea de forma espontánea a través de una declaración complementaria, o de forma no espontánea, merced a una actuación de la Administración tributaria, o incluso de órganos competentes de la vía penal, genera la obligación de pagar la cuota o deuda no pagada en plazo o la devolución obtenida indebidamente y, además, genera la obligación de pago de otras obligaciones accesorias a tal incumplimiento [art. 25 de la Ley General Tributaria (LGT)], sean estas recargos,

si es que la regularización es espontánea (art. 27. *Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo* de la LGT) o sean estas intereses de demora (art. 26 de la LGT), exigibles tanto si la regularización ha venido motivada por los órganos citados, como en determinados supuestos de regularización espontánea.

Tal es el caso de regularización espontánea pero que se ha llevado a efecto una vez transcurridos 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación, supuesto este en que se exige el recargo correspondiente del 20% y además se exigirán los intereses de demora por el periodo transcurrido desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo establecido para la presentación hasta el momento en que la autoliquidación o declaración se haya presentado (art. 27.2 segundo párrafo), así como en determinados supuestos de aplicación provisional de ciertos beneficios fiscales por parte de los sujetos pasivos del IS, condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos y de obligatoria regularización por parte de estos en la declaración del periodo en que tales requisitos no se cumplan pero con inclusión del correspondiente interés de demora.

Así mismo tales incumplimientos tributarios, regularizados merced a actuaciones de los órganos competentes, es decir, no espontáneas pueden dar lugar a la imposición de sanciones penales y administrativas.

En el supuesto de apreciarse la existencia de **delitos fiscales**, ha sido resuelta ya la polémica surgida sobre si en estos casos era exigible el interés de demora tributario regulado en el ya citado artículo 26 de la LGT.

Así podemos citar la Sentencia del **Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013**, Sala de lo Penal, rec. n.º 29/2013 (NFJ052876), donde se señala que **tanto antes como después de la reforma penal de 2010 (LO 5/2010), la responsabilidad civil de estos delitos comprende el importe de los intereses de demora**, reproduciendo para ello diversas Sentencias del Tribunal Supremo, considerando que si en algunos de ellas se siguió otro criterio fue entender que el interés de demora era una sanción, calificación esta superada y apelando, por último, al principio de igualdad de trato de incumplidores tributarios.

Estos son los razonamientos del Tribunal Supremo:

«I. La parte recurrente, en suma, pretende la exclusión de los intereses de demora del ámbito de la responsabilidad civil en los delitos contra la Hacienda Pública.

La naturaleza de la responsabilidad civil en los delitos fiscales constituye una cuestión muy controvertida. Pero en el caso actual la cuestión que se plantea se ciñe a resolver, exclusivamente, si dicha responsabilidad debe incluir, o no, el abono de los intereses de demora. Y la respuesta positiva es muy clara.

En primer lugar las dudas doctrinales y jurisprudenciales que pudieran existir se han aclarado por el propio Legislador. La reforma penal de 2010 (LO 5/2010) ha establecido, sin duda de ninguna clase, que "la responsabilidad civil comprenderá el

importe de la deuda tributaria... incluidos sus intereses de demora" (art. 305 5.º CP), y esta inclusión se reitera en la redacción actual del precepto (LO 7/2012, de 27 de diciembre), en el apartado 7.º del citado art. 305.

Asimismo la disposición adicional décima de la Ley general Tributaria dispone que "En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio".

En segundo lugar, en relación con los supuestos anteriores a la reforma legal, es obvio que la regla debe ser la misma. En efecto la doctrina de esta Sala ha recordado con reiteración el carácter de norma penal parcialmente en blanco del delito fiscal, que debe complementarse en el ámbito sustantivo por remisión a la normativa tributaria. Y si esta remisión debe ser aplicada para la determinación de la cuota tributaria defraudada, es lógico que deba igualmente aplicarse a la hora de determinar el interés que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria impagada.

Pues bien, en este aspecto, la normativa tributaria es muy clara. El artículo 58 de la LGT establece que la deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta, incluyendo, entre otras magnitudes, el interés de demora. La Ley 58/2003 excluye expresamente del concepto deuda tributaria a las sanciones, por lo que no debe atribuirse a los intereses de demora naturaleza sancionatoria.

El interés de demora se encuentra definido por el artículo 26 de la LGT como "una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria".

El interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible, incrementado en un 25 %, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente.

Y, en tercer lugar, no cabe apreciar razón alguna por la que los delincuentes fiscales deban resultar privilegiados en el abono de los intereses de su deuda tributaria respecto de cualesquiera otros deudores tributarios, que pese a no haber cometido delito alguno, están legalmente obligados al abono de intereses de demora caso de retrasarse en el pago.

II. Así se viene entendiendo por esta Sala, aunque con algunas vacilaciones que han de estimarse superadas.

Por ejemplo, la STS 606/2010, de 25 de junio, referida al caso Azucarera, establece expresamente en el fallo de su segunda sentencia que "A todas las cantidades referidas se añadirán los intereses de demora correspondientes a la cuota defraudada, que se computarán a partir de la finalización del plazo voluntario de pago de que se

trate en cada supuesto, conforme a lo dispuesto en los artículos 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil derogada y actual artículo 576 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, y el artículo 30 de la Ley General Presupuestaria y 58 de la Ley General Tributaria".

La STS 163/2008, de 8 de abril, recuerda que "el artículo 58.2 de la Ley General Tributaria se refiere a la deuda tributaria e incluye dentro de la misma los intereses de demora, que cifra en el artículo 26.6 en el interés legal incrementado en un 25 %. En la Disposición adicional décima se dispone que 'En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio'. Es decir, que la exigencia de la deuda tributaria en su integridad se establece legalmente para los casos de delitos contra la Hacienda Pública. Referencia legal que debe relacionarse con la rúbrica empleada en el Código Penal..."

Y la STS de 26 de diciembre de 2001, núm. 2476/2001 indicó que "Si de acuerdo con el art. 36 de la Ley General Presupuestaria, las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública devengarán interés de demora desde el día siguiente al de su vencimiento, y este interés tiene que ser el 'legal del dinero vigente el día en que venza el plazo señalado', es indiscutible que dicho interés, devengado y no pagado, debe estimarse comprendido entre los perjuicios materiales derivados del delito y, en consecuencia, ser objeto de indemnización por parte de la persona que, como el acusado, sea condenada como criminalmente responsable de un delito que consiste precisamente en eludir el pago de tributos adeudados a la Hacienda Pública".

Es cierto que otras resoluciones, como la STS núm. 539/2003, de 30 de abril, excluyen de la responsabilidad civil en estos delitos los intereses de demora, pero lo hacen por considerarlos de naturaleza sancionatoria, criterio que es descartado en la actualidad por la jurisdicción contenciosa, e incluso por el Tribunal Constitucional (STC núm. 76/1990, de 26 de abril), que considera los intereses de demora como reparadores del perjuicio ocasionado por el retraso en el pago, y no sancionatorios».

Volvemos a reproducir las preguntas antes formuladas: ¿pueden considerarse gastos financieros los intereses de demora en supuestos de condenas por delito fiscal?

Contablemente es cuestionable que el interés de demora pueda ser calificado como un gasto financiero. No se trata de obtener financiación ajena para el desarrollo de la actividad.

En términos contables ha de entenderse que tales intereses son un gasto extraordinario que «Caen fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa, y no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia y que deriva de la sola voluntad del sujeto pasivo de IS que debiendo cumplir sus obligaciones, incurre en errores, sea cual sea la calificación de estos, determinantes del incorrecto cumplimiento de sus obligaciones».

Contablemente es pues cuestionable que el interés de demora pueda ser calificado como un gasto financiero.

El ICAC en Consulta n.º 10, BOICAC 75/2008 (NFC031164), dictada bajo la vigencia del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, analiza cuál debe ser la contrapartida del abono a la cuenta de provisiones para impuestos, por la cuota y los intereses correspondientes a ejercicios anteriores. Distingue dos situaciones: el error contable y el cambio de estimación, y señala:

«En relación con el registro de los ingresos y **gastos que procedan de ejercicios anteriores, con carácter general**, debe señalarse que **en primer lugar deberá analizarse si existe un error** —en cuyo caso, será de aplicación lo dispuesto para los errores en la norma de registro y **valoración 22.^a**, sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables, contenida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre— **o si el registro en ejercicios previos fue correcto**, en cuyo caso los **ingresos y gastos se registrarán de acuerdo con su naturaleza**.

En consecuencia, la cuenta 141. Provisión para impuestos **se abonará con cargo a la cuenta 113. Reservas voluntarias**, por la cuota y **los intereses correspondientes a ejercicios anteriores**, cuando **habiendo procedido el registro de la citada provisión en un ejercicio previo, este no se hubiese producido**. Por el contrario, si los ajustes en la cuenta 141 se efectuaran por **cambio de estimación** (consecuencia de la **obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos**), se cargará a cuentas del subgrupo 63 por el importe que corresponde a la cuota y **a cuentas del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan estos al ejercicio o a ejercicios anteriores**.

Siempre que se produzca la **subsanción de errores** relativos a ejercicios anteriores se deberá incorporar la correspondiente **información en la memoria** de las cuentas anuales. Asimismo, se informará en la memoria de los cambios en estimaciones contables que hayan producido efectos significativos en el ejercicio actual, o que vayan a producirlos en ejercicios posteriores; en particular, se deberá incorporar la información incluida en los modelos de memoria recogidos en la tercera parte del Plan General de Contabilidad».

De acuerdo con lo señalado por esta consulta, se mantiene por el ICAC la calificación del interés de demora tributario como un gasto financiero, si bien en modo alguno se hace motivación sobre tal calificación, dudosa de mantener y justificar más aun bajo la vigencia del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, ¿podrían calificarse las deudas tributarias indebidamente declaradas y regularizadas por la Inspección y que dan lugar a la liquidación de intereses de demora como «pasivos financieros» tal y como estos se definen en el Plan General?

La respuesta la ha facilitado el propio ICAC en Consulta n.º 2, BOICAC 87/2011 (NFC042089), en la que se responde a la cuestión planteada «Sobre la información a incluir en la memoria de los

saldos con las Administraciones Públicas y, en particular, si los citados créditos y débitos deben calificarse como instrumentos financieros», señalando el ICAC:

«El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a define un **instrumento financiero** como **un contrato** que da lugar a un activo financiero en una empresa y, simultáneamente, a un pasivo financiero o un instrumento de patrimonio en otra empresa.

Asimismo en dicha norma se indica que un activo financiero es cualquier activo que sea: dinero en efectivo, un instrumento de patrimonio de otra empresa, o suponga un derecho contractual a recibir efectivo u otro activo financiero, o a intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente favorables. Por el contrario, un **pasivo financiero** supone para la empresa **una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables.**

Las cuentas con las Administraciones Públicas, que figuran como tal en el subgrupo 47 del PGC, recogen una serie de derechos y **obligaciones para la empresa** derivados bien de subvenciones concedidas, créditos o débitos con Organismos de la Seguridad Social, o activos y **pasivos fiscales** tanto corrientes como no corrientes. Si bien, dichos elementos suponen un derecho de cobro o **una obligación de pago, no derivan de una relación contractual, sino que tienen su origen en un requerimiento legal** o en actividades de fomento por parte de las Administraciones Públicas, por lo que **no se consideran** activos o **pasivos financieros**.

A mayor abundamiento, la norma de registro y valoración 13.^a "Impuesto sobre beneficios" incluida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad, anteriormente citado, en su apartado uno establece:

"(...) El impuesto corriente correspondiente al ejercicio presente y a los anteriores, se reconocerá como un pasivo en la medida en que esté pendiente de pago. En caso contrario, si la cantidad ya pagada correspondiente al ejercicio presente y a los anteriores excediese del impuesto corriente por esos ejercicios, el exceso se reconocerá como un activo".

Asimismo, en el apartado 3. "Valoración de los activos y pasivos por impuesto corriente y diferido" de la misma norma, se indica que los activos y pasivos por impuesto diferido no deben ser descontados, es decir, que se valoran al importe nominal, a pesar de que su imputación o cancelación se produzca a largo plazo, debiendo figurar en todo caso en el activo o en el pasivo no corriente del balance, respectivamente. Este criterio difiere de los establecidos para los instrumentos financieros, cuya valoración inicial es su valor razonable y la posterior está en función de la cartera en que estén clasificados.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cabe concluir que los créditos y débitos con la Hacienda Pública no se reflejarán en los apartados de la memoria relacionados con los instrumentos financieros».

La contestación del ICAC en Consulta n.º 10, BOICAC 75/2008 (NFC031164), antes citada, mantiene la calificación de «gasto financiero» y solo analiza o distingue cuál es la cuenta de contrapartida de dichos gastos contables, en función de que su causa sea un error contable (en cuyo caso el «gasto financiero» se entiende devengado en el ejercicio de su devengo y su contabilización se efectúa en ejercicio posterior contra una cuenta de reservas) o un cambio de estimación (en cuyo caso el «gasto financiero» se entiende devengado en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio y su contabilización se efectúa en cuentas **del subgrupo 66 por los intereses de demora, correspondan estos al ejercicio o a ejercicios anteriores.**)

En la norma de registro y **valoración 22.^a**, sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables, se define el error contable señalando:

«22.^a Cambios en criterios contables, errores y estimaciones. Cuando se produzca un cambio de criterio contable, que solo procederá de acuerdo con lo establecido en el principio de uniformidad, se aplicará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información.

El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto. Asimismo se modificarán las cifras afectadas en la información comparativa de los ejercicios a los que le afecte el cambio de criterio contable.

En la subsanación de errores relativos a ejercicios anteriores serán de aplicación las mismas reglas que para los cambios de criterios contables. **A estos efectos, se entiende por errores las omisiones o inexactitudes en las cuentas anuales de ejercicios anteriores por no haber utilizado, o no haberlo hecho adecuadamente, información fiable que estaba disponible cuando se formularon y que la empresa podría haber obtenido y tenido en cuenta en la formulación de dichas cuentas.**

Sin embargo, se calificarán como cambios en estimaciones contables aquellos ajustes en el valor contable de activos o pasivos, o en el importe del consumo futuro de un activo, que sean consecuencia de la **obtención de información adicional, de una mayor experiencia o del conocimiento de nuevos hechos.** El cambio de estimaciones contables se aplicará de forma prospectiva y su efecto se imputará, según la naturaleza de la operación de que se trate, como ingreso o gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio o, cuando proceda, directamente al patrimonio neto. El eventual efecto sobre ejercicios futuros se irá imputando en el transcurso de los mismos.

Siempre que se produzcan cambios de criterio contable o subsanación de errores relativos a ejercicios anteriores se deberá incorporar la correspondiente información en la memoria de las cuentas anuales.

Asimismo, se informará en la memoria de los cambios en estimaciones contables que hayan producido efectos significativos en el ejercicio actual, o que vayan a producirlos en ejercicios posteriores».

Ejemplos de **cambios de estimación** generadores de regularizaciones tributarias determinantes de interés de demora, podemos encontrar en aquellos supuestos de beneficios fiscales aplicados en determinados ejercicios y ello de forma provisional al depender (condición resolutoria) aquellos de determinadas circunstancias futuras.

Así pueden citarse a título de ejemplo los supuestos de libertad de amortización de empresas de reducida dimensión (art. 109 del TRLIS y 102 de la LIS 27/2014) o la reserva de nivelación (art. 105 de la LIS 27/2014), de empresas de reducida dimensión.

En estos supuestos el incumplimiento por el obligado tributario de sus obligaciones es conocido en el ejercicio posterior a aquel en que se aplicó el beneficio fiscal, ordenando la norma que el propio contribuyente conocedor de esta circunstancia se autoliquide, además de la cuota correspondiente, el interés de demora, el cual de acuerdo con los criterios contables señalados se registraría en una cuenta del subgrupo 66 formando parte del resultado contable.

Siendo esto así, desde la perspectiva fiscal y a efectos de determinar la base imponible, procede considerar si este gasto contable lo es también fiscal o no, cuestión que se aborda en el apartado siguiente, procediendo en su caso realizar el pertinente ajuste extracontable positivo para determinar la base imponible.

Fuera de esos supuestos, la regla general será que las **cuotas regularizadas** lo sean por razón de **errores**, es decir, **omisiones o inexactitudes en las cuentas anuales de ejercicios anteriores por no haber utilizado, o no haberlo hecho adecuadamente, información fiable que estaba disponible cuando se formularon y que la empresa podría haber obtenido y tenido en cuenta en la formulación de dichas cuentas**, y en estos casos los intereses de demora correspondientes a ejercicios anteriores no deberían contabilizarse en cuentas del subgrupo 66 sino con cargo a la cuenta 113. Reservas voluntarias, no formando por tanto parte del resultado contable.

En este caso, y dado que el resultado contable, del que se parte para determinar la base imponible, no incorpora gasto alguno por razón de los distintos elementos regularizados, habría que analizar si procede corregir el **resultado contable** mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la Ley reguladora del IS, es decir, si algún precepto permite considerar que los intereses de demora sí son gastos fiscalmente deducibles a efectos de determinar la base imponible lo que obligaría a realizar el pertinente ajuste a aquel resultado minorando el mismo.

Nuevamente lo decisivo en este caso es el carácter o calificación del citado interés de demora y si el mismo es calificable como un gasto financiero, pues de lo que se trataría es de discernir si siendo un gasto contable, contabilizado por error en ejercicio posterior a su devengo (contra una cuenta de reservas), en cuanto que la entidad con la información de la que disponía debía haber

registrado una *provisión en un ejercicio previo*, y por tanto no incorporado al resultado contable del que se parte para determinar la base imponible, ha de ser considerado como tal a efectos fiscales minorando aquel para determinar la base imponible.

En este caso la norma fiscal ofrece la solución para resolver el criterio de imputación fiscal (al año de su contabilización contra reservas, o al ejercicio anterior en que debió ser contabilizado) de un gasto que sea admisible fiscalmente en su artículo 19.3 del TRLIS (art. modificado por la disp. adic. octava de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, a fin precisamente de adaptarse al nuevo marco contable y dar cabida en los ajustes extracontables a aquellos gastos contabilizados contra una cuenta de reservas) de tal modo que si ese gasto contable por interés de demora fuera fiscalmente admisible (cuestión esta que es la controvertida) y artículo 11.3.1.º de la LIS 27/2014, su imputación a la base imponible se efectúa en el ejercicio de su contabilización extemporánea contra una cuenta de reservas, y no en el ejercicio de su devengo con el límite de que ello no suponga una **tributación inferior** a la que hubiere correspondido por aplicación de las normas de imputación temporal según su devengo.

Se ha entendido de forma reiterada que una tributación inferior se produce en aquellos casos en que un gasto se contabiliza superado el periodo de prescripción del periodo de su devengo⁵. Si el año en que el gasto (en el caso analizado el interés de demora, de serlo) se ha devengado en un año prescrito, no podría modificarse la liquidación del periodo y, por tanto, no cabe admitir su deducibilidad en el periodo de su inscripción contable porque sería tanto como admitir gastos de un periodo prescrito y ello determina una tributación inferior.

Esta situación difícilmente se producirá en aquellos supuestos en que los intereses de demora hayan sido liquidados por la Administración tributaria pues esta habrá regularizado lógicamente un periodo no prescrito y, por tanto, los intereses de demora incluso del primer periodo corresponderían a un periodo no prescrito.

Cuestión distinta puede ocurrir en el caso de delitos fiscales.

De un lado, el periodo de prescripción penal es superior a la prescripción administrativa, esto es, de 5 o 10 años (arts. 305 y 305 bis del Código penal).

En este caso los intereses de demora que pudieran exigirse en caso de condena por delito fiscal se habrían devengado en un periodo que tributariamente podría estar prescrito, y en el que, por tanto, no cabría practicar su deducción. Pero además han de considerarse los dilatados plazos para

⁵ A título de ejemplo se cita DGT: 28 de octubre de 2011, Consulta Vinculante n.º V2591/2011 (NFC042863): «Por tanto, en el supuesto planteado, en la medida en que el consultante pretenda contabilizar, en el ejercicio 2011, un gasto devengado de un ejercicio prescrito, no procederá admitir su deducibilidad fiscal de dicho gasto, una vez registrado contablemente, dado que de admitirse su deducción ello determinaría una tributación inferior de la que procedería por aplicación de las normas de imputación generales.

alcanzar condenas penales firmes⁶, de tal modo que los intereses de demora liquidados devengados en los distintos ejercicios desde la comisión del delito hasta la firmeza de la correspondiente condena podrían así mismo referirse a periodos prescritos; no cabría tampoco su deducción en el periodo de su devengo y, por tanto, tampoco en el periodo de su contabilización por impedirlo la norma tributaria de imputación temporal, el ya citado artículo 19.3.

Repetimos que este análisis de la imputación temporal a efectos fiscales de un gasto por interés de demora contabilizado extemporáneamente contra una cuenta de reservas en supuestos de errores contables parte de considerar que el gasto es fiscalmente admisible para la determinación de la base imponible, cuestión esta que como hemos reiterado es la controvertida y que analizamos en el siguiente epígrafe.

3. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES: GASTOS NO DEDUCIBLES. CALIFICACIÓN COMO LIBERALIDADES DE LOS INTERESES DE DEMORA TRIBUTARIOS

Expuesta la situación contable de los intereses de demora calificados por el ICAC como gastos financieros, es necesario analizar cuál sería la calificación tributaria de los mismos.

El TRLIS no contiene mención expresa al tratamiento que a efectos de determinar la renta que constituye la base imponible del impuesto deba darse a los intereses de demora tributarios y, por tanto, en principio su consideración contable parece coincidir con su tratamiento fiscal.

En particular se ha señalado que el artículo 14 del TRLIS que regula los *Gastos no deducibles* no menciona los mismos a diferencia de lo que ocurre con otros componentes de la deuda tributaria resultantes de una regularización tributaria sea esta espontánea (recargos del art. 27 de la LGT) o a consecuencia de una actuación de la administración tributaria o de las instancias judiciales correspondientes (sanciones tributarias pecuniarias, art. 178 y ss. de la LGT) y multas penales del artículo (arts. 305 y 305 bis del Código penal).

Así de forma expresa el TRLIS considera que no son gastos fiscalmente deducibles aunque contablemente sí lo sean, y en su artículo 14 apartado 1 c), excluye expresamente como gastos fiscalmente deducibles a «Las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones». E idéntica regulación se contiene en la LIS 27/2014, es decir, no se hace mención expresa a los intereses de demora como *gastos no deducibles* en su artículo 15, así titulado, cuya letra c) reproduce la exclusión como gastos de «Las multas y sanciones penales y

⁶ A título de ejemplo y aunque referida al IRPF, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013 (NFJ052876) viene referida a un delito cometido en el periodo 1991, es decir, los intereses de demora abarcarían desde junio de 1992.

administrativas, los recargos del periodo ejecutivo y el recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo».

Es evidente que configurado o calificado contablemente el interés de demora como un gasto financiero el mismo no encaja en los conceptos de multa, sanción o recargo.

Ahora bien ha de entenderse que a tal «gasto financiero» como a cualquier otro gasto financiero en que la empresa pueda incurrir han de exigírsele los mismos requisitos que la norma tributaria exige para su consideración de gasto fiscalmente deducible a fin de determinar la renta obtenida que configura la base imponible del impuesto. Dicho de otro modo, no todos los gastos financieros son fiscalmente deducibles, y ejemplos de ello tenemos en diversas sentencias.

No obstante antes de entrar en este análisis conviene recordar cuál era el tratamiento que la anterior normativa (vigente hasta 1 de enero de 1996) reguladora del IS otorgaba a los intereses de demora tributarios.

La Ley 61/1978 regulaba como **partida deducible** en su artículo 13 e) «Los **intereses**, alquileres y **demás contraprestaciones de la cesión al sujeto pasivo de elementos patrimoniales**, cuando **no se transmita la propiedad de los mismos** y los **rendimientos de dichos elementos patrimoniales se computen o sean susceptibles de ser computados en la base imponible de este impuesto**», y en su artículo 14 como *Partidas no deducibles*: «e) Las multas y sanciones establecidas por un ente público y que no tengan origen contractual que le sean impuestas al sujeto pasivo, incluidos los recargos de prórroga y apremio».

El desarrollo reglamentario de ambos preceptos se concreta, de un lado, en el artículo 109 del Reglamento regulador de los Gastos financieros y, de otro, en el artículo 125 regulador de las *Partidas no deducibles*.

Así el artículo 109 definía los gastos financieros y enumeraba los que se consideraban tales:

«Artículo 109. Gastos financieros.

1. Se considerarán gastos financieros los derivados de la utilización de recursos financieros ajenos para la financiación de las actividades de la Empresa o de sus elementos de activo.

Se integrarán entre los gastos financieros las siguientes partidas:

- a) Gastos de descuento de efectos y de financiación de los créditos de funcionamiento de la Empresa.
- b) Recargos por aplazamiento de pago superior al habitual en el mercado.
- c) Gastos y comisiones para la realización de operaciones bancarias relacionadas con la actividad de la Empresa.

d) Parte correspondiente al ejercicio de la carga financiera de los préstamos y empréstitos a plazo superior al año.

e) Descuentos sobre ventas por pronto pago.

f) Gastos de formalización de operaciones financieras.

2. No se considerarán como gastos financieros las partidas que sean consideradas, de modo obligado u opcional, como mayor coste de adquisición de elementos patrimoniales ni los que pudieran derivarse de la utilización de capitales propios.

Tampoco será deducible la parte de las cargas financieras que hayan sido objeto de subvención de modo directo o indirecto, salvo que la parte subvencionada figure computada como ingreso.

3. En las ejecuciones de obra para su venta o por encargo de terceros, la carga financiera correspondiente a la obra en curso deberá acumularse en la valoración de la misma, sin que resulte deducible en tanto no se computen como tales los ingresos correspondientes a la obra de que se trate».

Como claramente se aprecia y así hemos adelantado la definición contable y fiscal son casi coincidentes, los gastos financieros son los que **derivan de la utilización de recursos financieros ajenos, recursos destinados a la financiación de las actividades de la empresa**. El artículo realiza además una enumeración de los conceptos que integran los gastos financieros sin que exista referencia alguna a los intereses de demora tributarios que no están regulados en dicho artículo porque claramente no son para el legislador tributario gastos financieros.

Por el contrario, el artículo 125 del reglamento regulaba las partidas no deducibles haciendo referencia a los componentes de la deuda tributaria, aclarando las que eran deducibles y las que no lo eran:

«e) Las multas y sanciones establecidas por un Ente público que no tengan origen contractual, que le sean impuestas al sujeto pasivo, incluidos los recargos de prórroga y apremio, **exceptuados los intereses de fraccionamientos y aplazamientos de pago debidamente concedidos**».

Es decir, la contemplación del interés de demora tributario como partida deducible o no, no la realizaba la norma bajo el paraguas de gasto financiero sino de forma expresa bajo su auténtica naturaleza, esto es, un componente accesorio de la obligación tributaria mal cumplida.

Así lo estableció claramente la **DGT** en Consulta de fecha **20 de febrero de 1995** (NFC002399), donde completó la razón que asistía al citado artículo 125 del reglamento para no excluir de la no deducción los intereses de demora tributarios con la mención del artículo 100 del mismo reglamento al señalar:

«De acuerdo con lo establecido en el artículo 125 e) del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, no tendrán la consideración de partidas deducibles para la determinación de los rendimientos, entre otras, las multas y sanciones establecidas por un ente público y que no tengan origen contractual que le sean impuestas al sujeto pasivo, incluidos los recargos de prórroga y apremio, exceptuados los intereses de fraccionamiento y aplazamiento de pago debidamente concedidos.

En consecuencia, no podrá considerarse gasto deducible la sanción incluida en las actas firmadas de conformidad.

Por otra parte, manda el artículo 100 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades que para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los ingresos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo, los gastos necesarios para la obtención de aquellos y el importe del deterioro sufrido en su caso por los bienes de que los ingresos procedan.

A la vista de lo expuesto, es criterio de esta Dirección General que no tendrán la consideración de deducibles aquellos intereses que tengan su origen en el incumplimiento de obligaciones tributarias **por entender que no pueden considerarse "necesarios" los gastos procedentes de una situación de incumplimiento de una norma legal.**

Los intereses de demora, consecuencia de la regularización de la situación tributaria realizada por un acta de Inspección, al ser gastos procedentes del incumplimiento de una norma legal no tendrán por consiguiente la consideración de gasto deducible».

Este mismo razonamiento es el seguido por el **Tribunal Supremo** en Sentencia de **24 de octubre de 1998**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 5785/1992 (NFJ006911). Esta última Sentencia indica:

«Primero.

Dispone el artículo 77.5 de la Ley General Tributaria, coincidente con los mismos cardinales de la Norma Foral General del Territorio Histórico de Vizcaya, de 26 de marzo de 1986, que "... al regularizarse la situación tributaria de los sujetos pasivos o de los restantes obligados, se exigirá, además de la cuota, importe de la retención o ingreso a cuenta, devolución, beneficio fiscal y recargos que, en su caso, procedan, el correspondiente interés de demora".

Partiendo de esta norma, **el recurrente viene sosteniendo, desde la fase administrativa, que los intereses de demora no son sanción, sino indemnización por mora, y por tanto deducibles** en la declaración del Impuesto sobre Sociedades, por lo que procede la devolución de lo indebidamente percibido por la Hacienda Pública por tal concepto.

Que los intereses de demora no son sanción es, en efecto, la doctrina que nuestra jurisprudencia viene sosteniendo desde antiguo, bastando con citar a tal fin la Sentencia de 28 de mayo de 1997, dictada en el recurso de apelación 7319/1991, según la cual "como ya dijo la Sentencia de esta Sala de 2 de noviembre de 1987, la raíz profunda de los intereses de demora se encuentra en el Derecho común y así el artículo 1.108 del Código Civil establece con carácter general que **en el caso de que una obligación consistiera en el pago de una cantidad de dinero (la cuota, en la deuda tributaria) y el deudor (aquí, el contribuyente) incurriera en mora, la indemnización de daños y perjuicios**, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal, módulo configurado posteriormente en este ámbito o sector mediante el tipo básico del Banco de España con ciertas matizaciones a lo largo del tiempo que no son del caso en este momento. En consecuencia, queda claro que **el interés de demora tiene una función compensadora del incumplimiento de una obligación de dar** y, por tanto, **su naturaleza intrínseca consiste en ser una modalidad indemnizatoria**, según pone de manifiesto con toda nitidez la norma que en el Código Civil recoge y refleja el principio matriz de la institución. Desde otra perspectiva, no tiene carácter sancionador, como advertía la redacción originaria del artículo 78 de la Ley General Tributaria, advertencia cuya volatilización por obra de la Ley 10/1985, de 26 de abril, carece de trascendencia al respecto si se recuerda que precisamente por su diverso talante son compatibles en todo caso los intereses y las sanciones, que a su vez funcionan con total independencia recíproca".

A su vez, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hay una extensa serie de sentencias que contienen la misma doctrina, y que van desde la 76/90 (STC 76/1990), ya clásica, hasta las recientes 63 y 129 de 1997.

La aplicación de esta doctrina lleva al **recurrente** a la conclusión de que **los intereses de demora son deducibles** en las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades, puesto que el artículo 14 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades y el 125 de su Reglamento, así como los correlativos de la Norma Foral 11/1984, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto en el territorio de Vizcaya, únicamente declara partidas no deducibles las multas, las sanciones y los recargos por prórrogas y apremios, conceptos en ninguno de los cuales cabe incluir los intereses de demora, de lo que infiere que estos son deducibles.

Segundo.

Pero el óbice que oponen la sentencia impugnada y la parte apelada responde a un enfoque totalmente distinto, suministrado por el artículo 9.º de la precitada Norma Foral 11/1984, vigente desde el 1 de enero de 1985, cuya disposición final primera dispuso que, para la determinación de los rendimientos netos que integrarán la base imponible de la tributación de referencia, se deducirán "los gastos necesarios para la obtención de los rendimientos íntegros", artículo que coincide con el 13 de

la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 27 de diciembre de 1978, sin que entre las distintas partidas deducibles que enumeran dichos preceptos figuren los intereses de demora.

Tercero.

La sentencia establece así la tesis de que los intereses de demora no son gastos necesarios para obtener los rendimientos íntegros, **intereses que no figuran entre las partidas que se reflejan como deducibles en el precepto últimamente citado.**

La tesis viene a coincidir con la jurisprudencia ya citada, pues teniendo **los intereses de demora una función compensadora del incumplimiento, por los contribuyentes, de su obligación de pagar la cuota dentro del plazo fijado, y asumiendo en definitiva tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, esta naturaleza compensadora excluye la pretensión del apelante de deducirlos en su declaración del Impuesto sobre Sociedades, pues carecería de sentido que el ordenamiento permitiera aminorar la compensación con la deducción que se pretende.**

En otros términos, podemos establecer las siguientes afirmaciones:

- a) Los intereses financieros son deducibles como gastos necesarios.
- b) Los intereses derivados del fraccionamiento o aplazamiento del pago de los tributos son deducibles, como consecuencia **del pacto con la Hacienda Pública**, que conlleva tal aplazamiento.
- c) Los intereses de demora no son deducibles, pues tienen **carácter indemnizatorio** y no pueden considerarse ni gasto necesario **ni tampoco que deriven de un pacto con la Hacienda Pública**.

En definitiva, la sentencia reproducida determina claramente que el intereses de demora tributario no es una sanción, pero no es tampoco un gasto financiero, no está incluido entre los gastos admitidos por el artículo 13 de la Ley 61/1978 ni, por tanto, por su norma de desarrollo, el ya citado artículo 109. *Gastos financieros*.

Siendo coincidentes el criterio de la DGT y del Tribunal Supremo sorprende que el **Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)** no siguiera, salvo en alguna esporádica Resolución, el mencionado criterio y elaborara una doctrina propia y reiterada⁷, doctrina que como tendremos ocasión de señalar ha sido anulada por el Tribunal Supremo merced a una declaración de lesividad.

Como decíamos, el TEAC de forma reiteradamente manifestó:

⁷ Estas resoluciones del TEAC se citan en el Memento.

«Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos por la Inspección en el acuerdo impugnado, resulta necesario hacer referencia, en primer lugar, a la deducibilidad o no de los intereses de demora derivados de actas de inspección durante la vigencia de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades. A este respecto, hay que destacar que, puesto que tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional en Sentencia de 26 de abril de 1990, y este Tribunal Central en reiteradas resoluciones, han reconocido la naturaleza indemnizatoria y no sancionadora de los **intereses de demora, estos responden al mismo fundamento que los gastos financieros, que son, por su naturaleza, deducibles de los ingresos**, de acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 13 e) de la Ley 61/1978 y el artículo 109 del Real Decreto 2631/1982**, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, este Tribunal Central, en los supuestos a los que era aplicable la mencionada Ley 61/1978 y el Reglamento que la desarrolla, ha mantenido en **reiteradas resoluciones** (entre otras, de 20 de julio y 26 de octubre de 2001, 26 de abril y 31 de octubre de 2002, 24 de octubre de 2003 y 1 de julio de 2005) el criterio de que estos responden al mismo fundamento que los gastos financieros a que se refieren el artículo 109 del RIS de 1982». (TEAC, **Resolución de 30 de marzo de 2006**, Vocalía 10.^a, R. G. 4463/2003 (NFJ023687)).

A nuestro entender confunde el TEAC los conceptos de indemnización por mora y de gasto financiero.

El origen o razón de ser del interés de demora tributario no es la utilización de recursos financieros ajenos para la financiación de las actividades de la empresa o de sus elementos de activo, como definen a los gastos financieros tanto las normas contables como las tributarias antes citadas, sino indemnizar a la Administración tributaria de los costes derivados de la falta de cumplimiento dentro del plazo reglamentario de las correspondientes obligaciones de declaración e ingreso de deudas tributarias. Incluso aunque así se entendiera, es decir, incluso aunque se considerara que los tributos no ingresados se han utilizado para la financiación de la actividad de la entidad, habría que juzgar si tales gastos merecen el calificativo de fiscalmente deducibles.

Tal criterio del TEAC, en este caso manifestado a través de una Resolución del **Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Cataluña** de fecha **2 de julio de 1997** (núm. 65/1994), por el concepto de IS, ejercicio de 1992, fue objeto de una **declaración de lesividad** por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de abril de 1999, recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El supuesto aquí enjuiciado tomaba como punto de partida la incoación de un acta de conformidad suscrita en fecha 31 de enero de 1992, en la que se regularizaban por la Inspección retenciones no practicadas sobre los rendimientos satisfechos en las denominadas libretas KD en los ejercicios 1986 a 1989, regularización que incluía el importe de la retención no practicada de 11.734.932.840 pesetas y 3.801.915.807 pesetas correspondían a intereses de demora, totalizando todo ello, obligación principal y accesoria, una deuda total de 15.656.448.510 pesetas.

La entidad solicitó la devolución de ingresos indebidos al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1163/1990, al entender que tanto la retención no practicada en su día ni declarada sino regularizada por la Inspección como los intereses de demora liquidados en la citada acta de 31 de enero de 1992 constituyen gastos deducibles fiscalmente, por lo que procedía rectificar la declaración del IS del ejercicio de 1992, incluyendo en la misma los gastos financieros antes expresados.

Esta petición fue desestimada por resolución de la Oficina Gestora de Grandes Empresas de la AEAT, frente a la cual se interpuso reclamación económico-administrativa que fue estimada por el TEAR de Cataluña en la Resolución de fecha 2 de julio de 1997 dando origen posterior a la declaración de lesividad.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en Sentencia de **10 de septiembre de 2004** [Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 553/1999 (NFJ018398)], declara:

«Al respecto, aquí sí es cuestionable el carácter de gasto necesario de tales intereses de demora, en tanto que, tal como reitera el TS (por todas, STS 17 diciembre 2002) los intereses tributarios tienen naturaleza indemnizatoria, tal como expresa el artículo 1.108 del Código Civil, al disponer que "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, el interés legal"; en consecuencia, para obtener el beneficio la entidad bancaria no estaba obligada a pagar el interés de demora, puesto que lo que determina su exigibilidad es la mora en el cumplimiento de la obligación de ingresar la retención en el Tesoro Público, por lo que **no se trata de un gasto necesario para obtener los beneficios derivados de la utilización de capitales ajenos**. Así lo expresa la STS de fecha 28 de octubre de 1998 cuando indica que "los intereses de demora tienen una función compensadora del incumplimiento por los contribuyentes de su obligación de pagar la cuota dentro del plazo fijado, y asumiendo en definitiva tales intereses las características de una modalidad indemnizatoria, esta naturaleza compensadora excluye la pretensión del apelante de deducirlos en su declaración del IS, pues carecería de sentido que el ordenamiento permitiera aminorar la compensación con la deducción que se pretende...".

En definitiva, solo es gasto necesario para la obtención del ingreso el pago de la cuota (en este caso, de las retenciones que debieron practicarse sobre los rendimientos satisfechos), pero no así los intereses de demora en tanto que los mismos son consecuencia de la mora en el cumplimiento de la obligación, y por ello no resultan necesarios para la obtención de los ingresos».

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha **25 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 10396/2004 (NFJ038068), confirma el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y **reitera su doctrina manifestada en la Sentencia de 24 de**

octubre de 1998 (NFJ006911), seguida tanto por la Administración tributaria como por el citado Tribunal Superior de Justicia, y señala:

«No se cuestiona la naturaleza indemnizatoria de los intereses de demora, ni su función compensadora del incumplimiento de una obligación. Y es esta naturaleza compensadora la que ha de llevarnos a coincidir con la sentencia referida, puesto que si la función de los intereses de demora es compensar el tiempo en el que la Administración Tributaria no ha podido disponer de las sumas que debieron ser objeto de retención, de aceptarse el carácter de gastos necesarios, desaparecería la función llamada a cumplir por estos intereses, pues la deducción como gasto tendría por efecto el descompensar la situación que precisamente trata de corregir los intereses de demora.

La tesis presente en la sentencia del Tribunal Supremo referida, en la sentencia de instancia objeto de este recurso de casación y que acoge la Administración tributaria, se funda en que **no pueden tener la consideración de gastos deducibles los intereses de demora, en este caso derivados de un acta de inspección, en tanto no son necesarios los gastos derivados de una situación de incumplimiento de una norma**. Lo que resulta acorde con el **principio general de la no admisibilidad de que para obtener ingresos sean necesarios gastos que deriven de una infracción de ley**. Repugna al principio de Justicia, consagrado en el art. 1 de la CE, que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo. Por ello, como presupuesto primero e ineludible **para determinar si un gasto es o no fiscalmente deducible, se exige que el gasto no esté prohibido normativamente o que derive de un acto ilícito**; de suerte que resulta inútil entrar a examinar fiscalmente la deducibilidad fiscal del gasto si procede del incumplimiento de una norma, por prohibición o por contravención».

Es claro, por tanto, el criterio de la DGT y del Tribunal Supremo en su reiterada doctrina y que constituye jurisprudencia, bajo la vigencia de la Ley 61/1978 es considerar como no deducibles fiscalmente los intereses de demora tributarios.

¿Ha cambiado «radicalmente» la situación bajo la vigencia de la Ley 43/1995?

Tal y como ya hemos señalado el TRLIS no contiene mención expresa al tratamiento que a efectos de determinar la renta que constituye la base imponible del impuesto deba darse a los intereses de demora tributarios.

Ni siquiera existe en la normativa tributaria actual una definición de gasto financiero como la contenida en el ya citado artículo 109 del Reglamento de IS.

El artículo 14 del TRLIS que regula los *Gastos no deducibles* y no menciona los intereses de demora tributarios a diferencia de lo que ocurre con otros componentes de la deuda tributaria resultantes de una regularización tributaria sea esta espontánea (los recargos) o a consecuencia de una actuación de la Administración tributaria o de las instancias judiciales correspondientes (las multas y las sanciones).

Así de forma expresa la LIS considera que no son gastos fiscalmente deducibles aunque contablemente sí lo sean, y en su apartado 1 c), excluye expresamente como gastos fiscalmente deducibles a «Las multas y sanciones penales y administrativas, el recargo de apremio y el recargo por presentación fuera de plazo de declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones».

En este contexto las conclusiones antes alcanzadas siguen siendo válidas.

Está plenamente vigente la definición de gasto financiero como aquel que se deriva de la utilización de recursos financieros ajenos a la empresa para el desarrollo de su actividad, y obtenido por esta merced al correspondiente contrato o instrumento financiero.

De un lado, porque contablemente, así se siguen definiendo los gastos financieros y, de otro, porque tal y como se expuso, las deudas tributarias no son pasivos financieros en la definición actual de estos, no derivan de un contrato, sino que son deudas por razón de obligaciones legales.

Los intereses de demora son y mantienen la misma naturaleza que de ellos predica el Tribunal Supremo en las sentencias citadas.

Tales intereses desde la perspectiva de su deducibilidad fiscal en el IS constituyen liberalidades tal y como se regulan estas en la actualidad y como la jurisprudencia analiza.

De un lado, la DGT en Consulta 446/2000, de fecha 6 de marzo de 2000 (NFC011143), sostiene el mismo criterio al analizar en este caso su deducibilidad en el IRPF de una persona física que desarrolla actividad empresarial y así señala:

«Los artículos 41 y 42 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), se remiten a la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (IS) a la hora de la determinación del rendimiento neto de los contribuyentes que determinen el rendimiento neto de sus actividades empresariales y profesionales en el régimen de estimación directa.

El apartado 3 del artículo 10 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS establece que en el régimen de estimación directa la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás Leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas.

Esto nos lleva a determinar **si estamos en presencia de un gasto financiero que pueda ser considerado como gasto deducible** en el IRPF.

La deducibilidad de los gastos financieros en las actividades empresariales o profesionales deriva de la condición de elemento afecto a la actividad de la deuda, es decir, de que el pasivo sea necesario para la obtención de los rendimientos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 6.º, 41 y 42 de la Ley del IRPF.

(...) Por otra parte, la deuda por el IRPF deriva de una variedad de fuentes de renta (art. 5 Ley del Impuesto), pero aun en el caso de que solo existieran rentas empresariales, tampoco puede considerarse que ese préstamo o los intereses de demora del acta de Inspección sean necesarios para el desarrollo de la actividad, pues la obligación del pago del IRPF es personal y tiene su origen en la obligación legal de contribuir por este impuesto. Además, **por lo que a los intereses de demora de las actas de Inspección se refiere, su deducibilidad supondría que realmente se estaría pagando a la Hacienda Pública un importe inferior al previsto legalmente, lo que carecería de sentido.**

En consecuencia, los intereses por el préstamo solicitado para el pago de la deuda del IRPF y **los intereses de demora derivados del acta de Inspección no serán gasto fiscalmente deducible de los rendimientos de la actividad empresarial o profesional.»**

De otro lado, el propio Tribunal Supremo en sentencias dictadas en relación con periodos donde ya está vigente la Ley 43/1995 mantiene la misma tesis.

El Tribunal Supremo en Sentencias de fechas **14 de septiembre de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 3254/2008 (NFJ049031), y de **14 de febrero de 2013**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 565/2010 (NFJ050378), ha desestimado sendos recursos de casación, interpuestos por la sociedad dominante del grupo consolidado, contra las Sentencias dictadas, con fechas 13 de mayo de 2008 y 10 de diciembre de 2009 (NFJ037733), por la Audiencia Nacional, sobre IS, régimen de tributación consolidada, ejercicio 1997, en la que se considera liberalidad y, por tanto, gasto no deducible en el IS los intereses de demora liquidados en relación con cuotas de IVA que sendas entidades del sector eléctrico no repercutieron a sus empleados y ellas asumieron.

El Tribunal Supremo rechaza tanto la consideración de gasto deducible de las cuotas de IVA regularizadas como de sus intereses considerando en ambos casos la existencia de una liberalidad.

El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha **14 de septiembre de 2012** (NFJ049031) dispone:

«La sentencia impugnada funda su pronunciamiento desestimatorio en una doble consideración: la primera, que el IVA derivado del suministro de energía eléctrica a los empleados de la propia empresa no es en ningún caso deducible y, la segunda, que el mencionado acuerdo entre las empresas eléctricas de 13 de noviembre de 1996, por el que cada una de ellas asume la parte de IVA exigida a la empresa suministradora de la energía en función del criterio de la relación laboral con sus trabajadores, no surte efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas, conforme al art. 36 de la LGT de 1963, de forma que **no existiendo obligación legal de... de satisfacer el impuesto cuyo sujeto pasivo es un tercero, resultaría patente que el gasto ni es necesario ni está relacionado con los ingresos por lo que, según dicha sentencia, ha de considerarse una liberalidad en el sentido del artículo 14 de la Ley 43/1995.**

El criterio fijado por la sentencia es ajustado a derecho.

En contra de lo pretendido por la parte recurrente, la asunción por parte de... de un coste tributario cuyo régimen jurídico venía legalmente determinado por el hecho de que el sujeto pasivo del mismo fuese la compañía suministradora de la energía altera la relación subjetiva con la Hacienda Pública, de modo que cambia la figura del obligado tributario en el sentido de hacer titular de la eventual deducción no al sujeto pasivo sobre el que actuó la Inspección sino al derivado de la relación contractual entre aquel y el hoy recurrente, de modo que una obligación en la que la Ley fija directamente quien es el obligado al pago pasa, con respecto a..., **a convertirse en una estricta situación jurídica de voluntariedad contractual afectante al tercero Hacienda Pública, que por eso tiene derecho a considerar tal cambio como una liberalidad y por eso no deducible.**

Finalmente, por lo que respecta a los **intereses de demora** exigidos a las empresas suministradoras en las mencionadas actas por no cumplir sus obligaciones fiscales, **debe seguirse igual criterio al que hemos expuesto, ...»**

En el mismo sentido razona la Sentencia del Tribunal Supremo de **14 de febrero de 2013** (NFJ050378), esto es, el IVA regularizado en actas de Inspección devengado por operaciones sujetas y no exentas no habría tenido en ningún caso la consideración de gasto fiscalmente deducible para el sujeto pasivo del impuesto (empresario que realiza las operaciones gravadas) por cuanto este tiene la obligación legal de repercutir el impuesto devengado y, en consecuencia, si en el momento en que se devengó el impuesto no tenía la consideración de gasto deducible, el hecho de que con posterioridad y como consecuencia de la regularización efectuada en relación con el citado impuesto, se le exigiera un mayor importe por las cuotas devengadas por IVA (en este caso por aplicación del tipo de gravamen a bases impositivas inferiores a las que corresponden) y no hubiera posibilidad de repercutir el impuesto sobre los consumidores finales, ello no transforma la naturaleza del impuesto pasando a ser un gasto deducible por cuanto dicho impuesto (en lo que se refiere a cuotas devengadas) no tuvo nunca la consideración de gasto fiscalmente deducible a efectos del IS, rechazando el Tribunal Supremo tanto la deducibilidad fiscal de las cuotas de IVA como la de los intereses de demora con ellas vinculados.

Es cierto que la DGT ha dictado contestaciones a consultas referidas a IS en las que contradiciendo lo manifestado en su Consulta antes citada de fecha 6 de marzo de 2000 (NFC011143), viene a sostener (cambio «radical») que los intereses de demora tributarios son deducibles en el IS y el argumento para ello es exclusivamente por no estar expresamente citados en el artículo 14, no ser sanciones ni recargos.

Así pueden citarse:

La Consulta de fecha 16 de diciembre de 2003, número 2271/2003 (NFC018671), considera gasto no deducible la cuota liquidada por acta de Inspección por el concepto de retenciones a cuenta del trabajo personal cuya causa es la aplicación de tipos de retención inferiores a los que legalmente procedían, y no es deducible de la base del IS porque representa un derecho de cré-

dito frente a los trabajadores. Sin embargo considera deducibles los intereses de demora vinculados con tales retenciones.

La Consulta de fecha 16 de diciembre de 2003, número 2266/2003 (NFC018808), considera gasto no deducible el recargo del 20% por presentación espontánea y extemporánea de la declaración después de haber transcurrido 12 meses, pero sí admite la deducibilidad del interés de demora que en este caso se liquida.

La Consulta de fecha 23 de diciembre de 1997, número 2669/1997 (NFC007114), considera deducibles los intereses de demora liquidados en relación con las regularizaciones por los conceptos Impuesto sobre Actividades Económicas de los ejercicios 1992 a 1996 y Retenciones a cuenta del IRPF por rendimientos del trabajo de los ejercicios 1990 a 1996, en las que resultan cuotas e intereses de demora a ingresar.

En ninguna de estas contestaciones se hace referencia a otros requisitos exigibles a cualquier gasto, y en especial a los «gastos financieros» para ser considerados gastos deducibles en el IS. Y en especial a su correlación con los ingresos, según requisito exigido por el artículo 14.1 e) del TRLIS.

Son varias las sentencias que podríamos citar donde se niega la deducibilidad de estos gastos financieros por la razón expuesta. Pero incluso, podríamos añadir que recientes sentencias sobre este extremo hacen hincapié en recordar que la Ley 43/1995 no supuso, como quizás erróneamente se pudo entender, una transformación radical del IS, ni de la determinación de la renta que constituye su base imponible; transformación radical que como hemos dicho negaba su exposición de motivos.

En este sentido es de destacar la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha **6 de marzo de 2014**, rec. n.º 124/2011 (NFJ054264), al señalar:

«TERCERO. Con la Ley 43/1995 de 27 de diciembre de 1995 del Impuesto sobre Sociedades y con el mismo enunciado legal el Texto Refundido de la Ley del Impuesto aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo en la idea de gasto fiscalmente deducible no subyace de forma tan explícita como en la LIS precedente, de 1978, la característica de su necesidad o correlación con los ingresos empresariales. La Ley delimita este concepto con una enumeración de los gastos no deducibles, por lo que, en principio, todo gasto no incluido en dicho precepto podría ser objeto de deducción.

Así el artículo 14 de la Ley 43/1995 dispone:

"1. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles: (...) e) Los donativos y liberalidades. // No se entenderán comprendidos en esta letra los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores ni los que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa ni los realizados para promocionar, directa o indirectamente, la venta de bienes y prestación de servicios, ni los que se hallen correlacionados con los ingresos..."

A este respecto, **ha de salirse al paso de la afirmación central que efectúa la demanda acerca de que la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, haya supuesto un cambio radical en la exigencia de prueba**, no solo del gasto sino **de su vinculación con la actividad empresarial**, la cual debe estar tan probada como la realidad del pago, pues de no ser así, esto es, de ser suficiente con el gasto, su documentación formal y su contabilización, tal como se pretende por la actora, se permitiría la deducción de puras donaciones o liberalidades con tal que se satisficieran dichas exigencias formales lo que no es una conclusión admisible en Derecho dado que esa pretendida flexibilización de los requisitos de la nueva Ley afectó solo a los gastos en concepto de relaciones públicas por atenciones a clientes proveedores y en algún caso al personal de la empresa así como los gastos de promoción de los productos propios directa o indirectamente en tanto que el artículo 14.1 e) los menciona *expressis verbis* como excepción al concepto de donativos y liberalidades **pero no dispensa a la sociedad de la carga de probar la relación de los gastos con los ingresos como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del artículo 14 de la LIS de 1995 viene sosteniendo**.

La sentencia del Tribunal Supremo –STS– de 20 de junio de 2012 [recurso de casación n.º 3421/2010 (NFJ048044)] contiene diversas reflexiones al respecto del principio de correlación que en la demanda se controvierte de manera general y específicamente en relación con los gastos financieros de cuya deducción se trata en este asunto.

Reconoce el alto Tribunal que, en principio, la Ley 43/1995, de la que trae causa el vigente Texto Refundido de 2004, supuso la creación de una expectativa de flexibilización en la exigencia de la prueba del gasto máxime cuando el Tribunal Supremo en una temprana e importante sentencia de 1 de octubre de 1997 citada hasta la saciedad por otras muchas del propio Alto Tribunal así como por la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia en que utilizaba el argumento como un *obiter dictum* o a mayor abundamiento pues los ejercicios allí debatidos se regían por la anterior Ley 61/1978 se felicitaba por la mayor concreción de la nueva Ley de 1995 en especial en cuanto a los gastos por relaciones públicas con clientes proveedores y el personal de la empresa.

Sin embargo a partir de la entrada en vigor de la Ley 43/1995 quedó en el aire la incógnita de si se mantenía la exigencia del criterio de la necesidad del gasto es decir de la correlación con los ingresos. El argumento a favor de esa dispensa de prueba era el nuevo concepto sintético de base imponible determinado por el resultado contable (art. 10 de la LIS) alterado en más o en menos por los ajustes a dicho resultado que la Ley permite. Bajo tal consideración bastaría la contabilización correcta del gasto para su deducibilidad siempre que la contabilidad respetase las reglas sobre imputación temporal y que las anotaciones contables contasen con la documentación justificativa de soporte del gasto. Desde esa perspectiva no le cabía a la Administración indagar en la vinculación causal de los gastos de la sociedad con los ingresos derivados de la actividad económica para excluir aquellos que no cumplieren tal conexión causal que tendrían a tal efecto la consideración de donativos o liberalidades excluidos de la condición de deducibles (art. 14.1 e) de la LIS) con lo que dicha categoría no solo comprendería los gastos

que estrictamente estuvieran presididos por el ánimo liberal o de donación sino todos los que se hubieran efectuado sin necesidad cierta para la obtención de los ingresos y ello al margen de la mayor o menor amplitud con que fuera valorado dicho concepto.

Según esa tesis liberalizadora que se suscribió en los albores de la Ley 43/1995 una vez cumplidos los requisitos contables no limitados a la contabilización sino a que esta fuera correcta al menos formalmente conforme a esa teoría que aún se sigue invocando ante los Tribunales todo gasto sería deducible sin que la Administración pudiera entrar a rectificar el resultado contable acudiendo a conceptos jurídicos tan problemáticos y dudosos como el de la necesidad del gasto, su correlación con los ingresos o el concepto negativo de la liberalidad (art. 14.1 e) de la Ley 43/1995).

No obstante basta **una lectura de la sentencia del Tribunal Supremo** a que se ha hecho referencia **para descartar el advenimiento de cambios sustanciales en el régimen general de deducibilidad de los gastos en el Impuesto sobre Sociedades**, salvo en lo que respecta a los gastos que la ley reconoce específicamente como deducibles porque, siendo esencialmente gratuitos, no obedecen a un designio de liberalidad, sino de relaciones públicas, promoción directa o indirecta de productos o servicios y, en términos literales... los que se hallen correlacionados con los ingresos y, en tal condición, se exceptúan del concepto legal de ‘donativos y liberalidades’ (art. 14.1 e) de la LIS de 1995.

Este es el criterio que, en lo sustancial, pervive en la actualidad y que, en suma, relega al ámbito de la prueba la cuestión de la deducibilidad de ciertos gastos en que resulte dudosa la conexión causal con los ingresos. Señala la mencionada sentencia de 20 de junio de 2012, a propósito de esta exigencia de correlación, lo siguiente:

"... Conviene recordar que la recurrente, en el procedimiento inspector, mantuvo la postura de que una vez acreditada la contabilidad del gasto la única forma de eliminar la deducción de un gasto real y contabilizado era mediante la prueba en contrario por parte de la Inspección de la que resulte que tal gasto no existió, al gozar el mismo, como hecho declarado, de la presunción legal de veracidad.

No podemos compartir este criterio, pues aunque la entrada en vigor del Impuesto sobre Sociedades aprobado por la Ley 43/1995 de 27 de diciembre generó cambios sustanciales en lo que a la determinación de la base imponible se refiere al introducir como principio general la determinación de la base imponible fiscal partiendo del resultado contable corregido por las excepciones legalmente tipificadas lo que permite mantener en principio que todo gasto contabilizado que tenga una justificación contable por su circulación con los ingresos del ejercicio es un gasto deducible sin que sean necesarias más justificaciones, no podemos sin embargo desconocer que el art. 14 de la Ley en la relación de gastos no deducibles fiscalmente incluyó cuatro excepciones a la no deducibilidad de los donativos y liberalidades concretamente los gastos por relaciones públicas con clientes o proveedores, los gastos que con arreglo a los usos y costumbres se efectúen con respecto al personal de la empresa, los gastos para promocionar directa o indirectamente la venta de bienes o la prestación de servicios y los

gastos correlacionados con los ingresos, lo que comporta que la carga de la prueba por aplicación del entonces vigente art 114 de la Ley General Tributaria correspondiera en todo caso, al contribuyente, quien tenía que acreditar que los citados gastos, calificados a priori como liberalidad, se encuadraban en alguno de los cuatro supuestos y que por lo tanto eran fiscalmente deducibles"».

A la vista de lo expuesto será forzoso preguntarse si no sería exigible a los interés de demora tributarios considerarse gastos financieros que el sujeto pasivo acreditara el destino dado a los fondos dispuestos merced al incumplimiento de sus obligaciones tributarias y que incluso, acreditado este destino, se admitiera o no su deducibilidad fiscal, por su ilegalidad.

Ciertamente llama poderosamente la atención que la Administración tributaria niegue la deducibilidad de los gastos financieros en supuestos de fraudes de ley y que admita, siguiendo el criterio manifestado por la DGT, sin género de dudas los interés de demora tributarios liquidados junto con las cuotas regularizadas por razón de tal fraude, único efecto adicional derivado de estas regularizaciones, no sancionables por disposición expresa de la ley.

Es a todas luces incongruente considerar que si estas cuotas se dejaron de ingresar, merced al artificio del fraude de ley, fue porque se destinaron a financiar la actividad de la empresa.

Razones sobre la desigualdad de trato de los sujetos pasivos serían igualmente fáciles de argumentar. Si el sistema tributario pretende fomentar las regularizaciones espontáneas y voluntarias de los obligados tributarios, merced al sistema de los recargos establecidos en el artículo 27 de la LGT, sería hacer de peor condición al sujeto pasivo que regulariza sus incumplimientos tributarios que al que espera a que la Administración tributaria actúe. Dicho de otro modo si es más favorable para el contribuyente que sea la Administración tributaria la que regularice sus incumplimientos que hacerlo el mismo.

Que esto es así parece deducirse de la Sentencia de fecha **30 de marzo de 2011** de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 141/2008 (NFJ042746), que siguiendo las tesis de la entidad recurrente considera que una declaración extemporánea presentada a consecuencia de una regularización realizada por la Inspección pero referida a un periodo que no formaba parte de tales actuaciones y que, por tanto, no podía ser objeto de regularización por la Inspección, no es espontánea, anulando el recargo que la oficina gestora había liquidado. No entramos a analizar los argumentos que la sentencia desgana para llegar a tal conclusión pero sí es evidente que si la entidad interpuso tal recurso es que era más beneficioso para ella que se considerara que la declaración complementaria presentada no era espontánea sino consecuencia de un requerimiento de la Inspección, y que se liquidara un interés de demora, seguramente de menor cuantía y, en principio, deducible fiscalmente, que un recargo por extemporaneidad no merecedor de tal deducibilidad por disposición expresa de la LIS.

Ello es prueba evidente que se hace de mejor condición al incumplidor tributario que al que cumple.

Desigualdad de trato que también se aprecia en el distinto tratamiento que se da a estos intereses de demora por la DGT, si quien incurre en ellos es un sujeto pasivo de IS o un sujeto pasivo de IRPF que desarrolla actividad empresarial. Si en este último caso la DGT entiende que no son necesarios para el desarrollo de la actividad, pues la obligación del pago del IRPF es personal y tiene su origen en la obligación legal de contribuir por este impuesto y, además, su deducibilidad supondría que realmente se estaría pagando a la Hacienda Pública un importe inferior al previsto legalmente, lo que carecería de sentido, ¿no son aplicables estos mismos criterios en aquel caso máxime cuando así lo entiende también el Tribunal Supremo?

Los criterios sostenidos por la DGT en sus consultas tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995 y los sostenidos por el TEAC en sus resoluciones referidas tanto a la normativa contenida en la Ley 61/1978 (recordemos que fue declarada lesiva) han devenido erróneos tras la doctrina manifestada por el Tribunal Supremo en las sentencias antes citadas.

Es más debe señalarse, y ello es desconocido por falta de publicidad, que el propio TEAC en su Resolución de **23 de noviembre de 2010** (R. G. 2263/2009) se hizo eco de la doctrina manifestada por el Tribunal Supremo en Sentencia de **25 de febrero de 2010** (**«no son necesarios los gastos derivados de una situación de incumplimiento de una norma. Lo que resulta acorde con el principio general de la no admisibilidad de que para obtener ingresos sean necesarios gastos que deriven de una infracción de ley.** Repugna al principio de Justicia, consagrado en el art. 1 de la CE, que el autor de un acto contrario al ordenamiento jurídico obtenga un beneficio o ventaja del mismo. Por ello, como **presupuesto primero e ineludible** para determinar si un gasto es o no fiscalmente deducible, se exige que **el gasto no esté prohibido normativamente** o que **derive de un acto ilícito**; de suerte que resulta inútil entrar a examinar fiscalmente la deducibilidad fiscal del gasto si procede del incumplimiento de una norma, por prohibición o por contravención») y así vino a señalar:

«**OCTAVO.** A continuación la entidad interesada pretende que se le reconozca el derecho a deducir como gasto (en las liquidaciones del IS de 1999 y 2000 dictadas por la Inspección de los Tributos con fecha de 27 de octubre de 2005), las cuotas de IVA soportado fijadas por la Inspección en la liquidación relativa al IVA de los periodos de los años 1999 y 2000 dictada en el año 2005. Sobre esta cuestión hemos de reproducir todo lo señalado por la Inspección de los Tributos y por el Tribunal Regional de la Comunidad Valenciana en la resolución impugnada. La deducción del IVA soportado se ha realizado en el propio acuerdo de liquidación dictado por la Inspección de los Tributos por dicho concepto impositivo; recordemos que el "IVA soportado deducible" no es un gasto, ni desde el punto de vista contable, ni desde el punto de vista fiscal. Por lo que no cabe ni siquiera plantearse su deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades.

Asimismo, **la interesada pretende que se le reconozca el derecho a deducir como gasto** (en las liquidaciones del IS de 1999 y 2000 dictadas por la Inspección de los Tributos con fecha de 27 de octubre de 2005), los **intereses de demora** girados por la Inspección de los Tributos en la citada liquidación relativa al IVA de los periodos de los años 1999 y 2000 dictada en el año 2005.

En cuanto a la deducibilidad de los intereses de demora liquidados en actas de inspección, **si bien este Tribunal en Resoluciones anteriores admitía la deducibilidad de los mismos si bien condicionada a su contabilización**, dicho criterio considera este Tribunal que **ha de ser modificado**, y ello a la vista de **la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2010**, recaída en el **recurso de casación n.º 10396/2004**, que **se hace eco de la Sentencia de 24 de octubre de 1998**. Recoge la Sentencia de 25 de febrero de 2010 lo siguiente:

(...)».

Esta Resolución, pese a la trascendencia del **cambio de criterio operado**, no fue objeto de publicidad, de ahí que los manuales al uso (e incluso la Administración tributaria, base de datos INFORMA) no hagan mención de la misma, lo que en la práctica ha podido determinar que los sujetos pasivos de IS hayan deducido (indebidamente) como gasto en la determinación de su base imponible los intereses de demora, cuya cuantía, vistas las cifras reflejadas en las Memorias de la AEAT, puede resultar de importancia.

El último capítulo de este relato lo escribe la LIS 27/2014. Y ello es así porque en el ya citado artículo 15 regulador de los *Gastos no deducibles*, y sin duda haciéndose eco de la doctrina expuesta viene a negar el carácter de gastos fiscalmente deducibles a: «f) Los **gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico**».

No se efectúa en la exposición de motivos o preámbulo de la Ley, que dedica su apartado III.1 d) a explicar las «novedades en materia de deducibilidad de determinados gastos», ninguna referencia expresa a este apartado o letra f).

Recuerda el preámbulo de la Ley que:

«La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades **estableció las reglas esenciales** de la actual estructura del Impuesto sobre Sociedades, inspirada en los principios de **neutralidad**, transparencia, sistematización, coordinación internacional y competitividad. Así, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, **estableció como una de sus principales novedades la determinación de la base imponible del Impuesto de manera sintética, a partir del resultado contable, corregido por las excepciones legalmente tipificadas**.

Posteriormente, con la finalidad de incrementar la claridad del sistema tributario y mejorar la seguridad jurídica, se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, a través del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que tuvo como objetivo fundamental integrar en un único cuerpo normativo todas las disposiciones que afectaban a este Impuesto, salvo casos excepcionales.

Desde dicha aprobación, no obstante, el Texto Refundido ha sido objeto de modificaciones constantes, de carácter parcial, que, siendo todas ellas individualmente consistentes, no han ido acompañadas de una revisión global requerida de toda la figura

impositiva, revisión que se antoja indispensable en el momento de aprobación de esta Ley con un nuevo impulso modernizador y competitivo para el sector empresarial español.

La presente Ley mantiene la misma estructura del Impuesto sobre Sociedades que ya existe desde el año 1996, de manera que el resultado contable sigue siendo el elemento nuclear de la base imponible y constituye un punto de partida clave en su determinación. No obstante, esta Ley proporciona **esa revisión global indispensable**, incorporando una mayor identidad al Impuesto sobre Sociedades, que ha abandonado hace tiempo el papel de complemento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero **sin abandonar los principios esenciales de neutralidad y justicia inspirados en la propia Constitución**».

(...))»

Y a ello añade como **objetivos** de la ley, además de la *revisión global* ya anunciada, los siguientes: «a) Neutralidad, igualdad y justicia, b) Incremento de la competitividad económica, c) Simplificación del Impuesto, d) Adaptación de la norma al derecho comunitario e) Estabilidad de los recursos y consolidación fiscal, f) Endeudamiento-capitalización, g) Seguridad jurídica y h) Lucha contra el fraude», señalando en relación con el penúltimo de los objetivos citados lo siguiente:

«g) Seguridad jurídica. La reforma trata, asimismo, de incrementar la seguridad jurídica necesaria en una norma de esta naturaleza. Las características especiales de este Impuesto, que trata de proporcionar un marco jurídico en una realidad económica tan cambiante, hacen necesario intentar reducir la litigiosidad. Esta Ley **recoge criterios doctrinales y jurisprudenciales**, y aclara cuestiones que generan o puedan generar una conflictividad no deseada, garantizando la transparencia necesaria para acometer cualquier decisión de inversión. En este ámbito pueden mencionarse las reglas aplicables a operaciones a plazos, la no integración en la base imponible de aquellos ingresos que proceden de la reversión de gastos no deducibles o la posibilidad de aplicar parcialmente el régimen de operaciones de reestructuración».

Es por ello que ha de entenderse que la mención de la letra f) del ya citado artículo 15 regulador de los *Gastos no deducibles*, a «Los **gastos de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico**» no supone ninguna novedad en la regulación del impuesto, sino que es el fiel reflejo de los criterios jurisprudenciales, claros y reiterados que desde siempre han negado el carácter de gastos fiscalmente deducibles de los intereses de demora tributarios liquidados en supuestos de regularizaciones tributarias.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como al principio de este documento exponíamos si bien parece estar sobreentendido que el tema de la deducibilidad fiscal de los intereses de demora en el IS es un tema resuelto o supe-

rado, en el sentido de considerarlos gastos fiscalmente deducibles, siguiendo diversas consultas de la DGT y diversas resoluciones del TEAC, las sentencias del Tribunal Supremo citadas y acogidas por el propio TEAC, parecen contradecir tal conclusión.

De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo en sus Sentencias de fechas **24 de octubre de 1998** (NFJ052876), **25 de febrero de 2010** (NFJ038068), **14 de septiembre de 2012** (NFJ049031) y **14 de febrero de 2013** (NFJ050378), los intereses de demora tributarios no son gastos financieros sino indemnización por la mora en el cumplimiento tributario y ello impide considerarlos gastos deducibles en el IS, por derivar de la voluntad unilateral del sujeto pasivo y no de un contrato para la obtención de financiación ajena destinada a la actividad de la empresa y constituir, por tanto, una liberalidad, una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

No sería de extrañar que la Administración tributaria reconsiderara el tratamiento fiscal de tales intereses precisamente ahora al hilo de tener que analizar qué gastos financieros son deducibles y cuáles no para aplicar sobre aquellos el límite de si es deducibilidad fiscal.

Ciertamente, si alguna conclusión nítida se alcanza es, en aras de la invocada «seguridad jurídica», la conveniencia de resolver las discrepancias advertidas entre aquellas sentencias y los criterios manifestados por la DGT en sus consultas referidas al IS y en relación con la referida al IRPF.

LA VALORACIÓN DE LOS BIENES OCULTADOS A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 42.2 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Manuel Santolaya Blay

Inspector de Hacienda del Estado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Alejandro BLÁZQUEZ LIDOY, don Nicolás DE GAVIRIA FOBIÁN, don José Félix GÁLVEZ MERINO y don Eduardo LUQUE DELGADO.

EXTRACTO

Frente a los demás supuestos de responsabilidad tributaria, en el caso del artículo 42.2 a) de la Ley General Tributaria, el alcance de la misma requiere confrontar el valor de la deuda y sanciones constitutivas de la obligación principal (incluidos, en su caso, el recargo ejecutivo y el interés de demora) con el valor de los bienes y derechos sustraídos fraudulentamente a la acción de cobro, a fin de tomar la menor de ambas cantidades. Contra esta valoración de los bienes y derechos –que, salvo que se efectúe mediante informe pericial, compete realizar al órgano que declara la responsabilidad–, no cabe interponer tasación pericial contradictoria, ya que se trata de una valoración no orientada a la producción de una liquidación o, dicho de otro modo, de una valoración independiente de cualquier procedimiento de control.

Palabras claves: responsabilidad solidaria de pago, valoración tributaria y tasación pericial contradictoria.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 26-07-2014 / Fecha de revisión: 12-05-2015

HIDDEN ASSETS APPRAISAL FOR THE PURPOSE OF ARTICLE 42.2 GENERAL TAX ACT

Manuel Santolaya Blay

ABSTRACT

As opposed to other tax liability scenarios, the case set forth in article 42.2 a) of General Tax Law, requires to contrast the amount of debt and the penalties arising from the main obligation (including, as the case may be, any surcharges and late payment interest), with the value of the assets and rights fraudulently diverted from collection, for the purpose of taking the lower of both amounts.

Against this asset and rights assessment –which, except in the case there is an expert report, it is up to the body who rules on the tax liability– no expert appraisal on the contrary can be filed, since the appraisal is not aimed at the issuance of a tax assessment or, said in other words, it is an appraisal independent from any control procedure.

Keywords: joint and several payment liabilities, tax assessment and expert appraisal on the contrary.

Sumario

1. Planteamiento del problema
2. ¿Se está practicando una comprobación de valores al determinar el alcance de la responsabilidad del artículo 42.2 de la LGT?
3. Competencia y medios de valoración
 - 3.1. Competencia
 - 3.2. Medios de valoración
4. Aspecto temporal de la valoración
5. Extensiones
6. Conclusiones
7. El criterio del TEAC
 - 7.1. Contenido
 - 7.2. Análisis crítico
 - 7.3. Un pronunciamiento más

Bibliografía

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

De entre los diversos supuestos de responsabilidad tributaria contemplados en nuestro ordenamiento jurídico [básicamente, en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), arts. 42 y 43]¹, destaca, por su carácter especialísimo², el contemplado en el artículo 42.2 de dicha ley. A través de cuatro apartados, el mencionado precepto tipifica distintas conductas causantes de un daño patrimonial a la Hacienda pública, la cual, por mor de las mismas, ve imposibilitada u obstaculizada su legítima acción de cobro. El artículo 42.2 constituye la reacción administrativa frente a tales conductas, y opera anudando la responsabilidad que encierra a quien causa o colabora en dicho perjuicio. Representa, por tanto, la traducción al ámbito administrativo –con los consiguientes beneficios de presunción de legalidad y autotutela– del cauce civil de exigencia de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 del Código Civil,

¹ Pero no únicamente. Regulan también supuestos de responsabilidad tributaria las siguientes normas, que citamos por orden temporal de promulgación: a) Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 8); b) Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (arts. 87.1, 87.2.3.º, 87.3, 87.5 y 163.nonies.6); c) Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales (art. 8); d) Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (art. 9); e) Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (art. 66); f) Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (art. 9). La propia Ley 58/2003, por otra parte, recoge un supuesto específico de responsabilidad, al margen de los contemplados en sus artículos 42 y 43, que suele olvidarse (disp. adic. 7.^a).

² Que sucesivas reformas de la LGT no han hecho sino ahondar. Así, la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal (que entró en vigor el día 1 de diciembre de 2006), modificó la redacción original del artículo 42.2 para incluir en su alcance, además de la deuda tributaria pendiente, «las sanciones tributarias, incluidos el recargo y el interés de demora del periodo ejecutivo»; en concordancia con ello, modificó también la redacción del artículo 41.3, para dejar claro que la regla de que la responsabilidad solo alcanza a la deuda tributaria exigida al deudor principal en periodo voluntario no resulta aplicable en el caso del artículo 42.2 (en que puede incurrirse, por tanto, en «anatocismo ejecutivo»); también añadió, por último, un párrafo segundo al artículo 174.5, con el objeto de negar al responsable del artículo 42.2 la posibilidad de recurrir las liquidaciones del deudor principal. Por su parte, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude (en vigor desde el día 31 de octubre de 2012), extiende a todos los responsables, menos a los del artículo 42.2, el derecho a las reducciones por conformidad y pronto pago de las sanciones de las que goza el deudor principal (nuevo contenido del art. 41.4 de la Ley 58/2003); determina también la suspensión automática, sin garantía, de la parte del alcance de la responsabilidad constituida por sanciones, por la mera impugnación del acuerdo de responsabilidad, excepto para los supuestos del artículo 42.2 (art. 212.3 de la Ley 58/2003), e instaura –más bien aclara mediante ella– una regla de prescripción del derecho a exigir el pago al responsable del artículo 42.2 adicional a la propia de todos los supuestos de responsabilidad solidaria (art. 65.2). La citada Ley 7/2012 amplía también el alcance objetivo del artículo 42.2, haciéndolo extensivo a los ingresos de derecho público no tributarios (nueva redacción del art. 10.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), cosa que no sucede en los demás supuestos de responsabilidad.

conforme al cual «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»³.

La naturaleza del servicio que presta el artículo 42.2 (como lo hacía su homólogo en la anterior LGT, la 230/1963, el artículo 131.5 de esta) es mayoritariamente reconocido por la doctrina, tanto administrativa⁴ como judicial⁵.

Interesa destacar, específicamente, el supuesto contemplado en la letra a) del artículo 42.2, que instituye responsables tributarios solidarios a quienes sean causantes o colaboradores en la ocultación o transmisión de bienes del obligado al pago con la finalidad de impedir la actuación de la Administración tributaria. Bajo este presupuesto de responsabilidad halla cobijo todo negocio jurídico anómalo realizado en sede recaudatoria, entendiendo dicha sede en términos no de ubicación procedimental, sino teleológicamente, esto es, en cuanto que finalidad o función. Por tanto, cualquier negocio que tenga por objeto situar, formal o aparentemente, fuera de la órbita de la Hacienda pública, los bienes y derechos del obligado al pago queda subsumido en el tipo, puesto que obedece a la intención de sustraer tales elementos patrimoniales del alcance de la acción recaudatoria. El artículo 42.2 –su letra a), fundamentalmente– es, en definitiva, el *iter* administrativo por excelencia para la lucha contra el fraude fiscal recaudatorio⁶, y combate actuaciones que, si bien rezuman una indiscutible pretensión recaudatoria, pueden acaecer tanto en dicha fase como con anterioridad a la misma, con el único límite del devengo del impuesto⁷.

A título de ejemplo, y sin pretensión exhaustiva alguna, cabe citar como operaciones habitualmente subsumibles en el artículo 42.2 a) de la Ley 58/2003 las siguientes: disolución de la sociedad de gananciales y pacto de separación, atribuyendo los bienes de más fácil localización y traba al cónyuge no deudor⁸; aportación de bienes y derechos al patrimonio de sociedades vinculadas no deudo-

³ Vide Resolución TEAC 00/3546/2007, de 2 de abril de 2008. También GONZÁLEZ ORTIZ, D.: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2002 (pág. 142); RUIZ HIDALGO, C.: *La responsabilidad tributaria en el alzamiento de bienes*, Marcial Pons, 2009 (pág. 28); y AGÜELLES PINTOS, J. y FELTRER BAUZÁ, F.: *Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria y su aplicación práctica*, Aranzadi, 2001 (pág. 148).

⁴ Resolución TEAC 00/4528/2002, de 18 de diciembre de 2003.

⁵ STS 1861/2013, Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª, de 11 de abril (id. Cendoj: 28079130022013100357); SAN 4218/2012, de 22 de octubre, Sala de lo Contencioso, Sección 7 (id. Cendoj: 28079230072012100513); SAN 3896/2012, de 8 de octubre (id. Cendoj: 28079239972912199477).

⁶ La responsabilidad del artículo 42.2 es, en consecuencia, el reverso (o el anverso, según se mire) de las acciones civiles y penales, que tienen por finalidad, respectivamente, dejar sin efecto las consecuencias patrimoniales de lo actuado en fraude de acreedores (acciones civiles) o castigar su llevanza a término (acciones penales).

⁷ Resolución TEAC 00/2512/2007, Vocalía 11.ª, de 14 de abril de 2008; SAN 4218/2012 (ya citada). Dispone esta última, FJ 4.ª, que «la obligación de pago de la deuda nace, para el deudor principal, con la realización del hecho imponible, de forma que a partir de ese momento su patrimonio presente y futuro queda vinculado a la prestación material asumida legamente consistente en el pago de la deuda tributaria. Desde entonces, el deudor que realice operaciones de despatrimonialización puede incurrir en un ilícito y el causante o colaborador en la ocultación puede ser responsable del fin ilegítimo de la operación». El mismo comentario recoge la también citada ya SAN 3896/2012.

⁸ Resoluciones TEAC 00/1760/2001, de 8 de mayo de 2013; 00/660/2011, de 25 de junio de 2012; 00/7044/2003, de 15 de septiembre de 2005; 00/531/2003, de 24 de junio de 2004.

ras, vía ampliación de capital o mediante otros títulos jurídicos⁹; constitución de gravámenes ficticios sobre el propio patrimonio; transmisión simulada del patrimonio del deudor a terceros vinculados no deudores¹⁰; reducción de capital por sociedades deudoras con restitución de aportaciones no dinerarias a socios no deudores¹¹; liquidación, bajo circunstancias análogas, de sociedades deudoras¹², etc.

En este contexto, el artículo 42.2 de la LGT traza, frente a otros supuestos de responsabilidad, tanto solidarios como subsidiarios, una senda privativa que se construye con materiales de muy diversa procedencia. Entre otros, mediante un alcance¹³ propio. La regla general –cuya única excepción la constituye el caso que aquí nos ocupa– es que las deudas y sanciones que forman parte del alcance se derivan al responsable sin limitaciones, criterio que, insistimos, cede en nuestro caso. Como bien señala la norma, los responsables solidarios del artículo 42.2 lo son de la deuda tributaria pendiente –y de los recargos ejecutivos e intereses de demora que proceda, amén de las sanciones tributarias y otros ingresos de derecho público no tributarios–, pero solo «hasta el importe del valor de los bienes o derechos» perjudicados. Se trata de un límite que figura en el texto de la Ley 58/2003 desde su aprobación en 2004, nunca modificada en este particular aspecto, y que la misma tomó directamente de la LGT de 1963¹⁴.

La introducción del mencionado límite en la formación del alcance de la responsabilidad del artículo 42.2 es lógico trasunto de la propia naturaleza de dicha responsabilidad. Si esta constituye la reacción administrativa ante el perjuicio económico que se causa a la Hacienda pública, no puede situarse tal alcance en la cifra de las deudas, sino en la parte de las mismas que podría haber sido cobrada con cargo al patrimonio distraído. De ahí que el alcance sea en estos casos la menor cantidad de entre las deudas (y sanciones), por un lado, y el valor de los bienes y derechos sustraídos de su aplicación al pago, por otro.

El precepto introduce así la valoración en el artículo 42.2, y con ello todas las dudas que la cuestión valorativa ha planteado tradicionalmente en el ámbito tributario¹⁵.

⁹ Resoluciones TEAC 00/3822/2006, de 16 de abril de 2008; 00/3525/2006, de 25 de junio de 2008 y SAN 3896/2012, ya citada.

¹⁰ Resoluciones TEAC 00/2733/2006, de 30 de mayo de 2007; 00/2324/2006, de 24 de julio de 2007; 00/2617/2007, de 12 de marzo de 2008; 00/373/2007, de 29 de abril de 2008 y 00/1074/2007, de 22 de octubre de 2008.

¹¹ Resolución TEAC 00/367/2007, de 13 de mayo de 2008.

¹² SAN 1767/2013, de 22 de abril (id. Cendoj: 28079230072913100321).

¹³ Si bien la Ley 58/2003 no define el concepto de alcance de la responsabilidad, limitándose a usarlo (arts. 41.4.2.º, 41.5.1.º y 174.5.2.º), puede definirse como la parte de las deudas, sanciones tributarias y demás liquidaciones giradas al deudor principal que puede ser exigida por la vía de la responsabilidad de los responsables.

¹⁴ Una sucinta descripción de la evolución legislativa del precepto puede consultarse en CALVO BÉRGEZ, J.: «La responsabilidad de los causantes o colaboradores en acciones que impidan el embargo o la ejecución de bienes de los obligados tributarios», *Quincena Fiscal*, 1/2011. También remitimos al lector interesado en esta cuestión a DE MIGUEL ARIAS, S.: *La práctica del embargo para el cobro de la deuda tributaria*, Thomson Aranzadi, 2011, págs. 426 y ss.

¹⁵ Se hace eco del carácter espinoso, por ejemplo, de la comprobación de valores, ALGUACIL MARÍ, P.: *Discrecionalidad técnica en la comprobación de valores. La problemática de su control judicial*, Diálogo, 1999 (pág. 22). Para MAR-

El objeto de este trabajo es darles respuesta, en la medida de lo posible. No resulta, de entrada, tarea fácil, pues la escasa doctrina existente al respecto¹⁶ obliga a adentrarse en este particular terreno conceptual a riesgo y ventura de cada cual. Aunque no albergamos la osadía de resolverlas definitivamente. A la vista del acertado juicio de LOZANO SERRANO¹⁷, sería demasiado pretencioso. Este trabajo solo puede entenderse como un mero apunte en la dirección indicada.

Las cuestiones que trataremos son las tres siguientes:

1. ¿Puede llamarse comprobación de valores a la actividad de valoración llevada a cabo con el objeto de determinar el alcance de la responsabilidad del artículo 42.2?
2. ¿Quién es competente para dicha valoración y de qué medios dispone para llevarla a cabo?
3. ¿A qué momento temporal debe ir referida la valoración de los bienes y derechos incluidos en el presupuesto de la responsabilidad?

Son solo tres, pero de una relevancia –estimamos– fuera de toda duda, en concordancia con la trascendencia que el artículo 42.2 posee y que la Administración tributaria no tiene reparos en admitir públicamente¹⁸. También, con el uso que, en consecuencia, los órganos tributarios hacen

TÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, 2012, pág. 385, ello se debe a que «la LGT no acierta a regular con la sistemática exigible de una Ley general y codificadora, las actuaciones de valoración tributaria, tanto las dependientes o incluidas en un procedimiento de comprobación de valores, como las actuaciones de valoración previas o independientes de cualquier procedimiento de control».

¹⁶ La doctrina sobre valoración tributaria es, huelga decirlo, notablemente extensa. Nos referimos a la parte de la misma exactamente conectada con el artículo 42.2 de la LGT. Hasta donde sabemos, escasos autores han abordado estos asuntos: RUIZ HIDALGO (*op. cit.*, pág. 113), ARGÜELLES PINTOS *et alia* (*op. cit.*, pág. 160), BOSCH CHOLBI, J. L.: «Análisis crítico de los supuestos de responsabilidad solidaria en la LGT 58/2003», *Tribunal Fiscal*, núm. 174, 2005, y DE MIGUEL ARIAS (*op. cit.*, pág. 448, que se remite a los dos citados aquí inmediatamente antes que esta autora. También se remite a BOSCH CHOLBI el autor BAEZA DÍAZ-PORTALES, M. J.: *Responsabilidad tributaria: Administradores sociales y otras cuestiones problemáticas*, Foro Jurídico, 2011, pág. 82. Se hace referencia a sus respectivas tesis en el texto principal.

¹⁷ Comentarios extraídos de su prólogo al libro de BAEZA DÍAZ-PORTALES (*op. cit.*), pág. 21. De acuerdo con dicho estudioso, «Nos encontramos con autores y sentencias planteando y replanteando cuestiones relativas a la responsabilidad. Cuestiones que, además, no acaban nunca de estar zanjadas, por lo que junto a nuevos problemas en relación con este instituto (los que aquí describimos, nos permitimos intercalar), se reiteran desde antiguo problemas que ya hace tiempo se ganaron la consideración de *vexata questio*, pero sobre los que todavía no puede decirse que se haya alcanzado un solución satisfactoria, estable y comúnmente aceptada».

¹⁸ Vide el Plan de Prevención del Fraude de 2005 (págs. 124, 151 y 160), la Actualización del Plan de Prevención del Fraude Fiscal de 2008 (págs. 44 y ss.) y los sucesivos planes de control tributario anuales. Por todos ellos, el Plan Anual de Control Tributario de 2012, aprobado por Resolución de la Dirección General de la Agencia Tributaria de 24 de febrero de 2012 (BOE núm. 52, de 1 de marzo), apartado II, y el Plan Anual de Control Tributario de 2013, aprobado por Resolución de 8 de marzo de 2013 (BOE núm. 61, del 12), apartado II, igualmente,

del precepto¹⁹. Los pronunciamientos de algunos tribunales económico-administrativos regionales (cuyas resoluciones, en primera instancia, han sido recurridas en alzada ante el TEAC por la dirección del Departamento de Recaudación de la Agencia Tributaria)²⁰ contribuyen también, no cabe duda, al realce de tales cuestiones²¹.

Por de pronto, dependiendo de la respuesta que ofrezcamos a la primera pregunta, existe (si es afirmativa) o no (si es negativa) posibilidad de dar entrada en el procedimiento a la TPC, tasación pericial contradictoria (art. 57.2 de la Ley 58/2003)²², que supone la suspensión automática del ingreso mientras se dirime la cuestión del valor, y también la aplicación a los restantes obligados tributarios del valor obtenido por uno de ellos en ejercicio de la mencionada TPC. El contenido de la respuesta que reciba la segunda, por su parte, impondrá más o menos formalismos al procedimiento de declaración y exigencia de responsabilidad, dependiendo de que la valoración pueda hacerla el propio órgano que tramita el procedimiento u otro externo. Finalmente, en un contexto de precios cambiantes, acotar el momento de la valoración es de primera importancia.

Aunque tanto el plan de trabajo como las respuestas que buscamos debieran poseer (y, desde luego, la poseen) validez general, no se nos escapa que las actuaciones de valoración del artículo 42.2 cobran verdadera importancia, por este orden: i) En el supuesto del artículo 42.2 a); ii) Tratándose de inmuebles. Respecto de la primera circunstancia, es una cuestión de pura frecuencia estadística: los casos de levantamiento de bienes embargados o afectados por una medida cautelar u otra garantía –letras c) y d) del art. 42.2, respectivamente– no son habituales. En este sentido, el artículo 42.2 a) solo compite, pues, en verdad, con el artículo 42.2 b). Pero –y esto enlaza con la segunda de dichas circunstancias– el incumplimiento de las órdenes de embargo no entraña dificultades valorativas en la mayor parte de los casos, ya que los bienes afectados por la traba constituyen directamente dinero (efectivo o saldos bancarios) o vienen expresados en unidades monetarias

¹⁹ En un contexto general de crecimiento de la utilización del instituto de la responsabilidad tributaria (apunta este aumento genérico, por ejemplo, GALÁN RUIZ, J.: *La responsabilidad tributaria*, Thomson Aranzadi, 2005, pág. 23) destaca el sobrecrecimiento del recurso a la responsabilidad del artículo 42.2. Varias causas podrían explicarlo. Aunque ello constituiría el objeto de una monografía específica, podemos mencionar, siquiera sea brevemente, las dos principales a nuestro juicio: a) La proliferación del fraude fiscal recaudatorio, mediante estructuras de planificación anómala, en las que está presente, pues, un claro componente abusivo que aleja estas conductas de los incumplimientos recaudatorios «tradicionales»; b) La mayor flexibilidad de una respuesta administrativa frente a las propiamente judiciales.

²⁰ *Vide* el último apartado de este trabajo (el séptimo), sobre el criterio evacuado por el TEAC al resolver tales recursos.

²¹ Resolución de 30 de octubre de 2013 del TEAR de Valencia y de 26 de septiembre de 2013 del TEAR de Andalucía. Ambas suscriben la tesis de que la determinación del alcance del artículo 42.2 conlleva el ofrecimiento de TPC. A nuestro juicio, yerran en el suyo, porque basan su fallo en una resolución del TEAC (de 24 de febrero de 2009) que había recaído sobre un supuesto de inspección (en que sí había liquidación), no sobre otro idéntico al que las mismas analizan (art. 42.2).

²² Que la Ley 58/2003, a diferencia de su predecesora, no concibe ya como un método de valoración administrativa, sino de corrección del valor administrativo. Resulta obvio en la nueva redacción legal, y así lo entienden los autores. Véanse, entre otros, CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C. J.: *Guía de la Ley General Tributaria*, CISS, 2004, págs. 137-138 y 278-283, y BERTRÁN GIRÓN, M.: *Los procedimientos de aplicación de los tributos por los órganos de gestión*, Thomson Aranzadi, 2008, pág. 211.

(créditos, sueldos, salarios y pensiones)²³. En particular, no cabe el incumplimiento de una orden de embargo de inmuebles, solo que el bien no pueda ser embargado por no pertenecer al obligado al pago; pero ello nos rinde, cuanto más, al artículo 42.2 a), si se ha desprendido de él fraudulentamente (para evitar, precisamente, este resultado), o a la nada, en otro caso²⁴.

Nuestro objeto de estudio –reiteramos– va a ser, en consecuencia, el supuesto del artículo 42.2 a) cuando, además, el elemento objeto de vaciamiento posee naturaleza inmueble.

Pasemos, sin mayor dilación ya, a abordar las preguntas planteadas sobre este objeto de análisis.

2. ¿SE ESTÁ PRACTICANDO UNA COMPROBACIÓN DE VALORES AL DETERMINAR EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 42.2 DE LA LGT?

La Ley 58/2003 define de modo implícito en qué consiste la comprobación de valores cuando en su artículo 57.1 alude a la Administración tributaria, en general, como titular de la citada potestad, a la que le asigna la finalidad de determinar el aspecto cuantitativo de la obligación tributaria. El examen del posterior artículo 134.1.2.º, junto con el artículo 160.4 del RAT²⁵, permite barrun-

²³ El artículo 169.2.2.º de la Ley 58/2003 recoge otras tipologías de bienes. Habla en su letra e) de «intereses, rentas y frutos de toda especie»; también menciona los «establecimientos mercantiles o industriales» (letra f), los «metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades» (letra g) y los «bienes muebles y semovientes» (letra h). Podría plantearse un problema de valoración en el primero de estos supuestos, si los intereses, rentas o frutos vinieran expresados, valga la redundancia, en especie; también en los demás. Pero los frutos de toda especie no dinerarios brillan por su ausencia en la práctica recaudatoria, tanto como los establecimientos mercantiles, para cuya distracción se acude generalmente al expediente de la sucesión de hecho en la actividad [art. 42.1 c)]. Por su parte, los únicos bienes muebles que suelen embargarse (con gran reticencia, por su rápida devaluación, excepto si son de gama alta) son los vehículos, que no presentan problema valorativo (la valoración de vehículos, barcos y aeronaves se recoge en las tablas anuales que publica en Ministerio de Hacienda). En cuanto a los metales preciosos y demás, los órganos de recaudación coinciden con ellos en escasísimas ocasiones (como, por ejemplo, con motivo de la apertura de una caja de seguridad). La reducción del texto principal no es, por tanto, en absoluto desacertada.

²⁴ En puridad, le cabría al registrador de la propiedad incumplir la orden de embargo, no practicando la anotación preventiva. Pero ello no parece adecuarse al procedimiento de calificación de las peticiones de inscripción que concibe nuestra Ley Hipotecaria. Además, la mayor parte de los reparos que formulan, en este sentido, los registros a los mandamientos de embargo de la Hacienda pública son de carácter subsanable y terminan resolviéndose satisfactoriamente, sin necesidad tan siquiera de acudir al recurso contra la calificación ni al cuadro de calificación sustitutiva. Las únicas anotaciones que no prosperan son las que piden el embargo sobre *re aliena* (reparo insubsanable), cosa jurídicamente imposible. Ni tan siquiera cuando el juicio de insubsanabilidad lo fundara el registrador en un criterio jurídico no compartido por la Hacienda pública (ej.: fecha de inicio de efectos de una medida cautelar) cabría aplicar, entendemos, el artículo 42.2 b) de la Ley 58/2003. Este razonamiento solo pone de manifiesto, en cualquier caso, que el incumplimiento de la orden de embargo por el fedatario registral es un supuesto bastante improbable. Pero no es imposible (un improcedente reparo insubsanable podría ser hecho de manera claramente negligente o culpable).

²⁵ Reglamento de Aplicación de los Tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

tar que constituye una actividad instrumental, de fijación o corrección de los valores declarados, cuyo desenlace natural es la práctica de una liquidación tributaria. Así lo entiende, por ejemplo, BERTRÁN GIRÓN, cuando se remite a PÉREZ ROYO, que señala que «Mediante la comprobación de valores se trata de confrontar los datos o cifras de valoración de los bienes incluidos en una declaración o autoliquidación con las valoraciones que, según el criterio de la Administración, sería necesario tomar para proceder a la liquidación (en los casos de declaración seguida de acto administrativo de liquidación) o para rectificar la autoliquidación, ya sea en vía de gestión, ya sea en fase de inspección. Se trata en todo caso de un procedimiento auxiliar de los de liquidación²⁶».

Por este motivo, su realización queda atribuida a los órganos de gestión [art. 117.1 g) del RAT] e inspección [art. 141 d) del RAT], que son los únicos órganos tributarios con potestades liquidativas.

Estas simples consideraciones permiten sustraer la comprobación de valores del quehacer de los órganos no liquidativos, que son tanto los de recaudación —que, en cualquier caso, practican liquidaciones por intereses de demora, ejecutivos y suspensivos, así como los recargos ejecutivos— como, a los fines que aquí interesan, los propios liquidadores cuando no actúan en calidad de tales. Esto último sucede, por ejemplo, cuando derivan la responsabilidad tributaria (art. 196 del RAT)²⁷, puesto que la derivación de responsabilidad no provoca el nacimiento de una nueva liquidación; esta ya se ha practicado al deudor principal. El responsable, simplemente, debe afrontar esa misma liquidación —cuyo pago se le traslada—, bajo presupuestos y en un momento procedimental propios. La importancia de este aspecto —que el responsable afronta las mismas liquidaciones del deudor principal, no otras diferentes— nunca será suficientemente subrayada. Si el responsable respondía de la misma o diferente liquidación que el deudor principal ha sido una cuestión tradicionalmente polémica entre la doctrina²⁸. En la actualidad, no cabe ya manifestar discrepancias²⁹. Que el responsable no afronta una liquidación propia se colige de varios preceptos de la Ley 58/2003. Del artículo 174.5 de la LGT, que distingue claramente, en orden a impugnación por el responsable, entre las liquidaciones a las que alcanza el presupuesto de su responsabilidad y el importe de su obligación. No menciona, pues, dos tipos de liquidaciones, sino solamente uno. Y a la cuantía del responsable no la llama liquidación sino, meramente, obligación de pago. No pasa desapercibido, tampoco, el artículo 41.1 *ab initio* de la misma LGT, en el que se habla de una sola deuda tributaria a cuyo pago son varios los llamados («La Ley podrá configurar como responsables solidarios o subsidiarios de la deuda tributaria, junto a los deudores principales, a otras personas o entidades»). Como tercer argumento, cabe recordar que no tendría demasiado sentido (aunque cabría hacerlo) poder adoptar medidas cautelares del

²⁶ PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Aranzadi, 2005, pág. 275.

²⁷ CALVO VÉRGEZ, J.: *La derivación de responsabilidad tributaria*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, pág. 19. Entre los muchos actos de gestión tributaria de naturaleza no liquidativa cabe citar la asignación de NIF, la rectificación censal, la expedición de certificados, etc.

²⁸ Véase, por ejemplo, DELGADO GARCÍA, A. M.: *La derivación de responsabilidades en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons, 200 (págs. 252 y ss.).

²⁹ Véase Resolución TEAC 00/2825/2002, de 18 de diciembre de 2003.

artículo 81 de la LGT al tiempo de inicio del procedimiento de responsabilidad si no existiera ya liquidación en ese momento, en el cual, sin embargo, todavía no ha nacido la obligación de pago del responsable, que es lo que, precisamente, trata de asegurarse con tales medidas. CALVO VÉRGEZ³⁰ ofrece varios argumentos adicionales —los asumimos como propios— que permiten sostener la identidad entre la liquidación del deudor principal y la del responsable: a) Las actuaciones desarrolladas frente al deudor principal u otros responsables interrumpen la prescripción de todos los obligados porque todos están llamados al pago de la misma deuda; b) La prescripción ganada por uno de tales obligados se comunica a los demás por la misma razón; c) En caso de duplicidad en el pago de la deuda debe procederse a la correspondiente devolución; d) Quien paga por el deudor acredita opción al reembolso. También BAEZA DÍAZ-PORTALES³¹ se postula claramente sobre la identidad de liquidaciones, cuando fundamenta la obligación de motivar el acto de declaración de responsabilidad en el artículo 103.3 de la LGT, pero no basándose en que se trata de un acto de liquidación, sino de los que imponen obligaciones³².

La circunstancia de que el responsable sea un obligado tributario más y que el artículo 57.1 ponga en conexión la comprobación de valores y la correcta determinación de la obligación tributaria no debe, pues, entenderse en sentido diferente del que se deduce del razonamiento precedente. Por igual motivo, que junto a los procedimientos específicos de comprobación de valores (art. 159.1 del RAT) exista un procedimiento general en el que se aluda a la Administración tributaria, en conjunto (art. 157 del RAT) tampoco es impedimento a esta conclusión. De hecho, la citada generalidad no es tal, si tenemos en cuenta que el procedimiento de comprobación de valores se regula dentro del título IV del RAT, que lleva por rúbrica «Actuaciones y procedimientos de gestión»³³. Como señalan MARTÍN QUERALT *et alia*³⁴, la comprobación de valores se erige en procedimiento autónomo cuando la valoración es el único objeto perseguido, incardinándose, si la finalidad es, en general, comprobadora, en alguno de los procedimientos específicos señalados por la norma al efecto. Pero, en todos los casos, la finalidad del procedimiento es la misma: la producción de una liquidación.

³⁰ *Op. cit.*, págs. 19 a 21. No obstante, su tesis se ve incomprensiblemente oscurecida más adelante (pág. 35), cuando señala que la cuantía de la obligación del responsable no supone la mera traslación a este de la deuda del obligado al pago principal, poseyendo naturaleza de liquidación tributaria y atribuyendo al órgano de recaudación una potestad equivalente a la liquidatoria. Algo después vuelve a incidir sobre esta misma circunstancia (pág. 45), atribuyendo a la resolución que declara la responsabilidad carácter «similar al propio acto de liquidación».

³¹ *Op. cit.*, pág. 142.

³² Artículo 103.3 de la LGT: «Los actos de liquidación, los de comprobación de valor, los que impongan una obligación, los que denieguen un beneficio fiscal o la suspensión de la ejecución de actos de aplicación de los tributos, así como cuantos otros se dispongan en la normativa vigente, serán motivados con referencia sucinta a hechos y fundamentos de derecho».

³³ Sistemática que critica BERTRÁN GIRÓN, *op. cit.*, pág. 215, pues se intitula procedimiento de gestión cuando también puede ser aplicado por los órganos de inspección.

³⁴ *Op. cit.*, pág. 389. Dicen los autores que «La comprobación de valores puede ser el objeto único de un procedimiento autónomo o insertarse como una actuación concreta en el curso de un procedimiento de gestión tributaria (iniciado mediante declaración o de comprobación limitada) o de un procedimiento de inspección».

Confirma esta impresión –que la comprobación de valores se circunscribe al ámbito liquidativo– el último apartado del artículo 57.1, cuya cláusula de cierre («Cualquier otro medio que se determine en la ley propia de cada tributo») parece apuntalar la idea de que la comprobación lo es a efectos de determinación la obligación tributaria principal (art. 19). No debe descartarse, tampoco, que la comprobación de valores ha sido traída al seno de la norma tributaria general desde el texto de los impuestos en los que tradicionalmente ha tenido aplicación, los llamados impuestos patrimoniales dinámicos (ISD e ITP y AJD)³⁵, en especial lo referente a la TPC³⁶.

El procedimiento de responsabilidad no se identifica, en suma, ni con el de gestión ni con el de inspección, y no tiene por finalidad generar una liquidación a cargo del responsable, sino –cosa totalmente diferente– trasladarle la liquidación del deudor principal (esta sí generada en uno de tales procedimientos liquidativos, salvo que se trate de una autoliquidación). Tampoco, dicho sea de paso y por lo que beneficie al razonamiento posterior, se identifica con el de recaudación. La prueba más palpable de ello es su regulación en preceptos propios de la LGT (arts. 174 a 176), conformantes de un procedimiento propio, separados y claramente diferenciados de los que se destinan a los demás procedimientos³⁷.

Una última prueba –a nuestro juicio, claro está– de que no toda actividad valorativa tiene carácter comprobatorio, ni siquiera en el estricto marco de un procedimiento con vocación liquidativa, es el caso en que se trae al expediente un valor fijado directamente *ex lege* (art. 159.5 del RAT). Tampoco la valoración catastral es comprobación de valores³⁸; ni los juicios de valor emitidos en el marco de los artículos 90 y 91 de la Ley 58/2003³⁹.

³⁵ Véase la exposición de motivos del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el RAT, apartado IV, último párrafo. BERTRÁN GIRÓN, *op. cit.*, pág. 215, afirma que al mencionar la comprobación de valores, la LGT está pensando en los impuestos patrimoniales.

³⁶ El ámbito natural de aplicación de la TPC es, para BERTRÁN GIRÓN, *op. cit.*, pág. 211, el ITP y AJD. En igual sentido se pronuncian BERNARDO GÓMEZ, C.; CARPIZO BERGARECHE, J.; CORONADO SIERRA, M. y MONTERO DOMÍNGUEZ, A.: *Gestión e Inspección Tributaria. Guía*, Wolters Kluwers, 2007. En su pág. 592 leemos lo siguiente: «el campo natural para el ejercicio de esta facultad es el de aquellos tributos donde el valor real o el valor normal de mercado constituyen un elemento determinante de la obligación tributaria, circunstancia que concurre fundamentalmente en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, o en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en los cuales la base imponible viene referenciada sobre el valor real de los bienes y derechos, al igual que ocurre, con menor intensidad, en otros impuestos como el IRPF o el Impuesto sobre Sociedades en relación a la tributación derivada de la transmisión de bienes o derechos».

³⁷ Tampoco esta otra cuestión ha sido pacíficamente admitida en el pasado. AGULLÓ AGÜERO, en el prólogo a la obra de GARCÍA DELGADO (*op. cit.*), lo calificaba en 2000 como «procedimiento recaudatorio específico, no directamente colectorio», y también de «procedimiento puente... ente dos procedimientos de recaudación ordinarios». CALVO VÉRGEZ, *op. cit.*, pág. 22, lo califica de como procedimiento de recaudación autónomo.

³⁸ ALGUACIL MARÍ, *op. cit.*, pág. 213.

³⁹ Actuaciones de valoración tributaria destinadas a la información y asistencia a los obligados tributarios (art. 90 de la Ley 58/2003) y acuerdos previos de valoración (art. 91). Así lo entienden ALFONSO GONZÁLEZ, L. M.; CASANELLAS CHUECOS, M. y TOVILLAS MORÁN, J. M.: *Lecciones de Derecho Financiero y Tributaria*, Atelier, 2013, pág. 317.

A pesar de cuanto antecede, que los órganos que declaran la responsabilidad no pueden quedar vinculados por el valor que los operadores jurídicos atribuyan a los bienes incluidos en las operaciones que combate el artículo 42.2 es algo obvio. Admitir lo contrario sería tanto como propiciar el fraude que el propio precepto trata de contrarrestar. Surge, así, la necesidad de emitir un juicio cuantitativo a la hora de determinar el alcance de la responsabilidad. Esa fijación es, además, de corrección, porque el establecimiento del valor solo supone atribución del mismo cuando no existe valor declarado. Pero la hipótesis de bienes inmuebles incluidos en una operación de vaciamiento patrimonial en la que no se les asigna valor alguno no es realista. La disolución de la sociedad de gananciales, por ejemplo, exige una adjudicación formalmente equitativa de sus bienes entre ambos cónyuges, lo que conlleva su previa valoración; la aportación de bienes al capital societario es contrapartida de un valor (capital emitido y prima de emisión, en su caso); la liquidación de una sociedad conduce a la fijación de un neto que se corresponde con los valores restituidos, etc.

Concluimos así que cabe valorar los bienes y derechos, a efectos de determinar el alcance de la responsabilidad instituida por el artículo 42.2 de la Ley 58/2003, si bien dicha actividad valorativa no tiene carácter de comprobación de valores. Supone una tarea más de entre las muchas conducentes a la fijación del alcance (aplicación de ingresos parciales, eliminación de deudas devengadas antes del vaciamiento, etc.). En la tipología de MARTÍN QUERALT *et alia*⁴⁰, esta tarea constituye una valoración independiente de cualquier procedimiento de control.

A mayor abundamiento, es una valoración que, a diferencia las habituales, junto a los elementos físicos inherentes al bien toma en consideración las cargas que pesan sobre ellos⁴¹, lo que ahonda la diferencia que la separa de la comprobación de valores.

Resumiendo –aun a riesgo de reiteración–, no toda corrección de valor es comprobación, sino únicamente aquella que tiene como finalidad producir una liquidación tributaria, cosa que no sucede cuando se trata de fijar el alcance de la responsabilidad del artículo 42.2 de la Ley 58/2003, puesto que la responsabilidad no posee carácter liquidatorio⁴². Ni tan siquiera cuando dicho alcance toma como valor el comprobado, mediante un procedimiento estricto de comprobación de valores, con anterioridad.

⁴⁰ *Op. cit.*, pág. 385.

⁴¹ SAN de 27 de abril de 2009 (id. Cendoj 28079230072009100254), FJ 6.º; SAN 5762/2011 (id. Cendoj 28079230072011100818); SAN 2381/2012 (id. Cendoj 28079230072012100322), FJ 3.º. Cuestión diferente es si, realmente, dichas cargas y gravámenes (fundamentalmente, hipotecas) deben ser descontadas del valor. De acuerdo con la tesis expuesta por dichas sentencias, el alcance de una responsabilidad en la que los bienes vaciados se hallan totalmente gravados es nulo. Pero si tales bienes no valen nada, ¿a qué sustraerlos al alcance de la Hacienda pública, incurriendo en unos costes de gestión y transacción (notario, registro, etc.) perfectamente evitables?

⁴² SAN 4548/2990 (id. Cendoj 28079230072009100525). En su FJ 3.º resalta claramente que «es presupuesto para la procedencia de la tasación pericial contradictoria que exista un procedimiento de comprobación fiscal de valores».

Negar carácter de comprobación de valores a esta valoración no supone causa de indefensión al responsable, que puede impugnar el alcance global de la responsabilidad, concepto en cuyo seno tiene cabida el aspecto valorativo. El carácter contradictorio de toda valoración se mantiene, pues, solo que encauzado en la senda habitual de la impugnación de actos tributarios y sometido a sus mismos exigentes requisitos de suspensión de la ejecución.

Una vez más, no es esta una conclusión pacífica. Así, RUIZ HIDALGO⁴³ considera que, so pena de arbitrariedad, la determinación del valor debe abrir un procedimiento contradictorio específico: el del artículo 97 del RGR⁴⁴. No compartimos el argumento. Por dos razones. En primer lugar, no cabe hablar de arbitrariedad cuando existe posibilidad de recurso, puesto que si este prospera, la eventualmente habida queda enervada; en segundo, tras la mención al artículo 97 del RGR, parece latir una absoluta identificación entre responsabilidad y recaudación, que no puede admitirse, conforme ha sido dicho ya. Más lógico hubiera sido referirse al artículo 57 de la Ley 58/2003 y sus desarrollos, tanto en la propia ley como en el RAT. Pero la aplicación de tales preceptos, pensados para el procedimiento liquidatorio, también ha sido negada aquí. En la mención al artículo 97 del RGR acertamos a vislumbrar pues, simplemente, una aplicación «adaptada» de la propia comprobación de valores, que es lo que verdaderamente representa dicho precepto, que pretende aplicarse aquí por analogía o subsidiariamente al caso que nos ocupa, netamente diferente.

Por su parte, hay autores que difieren tanto de nuestra tesis como de la de quienes se nos oponen, abriendo una tercera vía propia. Así, ALONSO GONZÁLEZ *et alia*⁴⁵ postulan que contra la derivación del artículo 42.2 puede entablarse tanto el recurso o reclamación económico-administrativa como la TPC, basándose, para esta última, en el hecho de que toda actividad de fijación del valor real cae dentro del área de influencia operativa de la mencionada tasación. Nos atrevemos a oponer que, siendo tal el caso, el hábitat propio de la TPC no lo constituiría el procedimiento de liquidación –como resulta pacífico– sino el de recaudación, en cuyo seno son muchos más los preceptos que obligan a la formulación de un juicio de cantidad⁴⁶.

⁴³ *Op. cit.*, pág. 113. Señala esta autora que «el valor de los bienes debe cifrarse siempre y con arreglo a las circunstancias concretas del caso y, por supuesto, en un valor estimativo de los bienes y derechos, ya que concretar el valor real resulta imposible, justamente porque los bienes o derechos no se han podido embargar o ejecutar. Para ello, la determinación del valor de estos últimos deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 97 del RGR, como una forma de evitar que el alcance de la responsabilidad quede determinado de forma arbitraria».

⁴⁴ Recordemos que dicho precepto dispone, a efectos de fijación del valor del bien para subasta, que la valoración administrativa sea notificada al obligado al pago, quien, en caso de discrepancia, podrá presentar una valoración contradictoria realizada por perito adecuado, en el plazo de 15 días. Si la diferencia entre ambas valoraciones no excede del 20 % de la menor, se tomará la tasación más alta; en caso contrario, se procederá a la designación de un tercer perito, cuya valoración deberá hallarse entre las de las partes y será la aplicable. El precepto se remite expresamente a los párrafos 1.º y 2.º del artículo 135.3 de la Ley 58/2003, precepto este último destinado a la TPC.

⁴⁵ ALONSO GONZÁLEZ, L.; CAAMAÑO ANIDO, M.; GARCÍA NOVA, C.; MAGRANER MORENO, F.; MERINO JARA, I. y SÁNCHEZ PEDROCHE, A.: *Derecho y práctica tributaria*, Wolters Kluwers, 2013, págs. 154 y 155. Estos autores van más allá: el valor no podrá ser discutido sino únicamente a través de la TPC.

⁴⁶ Véase el epígrafe 5 del texto principal.

3. COMPETENCIA Y MEDIOS DE VALORACIÓN

3.1. COMPETENCIA

El alcance es uno más de los elementos configuradores de la responsabilidad, luego su fijación debe seguir la regla general del procedimiento conducente a la declaración y exigencia de aquella. Competiendo dicho procedimiento a un órgano dado, a este mismo ha de competir la valoración previa a la fijación del alcance.

Razonemos el argumento.

La declaración de responsabilidad es atribución tanto de órganos liquidadores como recaudadores, dependiendo de que al tiempo de la misma haya concluido ya o no, respectivamente, el periodo voluntario de pago del deudor principal (art. 174.2 de la Ley 58/2003). Si sucede lo primero (competencia para derivar del órgano liquidador), parece fuera de todo sentido negar al órgano de gestión o inspección la posibilidad de efectuar la valoración a efectos del alcance por el hecho de que no se trate de un procedimiento liquidativo. Aceptar esta tesis sería contradictorio con los artículos 90 y 91 de la misma ley, que sí confieren esta competencia en otros supuestos no menos diferentes del liquidativo que el de responsabilidad. Pero, si la valoración puede ser hecha por el órgano liquidador cuando este tiene asignada la competencia para derivar, tampoco parece razonable admitir que esta misma competencia no pueda ser atribuida al de recaudación cuando es este otro quien ha de derivar. No lo es en pura lógica ni tampoco *de lege data*, pues ha sido vocación declarada de la Ley 58/2003 atribuir, en la medida en que se ajuste a la naturaleza de sus funciones, las mismas atribuciones a los órganos de comprobación que a los de recaudación (art. 162 de la Ley 58/2003). Forzoso es concluir, así, por transitividad, tal y como avanzábamos, que la competencia valorativa se residencia en el órgano competente para declarar y exigir la responsabilidad a la formación de cuyo alcance sirve dicha valoración⁴⁷.

3.2. MEDIOS DE VALORACIÓN

La valoración solo puede hacerse usando alguno de los métodos habilitados en el artículo 57.1, pues son los únicos puestos a disposición de la Administración tributaria, no solo a efectos de la comprobación de valores, sino desde una perspectiva más amplia, a cualquier efecto tributario. El argumento de peso en defensa de este criterio es de orden puramente material. Si la Administración tributaria, fuera de los casos de la comprobación de valores, se ve también en la necesidad de valorar, lógico es que lo haga con los medios recogidos en la LGT antes que con otros no previstos en ella.

⁴⁷ Queda a salvo de este comentario el caso del dictamen pericial, en que, según luego se dirá, ha de haber una absoluta correspondencia entre la titulación del valorador y la naturaleza del bien a valorar. Pero dicha restricción puede obviarse absteniéndose de recurrir a dicho medio de valoración, que no es sino uno más entre los varios admisibles.

Estos medios deben ser usados con todas las limitaciones inherentes a los mismos. Así, por ejemplo, valorar inmuebles resulta mucho más problemático que hacer lo propio con, digamos, vehículos. De hecho, a finales de cada ejercicio, el Ministerio de Hacienda aprueba, todos los años, una tabla de precios medios de vehículos, motocicletas y aeronaves que despeja cualquier duda. No es posible actuar así con inmuebles. La bondad del sistema de precios medios de mercado, como técnica de valoración, queda supeditada a la existencia de un verdadero y efectivo mercado, en el que diariamente tenga lugar un conjunto suficiente de transacciones de elementos homogéneos o muy similares. Pero ello, tratándose de inmuebles, es difícil de conseguir. Dejando al margen razones coyunturales, cada finca es necesariamente distinta de las demás, incluso aun cuando se dé coincidencia de ubicación, antigüedad o calidad de los materiales empleados en su construcción. El método de cotizaciones de mercado es todavía menos apto para la valoración de inmuebles, siendo su espacio por antonomasia el de los activos financieros y, en general, valores mobiliarios, negociados en mercados con la suficiente profundidad y transparencia. En definitiva, el valor atribuible a los inmuebles es siempre más discutible que el de otros bienes, lo que representa una fuente de conflictividad que el obligado al pago tratará de explotar como beneficio adicional del vaciamiento.

Tampoco el método de capitalización de beneficios resulta factible, pues exige usar el tipo de interés señalado por la ley de cada tributo, que no es el caso, ni tan siquiera cuando la responsabilidad viene causada por un único impuesto (cosa menos infrecuente de lo que se piensa). Volvamos a mencionar que en el supuesto del artículo 42.2 se responde de una cantidad a tanto alzado, equivalente al perjuicio causado, con absoluta desconexión de las liquidaciones de origen (lo que no significa que el perjuicio no pueda cifrarse en el exacto importe de dicha liquidación, que, en tal caso, no será liquidación, sino perjuicio igualmente).

Si se opta por el uso de dictamen pericial, por su parte, habrá que respetar los requisitos de este método, ya analizados *ad nauseam* por la doctrina, lo que justifica aludir aquí solo a sus elementos fundamentales⁴⁸:

- a) El dictamen debe ser suscrito por persona con titulación acorde a la naturaleza de bien, titulación que no solo debe poseerse, sino hacerse constar expresamente en el informe⁴⁹.
- b) Su contenido debe ser una pericia auténticamente individualizada, no la individualización, más o menos afortunada, de un teórico precio de mercado (art. 158.3 del RAT). Si dicha individualización exige o no una *inspección in situ* es, en cambio, cuestión no pacífica⁵⁰.

⁴⁸ Aparte de que, en tal caso, la competencia valorativa del órgano derivante será de mera recepción formal de la valoración en el acuerdo de responsabilidad, no de valoración propiamente.

⁴⁹ Entre otras, SSTs de 14 de noviembre de 2007 (EDJ 225055) y de 30 de mayo de 2010 (EDJ 102646).

⁵⁰ A favor, entre otras, la STSJ de Burgos de 17 de julio de 2009 (EDJ 172168) y la STSJ de Extremadura de 15 de abril de 2008 (EDJ 757762). En contra, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de mayo de 2005.

El requisito señalado como a) exige la elaboración del informe por un arquitecto o arquitecto técnico, funcionario desprovisto de funciones tributarias. Por ello, acudiendo a la pericia, debe darse entrada en el procedimiento a un tercero (art. 159.2 del RAT). Pero la inmediatez de respuesta que conlleva el artículo 42.2 exige una actuación integral, que abarque –en la medida de lo posible– todos los aspectos inherentes a la declaración y exigencia de la responsabilidad, y atribuya su llevanza a término a los órganos con competencias en el procedimiento. Ello justifica el escaso uso que se hace de él.

En cuanto al método de valoración previsto en el artículo 57.1 b) –el más utilizado en la práctica–, supone la aplicación de un coeficiente multiplicador al valor catastral del inmueble. Su validez la supedita la norma a que tales coeficientes hayan sido aprobados por la Administración que los vaya a aplicar y que su publicidad consista en la información pública sobre la metodología técnica utilizada para su cálculo, los propios coeficientes resultantes y su periodo temporal de validez⁵¹.

No existe inconveniente, por último, en aplicar los medios incorporados al artículo 57.1 por la Ley 36/2006⁵².

No creemos que opere aquí el límite que a la comprobación de valores impone la propia LGT, cuyo artículo 134.1 impide modificar el valor consignado por el interesado si este se ha atendido a valores publicitados por la Administración actuante⁵³ o comunicados por esta a expresa petición del interesado. Precisamente porque no nos hallamos ante una comprobación de valores. Sin embargo, principios como el de confianza legítima o la doctrina de los actos propios parecen aconsejar también aquí la aplicación de estas limitaciones.

En la medida en que la Agencia Tributaria tiene encomendada la gestión recaudatoria ejecutiva de las comunidades autónomas, mediante convenio, cuando se trate de derivaciones de responsa-

⁵¹ En el ámbito estatal, la aprobación corresponde al ministro de Hacienda, mediante orden. La norma que regula actualmente esta materia tiene ya algunos años, pues se trata de la Orden de 14 de octubre de 1998 (BOE núm. 251, del 20), que fija el coeficiente de modo implícito, a través de un coeficiente auxiliar $RM = 0,50$ (R = referencia; M = mercado). Es, en suma, un coeficiente de referencia al mercado, y significa un valor catastral situado en la mitad del valor de mercado (es decir, un valor de mercado doble al catastral). La parquedad de esta orden invita a pensar que no cumple con las exigentes condiciones incorporadas al artículo 158.2 del RAT, pero esta impresión se desvanece si consideramos que es la metodología de las ponencias de valores catastrales, también públicas aunque no presentes en la orden, lo que sustenta el mencionado coeficiente. Sobre el procedimiento de gestión catastral puede consultarse VARONA ALABERN, J. E.: *El valor catastral, su gestión e impugnación*, Aranzadi, 2001.

⁵² Valor asignado a los bienes en pólizas de seguro o a efectos de constitución de garantías hipotecarias y valor declarado para el mismo bien en el plazo de los dos años anteriores.

⁵³ Algunas comunidades autónomas poseen tanto coeficientes multiplicadores sobre el valor catastral, que actúan como elemento desencadenante de una comprobación no prioritaria (valores orientativos), como valores aplicables en caso de declaración por debajo del valor orientativo. Entendemos que declarar por los simples valores orientativos –y no por los derivados de la metodología valorativa aplicable en su defecto, más altos– sería motivo suficiente para impedir la comprobación de valores en aplicación el artículo 134.1 de la LGT. El término valores orientativos parece haber sido acuñado por FALCÓN Y TELLÁ, R.: «Valores orientativos de referencia y comprobación de valores», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 1997, págs. 6-7.

bilidad de deudas autonómicas, podrá usar los coeficientes multiplicadores de dichas comunidades, puesto que tales convenios atribuyen las derivaciones del artículo 42.2 a la referida Agencia⁵⁴.

Algunas sentencias parecen permitir, no obstante, métodos de valoración más «imaginativos», no ahorrados totalmente en el marco del artículo 57.1, si bien no desprovistos de sentido común. Lo cual permite abundar en la idea, ya asentada anteriormente, de que esta valoración no es comprobación de valores, pues la comprobación no puede salirse del marco estricto del artículo 57.1. Así, por ejemplo, la SAN 399/2012⁵⁵ acepta la valoración que se hace atendiendo a las reglas de valoración de usufructos temporales establecidas en la normativa del ITP y AJD, corregida mediante la aplicación del IPC, a fin de tomar en cuenta la variación experimentada en el precio de la vivienda [es la introducción del IPC lo que hace que no se trate de la valoración establecida por la ley del tributo, *ex art. 57.1 i*) de la Ley 58/2003]. En igual sentido, la STS 5306/2012, de 10 de julio⁵⁶, acepta el valor derivado del informe preceptivo emitido por el perito del Registro Mercantil al valorar las aportaciones al capital de la sociedad (si bien se trata de un informe pericial, no fue emitido al efecto que la sentencia enjuicia, de ahí la singularidad). Finalmente, el TEAC (Resolución de 2 de abril de 2013, FJ 9.º) destaca también el carácter potestativo que para la Administración tributaria tiene la utilización de los medios contemplados en el artículo 57 de la LGT.

4. ASPECTO TEMPORAL DE LA VALORACIÓN

A diferencia de las cuestiones anteriores, esta otra sí ha recibido cierta atención por parte de los órganos judiciales y la doctrina. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional 653/2012⁵⁷, de 13 de febrero, dispone que la valoración se haga a la fecha en que tuvo lugar la ocultación. El Tribunal Supre-

⁵⁴ Base 3.ª.2, letra j), párrafo 2.º, del convenio respectivo, todos ellos de 2006 y adaptados al convenio marco, de 27 de marzo de dicho año, aprobado por sesión plenaria de la Comisión Mixta de Coordinación para la Gestión Tributaria. Lo han suscrito las 15 comunidades autónomas de régimen general, de acuerdo con las siguientes fechas de publicación en el BOE: Andalucía (24 de octubre de 2006), Aragón (18 de octubre de 2006), Asturias (19 de octubre de 2006), Baleares (2 de noviembre de 2006), Canarias (17 de octubre de 2006), Cantabria (16 de octubre de 2006), Castilla-La Mancha (19 de octubre de 2006), Castilla y León (24 de octubre de 2006), Cataluña (8 de noviembre de 2006), Extremadura (18 de octubre de 2006), Galicia (16 de octubre de 2006), Madrid (17 de octubre de 2006), Murcia (23 de diciembre de 2006), La Rioja (8 de noviembre de 2006) y Comunidad Valenciana (8 de noviembre de 2006). Excepto el convenio suscrito con la Región de Murcia (cuya vigencia expira el día 31 de diciembre de 2021), todos los demás expiraban a 31 de diciembre de 2006, aunque se entienden prorrogados automáticamente salvo denuncia expresa. A través de ellos se recaudan: a) los ingresos de derecho público de la comunidad autónoma respectiva; b) los ingresos de derecho de las administraciones públicas que la comunidad autónoma haya asumido. La gestión de la Agencia tributaria es en todo el territorio nacional y, en su caso, en el resto de la Unión Europea, excepto en los casos de Canarias, Cantabria, Extremadura y Galicia, en que se limita a deudores con domicilio fuera del territorio autonómico correspondiente. Además de la responsabilidad del artículo 42.2, la Agencia Tributaria ha asumido también en virtud de tales convenios la responsabilidad de sucesores (arts. 39 y 40 de la LGT), por sucesión en la actividad económica [art. 42.1 c)] y en los casos de partícipes o comuneros en los entes del artículo 35.4 de la LGT [art. 42.1 b) de la LGT].

⁵⁵ Id. Cendoj (FJ 4.º).

⁵⁶ Id. Cendoj 2807913002201200927.

⁵⁷ Id. Cendoj (28079230072012100093), FJ 13.º.

mo, por su parte, en Sentencia 5306/2012, de 10 de julio⁵⁸, parece apuntar al valor en la fecha en que tuvo lugar la aportación de los bienes al capital social, que viene suponer el mismo criterio de la anterior. La propia Agencia Tributaria confirma esta tesis a través de su sistema de preguntas INFORMA.

También es esta la opinión de BOSCH CHOLBI⁵⁹. Por su parte, ARGÜELLES PINTOS y FELTRER BAUZÁ⁶⁰ («El momento de dicha valoración deberá fijarse, a nuestro juicio, en un momento anterior al de declaración de responsabilidad, puesto que pueden existir notables variaciones de valor entre el momento de la traba y el de exigencia de la responsabilidad... Ahora bien, hecha esta aproximación, cualquier intento de fijar una fecha de referencia con validez universal entra en el campo de la mera especulación, ya que la legislación no aporta datos suficientes para determinarla. Lo lógico y usual es adoptar como fecha valor del bien la del momento del embargo o el levantamiento de los bienes, puesto que, aunque parece acorde con la lógica valorar los bienes con referencia al momento en que se hubiese producido su enajenación forzosa de no haberse producido los hechos que determinaron la responsabilidad, son escasos los supuestos en que tal fecha puede determinarse a ciencia cierta») se debaten entre la valoración a la fecha del vaciamiento o a aquella otra en que el embargo hubiera podido tener lugar de no haberse vaciado los bienes, si bien destacan la dificultad, en muchos casos, de fijar el segundo de dichos momentos temporales.

A nuestro modo de ver, la fecha de realización del presupuesto de la responsabilidad no constituye un dogma; la propia Ley 58/2003 le concede solo importancia secundaria al regular la prescripción, señalando que el *dies a quo* de su cómputo únicamente se fija en ese momento temporal cuando sea posterior al vencimiento del periodo voluntario del deudor principal. Tomar la fecha del vaciamiento —a efectos de valoración de los bienes distraídos— conduce, por otra parte, a una incongruencia temporal. En los supuestos del artículo 42.2, el inicio del procedimiento suele ir, en la práctica totalidad de los expedientes, acompañado de la adopción de medidas cautelares del artículo 81⁶¹. Pero el juicio de opinión sobre la eventual existencia del riesgo objetivo —que, junto

⁵⁸ Ya citada.

⁵⁹ *Op. cit.*, pág. 16. De este modo considera el autor conectados el momento de valoración y el de inicio de la prescripción del derecho a exigir el pago al responsable. Entendemos, como corolario de su tesis, que esta misma conexión obliga a situar la valoración en el día siguiente al vencimiento del periodo de pago del deudor principal si fuera este otro el *dies a quo* de la referida prescripción.

⁶⁰ *Op. cit.*, pág. 160.

⁶¹ CORCUERA TORRES, A.: *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*, Marcial Pons, 1998. Resulta de especial interés su análisis de los aspectos generales de toda medida cautelar, que por su interés nos permitimos reproducir. Las medidas cautelares pueden ser definidas como cualquier acto que tenga por finalidad asegurar, en el marco de un determinado proceso jurídico, y como consecuencia de su terminación, un concreto resultado, que en caso contrario podría verse dificultado. Esta dificultad podría derivar tanto de actos propios de las partes intervinientes como de ser ajena a ellas. Se trata siempre, por tanto, de medidas instrumentales, anticipatorias y provisionales, que deben ser adoptadas, cuando procedan, con carácter de urgencia. Los presupuestos habilitantes de su adopción son los tres siguientes: a) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*, el humo del buen derecho, en sentido figurado): El resultado que se pretende garantizar con ellas debe tener visos probables de ser el más acertado desde un punto de vista jurídico. Cuando quien promueve la medida cautelar es un órgano de la Administración pública (como sucede en el caso del art. 81 de la LGT), este requisito se sobreentiende cumplido siempre, atendida la presunción de legalidad del acto administrativo (art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

con el subjetivo, justifica la adopción de las medidas cautelares— exige valorar dicho patrimonio, para confrontarlo con el alcance de la responsabilidad⁶². De aceptar la tesis expuesta al inicio de este epígrafe, se estarían comparando magnitudes temporales disímiles, con lo cual quebraría el principio de homogeneidad temporal que debe presidir la elaboración de cualquier ratio⁶³. La contradicción sería más patente todavía si, como suele ocurrir en ocasiones, el patrimonio disponible por el presunto responsable a la fecha de adopción de las medidas es el mismo que recibió este del deudor principal a través del expediente de vaciamiento que trata de combatir. Por ejemplo, confrontando una deuda de 1.000 con un patrimonio a la fecha del vaciamiento de 500 resulta un alcance de 500. Si tales bienes son los que posee el presunto responsable a la fecha de inicio del procedimiento de responsabilidad, pero han experimentado una variación a la baja de, digamos, el 25 %, valdrán $500 \times (1 - 0,25) = 375$. Resultaría de ello que el patrimonio disponible (375) es inferior al causante del vaciamiento (500) en un 25 %, lo que obligaría a incluir en la medida otro tipo de bienes, hasta completar el 100 % del alcance. Así, los bienes que propiciaron el vaciamiento no serían, extrañamente, suficientes para garantizar la responsabilidad que nace a causa de ese vaciamiento.

La fecha de inicio del procedimiento de responsabilidad quizá sea, por este motivo, un momento temporal más apropiado para la valoración de los bienes que aquella otra en que estos fueron sustraídos al alcance de la acción recaudatoria.

Verdaderamente, de acuerdo con la tesis que proponemos, la valoración queda en manos de la Administración tributaria, que decide bajo parámetros de puro orden interno en qué momento iniciar el procedimiento de responsabilidad. En este sentido, la fecha del vaciamiento, inamovible,

Públicas y del Patrimonio Administrativo Común); b) La probable infructuosidad del procedimiento por el tiempo empleado en su substanciación (*periculum in mora*; peligro por la demora): Debe existir el riesgo fundado, en caso de no adoptar tales medidas, de que, en tanto el procedimiento está siendo tramitado —y, en consecuencia, por su pendencia no puede desembocar en el resultado que le es propio—, se sucedan actos o hechos que menoscaben la posibilidad de final consecución de dicho resultado. A este requisito se refiere el mencionado artículo 81.1 como «indicios racionales de que en otro caso (es decir, de no adoptarse las medidas) dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado»; c) La fianza: Dado que la medida cautelar, en tanto supone la ejecución anticipada del resultado del procedimiento, determina la ventaja inicial de una de las partes del mismo sobre la otra, origina un desequilibrio que debe ser compensado adecuadamente. Ello se logra estableciendo una fianza al sujeto beneficiado por la medida, con cargo a la cual debe ser indemnizada la parte afectada por dicha medida si, a la luz de la resolución por la que finalice el procedimiento, la tal medida acaba siendo improcedente. En el caso de las Administraciones públicas no opera este tercer requisito, pues la solvencia administrativa se presupone, si ya no ilimitada, al menos sí suficiente. Por este motivo, tampoco el artículo 81 la menciona (al igual que el requisito *a*, sobre el que guarda igualmente silencio). La medida que pretenda adoptarse debe ser, finalmente, proporcionada, y una vez adoptada no debe extender su vigencia más allá de lo estrictamente necesario (provisionalidad). Apariencia de buen derecho, peligro de mora, fianza, proporcionalidad y provisionalidad son, pues, los elementos consustanciales de toda medida cautelar, incluidas las tributarias, sin perjuicio de que algunos de ellos (apariencia de buen derecho y fianza) se presupongan en el caso de estas últimas.

⁶² Adoptar tales medidas cuando el alcance supone, por ejemplo, el 5 % del patrimonio disponible por el presunto responsable sería a todas luces injustificado.

⁶³ Obviamente, podría restituirse la homogeneidad temporal valorando los bienes a efectos de las medidas cautelares a la fecha del vaciamiento. Pero, entonces, toda pretensión de erigir tales medidas en garantía del cobro de la deuda desaparece, puesto que acaban siendo construidas sobre valores inexistentes, que si bien fueron, ya no lo son. Toda pretensión de garantía se desvanece entonces.

representa una certeza indisponible que predispone a su favor. Pero no es menos válida la réplica de que la circunstancia de ensayar la vía misma de la responsabilidad –no ya frente al agotamiento de las posibilidades de cobro ejecutivo del deudor principal (de cuyos bienes, recordemos, no hace excusión la responsabilidad solidaria)⁶⁴, sino incluso respecto de la alternativa consistente en iniciar acciones judiciales, civiles y penales–, es otra fuente de discrecionalidad al menos tan intensa como la decisión de iniciar el procedimiento de responsabilidad en un momento u otro. Pero esto último no cabe cuestionarlo. El único límite, en este sentido, es la prescripción del derecho a exigir el pago al responsable. Llegado el caso, además, el vaciamiento carecerá de toda importancia si, pese a haber sucedido, la deuda se cobra de otros obligados al pago. Téngase en cuenta, a este efecto, que la circunstancia de que la responsabilidad del artículo 42.2, especialmente la de su letra a), sea una responsabilidad de intención significa que puede exigirse incluso si los propios interesados, a la vista de la reacción administrativa o por cualquier otra causa, «desmontan» el vaciamiento actuado, pues lo que cuenta es, como decimos, la intencionalidad. Cosa distinta es que, si la deuda principal fenece, haga lo propio la obligación de pago del responsable, accesoria de la primera e incapaz por ello de supervivencia autónoma. La deuda principal puede, por su parte, desaparecer porque la abone el propio titular pasivo de la misma o cualquier otro corresponsable (no necesariamente responsable por el art. 42.2). Recuérdese que los corresponsables son todos ellos solidarios frente a la Hacienda pública, tanto si respecto del deudor principal responden a título solidario como subsidiario. Que una deuda pueda ser exigida a través de varios tipos de responsabilidad también es pacífico, ya que cabe que se sitúe en la intersección del alcance de varios presupuestos de responsabilidad (alternativos, pero no excluyentes).

No cabe desconocer, en cualquier caso, que tratándose, por ejemplo, de la responsabilidad del artículo 42.2 b), el valor de los bienes y derechos es, indudablemente, el saldo que mantenía la cuenta en el preciso instante (fecha y hora) de la traba.

Quizá, después de todo, sostener como fecha de valoración la del momento en que sucede el vaciamiento no sea, pues, tan desaconsejable. A pesar de nuestras reflexiones previas.

5. EXTENSIONES

Hemos tenido ocasión de apuntar con anterioridad que, al igual que sucede con los órganos de gestión, los de recaudación se ven compelidos por la norma, en múltiples ocasiones, a formular juicios cuantitativos, necesarios para la correcta tramitación de los expedientes a su cargo. Los supuestos más habituales son los siguientes:

- a) Valoración de los bienes ofrecidos en garantía, a fin de optar, en su caso, con carácter preferente, por el embargo (art. 168.2 de la LGT), en contra de la regla general de que las garantías deben ser ejecutadas en primer lugar (art. 168.1 de la LGT).

⁶⁴ En suma, la Ley 58/2003 no exige dicha excusión, pero tampoco la impide.

- b) Valoración de los bienes a efectos de observancia del principio de proporcionalidad en el embargo (art. 169.1 de la LGT), que exige que el valor de los bienes a embargar resulte lo más ajustado posible a la deuda perseguida.
- c) Valoración de los bienes susceptibles de embargo con el objeto de determinar la eficacia presunta de su enajenación (art. 169.5 de la LGT).
- d) Valoración de los bienes a efectos de la declaración de fallido parcial del deudor principal y su eventual revisión, así como de los créditos incobrables (arts. 61.1 y 63 del RGR).
- e) Comprobación de la valoración otorgada a los bienes ofrecidos para pago en especie (art. 40 del RGR), como garantía para el aplazamiento o fraccionamiento de deudas (arts. 44 a 54 del RGR) o para la suspensión de su ejecución.
- f) Determinación de la cuota de liquidación y demás percepciones patrimoniales integrables en la responsabilidad de los sucesores (art. 40.1.1.º de la LGT).

En todos estos casos –así como en aquellos otros en que la norma imponga o de la norma se deduzca dicho juicio cuantitativo, sin indicar cómo realizarlo (a diferencia, pues, del art. 97 del RGR)–, estimamos que resultarán aplicables las conclusiones vistas en los epígrafes precedentes. No cabrá, pues, cuestionar el valor sino atacando el acto en el cual se integre el juicio cuantitativo conducente a su fijación, sin que, en ningún caso, quepa la TPC.

6. CONCLUSIONES

Las reflexiones llevadas a cabo en este trabajo las consideramos susceptibles de ser resumidas en unas cuantas conclusiones, que pasamos a exponer a modo de cierre de la exposición:

1. A través del artículo 42.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se tipifican, en cuatro apartados, distintas conductas causantes de un daño patrimonial a la Hacienda pública, la cual, por mor de las mismas ve imposibilitada u obstaculizada su legítima acción de cobro.
2. El carácter especial que, frente a los demás supuestos de responsabilidad, tanto solidarios como subsidiarios, presenta la del artículo 42.2 citado se concreta, entre otros aspectos, en un alcance propio. Así, forman parte del mismo la deuda tributaria pendiente, sanciones tributarias, recargos ejecutivos, intereses de demora y otros ingresos de derecho público tributarios, pero solo hasta el valor de los bienes o derechos perjudicados.
3. La introducción de dicho límite (no presente, insistimos, en ningún otro supuesto de responsabilidad) es lógico trasunto de la propia naturaleza de la citada responsabilidad (cauce de exigencia de responsabilidad patrimonial extracontractual,

ex art. 1.902 del Código Civil). Si el artículo 42.2 trata de combatir el perjuicio económico que las conductas incorporadas a sus diversos tipos encierra, no puede situarse en la cifra de los importes perseguidos, sino en la parte de la misma que podría haber sido cobrada con cargo a patrimonio distraído. De ahí que el alcance sea, en definitiva, la menor cantidad de entre las deudas y sanciones, por un lado, y el valor de los bienes y derechos en cuestión, por otro.

4. Mediante este alcance privativo se da entrada, pues, a la valoración y, con ello, a todas las dudas que la cuestión valorativa ha planteado tradicionalmente. Cabe referirse a las tres siguientes, no abordadas expresamente por la norma: ¿Puede llamarse comprobación de valores a la actividad de valoración llevada a cabo con el objeto de determinar el alcance de la responsabilidad del artículo 42.2? ¿Quién es competente para dicha valoración y de qué medios dispone para llevarla a cabo? ¿A qué momento temporal debe ir referida la valoración de los bienes y derechos incluidos en el presupuesto de la responsabilidad? A tales preguntas ha de responderse considerando, desde una óptica práctica, que la deslocalización patrimonial con fines recaudatorios es, sobre todo, de bienes inmuebles.
5. Respecto de la primera, la comprobación de valores representa una actividad instrumental, de fijación o corrección de los valores declarados, cuyo desenlace natural es la práctica de una liquidación tributaria. Pero la derivación de responsabilidad no provoca el nacimiento de una nueva liquidación; esta ya se ha practicado al deudor principal. El responsable solo debe afrontar esa misma liquidación –cuyo pago se le traslada– bajo presupuestos y en un momento procedimental propios. A mayor abundamiento, la valoración que exige una adecuada integración del alcance de la responsabilidad prevista en el artículo 42.2 de la Ley 58/2003 tiene en cuenta, a diferencia de las valoraciones de comprobación estrictas, junto a los elementos físicos inherentes al bien determinadas circunstancias jurídicas que limitan su valor, tales como las cargas que pesan sobre él, lo que ahonda la diferencia que separa esta valoración de la comprobación de valores. La respuesta a la pregunta ha de ser, pues, negativa. Que dicha actividad valorativa no constituya comprobación de valores impide atacarla mediante la TPC, si bien no excluye su práctica a través de los medios contemplados en el artículo 57.1 de la Ley 58/2003. De no admitir este resultado, bien no cabría cuestionar los valores declarados a efectos del blindaje –en cuyo caso se estaría, paradójicamente, propiciando el fraude que trata de combatirse–, bien habría que hacerlo a través de medios no previstos legalmente, con la quiebra de seguridad jurídica que ello representaría.
6. El órgano competente para llevar a cabo la valoración es el que tenga a su cargo la declaración de la responsabilidad, salvo en caso de que se recurra al dictamen pericial, en cuyo caso dicho órgano se limitará a la recepción formal, en el seno de la declaración, de la valoración realizada por arquitecto o arquitecto técnico, y, en general, por perito con titulación acorde a la naturaleza del bien a valorar. En cuanto a los medios de valoración utilizables, junto con los del artículo 57.1 citado, la jurisprudencia permite usar otros no aherrojados en dicho precepto, si bien no carentes de pleno sentido.

7. Respecto de la tercera y última pregunta, puede decirse que la doctrina se inclina por fijar como fecha de valoración aquella en que tuvo lugar el presupuesto de la responsabilidad, si bien existen, a nuestro juicio, razones fundadas para optar por un momento alternativo: aquel en que se inicia el procedimiento de responsabilidad. Aunque este segundo momento no goza de la inamovilidad del primero, evita ciertas contradicciones valorativas y, en todo caso, no choca con la importancia solo relativa que la Ley 58/2003 concede al momento de realización del presupuesto de la responsabilidad. No obstante, por razones de coherencia interpretativa del artículo 42.2 (que posee otros tres supuestos, en los cuales la segunda tesis resulta de aplicación inducida) nos inclinamos, finalmente, por la primera de ambas opciones.
8. Las tres preguntas anteriores se plantean, en realidad, en todo supuesto en que resulte necesario emitir un juicio cuantitativo. En el ámbito recaudatorio ello sucede con frecuencia. La respuesta a las mismas, en estos otros escenarios, debe ser la ya apuntada, salvo que la norma expresamente disponga lo contrario, como sucede, por ejemplo, respecto del modo de proceder a la valoración de los bienes a efectos de subasta (art. 97 del RGR), en que se habilita un procedimiento contradictorio específico.

7. EL CRITERIO DEL TEAC

7.1. CONTENIDO

Cuando redacté este trabajo, hace más de un año y medio, el TEAC no se había pronunciado todavía sobre la materia que nos ha ocupado aquí. No es el caso ya. Mediante dos resoluciones, ambas de fecha 30 de octubre de 2014⁶⁵, asienta la doctrina que a continuación exponemos:

- a) La Administración puede aceptar la valoración dada por las partes a los bienes o derechos involucrados en el esquema de vaciamiento causante de la responsabilidad. Dicha aceptación no es constitutiva de valoración y, por tanto, en tales casos no podrá ser cuestionada la referida cuantía a través de la TPC.
- b) También le cabe a la Administración no aceptar dicho valor⁶⁶, en cuyo caso el razonamiento conducente al valor alternativo al declarado si es actividad de valoración. Cabe, pues, contra ella, la citada TPC. Pero es una TPC castrada, ya que su solicitud, nos dice el TEAR, ni suspende el procedimiento de ejecución ni incluye la posibilidad de reservarse el derecho a promoverla.

⁶⁵ R. G. 120/2014 y 2579/2014.

⁶⁶ El TEAC solo distingue la aceptación del valor de parte de la fijación de un valor distinto, pero no matiza que dicho valor, en el segundo caso, deba ser necesariamente superior. Por tanto, en principio, también la fijación de un valor inferior al declarado es considerada valoración. En la práctica, huelga decir que este supuesto no va a darse nunca.

Este criterio supone la expresa desestimación del punto de vista del departamento de Recaudación de la Agencia Tributaria, que ha tenido que plegarse a él. En consecuencia, ya en la misma propuesta de resolución del procedimiento de responsabilidad, desde que dicho criterio es conocido, se incluye una mención adicional relativa a los extremos señalados por el TEAC.

7.2. ANÁLISIS CRÍTICO

Una lectura medianamente atenta de los razonamientos vertidos en los epígrafes anteriores permitirá al lector comprender, sin mayor esfuerzo, que nuestro criterio no puede ser más que discrepante del esgrimido por el TEAC. Pero las resoluciones citadas son atacables no solo a través de ellos, sino incluso desde los propios fundamentos lógicos del razonamiento del TEAC. Respecto de esta segunda línea de contraargumentación cabe decir que el tribunal muestra empacho en reconocer –para vetar la aplicación del art. 97 del RGR– que «el procedimiento de derivación de responsabilidad tiene una regulación propia que hace innecesario acudir a la aplicación analógica o supletoria de otras normas para determinar cuáles son los trámites a seguir». Entonces, ¿por qué recurre al artículo 57 de la LGT y su correlato procedimental, el posterior artículo 135? La misma base hay para acudir a él como al artículo 97. Además, postergar el artículo 97 frente al 57 significa una analogía excesiva, que nos saca fuera del propio ámbito recaudatorio –el más próximo, por definición, al ámbito integrable por identidad de razón– para adentrarnos en el tributario genérico. Por otra parte, si se concibe la fijación de un valor diferente del declarado como actividad de valoración cuestionable mediante la TPC, ¿por qué no se acepta esta con todas sus consecuencias? En definitiva, no tiene ningún sentido buscar fuera del procedimiento de recaudación (art. 57 de la LGT) lo que este proporciona (art. 97 del RGR). Y, mucho menos, una vez tomada una opción (art. 57 de la LGT), aceptarla a medias.

7.3. UN PRONUNCIAMIENTO MÁS

Tras rehacer este trabajo, sobre la base de las consideraciones de los dos apartados anteriores, creí finalizada mi tarea. Esta, sin embargo, no había concluido todavía. Lo hace ahora (espero), con el presente epígrafe adicional, añadido a última hora, a golpe del mismo TEAC. En esta última ocasión me limito a exponer el alto criterio administrativo, que comparto. Sirva también este inciso *in articulo mortis* para constatar, una vez más, la cambiante dinámica a la que se halla no pocas veces sometido el quehacer del estudioso fiscal.

Mediante Resolución de 28 de abril de 2015 (R. G. 3551/2014), el TEAC estima el recurso de alzada en unificación de criterio interpuesto por el Departamento de Recaudación de la Agencia Tributaria en relación con el momento temporal al que debe ir referida la valoración de los bienes ocultos causantes de la aplicación del artículo 42.2 de la LGT. Este no es otro, a su decir, que aquel en que se cometió el vaciamiento. El criterio es interesante tanto por su contenido como por el relativamente copioso andamiaje jurídico del que echa mano para sustentar el fallo⁶⁷.

⁶⁷ Resolución TEAC de 28 de abril de 2010 (R. G. 2310/11/12-2009), SAN de 13 de febrero de 2012; STS de 10 de julio de 2012 (rec. 4802/2009), SAN de 8 de mayo de 2009, Resolución TEAC 1424/2007, de 9 de octubre, Resolu-

Casi como *obiter dicta*, se vuelve a insistir además en que la Administración puede aceptar la valoración dada por las partes –no siendo entonces de aplicación los arts. 57 y 135 de la LGT– o utilizar los medios de valoración previstos en el primero de dichos preceptos.

Bibliografía

ALGUACIL MARÍ, P. [1999]: *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores (la problemática de su control judicial)*, Diálogo.

ARGÜELLES PINTOS, J. y FELTRER BAUZÁ, F. [2002]: *Régimen jurídico de la responsabilidad tributaria y su aplicación práctica*, Aranzadi.

BAEZA DÍAZ-PORTALES, M. J. [2011]: *Responsabilidad tributaria: administradores sociales y otras cuestiones problemáticas*, Foro Jurídico.

BERNARDO GÓMEZ, C.; CARPIZO BERGARECHE, J.; CORONADO SIERRA, M.^a y MONTERO DOMÍNGUEZ, A. [2007]: *Gestión e Inspección Tributaria. Guía*, Wolters Kluwers.

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

CALVO VÉRGEZ, J. [2011]: *La derivación de responsabilidad tributaria*, Aranzadi Thomson Reuters.

– [2011]: «La responsabilidad de los causantes o colaboradores en acciones que impidan el embargo o la ejecución de los bienes de los obligados tributarios», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 1, Aranzadi.

CORCUERA TORRES, A. [1998]: *Las medidas cautelares que aseguran el cobro de la deuda tributaria*, Marcial Pons.

DELGADO GARCÍA, A. M.^a [2000]: *La derivación de la responsabilidad en la recaudación de los tributos*, Marcial Pons.

DE MIGUEL ARIAS, S. [2011]: *La práctica del embargo para el cobro de la deuda tributaria*, Aranzadi Thomson Reuters.

FALCÓN Y TELLA, R. [1997]: «Valores orientativos de referencia y comprobación de valores», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 6, Aranzadi.

GALÁN RUIZ, J. [2005]: *La responsabilidad tributaria*, Thomson Aranzadi.

GONZÁLEZ ORTI, D. [2002]: *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. [2012]: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos.

RUIZ HIDALGO, C. [2009]: *La responsabilidad tributaria en el alzamiento de bienes en la nueva LGT*, Marcial Pons.

VARONA ALABERN, J. E. [2001]: *El valor catastral: su gestión e impugnación (análisis jurídico de la gestión catastral y de la gestión tributaria en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles)*, Aranzadi.

ción TEAC 2524/2009, de 8 de octubre, Resolución TEAR de Madrid de 24 de abril de 2014 (R. G. 10061/2013). Se citan tal y como aparecen en la resolución, en el mismo orden cronológico, además.

TRATAMIENTO FISCAL DE LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA ENTRE CÓNYUGES

Análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014

Francisco José Cañal García

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universitat de Barcelona*

1. SUPUESTO DE HECHO

La cuestión planteada es el tratamiento fiscal que recibe en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) la denominada «indemnización compensatoria» que uno de los cónyuges puede percibir del otro con ocasión de la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Esta indemnización es la compensación económica a la que tiene derecho, en el momento de la separación o el divorcio, el cónyuge que ha trabajado para la casa o para el otro cónyuge y, como consecuencia, no ha percibido ingresos o bien ha visto reducidos los obtenidos fuera del hogar. Además se considera que este cónyuge ha contribuido a que el otro haya obtenido mayores ingresos y, por lo tanto, tiene derecho a participar de ellos.

El problema jurídico tributario reside en la calificación que, a la luz de la LIRPF, se deba dar a la indemnización compensatoria: si su percepción da lugar a rendimientos del trabajo o a ganancia patrimonial y si se debe someter o no a tributación. Correlativamente se deben establecer las consecuencias fiscales que la indemnización tiene para el cónyuge que la paga.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 3 de diciembre de 2014, recurso número 6/2014 (NFJ056985), confirma la resolución adoptada por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 30 de octubre de 2013 [Sala Primera, Vocalía Sexta, R. G. 4828/2010 (NFJ053873)] el cual respaldaba a su vez el criterio aplicado por la Agencia Tributaria.

Concluye la AN que la indemnización compensatoria constituye rendimiento del trabajo para su perceptor, que se integra en su base imponible con derecho al 40% de reducción por haber tenido un periodo de generación superior a dos años. Implícitamente se acepta la consecuencia, ya admitida por el TEAC, de que el cónyuge pagador tiene derecho a reducir su base imponible en el importe de la indemnización. La citada SAN rechaza la pretensión del reclamante de calificar la renta como ganancia patrimonial y rechaza también la posibilidad de aplicar, en este caso, el artículo 33.3 d) de la LIRPF sobre no sujeción al IRPF de las ganancias patrimoniales producidas con ocasión de las compensaciones en la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.

La AN funda su decisión en el argumento de que la indemnización compensatoria constituye renta del trabajo porque cumple los dos requisitos de esta: que proceda directa o indirectamente del trabajo personal y que no se trate de rendimientos de actividades económicas. Reconoce que no hay aquí organización de factores de producción mientras que, por el contrario, la propia norma civil señala que la compensación se debe por el trabajo para la casa o el cónyuge. También aduce que reiteradas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Cataluña [especialmente por la STSJ de 28 de marzo de 2007, rec. núm. 404/2003 (NFJ057867)] ratifican que la causa de la indemnización es la insuficiente retribución del trabajo. Añade la SAN que la falta de mención de las indemnizaciones compensatorias en el elenco de los rendimientos del trabajo del artículo 17 de la LIRPF –al contrario de lo que sucede con las pensiones compensatorias, que se mencionan expresamente– no implica que el legislador haya querido excluirlas de su consideración como tales, dado además que esta enumeración se puede considerar ejemplificativa y no exhaustiva.

3. COMENTARIO CRÍTICO

El Derecho civil reconoce que el cónyuge que realiza trabajo para la casa o para el otro cónyuge está contribuyendo al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Si uno de los cónyuges contribuye por esta vía más que el otro, se considera que además está colaborando en la obtención de los ingresos que el otro cónyuge perciba fuera del hogar, ya sea por trabajo, capital o actividades económicas. En consecuencia el cónyuge que trabaja más en el hogar tiene derecho a una participación en estos ingresos. En el régimen económico matrimonial de gananciales el problema se resuelve automáticamente, puesto que civilmente son comunes a ambos las rentas que obtenga cualquiera de los cónyuges durante el matrimonio. Sin embargo en el régimen de separación de bienes, dado que no hay comunicación de rentas entre cónyuges, es necesario articular otra fórmula para reconocer aquella colaboración. Por este motivo se prevé la indemnización compensatoria en favor del cónyuge que ha trabajado más en el hogar, que se paga en el momento de la extinción del régimen. Esta compensación se establece tanto en el artículo 1.438 del Código Civil como en el artículo 232-5 del Código Civil de Cataluña. Indemnización que tiene especial relevancia en Cataluña por ser el régimen legal presuntivo el de separación de bienes, a diferencia del territorio común en el que lo es el de gananciales.

Al analizar el tratamiento fiscal otorgado a esta indemnización compensatoria no se debe olvidar el resto de transferencias de bienes que se derivan de la crisis familiar, porque son varias las posibles en ese momento, y la norma fiscal ha de tenerlas todas en cuenta a efectos de realizar una regulación armónica, por razones de justicia. La situación de crisis familiar puede generar pensiones por alimentos a los hijos y varias transferencias entre los cónyuges. Dejamos ahora de lado las primeras, con tratamiento fiscal no discutido, para centrarnos en las segundas. En cuanto a las transferencias entre cónyuges cabe examinar la aplicación sobre ellas de los impuestos indirectos (ITP y AJD), pero también obviamos su análisis porque no es cuestión tratada en la sentencia que se comenta. Hemos de centrarnos particularmente en el tratamiento que reciben en el IRPF dichas transferencias. Estas difieren según el régimen económico matrimonial existente en cada caso. Si el régimen es de gananciales se debe disolver la sociedad ganancial, lo cual puede dar lugar a cambios en la titularidad de bienes, con una consecuencia pacíficamente admitida, por aplicación del artículo 33.2 b) de la LIRPF, de que no surgen rentas gravables en el IRPF. Pero el tratamiento fiscal adquiere perfiles diferentes en el caso del régimen de separación de bienes.

En la extinción del régimen de separación de bienes cabe identificar varias posibles adjudicaciones y transferencias que pueden darse entre los cónyuges:

- a) Cambios en titularidades por extinción de la mancomunidad de bienes que pueden haber sido adquiridos en común. El tratamiento de este caso en el ámbito del IRPF no plantea especial problema: la LIRPF –art. 33.2 a) y c)– no los somete a tributación al considerar que no hay realmente una transmisión, sino una especificación en determinados bienes de las cuotas de los que era titular anteriormente. Solución fiscal que no es específica del régimen matrimonial y se aplica a toda comunidad de bienes, con independencia de que los comuneros fueran cónyuges o no.
- b) Pensión compensatoria, a favor del cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, con empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio. Prevista en el artículo 97 del Código Civil y artículo 233-14 del Código Civil de Cataluña. Esta pensión puede pagarse periódicamente o ser sustituida por la entrega de una cantidad de dinero o bienes.
- c) Indemnización compensatoria, por realización de trabajo para la casa o para el otro cónyuge, que es el objeto específico de este comentario y cuyo régimen fiscal se analiza a continuación.

Conviene subrayar, en primer lugar, que indemnización compensatoria y pensión compensatoria son prestaciones totalmente distintas. Ambas están reguladas en preceptos civiles distintos –como arriba quedó especificado– y obedecen a causas diferentes: la pensión compensatoria al desequilibrio económico que se puede producir entre los cónyuges tras la separación o extinción del matrimonio; la indemnización compensatoria a la insuficiente o nula retribución otorgada durante el matrimonio al cónyuge que ha asumido en mayor medida el trabajo en el hogar.

La indemnización compensatoria constituye en realidad una participación en las rentas que el otro cónyuge ha obtenido durante el tiempo en que existió vínculo conyugal, de las que el cónyuge indemnizado no había obtenido titularidad civil, porque el régimen aplicable no era de gananciales. No se trata ahora de convertir el régimen de separación en una suerte de régimen de gananciales, sino de reconocer que el cónyuge que se dedicó al hogar colaboró en la obtención de al menos una parte de las rentas del otro. En caso de que hubiese continuado la convivencia matrimonial este cónyuge habría seguido disfrutando del patrimonio formado con ellas o de sus rendimientos. Pero con el cese de la convivencia desaparece el disfrute de esos bienes: esto es lo que se indemniza y se concreta en una cantidad de dinero. Se puede concluir que la indemnización se debe por un lucro cesante, mientras que la pensión compensatoria tiene su causa en un daño emergente. La distinción entre ambas se admite en la sentencia que se comenta, así como lo han hecho muchas resoluciones del TEAC, de los Tribunales (en particular el TSJ de Cataluña) y el Tribunal Supremo. Baste citar la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil, rec. núm. 1428/2001 (NCJ043748)] de 8 de mayo de 2008.

Para determinar el régimen fiscal de una renta se debe examinar, en primer lugar, si la LIRPF la incluye en una clase concreta (del trabajo, capital, actividades económicas o ganancias patrimoniales). De no ser así la renta se califica como ganancia patrimonial, pues esta categoría tiene un carácter residual (art. 33.1 de la LIRPF). En la LIRPF no se encuentra la expresión «indemnización compensatoria» de modo literal. Sí se menciona la pensión compensatoria, que expresamente se califica como renta de trabajo para el perceptor [art. 17.2 f)] y como deducible de la base imponible para el pagador (art. 55). Pero, dada la diferencia entre ambas prestaciones, la aplicación a una de ellas del régimen fiscal de gravamen o beneficio regulado para la otra constituiría una analogía prohibida por el artículo 14 de la Ley General Tributaria (LGT). No obstante la SAN comentada califica a la indemnización compensatoria como renta del trabajo, no porque la equipare con la pensión compensatoria, sino en virtud de otros argumentos con los que me muestro en total desacuerdo, por lo que intento rebatirlos a continuación.

Por un lado, la AN advierte de que la indemnización tiene su origen en el trabajo personal, pues la norma civil establece que se origina por haber trabajado para la casa o para el otro cónyuge. De aquí deduce sin más la calificación como rendimiento del trabajo, sin considerar necesario que exista un contrato de trabajo para llegar a tal conclusión, pues la LIRPF usa la conjunción disyuntiva «o»: basta que la renta se derive bien del trabajo personal o bien de la relación laboral o estatutaria. Así, dice la SAN, la jurisprudencia ha calificado como rentas del trabajo otras muchas en las que no media un contrato laboral (albaceazgo, voluntariado, sacerdocio, etc.). No obstante, en mi opinión, con esta redacción la LIRPF simplemente excluye un criterio formalista de exigencia de contrato laboral en dichas situaciones, pero en todas ellas existe una nota de ajenidad o dependencia en la realización de la actividad, que es necesaria para la calificación como renta del trabajo. Nota de ajenidad que no se presenta en el caso de la indemnización compensatoria, pues el trabajo se desarrolla en y para el hogar propio. Por otra parte, en el caso de haber trabajado para el otro cónyuge sin contrato laboral, es conveniente advertir de que el artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, establece que el cónyuge que colabore en la actividad será considerado autónomo, es

decir, tampoco existe ajenidad y en el IRPF sus ingresos serían más bien calificados como rentas de actividades económicas.

Además la SAN dice que la falta de mención expresa de la indemnización compensatoria en la enumeración de rendimientos del trabajo, contenida en el artículo 17 de la LIRPF, no impide su calificación como tal, pues no es este un catálogo cerrado. Afirmación que no comparto totalmente, pues dicho artículo contiene dos apartados. El primero recoge distintas denominaciones que pueden darse a las contraprestaciones por una actividad por cuenta ajena (salarios, dietas, etc.). En este caso el catálogo no se considera cerrado, ya que las partes pueden usar una denominación diferente (complementos, pluses, bonus, etc.) sin variar la esencia de la contraprestación. Pero el apartado 2.º del artículo 17 recoge otros ingresos, que no siempre proceden directamente de una actividad por cuenta ajena, a los que la ley otorga el carácter de rentas del trabajo: en este caso el catálogo ha de considerarse cerrado pues la subsunción en él de prestaciones no mencionadas expresamente supondría una aplicación analógica o, al menos, extensiva de la norma.

La AN, no obstante, mantiene que la indemnización compensatoria es renta del trabajo para su perceptor y ha de tributar por ella. Ahora bien, el cónyuge pagador ya ha tributado por esta cantidad cuando la ha obtenido. Por una razón de justicia fiscal, para que no tribute por ella quien no la disfruta personalmente y para evitar un exceso de imposición (que tribute por esta cantidad el cónyuge pagador y también el cónyuge perceptor), la AN considera que el cónyuge pagador tiene derecho a deducir su importe de su base imponible del IRPF. Pero considero que esta aplicación de la norma constituye de nuevo una aplicación analógica, aún más clara que la anterior, pues las reducciones de la base imponible del IRPF sí son un catálogo cerrado (arts. 51 a 55, 61 bis y 84.2.3.º y 4.º). La AN, ante la falta de mención expresa entre ellas de la indemnización compensatoria, para considerarla deducible no tiene más remedio que dar por bueno el criterio del TEAC de equipararla a la pensión compensatoria. Ahora bien, si fueran realmente equivalentes podía haber empleado este argumento para calificar la indemnización como rendimiento de trabajo, dado que lo es expresamente la pensión compensatoria. Pero en ese caso la AN ha acudido a otros argumentos. Se da la paradoja de que el TEAC considera distintas la pensión y la indemnización a la hora de calificar la renta, mientras que las considera idénticas a los efectos de considerar su deducibilidad. Por otra parte, esta equiparación se fundamenta en una discutible concepción subjetivista de la indemnización, cuando en realidad aquí se discute sobre el objeto, no sobre los sujetos de las prestaciones, que son siempre los cónyuges.

En conclusión, a pesar del esfuerzo argumentativo de la AN, considero que no es adecuada la calificación de la indemnización compensatoria como renta del trabajo. Por consiguiente si no es renta del trabajo se habría de calificar como ganancia patrimonial, aunque solo sea por el carácter residual de esta categoría. Pero creo que hay aún más razones que se pueden aportar en favor de esta última calificación. Por un lado, aunque la causa de esta indemnización sea el trabajo en el hogar, en realidad no constituye una retribución por ese trabajo. Lo cual se confirma al examinar la forma de su determinación: en el caso de autos el cónyuge perceptor, que también ha trabajado fuera del hogar, recibe una indemnización de 1.100.000 euros tras 14 años de matrimonio, cantidad que obviamente nadie que se dedique al trabajo doméstico podría ahorrar en ese tiempo.

El cálculo no se realiza a partir de una cantidad de dinero por hora trabajada, sino en función del monto de rentas obtenidas por el otro cónyuge, por tanto constituye una participación en estas.

Pero el argumento más concluyente es que entiendo que la LIRPF califica expresamente a la indemnización compensatoria como ganancia patrimonial, si bien la excluye de tributación. En efecto el artículo 33.3 de la LIRPF, hasta el 31 de diciembre de 2014, establecía: «Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) d) En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan compensaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges. Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor. El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados». La doctrina ha interpretado este precepto en el sentido de que la indemnización compensatoria constituiría una ganancia patrimonial gravable, pero no lo es por quedar incluida en un supuesto de no sujeción. (Véase al respecto MIRALLES GONZÁLEZ, I.: «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales». *Revista para el análisis del Derecho*, InDret, n.º 1/2012, pág. 15. También TOVILLAS, J. M.: «El tratamiento a efectos del IRPF de la compensación económica», en *Fiscalmania.es*, n.º 50/2013, y MARTÍNEZ IBÁÑEZ, M. J.: «La fiscalidad de la compensación por razón del trabajo para la casa», *Quincena fiscal*, n.º 10/2014). La expresión «no existe ganancia» empleada en dicho artículo no reconduce el hecho a otra categoría de renta, sino que establece que no se aprecia, no se sujeta, en ese momento. Esta interpretación queda confirmada porque el mismo precepto prohíbe la actualización del valor de los bienes, lo cual implica que se reconoce como ganancia pero se establece un diferimiento del impuesto, es decir, la plusvalía latente se gravará en un momento posterior.

A pesar de esta mención tan expresa en el artículo 33.3 d) de la LIRPF a las compensaciones en el régimen de separación, la AN no argumenta la exclusión de su aplicación a la indemnización compensatoria, dando por buena la postura del TEAC. Ciertamente han de concurrir una serie de requisitos para que se produzca el supuesto de no sujeción. En mi opinión todos ellos se cumplen en la indemnización compensatoria.

Por una parte, las compensaciones no sujetas han de ser las generadas por causa distinta de la pensión compensatoria. Pues bien, es realmente difícil imaginar una compensación, a la que resultara aplicable el precepto, que sea distinta de la indemnización compensatoria. Es decir, este apartado sería superfluo si no se aplicase a la indemnización compensatoria, pues a las compensaciones por división de bienes comunes –las otras factibles en el régimen de separación– se les aplica el artículo 33.2 a) o bien c) de la LIRPF.

Por otra, la indemnización ha de proceder por imposición legal o resolución judicial. Se alega al respecto que la indemnización compensatoria puede, sin embargo, acordarse por las partes. Pero en realidad cuando la acuerdan las partes lo hacen en cumplimiento de unos preceptos del Código Civil, no la establecen por su sola voluntad. La ley civil prevé el acuerdo entre las

partes, pero no en realidad en cuanto al nacimiento de la obligación, sino en cuanto a su cuantificación, por considerar que ese acuerdo es el medio más adecuado para llevarla a cabo; y si no se alcanzase así la cuantificación esta la realizará el juez. En todo caso el correspondiente convenio ha de ser ratificado por el juez, por lo que siempre se contendrá en una resolución judicial. La intervención judicial es además una garantía para que las partes no realicen una planificación fiscal ilegítima en la determinación del monto de las prestaciones: que no pacten bien una mayor indemnización o bien una mayor pensión compensatoria en función del gravamen fiscal respectivo.

En otro orden de cosas cabe preguntarse si la regla de no sujeción de la ganancia patrimonial se aplica al cónyuge que paga la indemnización (en relación con la plusvalía latente de los bienes que entrega), al cónyuge que la percibe o a ambos. Si se refiriese solo al primer caso podría aun considerarse que la cantidad percibida como indemnización por el otro cónyuge podría tener una naturaleza distinta. Pero se debe concluir que la regla se aplica a ambos cónyuges, pues la ley no distingue entre uno y otro caso. Además esta interpretación resulta hoy confirmada porque el artículo Primero.Veinte de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, ha modificado el artículo 33.3 d) de la LIRPF, añadiendo que las compensaciones no sujetas pueden ser dinerarias o mediante la adjudicación de bienes. Según esta redacción está claro que, en caso de compensación dineraria, no puede experimentar ninguna ganancia patrimonial quien entrega una cantidad de dinero, pues ese dinero ya habrá tributado cuando lo obtuvo y no tiene en este caso ninguna plusvalía latente; por tanto, la única ganancia patrimonial a la que se puede referir el artículo es a la del cónyuge perceptor. Además entiendo que el añadido del inciso tiene una finalidad aclaratoria y no verdaderamente innovadora del ordenamiento.

Dos consideraciones finales. Primera: Es completamente lógico que la indemnización compensatoria cobrada sea renta no gravada, de la misma forma que no tiene que tributar por ello el cónyuge que disfrute, constante matrimonio, de las rentas obtenidas por el otro. Ni siquiera en el caso de que obtenga su titularidad civil, como sucede en el régimen de gananciales, pues la norma de individualización (art. 11 de la LIRPF) determina que tributa quien haya generado el derecho a su percepción; sin que a nadie se le haya ocurrido plantear, hasta ahora, que haya de tributar también el cónyuge que disfruta de las rentas, aunque las aproveche para su subsistencia. Como tampoco se plantea que hayan de tributar los hijos por recibir alimentos de los padres, aunque el artículo 7 k) de la LIRPF establezca que están exentas solo las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial y no las prestaciones que se perciban en caso de convivencia. La razón es que está asumido que el IRPF no grava las transferencias económicas que se producen espontáneamente en la vida de la familia nuclear; idea implícita en la ley pues no hay ningún precepto expreso de exención para estos casos. En lógica consecuencia tampoco debería tributar el cónyuge perceptor de la indemnización pues constituye una renta que se ha generado durante el matrimonio. Por ella ya ha tributado el cónyuge que paga la indemnización, quien en rigor no tendría derecho a deducirla de la base imponible, pues esta reducción no está contemplada en los correspondientes artículos de la LIRPF. Aunque se trate de situaciones diferentes este es el mismo régimen jurídico que se aplica en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales: en este último caso aunque hayan de cambiarse algunas titularidades de bienes o realizarse transferencias de dinero no se generan rentas grava-

bles en el IRPF. Si bien en el régimen de gananciales esta decisión alcanza a la totalidad de las rentas obtenidas por los cónyuges y en el caso del régimen de separación solo en la medida de la colaboración prestada para su obtención.

Segunda: La interpretación que se propone no resulta contraria a la recaudación tributaria, pues el importe de la indemnización tributa en sede del pagador, posiblemente con tipo marginal superior al del perceptor, que es quien tiene que tributar en caso de seguirse el criterio de la AN. Pero en todo caso evita el resultado injusto de la doble imposición que se produce si ha de tributar el cónyuge perceptor y el pagador no pudiera reducir la totalidad de la indemnización de la base imponible, pues esta no puede resultar negativa como consecuencia de dicha reducción (art. 50.2 de la LIRPF).

LA PRODUCCIÓN DE PROGRAMAS TELEVISIVOS COMO ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL

Análisis de la SAN de 30 de enero de 2015, rec. núm. 518/2011

Esaú Alarcón García

Profesor de la Universidad Abat Oliba CEU

1. SUPUESTO DE HECHO

Hubo un tiempo, en los albores del derecho mercantil contemporáneo, en el que la doctrina mercantilista discutió largamente acerca de la idoneidad del instrumento societario unipersonal para la realización de actividades económicas.

Superada esa fase, incipiente, ya nadie puso en duda la existencia de sociedades unipersonales ni, mucho menos, que a través de cualquier tipo de ente mercantil se pudieran llevar a cabo actividades empresariales, profesionales o artísticas.

El paso de los años, sin embargo, ha ido degradando el concepto de sociedad capitalista, al haberse convertido en un –uno más– nicho de fraude tributario, mediante la utilización de lo que se ha dado en conocer como sociedades instrumentales, que no son más que una mera apariencia societaria –una fiducia– a través de la cual obtener y remansar rentas con un coste fiscal liviano, si lo comparamos con la progresividad insita al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Una primera tentativa utilizada por el legislador para atajar ese uso anómalo de las sociedades fue la creación del régimen de transparencia fiscal, posteriormente nominado como de sociedades patrimoniales, en virtud del cual –como es bien conocido– las rentas de las sociedades pasivas o de profesionales se atribuían directamente al socio, en una suerte de régimen de atribución de rentas al estilo del previsto para los entes sin personalidad jurídica en la normativa del IRPF.

El sistema, nuevamente, acabó pervirtiéndose con la creación de un sistema *seudodual* de IRPF, convirtiéndose así en auto de fe de su desaparición con efectos 1 de enero de 2007 la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que estableció un régimen de neutralidad fiscal para aquellas sociedades patrimoniales que decidieran disolverse en lugar de pasar a estar sometidas al régimen general del Impuesto sobre Sociedades (IS).

Esta diacronía de los hechos no es ociosa, pues la ley del péndulo que suele regir los destinos del hombre, sitúa ahora mismo al orbe tributario en un statu quo en el que, no existiendo régimen

especial alguno de tributación para las sociedades de tipo profesional, la nueva Ley 27/2014 ha configurado como nuevo contribuyente del IS a otros entes sin personalidad jurídica, las sociedades civiles con objeto mercantil, tradicionalmente utilizadas también para llevar a cabo actividades profesionales y, todo ello, en el fragor de unos planes de lucha contra el fraude en los que se ha puesto la lupa de forma impetuosa –y, a veces, injustificada– en este tipo de sociedades dedicadas a la prestación de servicios, ya sean profesionales o artísticos.

Expuesto lo anterior, en el caso de autos la discusión judicial se contrae a la calificación como empresarial o como profesional de la actividad económica llevada a cabo por una compañía dedicada a la producción, dirección y presentación de programas de televisión y radio, pues en el primer caso la sociedad resultaría gravada en el régimen general del IS, siendo aplicable en cambio el extinto régimen de transparencia fiscal en el segundo supuesto.

A partir de las conclusiones a las que llega la Audiencia Nacional en la resolución comentada, se pueden extraer enseñanzas que afectan a la regularización de sociedades profesionales pretendidamente instrumentales, tan en boga hoy en día.

Por último, no deja de resultar llamativo otro aspecto que se trata de forma colateral por la resolución comentada, como es el incumplimiento de la doctrina de los actos propios que, secularmente, lleva a cabo la Administración tributaria en sus relaciones tributarias con los contribuyentes y que, si bien viene siendo atajada por los Tribunales de Justicia, obliga a los contribuyentes a compeler el auxilio judicial, siendo un ingrediente adicional de la inseguridad jurídica que se vive en el ámbito tributario.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

La sociedad recurrente tiene como objeto social la producción, presentación y dirección de programación en radio y televisión, siendo puesto en duda por parte de la Inspección de los Tributos que su actividad sea empresarial.

El contribuyente parte de la base de que su estructura empresarial va mucho más allá de la prestación de unos servicios *intuitu personae*, como alega la Administración, al llevar a efecto una actividad compleja desarrollada en diversas etapas –preproducción, producción, posproducción, dirección y presentación de programación televisiva y de radio–, en las que intervienen diferentes medios materiales y humanos propios de una actividad empresarial, disponiendo a tal fin de un número considerable de trabajadores y colaboradores externos, de un local y unos activos afectos al negocio empresarial.

A mayor abundamiento, se recuerdan por parte de la actora diversas contestaciones de la Dirección General de Tributos (DGT) en este sentido, entre las que concretamente está una –la número 74/2006, de 26 de marzo– formulada por ella misma.

La postura administrativa, por el contrario, se fundamenta en que los contratos formalizados entre la compañía investigada y los entes de radiotelevisión en los años comprobados tienen carácter personalísimo, pues lo que se contrataría serían los servicios personales de una persona para la dirección y presentación de determinados programas de radio y televisión, que según su opinión podrían ser contratados con aquella entidad o con cualquier otra. Es decir, la teoría incriminatoria de la Administración parte de la base, puramente teórica, del alto valor añadido del socio (el profesional, que en este caso es un conocido presentador televisivo) que es la cabeza visible de la sociedad.

La resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que se combate por el contribuyente parte del mismo análisis contractual realizado por la Administración, para llegar también a la consideración de que se trata de unos servicios profesionales. Resulta curioso como el Tribunal administrativo aporta argumentos adicionales coadyuvantes a la liquidación administrativa, al teorizar acerca de aspectos no incluidos en el expediente como motivación administrativa, como que «el riesgo empresarial lo asumen básicamente las empresas contratantes al no existir una vinculación de las cantidades percibidas con el éxito de los programas producidos».

La Audiencia Nacional comienza su análisis desarbolando una afirmación de la que se partía de forma apodíctica, cual era el hecho de que la entidad regularizada fuera una sociedad de profesionales que prestara servicios profesionales, debido a que una parte importante de los profesionales que colaboraban en el desempeño de su actividad —el llamado «equipo de talento»— eran en realidad terceros ajenos a su accionariado.

A partir de aquí, el Tribunal llega a la consideración de que la ideación, preparación y realización de programas de radio y televisión excede del carácter personalísimo intrínseco a la prestación de servicios por parte de una sociedad profesional, sin que sea óbice de dicha conclusión la especial relevancia de la persona del socio mayoritario —y presentador del programa— a la hora de la concertación contractual con los entes de radiotelevisión.

La *ratio decidendi* del juzgador no olvida, para acabar condenando en costas a la demandada, la incongruencia omisiva cometida por el TEAC en la resolución que se impugna, al no rebatir previas contestaciones de la DGT «que ni siquiera menciona» en las que se basaba la actuación del administrado, mostrando en este sentido sorpresa por la arbitrariedad que supone desconocer la vinculación de la Administración al acto propio, como símbolo de respeto a la confianza legítima y de buena fe.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Se ha anticipado que las conclusiones que cabe extraer de la resolución que se comenta exceden con mucho del propio objeto debatido judicialmente, que se centra en un régimen tributario a día de hoy desaparecido, para encaminarnos a otro tema candente hoy día en el ámbito tributario y en la opinión pública, como es el de la instrumentalización de servicios profesionales a través de sociedades mercantiles.

En efecto, gran parte de los argumentos utilizados por la Administración se basan en una relectura de los contratos firmados por la entidad recurrente con diversos entes de radiotelevisión, mediante un arma legal que actualmente está siendo utilizada de forma masiva para conseguir la recalificación de los negocios jurídicos llevados a cabo por las sociedades profesionales: la recalificación del artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT), relativo a la calificación, en conexión con la simulación prevista en el artículo 16 del mismo texto legal.

Para ello, es común que la Inspección de los Tributos se fundamente en la teoría del negocio indirecto como un instrumento antielusión, procediendo a la calificación de los contratos de acuerdo a lo que según su parecer era la intención de los contratantes o la verdadera finalidad del conjunto negocial, prescindiendo incluso de su causa.

Esta vía le brinda una posibilidad a la Administración para regularizar la situación de un contribuyente sin el encorsetamiento y dificultades que plantean el conflicto en la aplicación de la norma –no sancionable, a día de hoy y sometido a un procedimiento específico– o una revisión exhaustiva y minuciosa de la existencia de medios materiales y humanos reales en las sociedades objeto de investigación.

De esta manera, los actuarios de la Hacienda Pública parecen haber encontrado una forma estandarizada de emitir liquidaciones a las sociedades de profesionales o artistas, en virtud de las cuales se procede a considerar a la sociedad que les representa o de la que son socios, en todo caso y sin posibilidad de prueba en contrario, como una fiducia sobre la que se levantaría el velo, imputándole al socio todos los rendimientos que esta obtuviera, eliminando toda posibilidad de deducción de gastos al considerarlos no afectos a actividad económica alguna y regularizando a su vez el Impuesto sobre el Valor Añadido, en la parte considerada no deducible.

Este estereotipo clásico de liquidación administrativa se puede ver alterado, a gusto del inspector, si considera pertinente a su vez aplicar la normativa de operaciones vinculadas para, así, proceder a realizar ajustes secundarios entre los sujetos objeto de comprobación –que siempre darán como resultado un aumento de la recaudación, lógicamente–. Debe señalarse, no obstante, que esta mezcla entre los artículos 13 y 16 de la LGT y 16 de la LIS es una mecánica liquidatoria que ya ha sido puesta en duda por parte de nuestro Alto Tribunal, en Sentencia de 15 de septiembre de 2014 [rec. núm. 3948/2012 (NFJ056145)].

El habitual colofón a tales expedientes se produce con el inicio de un gravoso procedimiento sancionador en sede administrativa, a pesar de que ya comienza a existir cierta jurisprudencia que impondría, en caso de que un actuario del fisco considerara la existencia de simulación, la remisión del tanto de culpa a la vía penal, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014 [rec. núm. 3611/2013 (NFJ057176)].

Una ulterior alternativa utilizada por el fisco para regularizar a sociedades profesionales y artísticas ha sido, únicamente, proceder a una valoración de operaciones vinculadas entre la persona física-socio profesional y su sociedad sin poner en duda la bondad de la sociedad, como

ocurre en un caso resuelto por el TEAC el pasado 11 de septiembre de 2014 [R. G. 5473/2012 (NFJ056002)], relativo a una conocida presentadora televisiva.

Como primera aproximación al asunto de autos, debe señalarse que tal manera de afrontar las relaciones tributarias con los contribuyentes, mediante liquidaciones a todo trance basadas en argumentos teóricos y ante las que la aportación de pruebas resulta un ejercicio inútil, resulta reproachable y así lo ha reconocido reciente jurisprudencia menor. Así, las Sentencias 1024/2014, de 29 de diciembre (rec. núm. 293/2011), y 36/2015, de 26 de enero [rec. núm. 307/2011 (NFJ057487)], ambas del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, consideran que la prestación de servicios profesionales a través de sociedades no puede considerarse de por sí anómala y, de este modo, se entiende como perfectamente legal y lícita la utilización de sociedades para facturar los servicios profesionales –en el caso, de abogacía– de personas físicas.

Estas resoluciones muestran como punto cenital de su motivación, acerca de la inexistencia de la simulación imputada por la Administración, el hecho de que esta se base meramente en la ausencia de elementos personales y materiales. «La mencionada elusión no puede basarse sobre meras interpretaciones de las normas tributarias», de forma que «para acreditar la existencia de simulación, en la causa negocial se trata de ver si las sociedades disponen de medios personales y materiales suficientes para prestar servicios al margen de los socios, y si se trata de sociedades que añaden valor, o no, a los servicios prestados por los profesionales personas físicas (...). En el estado actual de las cosas, tales medios –los materiales y humanos– van perdiendo valor en la medida en que con ordenadores, correos electrónicos, bases de datos y archivos, se pueden realizar actividades a través de una sociedad (...) sin que exista simulación».

Otra cosa, perfectamente denunciable, es la pura interposición societaria con el único objetivo de simular la obtención de rentas que son claramente del socio, sin la voluntad de aquella sociedad de intervenir en el mercado de bienes o de servicios.

Esa utilización de sociedades de forma fraudulenta ha sido objeto de diversas resoluciones judiciales, siendo destacables algunos supuestos en los que se dictaron liquidaciones a socios de conocidos despachos de abogados, que instrumentalizaban sus honorarios a través de compañías interpuestas que no prestaban servicios a terceros ni disponían de medios para la realización de actividad económica alguna.

Este es el supuesto que dio lugar a una primera Resolución del TEAC de 21 de marzo de 2013 [R.G. 3867/2010 (NFJ050559)], relativa a un prestigioso despacho de abogados cuyos socios facturaban a través de compañías mediales o instrumentales, sin medios para la realización real de una actividad económica.

En efecto, en tales supuestos, en los que los servicios proporcionados por los socios lo son en las instalaciones del despacho pagador y no de la sociedad interpuesta, en que la facturación del despacho a sus clientes aparece firmada por los socios y no por la interpuesta, en que es el despacho –y no la interpuesta– el que paga los gastos en que incurren los socios en el desarrollo

de su actividad y en el que los medios personales de la sociedad interpuesta son aparentes, resulta evidente la existencia de una anomalía negocial reconducible al concepto de simulación tributaria.

Ejemplos clarificadores de tal mecánica defraudatoria son los que figuran en autos de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2015, en recursos de casación para unificación de doctrina, números 2129/2013 y 1670/2013.

A pesar de ello, se pueden encontrar supuestos parecidos en los que a pesar de finalizar mediante sentencia desestimatoria en vía administrativa de las alegaciones de los afectados, aceptándose así la incriminación del uso simulado de sociedades interpuestas, fueron objeto de previa absolución en vía penal al considerarse, en ese ámbito jurídico, que no existían indicios suficientes para una imputación penal por simulación, tal y como reflejaron el Auto de 11 de mayo de 2010 del Juzgado de Instrucción n.º 6 de Madrid –rec. 14/2009– y el Auto que resolvió la apelación de dicho asunto, n.º 505/2011 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid –apelación penal n.º 506/2009–.

De todo lo que se acaba de comentar, lo que resulta evidente es que la Administración debería huir del automatismo de dictar liquidaciones estereotipadas en el caso de que actividades profesionales o artísticas se lleven a cabo bajo una forma societaria, dejando a un lado los apriorismos para fundamentar sus regularizaciones en una prueba indiciaria sólida y completa basada en la inexistencia real de medios materiales y personales de la sociedad en cuestión.

Por ello, la resolución que se comenta supone un importante antecedente de lo que puede ser el panorama judicial futuro de este proceso de regularización fiscal al sector profesional y artístico que se ha vivido en los últimos años y que está siendo ahora discutido en los Tribunales de Justicia.

En este orden de cosas es destacable como la Sala evalúa una serie de datos económicos –el importe de los gastos de personal, los modelos de retenciones practicadas, el alto valor del inmovilizado, las facturas recibidas– que «ponen de manifiesto la existencia de una auténtica organización empresarial en el sentido del artículo 25.1 de la Ley del IRPF, es decir, la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Y es que, como se ha reiterado, los argumentos utilizados en muchas ocasiones por la Inspección para regularizar a sociedades profesionales pretendidamente interpuestas no siempre han valorado adecuadamente las pruebas que soportaban el expediente administrativo, basándose exclusivamente la regularización en interpretaciones teóricas apodícticas, sin sostén fáctico suficiente, en aras de una absurda unicidad de criterio administrativo o de un afán recaudatorio desmedido.

A ello debe añadirse otra habitual patología en el quehacer administrativo, como es el quebrantamiento (grave) del principio de seguridad jurídica proclamado por la Carta Magna al contrariar –sin parar mientes en– sus propios actos administrativos previos. Hecho este de especial relevancia si, como ocurre en el caso de autos, no nos encontramos únicamente ante la ya de por

sí denunciabile actitud de obviar previas resoluciones de la DGT, sino de no tener en cuenta una contestación dada por el organismo consultivo al propio contribuyente, aportada además al expediente desde el primer momento.

Por último, no puede acabarse esta reflexión sin pensar en la paradoja que supone que, en lugar de intentar atajarse la deshonesta utilización de sociedades instrumentales por vía legislativa, la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, trae consigo la inclusión de las sociedades civiles con objeto mercantil como un nuevo contribuyente de dicho tributo, en detrimento de la atribución de rentas al socio que se venía realizando hasta ahora.

Ello determinará que las sociedades civiles de tipo profesional, que parecen ser las (¿únicas?) destinatarias de esta novedad legislativa, pasen a ser gravadas por aquel tributo, engordando así de forma absurda el número de contribuyentes que se puedan sentir atraídos por la instrumentación societaria de su actividad profesional.

Bibliografía

ALARCÓN GARCÍA, E. [2012]: «Retribución de socios de sociedades mercantiles: precisiones a una nota aclaratoria?», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 14, págs. 65 y ss.

CARRASQUER CLARI, M.ª L. [2014]: «El negocio indirecto: ¿mecanismo antiabuso o falacia jurídica?», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 13, págs. 87 y ss.

FALCÓN Y TELLA, R. [2015]: «Las "sociedades civiles con objeto mercantil" (que no existen), como nuevos sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades: las sociedades profesionales inscritas», *Revista Quincena Fiscal*, n.º 5, págs. 11 y ss.

NAVARRO SANCHÍS, F. J. [2013]: *La doctrina de los actos propios*, Iuris&Lex –elEconomista– de 22 de noviembre.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J. [2014]: «La retribución de los socios como administradores o trabajadores», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 162, págs. 109 y ss.

PÉREZ POMBO, E. [2013]: *Acerca de sociedades profesionales interpuestas: la picaresca en los bufetes*, www.fiscalblog.es, de 7 de mayo.

ROMERO PLAZA, C. [2015]: *Prueba y tributos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M. 2013: *La seguridad jurídica en crisis (una visión general en el ámbito tributario)*, AEDAF, de 16 de noviembre.

EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN COMO PROCEDIMIENTO TENDENTE A LA ÍNTEGRA REGULA- RIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DEL OBLIGADO TRIBUTARIO

Análisis de la RTEAC de 19 de febrero de 2015, R. G. 3545/2011

Javier Bas Soria

*Doctor en Derecho
Inspector de Hacienda del Estado*

1. SUPUESTO DE HECHO

Se suscita ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) la regularización de una liquidación dictada por la Oficina de Gestión Tributaria de la Administración de Murcia relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) correspondiente a los periodos 1T a 4T del ejercicio 2010.

Según consta en la resolución, la entidad recurrente adquirió dos inmuebles, operación que, en principio, se encontraba sujeta y exenta del impuesto, renunciándose a la exención por el transmitente, previa comunicación del adquirente de su condición de empresario con derecho a la deducción total del impuesto en los términos del artículo 20.Dos de la LIVA. La entidad recurrente, en consecuencia, soportó el impuesto correspondiente y lo dedujo, solicitando en el cuarto trimestre la devolución correspondiente.

Dicha solicitud fue objeto de comprobación por la Oficina de Gestión Tributaria de la Administración de Murcia, constatándose que la entidad, en el momento de realizar tales adquisiciones, no disponía del derecho a la deducción total del impuesto, al resultarle de aplicación la prorrate general y ser el porcentaje provisional aplicable en 2010, año de la adquisición, el 99%, porcentaje que se corresponde con la prorrate definitiva del año precedente. En consecuencia, se consideró que no se podía renunciar a la exención y la cuota soportada no era deducible, al no corresponderse con un impuesto devengado regularmente.

La entidad recurrente somete dos cuestiones al TEAC:

- Considera que dispone del derecho a la deducción total del impuesto soportado, ya que los locales adquiridos iban a ser destinados al arrendamiento de locales, operación sujeta y no exenta del impuesto, que, por tanto, genera el derecho a la deducción total de las cuotas soportadas. En consecuencia, la renuncia se ha efectuado válidamente y se ha generado una cuota deducible.

- Subsidiariamente, considera que de no ser válida la renuncia efectuada, sería aplicable la doctrina jurisprudencial conocida como regularización íntegra, en cuya virtud, juntamente con la deducción indebida debe reconocerse el derecho a la devolución del ingreso indebido efectuado por el obligado a repercutir y del que sería titular la entidad que soportó la repercusión.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

2.1. LA RENUNCIA A LA EXENCIÓN

El TEAC constata que el artículo 20.Dos de la LIVA y su desarrollo reglamentario exigen tres circunstancias para que se pueda renunciar válidamente a las exenciones previstas en los apartados 20, 21 y 22 del artículo 20.Uno de la misma ley (debemos destacar que tras la reforma operada por la Ley 28/2014 ha desaparecido la exención prevista en el art. 20.Uno.21 de la LIVA, por lo que evidentemente la misma no es renunciable en la actualidad), a saber:

- Que el adquirente sea un sujeto pasivo del IVA que actúe en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y que disponga del derecho a la deducción total del impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones (este requisito se ha modificado por la Ley 28/2014, exigiéndose ahora mismo, únicamente, que se disponga del derecho a la deducción, en alguna medida, del impuesto soportado).
- Que el adquirente declare por escrito las dos circunstancias anteriores al transmitente.
- Que el transmitente comunique fehacientemente al adquirente la renuncia con carácter previo o simultáneo a la entrega del bien.

En el caso de autos, de todos los requisitos enunciados únicamente se cuestionaba la existencia del derecho a la deducción total del impuesto.

Constata el TEAC la existencia de dos modalidades en la prorrata: la general y la especial. En la prorrata general, a todas las adquisiciones de bienes y servicios se les aplica el porcentaje de prorrata correspondiente, que será, durante el ejercicio, la provisional, y únicamente en el cuarto trimestre, la definitiva del ejercicio. Por su parte, la prorrata especial supone que a las adquisiciones de bienes y servicios que se emplean únicamente en operaciones que generan el derecho a la deducción se les permita la deducción total del impuesto; a las adquisiciones de bienes y servicios que se emplean exclusivamente en operaciones que no generan el derecho a la deducción no podrán deducirse en medida alguna, mientras que las adquisiciones de bienes y servicios utilizados en común en ambas actividades se deducirán en el porcentaje que resulte de la prorrata general.

Por consiguiente, para que se disponga del derecho a la deducción total del impuesto, en prorrata general, esta debe ser del 100 %, tal y como indica el artículo 20.Dos de la LIVA, a estos

efectos se atenderá al porcentaje de prorrata provisional, ya que este es el único porcentaje conocido de forma cierta durante el ejercicio en el que se realice la adquisición; mientras que en prorrata especial las adquisiciones de bienes y servicios deben utilizarse única y exclusivamente en operaciones que generen el derecho a la deducción.

En el supuesto enjuiciado el recurrente aplicaba la prorrata general y no resulta controvertido que la prorrata provisional, que debió tenerse presente para determinar si disponía del derecho a la deducción total del impuesto, era del 99 %. No se desvirtúa esta circunstancia con su alegación, en la medida en que para atender a la afectación exclusiva a actividades que generan el derecho a la deducción hubiera sido necesario que resultara de aplicación la prorrata especial y no la general, que era la que aplicaba.

2.2. LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA

La segunda cuestión que se plantea es la aplicabilidad de doctrina conocida como de regularización íntegra. Bajo esta denominación se acoge una doctrina acuñada por la jurisprudencia [inicialmente por la Audiencia Nacional, en SSAN de 18 de febrero de 2004, rec. núm. 83/2001 (NFJ017492), y de 14 de junio de 2004, rec. núm. 833/2001 (NFJ018675), recibida por el TEAC desde la Resolución de 28 de septiembre de 2006, R. G. 7325/2003 (NFJ025448)] para aquellos casos en los que concurre en un mismo contribuyente la doble circunstancia de que, por una parte, procede minorar la cuota a devolver por la deducción indebida de un impuesto soportado (generalmente el IVA), y por otro lado, al haberse ingresado por el sujeto pasivo las cuotas repercutidas y estimarse indebida dicha repercusión, el sujeto obligado a soportar la repercusión, que es el que dedujo indebidamente, ostenta frente a la Hacienda Pública un derecho a la devolución del ingreso indebido, por el mismo importe. Según esta doctrina, la Administración, en ejercicio de su facultad de comprobación, puede y debe regularizar la situación tributaria del obligado tributario, que no cabe entender limitada a la liquidación de las cantidades que legalmente procedan, sin facilitar en el mismo acto la devolución de ingresos indebidos que correspondan o el ejercicio de otros derechos que se deriven de la normativa tributaria, y que en este supuesto arrojaría un saldo de signo contrario e importe igual al de la liquidación.

El TEAC invoca la existencia de una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo [SSTS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 947/2012 (NFJ054706), de 23 de enero de 2014, rec. núm. 5668/2011 (NFJ053611), de 18 de septiembre de 2013, rec. núm. 4498/2012 (NFJ052037), y de 3 de abril de 2008, rec. núm. 3914/2002 (NFJ031920)] que ha reafirmado la validez de tal doctrina, aplicándola y estimando la pretensión del recurrente frente al acto administrativo.

3. JUICIO CRÍTICO

Evidentemente la aplicación de la doctrina de la regularización íntegra a un caso concreto no constituye una novedad destacable, pues, como hemos visto, ni es doctrina precisamente no-

vedosa, ni parece que un pronunciamiento del TEAC suponga un avance destacado cuando ya existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, cuya invocación resulta la base fundamental del pronunciamiento.

Quizá el aspecto en el que más destaque esta resolución es en su carácter didáctico, así como el supuesto de hecho al que se aplica: una liquidación de gestión tributaria. Finalmente, con objeto de esta resolución es una buena ocasión para realizar una reflexión adicional sobre determinados aspectos de la doctrina de la regularización íntegra que se pueden plantear ante su invocación.

3.1. LA EXISTENCIA DE INGRESOS INDEBIDOS, SUSCEPTIBLES DE PERMITIR LA APLICACIÓN DE LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA

El TEAC aprovecha la resolución que ahora comentamos para diferenciar dos supuestos distintos que pueden acontecer en la mecánica del IVA y que se amparan bajo el mismo concepto jurídico y precepto regulador, que sirven de base a la regularización íntegra: la rectificación de las cuotas repercutidas prevista en el artículo 89 de la LIVA.

La rectificación de cuotas puede producirse por dos circunstancias, tal y como señala el citado precepto, bien sea porque se han determinado incorrectamente las cuotas devengadas o bien porque se producen las circunstancias previstas en el artículo 80 de la LIVA determinantes de la modificación de la base imponible.

La modificación de la base imponible atiende a cambios en las circunstancias que determinaron la exigencia del impuesto en el momento de su devengo, de forma que, aunque fue correctamente liquidado en dicho momento, hechos posteriores determinan la necesidad de modificar su cálculo inicial para atender al verdadero importe de la contraprestación percibida. Así, el artículo 80 de la LIVA contempla como circunstancias que dan lugar a la modificación de la base imponible las siguientes:

- La devolución de envases y embalajes.
- La concesión de descuentos con posterioridad al devengo.
- La resolución total o parcial de las operaciones o las alteraciones del precio pactado.
- La declaración de concurso del deudor o la calificación como incobrable de los créditos.
- La determinación definitiva del importe de la contraprestación estimado y no fijado definitivamente en el devengo.

También procede rectificar la base imponible cuando la cuota devengada haya sido incorrectamente determinada. A diferencia del supuesto anterior, en este caso no hay base imponible correcta en origen y nuevos hechos posteriores que la alteran, sino un simple error desde el mo-

mento del devengo que, dentro del plazo de cuatro años previsto en el artículo 89.1 de la LIVA, se puede y debe corregir.

A pesar de que el artículo 89.Cinco de la LIVA señala que cuando la base inicialmente repercutida sea mayor que la rectificadora, el sujeto pasivo podrá optar para su rectificación entre regularizar en el periodo de liquidación en el que se advierta la circunstancia o solicitar el ingreso indebido, sin diferenciar entre un supuesto y otro de los que dan lugar a la rectificación; la doctrina administrativa (DGT y TEAC) se ha encargado en numerosas ocasiones de aclarar que solo existe ingreso indebido cuando lo que se consideró como devengado en origen fue erróneo. Así lo señala la resolución comentada que destaca que solo son cuotas repercutidas indebidamente aquellas que no debieron ser repercutidas en la cuantía en que lo fueron inicialmente; y solo en este caso puede plantearse la aplicación de la regularización íntegra.

3.2. CONTENIDO DEL PRONUNCIAMIENTO QUE DISPONE LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA

Otra importante cuestión que trae a colación la resolución que estamos analizando es el contenido del pronunciamiento sobre la necesidad de practicar una regularización íntegra. Cuando se establece la obligatoriedad de realizar una íntegra regularización de la situación del contribuyente no se está declarando, generalmente, la procedencia de la devolución de ingresos indebidos de signo contrario a la liquidación, sino que únicamente se está obligando a la Administración a formular un pronunciamiento sobre esta cuestión simultáneo a la práctica de la liquidación.

Resulta evidente, por la naturaleza revisora tanto de los órganos económico-administrativos como de los Tribunales del orden contencioso-administrativo, que los mismos no deben emanar una resolución reconociendo tal derecho si no han podido llevar a cabo una comprobación sobre el cumplimiento de los requisitos que la legislación exige para la procedencia de la devolución.

Piénsese que el artículo 14.2 c) del Reglamento general de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, establece una serie de requisitos de carácter material que deben comprobarse para reconocer el derecho a la devolución de ingresos indebidos en relación con los tributos que, como el IVA, han sido repercutidos y cuya devolución debe realizarse a un sujeto distinto de aquel que realizó el ingreso indebido, a saber:

- Que la repercusión del importe del tributo se haya efectuado mediante factura cuando así lo establezca la normativa reguladora del tributo; con lo que se trata de garantizar que el tributo a devolver sea un impuesto manifiesto y regular.
- Que las cuotas indebidamente repercutidas hayan sido ingresadas, lo que se cumple cuando el obligado a repercutir las hubiese consignado en su autoliquidación del tributo, con independencia del resultado de dicha autoliquidación. Con ello se pretende que, efectivamente, se haya producido el ingreso en el Tesoro del tributo cuya devo-

lución se pretende, aunque se atiende, no obstante, a la mecánica del IVA, en el que la cantidad a ingresar resulta de la deducción de las soportadas del importe de las cuotas repercutidas. Resulta obvio que sin la existencia de un ingreso en el Tesoro no se puede realizar el pago de signo contrario que es la devolución del indebido. Se ha establecido una precisión adicional para aquellos casos en los que las cantidades han sido correctamente declaradas pero no ingresadas, por razón distinta al resultado aritmético (a compensar o a devolver) de la aplicación de las cuotas deducibles.

- Que las cuotas indebidamente repercutidas y cuya devolución se solicita no hayan sido devueltas por la Administración tributaria a quien se repercutieron, a quien las repercutió o a un tercero; con lo que se pretende evitar la doble devolución del ingreso indebido.
- Que el obligado tributario que haya soportado la repercusión no tuviese derecho a la deducción de las cuotas soportadas; con lo que se pretende evitar el doble cómputo del ingreso indebido, no ya como en el caso anterior por una doble devolución, sino porque el tributo deducido ya ha sido objeto de aplicación fiscal mediante la técnica de la deducción, minorando las cuotas devengadas a ingresar. Por ello se establece, además, que la cuota deducida parcialmente podrá ser objeto de devolución en la parte no deducida exclusivamente.

Este contenido del pronunciamiento que destacamos, no siempre bien entendido, se encontraba expreso desde el inicio de esta doctrina. Así, el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de febrero de 2004 (NFJ017492), antes mencionada, destacaba lo siguiente:

«Ahora bien, lo que es cierto, como hemos declarado otras veces, es que la actuación inspectora alcanza a la regularización completa de la situación tributaria del sujeto pasivo inspeccionado, de suerte que de estimarse indebida una deducción por serlo la repercusión del IVA, ha de procederse a la devolución del mismo, *siempre que concurran los requisitos exigidos, esto es, el efectivo ingreso y que el mismo no haya sido aún devuelto*. Por ello hemos de ordenar a la Administración demandada que proceda a la íntegra regularización de la situación tributaria de la actora, procediendo a la devolución de lo indebidamente ingresado si a ello hubiere lugar».

Como hemos matizado, en ocasiones el pronunciamiento no se limita a obligar a la Administración a realizar tal pronunciamiento, sino que constata la existencia del derecho a la devolución; pero esto es la excepción y no la regla general y exige que ya se haya constatado en el expediente remitido la procedencia de la devolución por concurrir los requisitos a los que legalmente se condiciona la misma, aunque se haya omitido la íntegra regularización a pesar de tal constatación. Así, la Resolución del TEAC de 28 de septiembre de 2006 (NFJ025448), antes citada, destaca lo siguiente:

«El acto liquidatorio declara "no probada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 9.º 1 del RD 1163/1990, para proceder en su caso a realizar la de-

volución a favor de la persona o Entidad que soportó las retenciones". *Sin embargo el informe ampliatorio pone de relieve no solo la devolución a los retenidos de los excesos de retención soportados, sino que tal devolución se llevó a cabo en los días 31 de enero y 6 de febrero de 2004 (pág. 5 del informe), esto es meses antes de la apertura de los periodos de declaración y pago de los respectivos IRPF e Impuesto sobre Sociedades de los retenidos*, por lo que estos tenían ya los datos correctos cuando se abrieron tales periodos. De ahí que el Acta levantada reconozca, procedentemente, el derecho de..., SA a la devolución de los excesos que nos ocupan.

La liquidación impugnada sitúa a la recurrente en clara indefensión obligándola, contra lo que reclama la justicia, a soportar unos excesos de retención que ya ha reintegrado a quienes los soportaron.

En consecuencia debe anularse el acto de liquidación impugnado y girarse nueva liquidación en los términos del acta de la que aquel deriva».

3.3. APLICABILIDAD DE LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA POR LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN

Quizá la gran novedad que presenta la resolución que ahora examinamos es la aplicación de la doctrina de la regularización íntegra a una comprobación realizada por un órgano de gestión, tal y como hemos citado en el epígrafe 1 de este comentario, en el que se reflejaban los antecedentes fácticos de la presente controversia y se cuestionaba la regularidad de una liquidación de la Oficina de Gestión Tributaria de la Administración de Murcia.

Todas las sentencias y resoluciones mencionadas en este comentario, con excepción de la que da lugar al mismo, se refieren a regularizaciones efectuadas por los órganos de inspección.

Debemos además recordar que en la génesis de esta doctrina, constituida por las Sentencias de la Audiencia Nacional, antes mencionadas, de 18 de febrero de 2004 (NFJ017492) y de 14 de junio de 2004 (NFJ018675), en las que se invoca como fundamento de la doctrina creada que «la actuación inspectora alcanza a la regularización completa de la situación tributaria del sujeto pasivo inspeccionado»; tan claro es este hecho como que el propio nombre de la doctrina, «regularización íntegra», es una facultad que queda reservada a la Inspección tributaria, tal y como deducimos del artículo 101 de la Ley General Tributaria (LGT), que conceptúa como liquidaciones definitivas las «practicadas en el procedimiento inspector previa comprobación e investigación de la totalidad de los elementos de la obligación tributaria, salvo lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo».

¿Puede entonces un órgano de gestión tributaria, cuyas comprobaciones son por propia naturaleza limitadas, venir obligando a realizar una regularización íntegra? En principio, no existe a nuestro juicio una causa de oposición por las facultades de los órganos de gestión, pues al fin y al cabo, cuando el indebido deriva de una autoliquidación presentada que perjudica los intereses del contribuyente, el procedimiento que debe seguirse para su constatación, según establece el ar-

título 221.3 de la LGT, es el de rectificación de autoliquidaciones, previsto en el artículo 120.3 de la misma LGT y desarrollado por los artículos 126 a 129 del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que es un procedimiento de gestión tributaria y seguido, por tanto, por los órganos de gestión tributaria.

Quizá, y ese sea el peor defecto en el que incurre la resolución a nuestro juicio, hubiera sido deseable que se realizara un pronunciamiento expreso sobre este punto, lo que sorprende en una resolución que, en lo demás, resulta tremendamente didáctica. Existe indudablemente un precedente con esta resolución, aunque lo cierto es que no nos atrevemos a afirmar que la aplicación de la doctrina de la regularización íntegra a los procedimientos de gestión tributaria se haya producido sin percatarse de lo novedoso de este hecho ni aun de que se tratara de una cuestión controvertida.

3.4. LA REGULARIZACIÓN ÍNTEGRA Y LA EVENTUAL IMPOSICIÓN DE SANCIONES

Una última cuestión que cabe suscitar es si en los supuestos de aplicación de la doctrina de la regularización íntegra cabe la imposición de sanciones, particularmente, aquellas que pudieran resultar procedentes en relación con la deducción impropia de las cuotas minoradas por el acuerdo de liquidación y que se compensan con el ingreso indebido.

En una primera aproximación podríamos pensar que si no procede la práctica de la liquidación, tal y como postula esta doctrina, no existe cuota eventualmente dejada de ingresar que pueda ser la base de la sanción.

No obstante, si reparamos en el verdadero contenido de la doctrina de la regularización íntegra, nos percatamos que no es que la liquidación resulte impropia, sino que debe compensarse con la devolución del ingreso indebido que, por el mismo importe, debe reconocerse. Es decir, existe una deuda tributaria y un crédito contra la Hacienda Pública, ambos por el mismo importe, que se compensan determinando que no sea exigible ni uno ni otro. Queda perfectamente claro este hecho en la resolución que analizamos.

Ciertamente ese eventual derecho a percibir el ingreso indebido no excluye que la conducta consistente en deducir cuotas impropias y de las que pueda derivarse una cantidad dejada de ingresar se haya realizado con culpa o negligencia por el sujeto pasivo que deduce las cuotas, siendo, por tanto, posible la imposición de sanciones por tales hechos.

En sentido análogo al que proponemos, procede recordar que, en el caso de las retenciones, el Tribunal Supremo ha entendido que no procede la exigencia de la liquidación de las mismas cuando ello da lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración, por haber presentado ya declaración los obligados a soportar la retención aplicando el importe de la misma anterior e

inferior al liquidado por la Administración, si bien ello no impide que la Administración pueda exigir los intereses correspondientes e incluso las sanciones que se estimen procedentes. Así dice la Sentencia de 13 de enero de 2011, rec. núm. 164/2007 (NFJ042033), criterio reiterado por Sentencia de 4 de noviembre de 2011, rec. núm. 315/2008 (NFJ045289):

«Así pues, el cumplimiento de la obligación principal determina la imposibilidad de exigir la cuota correspondiente a la retención. Si el contribuyente ha pagado la cuota tributaria, no tiene sentido que la Administración despliegue la pretensión de cobro sobre el retenedor, pues ello determinaría un doble cobro de la cuota correspondiente a la retención del contribuyente en su declaración, en primer lugar, y del retenedor después. Dos pretensiones de cobro, pues, dirigidas hacia dos sujetos distintos para exigir la misma cuota. Si los sujetos pasivos han cumplido con la obligación tributaria principal, no tiene sentido exigir el ingreso de la retención de una cuota debidamente ingresada.

Todo ello, naturalmente, no impide que la Administración tributaria *pueda exigir al retenedor los efectos perjudiciales (los intereses y las sanciones que el retenedor pueda merecer)* que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado la retención o haberse practicado de modo cuantitativamente insuficiente».

LA RELACIÓN CONTABILIDAD-FISCALIDAD TRAS EL CAMBIO EN LA NORMATIVA CONTABLE ESPAÑOLA

Elena Fernández Rodríguez

*Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Oviedo*

Antonio Martínez Arias

*Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Oviedo*

EXTRACTO

La finalidad principal de este trabajo es analizar la variación que han tenido las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad tras la implantación de los Planes Contables de 2007, constituyendo también un objetivo adicional valorar si la reforma contable ha resultado neutral para las empresas españolas. Para llevar a cabo este estudio se analizan 119 sociedades no financieras cotizadas en España durante 2004-2011, cuatro años antes y después de la reforma contable. Los resultados muestran que la aplicación de la nueva normativa ha originado un incremento de los ajustes a practicar sobre el resultado contable, tanto en número como en cuantía, lo que conlleva un aumento en la complejidad de la declaración fiscal, así como del registro contable, aunque las únicas diferencias que han cambiado significativamente son las de carácter temporal. Por su parte, el cálculo de la presión fiscal soportada por las sociedades cotizadas a lo largo del intervalo de estudio nos permite afirmar que sí se ha alcanzado el objetivo de la neutralidad fiscal de la reforma contable pretendido por el legislador, fundamentalmente porque las diferencias permanentes no han variado de manera significativa. Adicionalmente, la búsqueda de información en las cuentas anuales de las sociedades cotizadas nos permite concluir que las empresas no se han adaptado a todos los requerimientos informativos a suministrar en la memoria.

Palabras claves: relación Contabilidad-Fiscalidad, reforma contable, Impuesto sobre Sociedades, diferencias permanentes, diferencias temporarias y sociedades no financieras cotizadas.

Fecha de entrada: 09-01-2015 / Fecha de aceptación: 06-05-2015

THE ACCOUNTING-TAXATION RELATION AFTER THE CHANGE IN THE SPANISH ACCOUNTING STANDARDS

Elena Fernández Rodríguez

Antonio Martínez Arias

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze the variation that have taken the differences between Accounting and Taxation after that Accounting Plans 2007 were approved. Also, an additional objective is to assess whether the accounting reform has been neutral for Spanish companies. For this purpose, we analyze 119 non-financial listed companies in Spain during the period 2004-2011, four years before and after the accounting reform. The results show that the implementation of the new regulation has caused an increase of adjustments to practice on the accounting result, both in number and in amount. These results entail an increase in the complexity of the tax declaration and the accounting for corporate income tax. However, the only differences that have changed significantly are the temporaries. For its part, after to calculate the tax burden borne by listed companies during the study interval, we believe that the objective of tax neutrality of the accounting reform has been met, mainly because the permanent differences have not changed significantly. Additionally, the search for information in the financial statements of listed companies allows us to conclude that the companies are not complying with the new reporting requirements in the notes.

Keywords: accounting-taxation relation, accounting reform, Corporate Income Tax, permanent differences, temporary differences and non financial listed companies.

Sumario

1. Introducción
2. Efecto de la reforma contable sobre las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad
3. Muestra
4. Resultados
5. Conclusiones

Normativa

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Contabilidad y Fiscalidad constituyen dos ámbitos independientes, pero, al propio tiempo, íntimamente relacionados por razón del Impuesto sobre Sociedades (IS), puesto que, aunque se trata de un tributo y como tal queda sujeto a la normativa fiscal, también constituye un gasto contable que implica el acatamiento de la regulación mercantil.

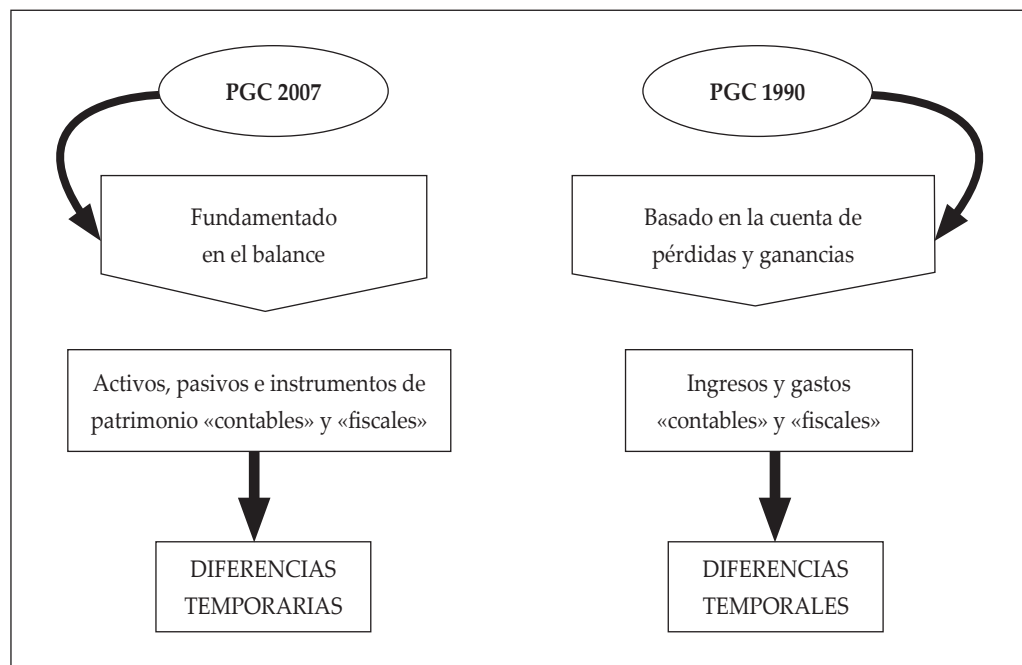
El IS se ha caracterizado, tradicionalmente, por ser origen de divergencias motivadas por los distintos objetivos de la Contabilidad y la Fiscalidad. En efecto, esta relación da lugar a una fuente de similitudes, pero también origina discrepancias que se concretan en una serie de diferencias derivadas de los ajustes que se realizan a los datos contables para determinar la base imponible objeto de gravamen. En este sentido, MANZON y PLESKO (2002) evidencian que en Estados Unidos la diferencia entre el resultado contable y fiscal ha aumentado con el tiempo. De igual modo, en los escasos estudios llevados a cabo en nuestro país sobre las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad también se constatan importantes ajustes (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y MARTÍNEZ ARIAS, 2006; MARTÍNEZ VARGAS y LABATUT SERER, 2009).

En el año 2007 se produjo la última reforma contable española, al objeto de adaptar nuestra legislación a las Normas Internacionales de Contabilidad/Normas Internacionales de Información Financiera (NIC/NIIF) del International Accounting Standards Board (IASB). A tal fin, se promulgaron el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Plan General de Contabilidad (PGC), así como el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas (PGC de PYMES), los cuales entraron en vigor para el primer ejercicio, iniciado a partir del 1 de enero de 2008.

A nuestro entender, una de las principales novedades que presentan los Planes Contables de 2007 es la relativa al impuesto sobre beneficios¹, consecuencia directa de la adaptación a la NIC 12 del IASB, consistente en la introducción de un nuevo método de cálculo de las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad basado en el balance en lugar de en la cuenta de pérdidas y ganancias, el cual otorga preferencia al enfoque de activos y pasivos frente al de ingresos y gastos. En la **figura 1** aparece sintetizada esta importante modificación.

¹ A este respecto, cabe resaltar que GONZALO ANGULO (2014, pág. 186) manifiesta expresamente: «la reforma llevada a cabo en esta primera década del siglo XXI era un requisito para consagrar la separación ordenada entre contabilidad y fiscalidad, que se había conseguido gracias al profundo cambio que supuso la promulgación de la Ley 43/1995».

Figura 1. Cálculo del gasto por impuesto sobre beneficios



Como se desprende de la **figura 1**, con el cambio introducido se ha pasado de las «clásicas» diferencias temporales al concepto de diferencias temporarias, que comprende y amplía las anteriores. En concreto, a partir de 2008 las diferencias se derivan de la distinta valoración contable y fiscal atribuida a los activos y pasivos, así como a determinados instrumentos de patrimonio, en la medida en que tengan incidencia sobre la carga fiscal futura.

A su vez, la reforma ha supuesto una importante mejora informativa en la memoria, pues ahora cualquier empresa, con independencia de su tamaño, debe suministrar información fiscal², requerimiento que antes solo se exigía a las empresas que formulaban memoria en formato normal. Entre otras informaciones, las empresas deben desglosar el gasto por impuesto sobre beneficios de la cuenta de pérdidas y ganancias en dos componentes: impuesto corriente e impuesto diferido. El primero se corresponde con la cuota líquida, en tanto que el segundo refleja el componente temporal, consecuencia de las diferencias temporarias, bases imponibles negativas y derechos por deducciones y bonificaciones pendientes de aplicar. Este interesante desglose ya está presente en los estados contables de las compañías de Estados Unidos desde hace varias décadas y aparece como recomendación en la NIC 12.

² Puede consultarse al respecto OLLEROS RODRÍGUEZ (2010), además de los Planes Contables de 2007.

Además, las empresas que formulan la memoria normal deben ofrecer una conciliación entre los ingresos y gastos contables con la base imponible, la cual antes se limitaba a los ingresos y gastos de la cuenta de pérdidas y ganancias, pero ahora debe incorporar también los ingresos y gastos imputados a patrimonio neto recogidos en el estado de ingresos y gastos reconocidos, nuevo documento contable integrado en el estado de cambios en el patrimonio neto, cuya finalidad es mostrar el resultado global de la empresa. Cabe destacar que esta nueva conciliación es bastante compleja, buena prueba de ello es que ha sido objeto de una de las consultas publicadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), concretamente en la Consulta 1 del BOICAC 87, de septiembre de 2011 (NFC042088). Por otra parte, el cambio en la normativa contable ha obligado al legislador fiscal a modificar un conjunto de preceptos del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), ya que, al ser el resultado contable la magnitud que constituye el núcleo de la base imponible del IS, cualquier reforma que pueda afectar a la determinación del resultado contable incide directamente en la base imponible del tributo. La modificación del TRLIS para recoger el contenido de la reforma contable se ha producido mediante la Ley 16/2007, el Real Decreto 1793/2008 y la Ley 4/2008. Estas tres normas se han confeccionado por el legislador español con un objetivo básico: garantizar la máxima neutralidad de la reforma mercantil, es decir, que la tributación de las empresas por el IS se vea afectada lo mínimo posible por la reforma contable.

Teniendo en cuenta la importancia de los cambios introducidos, en general, por la aplicación de los nuevos PGC, y particularmente en materia de IS, una vez transcurridos varios años desde su aplicación, consideramos de indudable interés conocer la incidencia que ha tenido la reforma contable sobre las relaciones Contabilidad-Fiscalidad en la práctica. En concreto, el principal objetivo de este estudio es comparar las diferencias antes y después de la reforma, prestando especial atención a las nuevas diferencias temporarias. Adicionalmente, se estudiará si se ha cumplido la pretensión de neutralidad fiscal de la reforma contable.

Cabe resaltar que hay pocos estudios que aborden el análisis de las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad, ya que requieren disponer de la información fiscal suministrada en la memoria. Por ello, las únicas investigaciones³ existentes hasta la fecha se centran en las sociedades cotizadas (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002; MARTÍNEZ VARGAS y LABATUT SERER, 2009), o bien utilizan la información facilitada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria para el IS, que tiene la ventaja de abarcar a todas las empresas españolas y el inconveniente de ser datos agregados (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y MARTÍNEZ ARIAS, 2006). Todos estos trabajos se centran en el periodo en que estaba vigente el PGC de 1990, por ello entendemos que el presente estudio contribuye a la literatura previa al dar cobertura a un intervalo temporal aún sin analizar, que permitirá ver la evolución que se ha producido en los ajustes derivados de las re-

³ Otros trabajos de interés centrados también en sociedades cotizadas son los de MARTÍNEZ VARGAS (2006), MORENO ROJAS et ál. (2010) y KRONBAUER et ál. (2010), en el primer caso referido fundamentalmente a la presión fiscal, y los otros dos relativos a los activos y pasivos por imposición diferida.

laciones Contabilidad-Fiscalidad, así como valorar si la nueva normativa contable ha resultado neutral fiscalmente.

Para acometer estos objetivos, el trabajo en cuestión se estructura como sigue. En el epígrafe 2 se analiza el efecto de la reforma contable sobre las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad. En el epígrafe 3 se presenta la muestra utilizada, en tanto que en el cuarto se ofrecen los resultados obtenidos. Finalmente, en el apartado 5 se exponen una serie de comentarios a modo de conclusiones.

2. EFECTO DE LA REFORMA CONTABLE SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE CONTABILIDAD Y FISCALIDAD

La aplicación de la nueva regulación contable afecta a las relaciones existentes entre Contabilidad y Fiscalidad por doble motivo. Por un lado, porque las diferencias entre las dos disciplinas han cambiado conceptualmente y, por otro, como consecuencia de las modificaciones introducidas en la regulación contable de distintas operaciones con claros efectos sobre la Fiscalidad⁴.

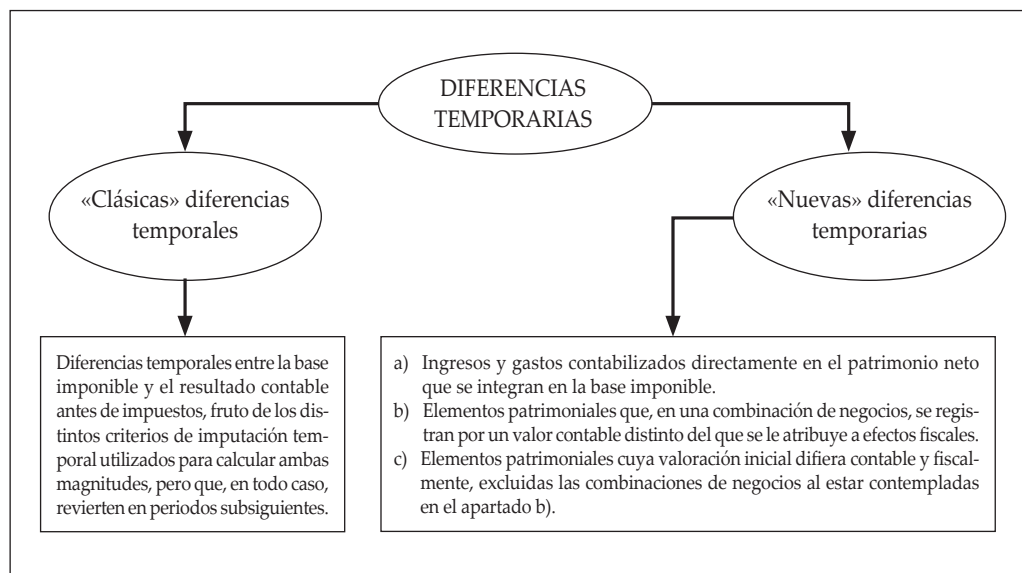
Actualmente, las normas de registro y valoración de los Planes Contables de 2007 solo aluden a un tipo de diferencias, las temporarias, si bien en los modelos de memoria a cumplimentar por las empresas se mencionan las permanentes, aunque sin definición precisa, pues se indica que son aquellas que no sean temporarias. Por tanto, existen dos tipos de diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad: permanentes y temporarias. En general, las primeras no serán objeto de registro contable, al no tener efectos sobre ejercicios posteriores, en tanto que las segundas originarán el nacimiento de activos y/o pasivos fiscales, dado que afectarán a los importes a pagar a la Hacienda pública en periodos subsiguientes.

Las diferencias permanentes siguen surgiendo por el mismo motivo que antes de la reforma contable, esto es, por la presencia de ingresos y/o gastos que tienen una distinta consideración conceptual en los dos ámbitos, es decir, se trata de ingresos o gastos contables que no lo son desde la óptica fiscal, y viceversa. Son irreconciliables, de ahí su nombre, y solo tienen repercusión en el ejercicio en que surgen, sin que afecten a otros posteriores. Estas diferencias se pueden clasificar a su vez en dos tipos, positivas y negativas, según supongan un aumento o una disminución del resultado contable antes de impuestos de cara al cálculo de la base imponible.

Por su parte, las diferencias temporarias son aquellas que surgen por la distinta valoración contable y fiscal de determinadas partidas del balance, pudiendo tener su origen en los supuestos recogidos en la **figura 2**.

⁴ Sobre esta cuestión pueden consultarse, entre otros, CASALS COMPANY (2008) y SANZ GADEA (2009).

Figura 2. Origen de las diferencias temporarias



Las diferencias temporarias se clasifican en dos tipos:

- **Diferencias temporarias imponibles:** Son las que darán lugar a mayores cantidades a pagar o menores importes a devolver por impuestos en ejercicios futuros; por ello, estas diferencias comprenden las **«clásicas» diferencias temporales de origen negativo**. Las «clásicas» diferencias implican un diferimiento en el pago del IS en relación con lo que habría que ingresar si no existiesen dichas diferencias, motivo por el cual generarán un pasivo en el balance.
- **Diferencias temporarias deducibles:** Son las que supondrán menores importes a pagar o mayores cantidades a devolver por impuestos en ejercicios futuros; en consecuencia, abarcan las **«clásicas» diferencias temporales de origen positivo**. Las «clásicas» diferencias, al contrario que las de origen negativo, suponen un adelanto del pago por impuesto sobre beneficios a la Hacienda pública, originando un activo en el balance.

Respecto a las diferencias temporarias, cabe resaltar que las «clásicas» diferencias temporales siempre supondrán un ajuste en la liquidación fiscal del IS, en tanto que las nuevas diferencias temporarias en muchas ocasiones no provocan ajuste en la declaración del tributo.

Como ya se ha puesto de manifiesto, tras la reforma contable, las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad han sufrido modificaciones, no solo por la nueva consideración de las mismas, sino también por las variaciones introducidas en los Planes Contables de 2007.

En primer lugar, cabe referirse a los ajustes que tuvieron que practicar las empresas para adaptar su Contabilidad conforme al PGC de 1990 a la nueva regulación contable de 2007. Así, tal y como explica SANZ GADEA (2009), los ajustes derivados de la primera aplicación de los Planes Contables de 2007 suponen la primera repercusión fiscal de la reforma contable con incidencia en el IS porque al llevar a cabo tales ajustes la contrapartida será, generalmente, las reservas voluntarias, las cuales presentarán un saldo deudor o acreedor en función de la cuantía de los ingresos y gastos derivados del cambio normativo. Pues bien, estos gastos e ingresos derivados de la adaptación a los PGC de 2007 deberán incluirse en la base imponible del IS, originando los pertinentes ajustes en la declaración del impuesto.

Cabe reseñar que la inclusión de los gastos o ingresos fruto de la reforma contable pudieron incorporarse bien en la liquidación fiscal del ejercicio 2008, bien a partes iguales a lo largo de tres años, esto es, 2008, 2009 y 2010. Esta opción de reparto en tres ejercicios está regulada en la Ley 4/2008, que establece que los cargos y abonos a partidas de reservas que tengan la consideración de gastos o ingresos, respectivamente, como consecuencia de la primera aplicación de los PGC, se integrarán bien en la base imponible del primer periodo impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2008, bien por partes iguales en la base imponible correspondiente a cada uno de los tres primeros periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2008.

Dejando al margen la primera aplicación de los Planes Contables de 2007, existen una serie de modificaciones con efectos a lo largo del tiempo en lo que al IS se refiere, tales como las modificaciones en las provisiones, los cambios valorativos para los instrumentos financieros que dan lugar a un nuevo panorama de deterioros o las derivadas del fondo de comercio.

A su vez, cabe referirse a las nuevas diferencias temporarias, pudiendo resaltar de todas ellas a los ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto, tales como subvenciones de capital, donaciones o valoraciones de determinados instrumentos financieros como casos más habituales⁵. Todos estos conceptos acabarán traspasándose a la cuenta de pérdidas y ganancias de próximos ejercicios, y será entonces cuando generalmente se incorporen a la base imponible, si bien se debe registrar de antemano el efecto fiscal a futuro.

Pues bien, a efectos de este trabajo, adquieren especial relevancia estas nuevas diferencias temporarias sobre patrimonio neto, siendo por tanto de interés valorar la posible incidencia que pudieran tener en las cuentas anuales y, en particular, en el resultado global⁶, que comprende no solo los ingresos y gastos de la cuenta de pérdidas y ganancias, sino también los de patrimonio neto.

⁵ En ZORIO y PASTOR HERVÁS (2012) se recoge el listado de ingresos y gastos imputados a patrimonio neto y se analizan los más habituales en las sociedades del Ibex-35 para el año 2009.

⁶ ZAMORA et ál. (2014) analizan el efecto que tiene en el mercado, por un lado, el registro de estos nuevos activos/pasivos por tributación diferida vinculados a los ingresos y gastos de patrimonio neto y, por otro, el resultado global, llegando a la conclusión de que los inversores sí que están teniendo en cuenta ambos aspectos.

3. MUESTRA

Para llevar a cabo un estudio de esta naturaleza es preciso centrar el análisis en un colectivo de empresas de cierto tamaño, puesto que requiere la presentación de su memoria en formato normal, al necesitar la información relativa a la conciliación de ingresos y gastos contables con la base imponible, aspecto que solamente es obligatorio para las memorias normales. Por este motivo se han elegido sociedades cotizadas en España, las cuales, además, consideramos que presentan una mejor información contable.

Los datos se han obtenido directamente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), que permite disponer de cuentas anuales completas, al objeto de poder analizar el apartado «Situación fiscal» de la memoria. Además, las cifras del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias se han obtenido de la base de datos SABI, que facilita un mejor uso de la información. Finalmente, es preciso indicar que las cuentas anuales consideradas son las individuales.

Las sociedades han sido divididas por sectores atendiendo a la clasificación de la Bolsa española, quedando la muestra tal y como se recoge en la **tabla 1**. A tenor de esta clasificación se han excluido las empresas pertenecientes al sector «servicios financieros e inmobiliarios», con la única excepción de las entidades encuadradas dentro del subsector «inmobiliarias y otros». Consideramos que el mantenimiento de los otros subsectores distorsionaría el estudio, dadas las características peculiares que presentan estas empresas frente a las restantes y que, además, les es de aplicación una normativa específica. Cabe destacar que la mayoría de estudios de esta naturaleza también excluyen al sector financiero, siendo una excepción el trabajo de MARTÍNEZ VARGAS (2006), pues se centra en todas las sociedades del Ibex-35.

Tabla 1. Composición de la muestra

Sector	N.º Empresas	N.º Observaciones
Petróleo y energía	11	84
Materiales básicos, industria y construcción	30	238
Bienes de consumo	33	262
Servicios de consumo	17	130
Servicios financieros e inmobiliarios	23	181
Tecnología y telecomunicaciones	5	40
Total	119	935

Conforme a las consideraciones efectuadas, la muestra elegida consta de un total de 119 compañías para un intervalo temporal de ocho años (2004-2011), esto es, cuatro años antes de la reforma contable y otros cuatro después de la misma. Ello nos permite disponer de un panel de 935 datos, dado que se pierden 17 observaciones porque alguna empresa no ha cotizado durante alguno de los años del periodo considerado.

4. RESULTADOS

Tal y como se ha expuesto, para la obtención de las diferencias permanentes y temporarias aplicadas por las empresas a lo largo del periodo de estudio se ha analizado el apartado «Situación fiscal» de la memoria de las distintas sociedades consideradas en la muestra. El análisis de la memoria pone de manifiesto que no todas las sociedades han cumplimentado la información requerida tras la reforma contable, pues no desglosan el gasto por impuesto sobre beneficios que aparece en la cuenta de pérdidas y ganancias en sus dos componentes: impuesto corriente e impuesto diferido, con la importante pérdida de información que ello supone.

En cuanto a las conciliaciones efectuadas por las empresas en la memoria, el análisis muestra que una parte importante de ellas no se ha adaptado al nuevo modelo de conciliación introducido por la reforma contable, el cual no solo debe contener los ingresos y gastos de la cuenta de pérdidas y ganancias, sino también los ingresos y gastos imputados directamente a patrimonio neto. Además, la antes aludida consulta al ICAC (2011) explica cómo se debe cumplimentar, motivo por el que sería aconsejable que se guiasen por ella. Por otra parte, al cotizar en Bolsa deberían adaptarse a la tendencia internacional de presentación del resultado global conforme al modelo IASB (SOUSA FERNÁNDEZ, 2009; GINER INCHAUSTI y PARDO PÉREZ, 2011).

Una vez hechas las matizaciones anteriores, en primer lugar se presenta en la **tabla 2** el número total de ajustes practicados por las empresas a lo largo de los ocho años objeto de estudio. Los ajustes se desglosan en todas las categorías posibles, esto es:

- Diferencias permanentes positivas: DP (+).
- Diferencias permanentes negativas: DP (-).
- Diferencias temporales/temporarias del ejercicio positivas/deducibles: DTE (+).
- Diferencias temporales/temporarias del ejercicio negativas/imponibles: DTE (-).
- Diferencias temporales/temporarias de ejercicios anteriores positivas/imponibles: DTEA (+).
- Diferencias temporales/temporarias de ejercicios anteriores negativas/deducibles: DTEA (-).

Tabla 2. Número de ajustes

	2004	2005	2006	2007	Antes reforma	2008	2009	2010	2011	Tras reforma	Diferencia	Variación porcentual
Ajustes sobre el resultado contable o ajustes sobre la cuenta de pérdidas y ganancias												
DP (+)	74	77	81	80	312	86	93	89	84	352	40	Δ 12,82 %
DP (-)	69	69	72	80	290	88	82	80	77	327	37	Δ 12,76 %
DTE (+)	60	66	62	71	259	73	72	75	73	293	34	Δ 13,13 %
DTE (-)	41	41	56	44	182	61	65	66	67	259	77	Δ 42,30 %
DTEA (+)	25	25	23	24	97	35	41	35	44	155	58	Δ 59,79 %
DTEA (-)	28	31	33	36	128	55	48	49	40	192	64	Δ 50 %
Ajustes sobre el patrimonio neto o ajustes sobre el estado de ingresos y gastos reconocidos												
DP (+)					0	4	1	3	0	8	8	Δ 100 %
DP (-)					0	9	5	5	4	23	23	Δ 100 %
DTE (+)					0	9	9	12	10	40	40	Δ 100 %
DTE (-)					0	8	10	12	14	44	44	Δ 100 %
DTEA (+)					0	9	9	7	7	32	32	Δ 100 %
DTEA (-)					0	9	3	5	8	25	25	Δ 100 %

Respecto a los ajustes sobre el resultado contable, de la **tabla 2** se desprenden como aspectos más relevantes los siguientes:

- Todos los ajustes aumentan tras la reforma, tanto para las diferencias permanentes como para las temporales, si bien es más notorio en estas últimas.
- Las diferencias permanentes de ambos signos han aumentado en torno a un 13 % en el periodo posterior a la reforma.
- Las diferencias temporales que experimentan mayor incremento son las relativas a ejercicios anteriores, es decir, aquellas en reversión, y tanto para las positivas como para las negativas, en el segundo en un 50 % y en el primero de casi un 60 %.
- Las diferencias temporales del ejercicio también aumentan en el periodo posterior a la reforma, las negativas más del 42 %, en tanto que las positivas en algo más del 13 %.

Por lo que respecta a las diferencias por ingresos y gastos de patrimonio neto, inexistentes antes de la reforma, destaca su escaso número en relación con las efectuadas sobre el resultado contable. De ahí que se pueda afirmar que, a pesar de ser uno de los aspectos más novedosos de la reforma, apenas tiene trascendencia en la práctica.

Un hecho que no aparece recogido en la **tabla 2**, pero que consideramos relevante, es que solo una empresa de la muestra no presenta ajustes sobre el resultado contable en ninguno de los ocho años, lo que pone de manifiesto que la práctica totalidad de las sociedades cotizadas efectúan ajustes sobre el resultado contable. Por el contrario, 75 empresas (63,03 %) no muestran ajustes sobre el patrimonio neto, lo que contrasta con los ajustes sobre el resultado contable donde solo una empresa no los presenta.

Como complemento del análisis anterior se ofrece la **tabla 3**, donde figura el impacto de las diferencias expresadas en porcentaje sobre el activo total. Además, al objeto de detectar si las variaciones que se producen en las distintas diferencias son o no significativas, se facilitan los resultados del test de comparación de medias para muestras relacionadas.

Tabla 3. Valor de los ajustes en % sobre el activo total

	2004	2005	2006	2007	Antes reforma	2008	2009	2010	2011	Tras reforma	Test medias (Valor t)
Ajustes sobre el resultado contable o ajustes sobre la cuenta de pérdidas y ganancias											
DP (+)	2,0642	0,7493	0,5758	1,4021	1,1951	2,4471	1,7184	1,377	1,6157	1,7890	-1,420
DP (-)	2,5016	1,6534	2,2800	2,0002	2,1081	3,2617	2,2568	2,1207	2,2561	2,4769	-0,902
DTE (+)	0,8828	0,8585	0,6458	0,6856	0,7675	1,3162	1,3069	1,8059	1,9733	1,5962	-3,064***
DTE (-)	0,5154	0,4112	0,8869	0,4684	0,5710	0,6464	0,8024	0,8732	1,0790	0,8478	0,085*
DTEA (+)	0,0802	0,0611	0,0935	0,0777	0,0782	0,1665	0,2259	0,1304	0,1585	0,1705	-2,696***
DTEA (-)	0,3349	0,2261	0,3162	0,3108	0,2970	0,4991	0,4724	0,2790	0,6176	0,4658	-2,094**
Efecto conjunto	-0,3247	-0,6218	-2,168	-0,614	-0,9353	-0,4774	-0,2804	0,0404	-0,2052	-0,2348	-1,257
Ajustes sobre el patrimonio neto o ajustes sobre el estado de ingresos y gastos reconocidos											
DP (+)						0,0067	0,0013	0,0022	0,0000	0,0026	-1,971**
DP (-)						0,1250	0,0076	0,0634	0,0039	0,0504	-2,161**
DTE (+)						0,0225	0,0122	0,0304	0,0233	0,0221	-4,274***
DTE (-)						0,0363	0,0212	0,0357	0,0591	0,0379	-3,806***
DTEA (+)						0,0431	0,0106	0,0533	0,0638	0,0424	-2,772***
DTEA (-)						0,0401	0,0246	0,0050	0,0095	0,0199	-2,540***
Efecto conjunto						-0,1291	-0,0293	-0,0182	0,0146	-0,0411	0,464
* **, y *** estadísticamente significativo al 10 %, 5 % y 1 %, respectivamente.											

De la **tabla 3** se deduce que tras la reforma contable no solo hay un incremento en el número de ajustes sobre el resultado contable (**tabla 2**), sino que también aumenta el importe de todos ellos, tanto permanentes como temporales, si bien son más notorios los de carácter temporal, pues se duplican en algunos casos. Las diferencias permanentes, tanto positivas como negativas, son especialmente elevadas en 2008, primer año tras la reforma contable, lo que podría deberse a que las empresas hayan optado, mayoritariamente, por incorporar en la base imponible de dicho año los gastos e ingresos registrados contra reservas consecuencia de los ajustes derivados de la reforma contable, en lugar de prorratearlos en tres años tal y como permitía la Hacienda pública. A este respecto, de la revisión de las cuentas anuales llevada a cabo, hemos podido constatar que los ajustes derivados de la reforma han sido considerados como diferencias permanentes por parte de las empresas que especifican los motivos de los ajustes. En cuanto a los aumentos en las diferencias temporales, pueden tener repercusión los ajustes por fondo de comercio que antes de la reforma no eran habituales, así como las variaciones en los nuevos conceptos de pérdidas por deterioro y provisiones.

Cabe resaltar que los ajustes netos sobre el resultado contable son negativos todos los años, lo que implica que la base imponible es menor y, por tanto, se reduce la tributación. Tales resultados parecen ser una tónica constante en las sociedades españolas, tal y como se ha puesto de manifiesto en investigaciones previas centradas en empresas cotizadas (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002; MARTÍNEZ VARGAS y LABATUT SERER, 2009). Por el contrario, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y MARTÍNEZ ARIAS (2006), que analizan todo el colectivo empresarial español, obtienen que los ajustes netos son positivos y, por tanto, la base imponible supera al resultado contable.

Respecto a los ajustes sobre patrimonio neto, que anteriormente se había observado que eran muy pocos en número, ahora se constata que su peso sobre el activo total es casi irrelevante. No obstante, de nuevo se aprecia que en el año 2008 se producen los mayores ajustes. Ello tiene su explicación en que todos los ingresos y gastos de patrimonio neto tienen que ir con efecto positivo y en ese ejercicio hubo que registrar toda esa tributación diferida (principalmente, subvenciones de capital, donaciones y valoración de determinados instrumentos financieros). Además, todos los ajustes derivados de la reforma contable realizados contra reservas también han originado la correspondiente tributación diferida contra patrimonio neto, pudiendo ser el motivo del importante ajuste permanente negativo que ha tenido lugar en el año 2008, tal y como se puede comprobar en la **tabla 3**.

Al existir tan pocos ajustes por ingresos y gastos de patrimonio neto, hemos profundizado en el análisis acudiendo al estado de ingresos y gastos reconocidos para detectar las posibles causas. Pues bien, se ha podido constatar que, generalmente, se deben a instrumentos financieros y subvenciones de capital. Pero, sin lugar a dudas, lo más llamativo que hemos encontrado es que la mayoría de estas empresas tienen ingresos y gastos reconocidos en patrimonio neto y, sin embargo, no los hacen constar en la conciliación facilitada en la memoria, como sería preceptivo. Somos conscientes de que a partir de 2008 las conciliaciones son bastante más complejas, aunque no debería ser un problema para este tipo de sociedades y, por tanto, no es un argumento válido. La posible explicación de este comportamiento podría estar en que desde la perspectiva fiscal la

mayoría de ingresos y gastos imputados a patrimonio neto se deben anular en su totalidad al no tener efectos sobre la base imponible de las sociedades.

Ahora bien, si estas empresas de indudable interés público no suministran adecuadamente la información, entendemos que las restantes tampoco lo harán. Quizá haya que esperar más tiempo para que se adapten, si bien consideramos que transcurridos cuatro años ya tendrían que haberlo hecho, es más, desde el primer ejercicio en que ha sido obligatorio. No obstante, estudios previos sobre empresas cotizadas ya han encontrado deficiencias en la información fiscal suministrada en las memorias (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2002; LABATUT SERER y MARTÍNEZ VARGAS, 2006; MARTÍNEZ VARGAS, 2006). De igual modo, en su Informe sobre la supervisión de los informes financieros anuales del ejercicio 2012, la CNMV (2013) pone de manifiesto distintas carencias informativas en relación con el IS.

En definitiva, la información correspondiente a la conciliación relativa a los ingresos y gastos de patrimonio neto puede confundir al usuario, pues aparenta que no tienen este tipo de conceptos cuando la realidad pone de manifiesto que no es así. Igualmente observamos que, en ocasiones, el estado de ingresos y gastos reconocidos también está incorrectamente formulado al no registrar el efecto impositivo. Respecto a estas críticas efectuadas, la pregunta que parece de obligatorio planteamiento es si estos hechos han tenido algún tipo de incidencia en el informe de auditoría, cuya respuesta es que en ninguno de los informes se ha formulado salvedad alguna por incorrección u omisión de la información facilitada. En descargo de esta actuación por parte de los auditores de cuentas podría ser que no consideren significativas tales circunstancias y, por tanto, no tienen incidencia en el informe.

Analizando el test de comparación de medias se constata que dentro de los ajustes sobre el resultado contable las diferencias permanentes no han cambiado significativamente tras la reforma, mientras que las de carácter temporal sí han variado significativamente en todas sus modalidades, tanto las positivas como las negativas, así como en origen o reversión, resultados en la misma línea apuntada por SANZ GADEA (2009) desde una perspectiva teórica. Sin embargo, el efecto conjunto de todos los ajustes no resulta ser significativo, dado el mayor peso que tienen las diferencias permanentes en comparación con las de carácter temporal. En resumen, los resultados corroboran que, si bien todos los ajustes han aumentado, sobre los que verdaderamente ha tenido repercusión la reforma contable ha sido sobre las diferencias temporarias. Obviamente, si se pretendía que la reforma fuese neutral y no variase la presión fiscal, las diferencias permanentes no pueden verse afectadas significativamente, aspecto que se ha conseguido, tal y como se ha puesto de manifiesto en la **tabla 3**.

En cuanto a los ajustes sobre patrimonio neto, se constata que aumentan significativamente considerados de manera individual, resultado lógico pues, aunque ahora son escasos, antes no existían. Ahora bien, los ajustes netos no resultan significativos, dado que el efecto conjunto de todos ellos hace que su valor sea casi insignificante.

Profundizando en el estudio y al objeto de detectar qué características presentan las empresas según la importancia de los ajustes que practican, hemos realizado un análisis cluster cuyos resultados se presentan en la **tabla 4**.

Tabla 4. Análisis cluster

Variables	Antes de la reforma		Tras la reforma	
	Cluster 1	Cluster 2	Cluster 1	Cluster 2
DP (+)	0,0081	0,0184	0,0268	0,0118
DP (-)	0,0140	0,0303	0,0218	0,0318
DTE (+)	0,0064	0,0090	0,0164	0,0120
DTE (-)	0,0081	0,0045	0,0076	0,0092
DTEA (+)	0,0007	0,0008	0,0011	0,0027
DTEA (-)	0,0024	0,0039	0,0030	0,0063
Tamaño (logaritmo del activo)	11,3666	14,5554	11,6132	14,9064
Inmovilizado intangible	0,0316	0,0285	0,0314	0,0265
Inmovilizado material	0,1550	0,1266	0,1172	0,0733
Inmovilizado financiero	0,4371	0,4480	0,5126	0,5486
Pasivo total	0,4051	0,6511	0,4667	0,6730
Patrimonio neto	0,5949	0,3489	0,5333	0,3270
Rentabilidad del activo (ROA)	0,0510	0,0673	-0,0363	0,0362
Número de empresas	70	49	67	52

Tal y como se desprende de la **tabla 4**, se detecta la existencia de dos grupos claramente diferenciados compuestos antes de la reforma por 70 y 49 empresas, respectivamente, en tanto que después de la misma hay una desviación de tres sociedades (67 y 52 en cada cluster). Comparando ambos grupos, antes de la reforma, las empresas con mayores ajustes, de cualquier tipo a excepción de los temporales negativos del ejercicio, son las de mayor tamaño, las menos intensivas en inmovilizado intangible y material, las que poseen más activos no corrientes de carácter financiero, las más endeudadas y, por tanto, con menores recursos propios, así como las más rentables.

Por su parte, tras la reforma contable se producen algunas variaciones, de tal forma que las empresas que poseen las características mencionadas en cuanto a tamaño, estructura económica y financiera, así como rentabilidad, siguen siendo las que presentan mayores ajustes, salvo dos excepciones, las diferencias permanentes positivas y las temporarias positivas en origen. Pro-

fundizando en la justificación de este cambio, para las permanentes no encontramos explicación, mientras que para las temporarias positivas la razón puede estar motivada por el nuevo tratamiento contable para los deterioros de valor de los activos financieros.

Para dar respuesta al objetivo adicional planteado en este estudio, esto es, valorar la neutralidad fiscal de la reforma mercantil, la mejor forma de hacerlo es observar la variación experimentada por las diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad. Tal y como ya se ha expuesto, los únicos ajustes que han variado significativamente son los de carácter temporal, los cuales únicamente implican un adelanto o un diferimiento en el pago del IS. Por el contrario, las diferencias permanentes, que son las que suponen un mayor o menor pago por el tributo, no se han visto afectadas de manera significativa por la reforma contable, poniendo de manifiesto que el PGC de 2007 ha resultado neutral. No obstante, otra alternativa es calcular la presión fiscal soportada por las sociedades cotizadas a lo largo del intervalo de estudio con el objetivo de mostrar cómo ha evolucionado, opción que se lleva a cabo seguidamente.

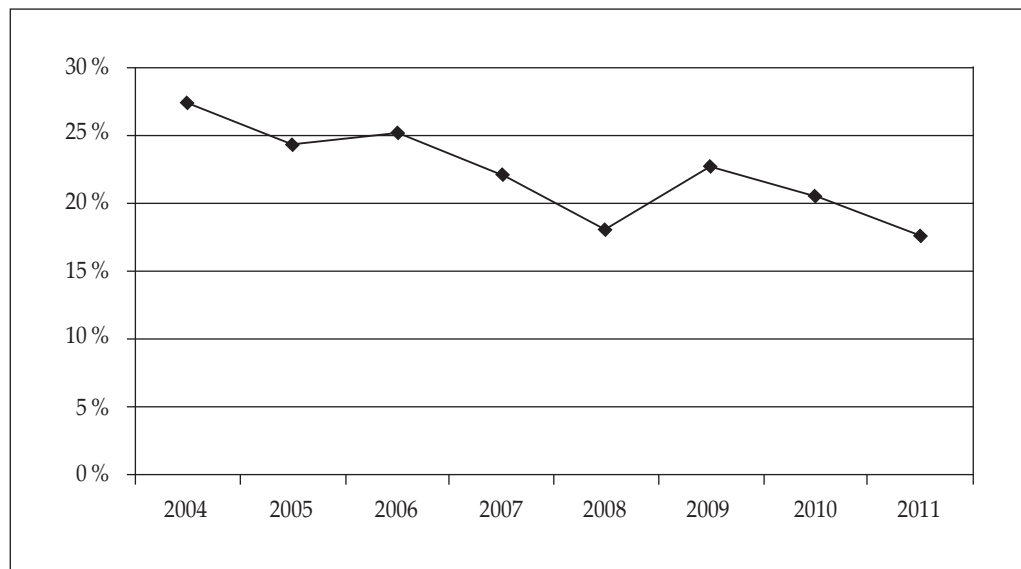
La medida más utilizada para determinar la presión fiscal empresarial es el Tipo Impositivo Efectivo (TIE), como se puede comprobar en la literatura previa. Ahora bien, la definición ideal del TIE sería a partir de la cuota líquida o importe satisfecho a la Hacienda pública, pero, al no disponer de este dato fiscal, se tiene que emplear la magnitud contable, es decir, el cociente entre el gasto por impuesto sobre beneficios y el resultado contable antes de impuestos. Evidentemente, al tener que utilizar el gasto por IS, este está influenciado no solo por los ajustes permanentes, sino también por toda la tributación diferida.

Realmente el estudio del TIE es habitual en la literatura previa sobre reformas fiscales, entre las que destacan en el ámbito internacional GUPTA y NEWBERRY (1997), en tanto que en nuestro país cabe mencionar los trabajos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2004) y MOLINA LLOPIS (2005), si bien no es tan frecuente este análisis para las reformas contables. En este caso concreto, durante el intervalo temporal objeto de análisis en España se han producido dos reformas prácticamente simultáneas, la contable de 2007 y la fiscal de 2006. Esta última ha consistido, por un lado, en una reducción de los tipos de gravamen y, por otro, en una eliminación paulatina de ciertos incentivos fiscales (Ley 35/2006), en realidad, dos medidas de signo contrario cuyo objetivo se supone que era mantener la recaudación. Por tanto, simultáneamente se han producido dos reformas, una contable y otra fiscal, con efectos a partir de 2007/2008, de manera que los cambios en los TIE serán consecuencia de una combinación de ambos cambios normativos.

Tras calcular el TIE medio para cada periodo analizado se constata que antes de la reforma es del 24,84%, mientras que después de la misma se sitúa en el 19,73%, en ambos casos más de diez puntos por debajo del tipo de gravamen legal. La disminución es aproximadamente de cinco puntos porcentuales, coincidente con la reducción en los tipos de gravamen, lo que parece dejar sin efecto el resto de cambios normativos, tanto el fiscal de eliminación paulatina de determinados incentivos fiscales como el contable. Además, esta caída en los tipos efectivos es estadísticamente significativa, lo que pone de manifiesto que las empresas cotizadas tienen una tributación más ventajosa en el intervalo 2008-2011, la cual tiene que ser consecuencia de la reforma fiscal

y, fundamentalmente, de la caída en cinco puntos porcentuales de los tipos de gravamen estatutarios. A su vez, se puede observar en la **figura 3** que la evolución de los TIE ha sido descendente a lo largo de los ocho años, a excepción de 2009, donde se produce un leve repunte.

Figura 3. Evolución de los TIE entre 2004 y 2011



5. CONCLUSIONES

Desde 2008 existe un nuevo marco contable que, en general, ha supuesto un cambio importante para las empresas españolas pero que, particularmente, lo ha sido en el contexto de las relaciones Contabilidad-Fiscalidad tras las modificaciones introducidas por las nuevas normas de contabilización del IS, así como por los nuevos requerimientos informativos en las cuentas anuales sobre la situación fiscal de las empresas.

La actual normativa contable introduce el concepto de diferencias temporarias, que comprende y amplía las diferencias temporales del PGC de 1990. Además, en este nuevo contexto se producen importantes cambios en el tratamiento contable de ciertas operaciones que a su vez inciden en las relaciones Contabilidad-Fiscalidad. Todo ello ha originado un incremento de los ajustes a practicar sobre el resultado contable para alcanzar la base imponible, tanto en número como en cuantía, lo que conlleva un aumento en la complejidad de la declaración fiscal, así como del registro contable, si bien las únicas diferencias que han cambiado de manera significativa son todas las de carácter temporal.

El objetivo de neutralidad fiscal de la reforma contable pretendido por el legislador consideramos que sí se ha alcanzado, sobre todo porque las diferencias permanentes no han variado significativamente. Ahora bien, durante el intervalo analizado el TIE medio soportado por las sociedades españolas pasa del 24,84 % antes de la reforma al 19,73 % después de la misma. Sin embargo, la explicación a este hecho hay que buscarla en la reforma fiscal (Ley 35/2006), siendo destacable el hecho de que la disminución en los tipos efectivos es aproximadamente de cinco puntos porcentuales, coincidente con la reducción en los tipos de gravamen, lo que deja prácticamente sin efecto tanto el cambio fiscal consistente en la eliminación paulatina de determinados incentivos fiscales como la reforma contable. Por tanto, a las empresas cotizadas les ha resultado interesante el cambio fiscal, siendo además estadísticamente significativa esta reducción en los TIE.

En este nuevo marco contable se constata que, en las cuentas anuales individuales analizadas, no todas las sociedades cotizadas han cumplimentado la información actualmente requerida en la memoria. En algunos casos no desglosan el gasto por impuesto sobre beneficios, en tanto que en otros la conciliación de ingresos y gastos contables con la base imponible no incorpora los ingresos y gastos de patrimonio neto, hecho este último que impide conocer el resultado global de la empresa, magnitud de indudable interés que ha sido incorporada en los actuales PGC conforme a la tendencia internacional. Ambas cuestiones ponen de manifiesto la ausencia de información relevante para los usuarios externos de estados financieros. Por todo lo expuesto, entendemos que un estudio de gran interés sería evaluar la calidad de la información de naturaleza fiscal suministrada en las cuentas anuales por las sociedades cotizadas, máxime teniendo en cuenta que la propia CNMV (2013) también ha detectado varias carencias informativas sobre este tema.

En definitiva, tras la realización de este estudio se puede concluir que el actual marco normativo implica un trabajo todavía más complejo para los responsables de la información financiera al existir más diferencias entre Contabilidad y Fiscalidad, a lo que hay que añadir las dificultades que conlleva la actual conciliación entre ingresos y gastos contables con la base imponible que es preciso facilitar en la memoria, la cual es particularmente mejorable a la luz de los resultados alcanzados.

Normativa

REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

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.

LEY 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea.

REAL DECRETO 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

REAL DECRETO 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas.

LEY 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual en el Impuesto sobre el Valor Añadido, y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

REAL DECRETO 1793/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.

Bibliografía

CASALS COMPANY, J. [2008]: «El impacto fiscal de la reforma contable», *Partida doble*, n.º 202, págs. 26-34.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (CNMV) [2013]: «Informe sobre la supervisión de los informes financieros anuales por la CNMV Ejercicio 2012» (disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/Informes/informe_auditorias_web_2012.pdf).

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. [2002]: «El Tipo Impositivo Efectivo (TIE) como indicador de la presión fiscal empresarial. Aplicación práctica sobre las empresas cotizadas», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 59, págs. 29-69.

– [2004]: «Los factores condicionantes de la presión fiscal empresarial española a partir de la información contable. Especial mención a las decisiones financieras», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 120, págs. 125-159.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E. y MARTÍNEZ ARIAS, A. [2006]: «La relación Contabilidad-Fiscalidad a través de la aplicación práctica del Impuesto sobre Sociedades», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 130, págs. 621-644.

GONZALO ANGULO, J. A. [2014]: «La reforma contable española de 2007: Un balance», *Revista de Contabilidad*, n.º 17 (2), págs. 183-200.

GINER INCHAUSTI, B. y PARDO PÉREZ, F. [2011]: «La relevancia valorativa del resultado global frente al resultado neto: una perspectiva europea», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 150, págs. 319-350.

GUPTA, S. y NEWBERRY, K. [1997]: «Determinants of the Variability in Corporate Effective Tax Rates: Evidence from Longitudinal Data», *Journal of Accounting and Public Policy*, n.º 16 (1), págs. 1-34.

INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS (ICAC) [2011]: «Consulta 1», *Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (BOICAC)*, 87 (disponible en <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=418>).

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IASB): *International Accounting Standard 12 Income Taxes* (disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias12_en.pdf).

KRONBAUER, C. V.; MORENO ROJAS, J.; OTT, E. y SOUZA, M. A. [2012]: «Evidencia de utilización oportunista de normas contables en el reconocimiento de pasivos fiscales diferidos en empresas brasileñas y españolas», *Revista de Contabilidade e Organizações*, n.º 16, págs. 39-51.

LABATUT SERER, G. y MARTÍNEZ VARGAS, J. [2006]: «La calidad de la información fiscal en las empresas del IBEX-35», *Revista de Contabilidad*, n.º 9 (17), págs. 41-54.

MANZON, G. y PLESKO, G. [2002]: «The relation between financial and tax reporting measures of income», *Tax Law Review*, n.º 55, págs. 175-214.

MARTÍNEZ VARGAS, J. y LABATUT SERER, G. [2009]: «Evolución y significatividad de las diferencias entre el resultado contable y el fiscal en las grandes empresas españolas», *Revista Europea de Dirección y Economía de la Empresa*, n.º 18 (1), págs. 85-104.

MARTÍNEZ VARGAS, J. [2006]: «Diferencias entre contabilidad y fiscalidad en las grandes empresas españolas. Evolución de la presión fiscal en el periodo 1990-2002», *Partida Doble*, n.º 175, págs. 10-23.

MOLINA LLOPIS, R. [2005]: *Presión fiscal en las pymes. Estudio de su incidencia en la Comunidad Valenciana*, Madrid, AECA.

MORENO ROJAS, J.; LÓPEZ HERRERA, D.; KRONBAUER, C. V. y SOUZA, M. A. [2010]: «La activación de las diferencias temporales positivas en empresas cotizadas españolas: un estudio empírico», *Contabilidad, Gestao e Governanca*, n.º 13, págs. 3-15.

OLLEROS RODRÍGUEZ, A. M. [2010]: «Criterios para completar la nota de la memoria normal relativa al Impuesto sobre Sociedades», *CISS Técnica Contable*, n.º 727, págs. 39-48.

SANZ GADEA, E. [2009]: «Impuesto sobre Sociedades y reforma contable I», *RCyT. CEF*, n.º 314, págs. 63-146.

SOUSA FERNÁNDEZ, F. [2009]: «Fundamentos conceptuales del resultado global», *Revista de Contabilidad*, n.º 12 (2), págs. 46-61.

ZAMORA RAMÍREZ, C.; MORENO ROJAS, J. y RUEDA TORRES, J. A. [2014]: «Contabilidad del Impuesto sobre beneficios y el resultado global: relevancia valorativa en el mercado financiero español», *Revista de Contabilidad*, n.º 17 (2), págs. 174-182.

ZORIO, A. y PASTOR HERVÁS, G. [2012]: «Resultado global: Cambios en la regulación y divulgación por parte de las empresas del IBEX», *Academia. Revista Latinoamericana de Administración*, n.º 49, págs. 58-73.

NIA-ES 560. HECHOS POSTERIORES AL CIERRE

Jesús García Álvaro

Economista y auditor de cuentas

EXTRACTO

Los hechos ocurridos con posterioridad al cierre contable de una entidad pueden poner de manifiesto situaciones que afectan directamente a su imagen fiel al suponer una modificación de cifras o una mayor información a facilitar. La NIA-ES 560 regula la actuación del auditor ante esta problemática y la posible incidencia en su informe de auditoría.

Palabras claves: hechos posteriores, modificar informe de auditoría y estados financieros.

ISA 560. SUBSEQUENT EVENTS

ABSTRACT

The events subsequent to the closing of an entity, may be to highlight situations that directly affect its fair to suppose a modification of figures or further information to facilitate. The ISA 560 regulates the performance of the auditor before this problem and the potential impact in its audit report.

Keywords: subsequent events, modify audit report and financial statements.

Sumario

1. Periodo transitorio
2. Modificaciones relevantes
3. Contenido y análisis de la NIA-ES 560
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Objetivos
 - 3.3. Definiciones
 - 3.4. Requerimientos

1. PERIODO TRANSITORIO

Actualmente nos encontramos en un periodo transitorio en el que siendo de aplicación la Norma Técnica de Auditoría (NTA) sobre «Hechos posteriores» (Resolución de 26 de febrero de 2003, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas-BOICAC 53), es necesario abordar el tratamiento que de los hechos posteriores realiza la NIA-ES 560, ya que, al igual que el resto de las NIA incorporadas al ordenamiento jurídico español, comenzarán a aplicarse a los trabajos de auditoría correspondientes a los ejercicios económicos que comiencen a partir del 1 de enero de 2014, y a todos aquellos trabajos de auditoría contratados a partir del 1 de enero de 2015, cualquiera que sea el ejercicio al que se refiera el trabajo contratado. A nivel práctico supone que al ejercicio económico 2013 (si es partido 2013/2014) le seguirán siendo de aplicación las NTA actuales, y que las NIA se aplicarán a las auditorías del ejercicio 2014 (si es partido 2014/2015), así como a los trabajos de auditoría de los ejercicios anteriores que se contraten a partir del 1 de enero de 2015.

2. MODIFICACIONES RELEVANTES

De la comparación entre la vigente NTA sobre hechos posteriores y la NIA-ES 560, se infiere que no se va a producir un cambio radical en el tratamiento de los hechos posteriores, básicamente porque cuando se elaboró la norma actual se tuvo como fuente de inspiración la normativa internacional. De hecho, sin considerar el aspecto formal de presentación y el estilo de redacción, las diferencias relevantes entre la vigente norma técnica y la NIA-ES 560 se pueden circunscribir a las siguientes:

- a) Aparece como nuevo concepto delimitador de la responsabilidad del auditor la «fecha de publicación» de los estados financieros auditados en lugar de la actual «fecha de entrega del informe», que pasa a ocupar una posición residual como cláusula cierre.
- b) Desaparece la posibilidad de utilizar el doble fechado en el informe de auditoría y, por lo tanto, de que el auditor limite su responsabilidad al análisis del hecho o hechos posteriores concretos de los que ha tenido conocimiento después de la firma de su informe de auditoría.

3. CONTENIDO Y ANÁLISIS DE LA NIA-ES 560

La NIA-ES 560, al igual que el resto de las NIA, dispone de un índice con los apartados en los que está estructurada la norma, que a la sazón son los siguientes:

1. **Introducción:** establece el alcance de la norma y los tipos de hechos posteriores.
2. **Objetivos:** concreta el objetivo de la norma.
3. **Definiciones:** se concretan y acotan determinados conceptos que aparecen a lo largo de la norma, sin lo cual sería difícil comprender el sentido de lo regulado.
4. **Requerimientos:** son las obligaciones que tienen los auditores en el análisis y tratamiento de los hechos posteriores en los trabajos de auditoría.
5. **Guías de aplicación y notas aclaratorias:** complementan y aclaran el contenido de los apartados anteriores. En el presente artículo serán consideradas en el desarrollo de los apartados anteriores.

Desde un punto de vista didáctico, resulta conveniente comenzar por el apartado relativo a las definiciones, para posteriormente entrar a analizar el resto de los apartados. Así, en la NIA-ES 560 aparecen las siguientes definiciones:

- **Fecha de los estados financieros:** fecha de cierre de las cuentas anuales o de los estados financieros intermedios.
- **Fecha de aprobación de los estados financieros:** fecha de formulación de las cuentas anuales.
- **Fecha del informe de auditoría:** fecha puesta por el auditor en el informe de auditoría.
- **Fecha de publicación de los estados financieros:** primera fecha en la que se ponen a disposición de terceros los estados financieros auditados y el informe de auditoría, pudiéndose entender por esta fecha las siguientes:
 - La de su publicación en los registros públicos oficiales.
 - La de su publicación en la página web de los organismos supervisores o de la propia sociedad auditada.
 - En defecto de las anteriores, la de la entrega del informe de auditoría.
- **Hechos posteriores al cierre:** hechos ocurridos entre la fecha de los estados financieros y la fecha del informe de auditoría, así como los que llegan a conocimiento del auditor después de la fecha de su informe de auditoría.

3.1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el apartado 1 de la NIA-ES 560, el alcance de la norma es tratar la responsabilidad del auditor en relación con los hechos posteriores al cierre, en una auditoría de esta-

dos financieros. Este mismo alcance lo establece la actual NTA sobre hechos posteriores en su apartado 5 c).

Por lo que se refiere al concepto de hecho posterior y a su tipología, las dos normas (NIA-ES 560 y la actual norma técnica) son coincidentes. Así pues, ambas determinan que los hechos posteriores son aquellos que ocurren con posterioridad a la fecha de los estados financieros auditados. Respecto de la tipología establecen los dos tipos siguientes:

- a) Hechos posteriores que proporcionan evidencia adicional sobre condiciones que ya existían a la fecha de los estados financieros y que por su materialidad suponen una modificación de saldos, cifras o transacciones y su correspondiente información en la memoria, o simplemente requieren información en la memoria.

Como ejemplo de un hecho posterior que modifica saldos, cifras o transacciones se podría considerar un cliente cuyo saldo al cierre contable de acuerdo con el análisis efectuado está razonablemente provisionado en un 25 %, pero en febrero del ejercicio siguiente y de manera sorpresiva decide disolverse y liquidar la sociedad, lo que implica, de acuerdo con estimaciones razonables, que se recuperará aproximadamente un 15 % del saldo total. Esta circunstancia aporta una evidencia adicional sobre el hecho de la morosidad del cliente que ya conocíamos. Ello implicará que la sociedad deberá aumentar la provisión del 25 al 85 % y además tendrá que informar en la nota de la memoria del hecho posterior en cuestión que ha motivado este incremento en el deterioro del crédito.

Por otra parte, como ejemplo de hecho posterior que únicamente modifica el contenido de la memoria, podría ser el hecho de que la sociedad en el ejercicio auditado haya firmado un preacuerdo con un futuro cliente, que de materializarse va a suponer un incremento sustancial de las ventas, y que con posterioridad al cierre contable de los estados financieros se produce la firma definitiva del contrato en el que la sociedad se compromete a suministrar el producto y el cliente a adquirirlo en las condiciones estipuladas. Este hecho aporta evidencia adicional sobre hechos o circunstancias ya conocidas al cierre, pero no supone una modificación de saldos, transacciones o cifras, pero sí del contenido de la memoria por su relevancia para los destinatarios de los estados financieros auditados.

- b) Hechos posteriores que proporcionan evidencia sobre condiciones que surgieron con posterioridad a la fecha de los estados financieros y que, por lo tanto, no modifican saldos, cifras o transacciones al cierre del ejercicio, pero que por su importancia para los destinatarios de los estados financieros deben ser informados en dichos estados (en la memoria), con la finalidad de evitar una interpretación errónea o incompleta de los mismos.

Como ejemplo representativo de este tipo de hechos, valdría remitirse al mencionado anteriormente del preacuerdo comercial con un cliente futuro. Si el preacuerdo se produce con posterioridad al cierre contable de los estados financieros, no

aportaría evidencia sobre circunstancias, hechos o situaciones existentes al cierre, pero dada su relevancia debería informarse de este hecho en la nota de la memoria sobre hechos posteriores.

3.2. OBJETIVOS

La NIA-ES 560 establece dos objetivos para el auditor:

1. Obtener evidencia suficiente y adecuada sobre si los hechos posteriores ocurridos entre la fecha de los estados financieros auditados y la fecha del informe de auditoría y que requieran ser ajustados o ser informados en los estados financieros, se han reflejado adecuadamente según el marco de información financiera que le sea aplicable.
2. Reaccionar adecuadamente ante hechos posteriores que le lleguen a su conocimiento después de la fecha del informe de auditoría y que de haber sido conocidos a esa fecha le podrían haber hecho modificar el informe de auditoría.

3.3. DEFINICIONES

Este apartado ha sido objeto de tratamiento anteriormente, por lo que hay que remitirse a lo ya indicado.

3.4. REQUERIMIENTOS

Como ya se ha indicado, este apartado contiene las pautas obligatorias para el auditor en el análisis, verificación y calificación de los hechos posteriores. A estos efectos la NIA-ES 560 enmarca los hechos posteriores en los siguientes tres apartados:

- a) Hechos ocurridos entre la fecha de los estados financieros y la fecha del informe de auditoría (asimilable en la actual NTA sobre hechos posteriores al apartado «Hechos posteriores ocurridos hasta la fecha del informe de auditoría»).
- b) Hechos que llegan a conocimiento del auditor con posterioridad a la fecha del informe de auditoría pero con anterioridad a la fecha de publicación de los estados financieros (asimilable en la actual NTA sobre hechos posteriores al apartado «Hechos descubiertos después de la fecha del informe pero antes de su entrega»).
- c) Hechos que llegan a conocimiento del auditor con posterioridad a la fecha de publicación de los estados financieros (asimilable en la actual NTA sobre hechos

posteriores al apartado «Hechos descubiertos después de la entrega del informe de auditoría»).

3.4.1. Hechos ocurridos entre la fecha de los estados financieros y la fecha del informe de auditoría (asimilable en la actual NTA sobre hechos posteriores al apartado «Hechos posteriores ocurridos hasta la fecha del informe de auditoría»)

El contenido de este apartado es esencialmente el mismo que el recogido en los puntos 6, 7 y 8 del apartado «Hechos posteriores ocurridos hasta la fecha del informe de auditoría» de la actual NTA sobre hechos posteriores.

En este sentido, se establece que el auditor deberá aplicar procedimientos de auditoría para obtener evidencia suficiente y adecuada de que ha identificado todos los hechos posteriores ocurridos en el periodo de referencia, que atendiendo a la materialidad determinada por el auditor, requieran un ajuste en cifras, saldos o transacciones, o una revelación de información en los estados financieros y que dichos estados los recogen adecuadamente. Asimismo, el auditor debe solicitar a la sociedad auditada una manifestación escrita de la dirección o de los responsables de su gobierno, de que todos los hechos posteriores ocurridos después de la fecha de los estados financieros que deben ser objeto de ajuste o revelación según el marco normativo de información financiera aplicable han sido ajustados o revelados en los mencionados estados financieros auditados (normalmente esta manifestación es un punto de la carta de manifestaciones general que el auditor debe solicitar a la sociedad en cada trabajo de auditoría).

El auditor tendrá en cuenta la valoración del riesgo que haya realizado para determinar la naturaleza y el alcance de los procedimientos de auditoría a realizar, si bien con carácter obligatorio debe incluir al menos los siguientes (básicamente son los mismos que figuran en la actual NTA sobre hechos posteriores):

- Obtener conocimiento de los procedimientos establecidos por la sociedad para garantizar que se identifican los hechos posteriores.
- Indagar ante la sociedad (dirección y responsables del gobierno) si han ocurrido hechos posteriores que puedan afectar a los estados financieros auditados.
- Lectura de las actas de los órganos de la sociedad (junta de accionistas, dirección, responsables del gobierno) celebradas con posterioridad al cierre de los estados financieros y, en caso de que todavía no haya actas, investigar las cuestiones tratadas en esas reuniones.
- Análisis de los últimos estados financieros intermedios disponibles posteriores al cierre contable.

3.4.2. Hechos que llegan a conocimiento del auditor con posterioridad a la fecha del informe de auditoría pero con anterioridad a la fecha de publicación de los estados financieros (asimilable en la actual NTA sobre hechos posteriores al apartado «Hechos descubiertos después de la fecha del informe pero antes de su entrega»)

La NIA-ES 560 establece que el auditor no está obligado a aplicar procedimientos de auditoría una vez haya fechado su informe de auditoría. Igualmente, establece que si llegase a conocimiento del auditor un hecho posterior que, de haberlo conocido en la fecha del informe de auditoría, pudiera haberlo modificado, el auditor tiene la obligación de analizar y valorar el mencionado hecho posterior. Asimismo, dispone la obligación por parte de la sociedad auditada de informar al auditor de los hechos posteriores de los que haya tenido conocimiento en el periodo referido y que pudieran afectar a los estados financieros auditados.

Estos aspectos están regulados en similares términos en la actual NTA sobre hechos posteriores. No obstante, se podría decir que este es el apartado que recoge las modificaciones relevantes con respecto a la actual NTA sobre hechos posteriores. Es decir, aparece el concepto de «fecha de publicación» sustituyendo al concepto «fecha de entrega del informe» y se elimina la posibilidad de doble fechado en el informe de auditoría y con ello la opción del auditor de limitar su responsabilidad al análisis y valoración del hecho posterior que le ha sido comunicado, quedando como única opción/obligación asumir la responsabilidad del análisis y valoración de todos los hechos posteriores ocurridos en el periodo de tiempo referido (fecha del informe de auditoría/fecha de publicación).

Como consecuencia del hecho posterior comunicado al auditor por la sociedad, esta puede tomar la decisión de modificar o no los estados financieros auditados.

Si la sociedad modifica los estados financieros, el auditor deberá aplicar los procedimientos de auditoría comentados en el apartado anterior 3.4.1, para obtener evidencia suficiente y adecuada sobre todos los hechos posteriores del periodo comprendido entre la fecha del informe y la fecha del nuevo informe de auditoría que el auditor tendrá que emitir en sustitución del anterior y cuya fecha no podrá ser anterior a la de la modificación por la sociedad de los estados financieros auditados.

Si la sociedad no modifica los estados financieros a pesar de que el auditor estima que deben ser modificados, el auditor actuará en función de si previamente ha entregado o no el informe de auditoría:

- a) Si no ha entregado el informe de auditoría, emitirá un nuevo informe en sustitución del anterior, con una opinión modificada (opinión con salvedades, opinión adversa u opinión denegada) y entregará el nuevo informe.
- b) Si ya hubiera previamente entregado el informe de auditoría, el auditor deberá notificar a la sociedad que no divulgue a terceros los estados financieros hasta que

no los modifique. Si la sociedad hace caso omiso y publica los estados financieros sin modificar, el auditor debe adoptar medidas adecuadas para tratar de evitar que terceros confíen en su informe de auditoría.

Adicionalmente, el punto de aplicación A13 posibilita que no sea necesario modificar los estados financieros, cuando la publicación de los estados financieros correspondientes al periodo siguiente sea inminente, siempre y cuando se revele información adecuada del hecho posterior en dichos estados financieros. Esta posibilidad viene recogida en la actual NTA sobre hechos posteriores pero en el apartado «Hechos descubiertos después de la entrega del informe de auditoría».

3.4.3. Hechos que llegan a conocimiento del auditor con posterioridad a la fecha de publicación de los estados financieros (asimilable en la actual NTA sobre hechos posteriores al apartado «Hechos descubiertos después de la entrega del informe de auditoría»)

La NIA-ES 560 establece que el auditor no está obligado a aplicar procedimientos de auditoría una vez los estados financieros auditados se hayan publicado. Sin embargo, establece que si llegase a conocimiento del auditor un hecho posterior que, de haberlo conocido en la fecha del informe de auditoría, pudiera haberle llevado a modificarlo, el auditor tiene la obligación de analizarlo y valorarlo. En este sentido, omite cualquier referencia a la sociedad auditada como responsable de informar al auditor de los hechos posteriores que hayan tenido conocimiento en el periodo referido y que pudieran afectar a los estados financieros auditados. En similares términos está regulado en la actual NTA sobre hechos posteriores.

Como consecuencia del hecho posterior conocido, la sociedad puede decidir si modifica o no los estados financieros auditados.

Si la sociedad modifica los estados financieros, el auditor:

- a) Aplicará los procedimientos de auditoría necesarios en tales circunstancias y ampliará los procedimientos de auditoría anteriormente comentados en el apartado 3.4.1., para obtener evidencia suficiente y adecuada sobre todos los hechos posteriores del periodo comprendido entre la fecha de la publicación de los estados financieros y la fecha del nuevo informe de auditoría que el auditor tendrá que emitir en sustitución del anterior y cuya fecha no podrá ser anterior a la de la modificación por la sociedad de los estados financieros auditados.

El nuevo informe incluirá un párrafo de «énfasis» o de «otras cuestiones» que remita a la nota de la memoria en la que se informe de las razones de la modificación de los estados financieros y que el nuevo informe de auditoría sustituye al anterior. En la actual NTA sobre hechos posteriores, únicamente se hace referencia a la inclusión de un párrafo de énfasis.

- b) Revisará las medidas adoptadas por la sociedad para garantizar que se informe de la situación a aquellos que hayan recibido anteriormente los estados financieros y el informe de auditoría publicados.

Si la sociedad no modifica los estados financieros a pesar de que el auditor considera que debe hacerlo, ni adopta medidas para garantizar que se informe de la situación a aquellos que hayan recibido anteriormente los estados financieros y el informe de auditoría publicados, el auditor notificará a la sociedad que tratará de evitar que se confíe en su informe de auditoría. Si a pesar de ello la sociedad no adopta las medidas necesarias, el auditor llevará a cabo las actuaciones adecuadas para tratar de evitar que se confíe en su informe de auditoría.

Finalmente, es destacable que, a diferencia de lo que ocurre en la actual NTA sobre hechos posteriores, la NIA-ES 560 no hace referencia en este apartado (y sí en el anterior) a la posibilidad de no modificar los estados financieros cuando la publicación de los estados financieros correspondientes al periodo siguiente sea inminente; siempre y cuando se revele información adecuada en dichos estados financieros del hecho posterior.

NIA-ES 570. EMPRESA EN FUNCIONAMIENTO

Jesús García Álvaro

Economista y auditor de cuentas

EXTRACTO

La procedencia o no de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento en la formulación de los estados contables es consustancial a la continuidad en el tiempo de las entidades, y conlleva diferentes situaciones que, en su caso, el auditor deberá reflejar en su informe a través de párrafos de énfasis o salvedades.

Palabras claves: principio de empresa en funcionamiento, opinión denegada y párrafo de énfasis.

ISA 570. GOING CONCERN

ABSTRACT

Source or non-application of the principle of company operating in the formulation of the financial statements is inherent to the continuity in time of the entities, and leads to different situations which, in his case, the auditor should reflect in its report through paragraphs of emphasis or caveats.

Keywords: principle of going concern, denied review and emphasis of matter paragraph.

Sumario

1. Periodo transitorio
2. Modificaciones relevantes
3. Contenido y análisis de la NIA-ES 570
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Objetivos
 - 3.3. Requerimientos

1. PERIODO TRANSITORIO

Actualmente nos encontramos en un periodo transitorio en el que siendo de aplicación la Norma Técnica de Auditoría (NTA) sobre «Aplicación del principio de empresa en funcionamiento» (Resolución de 31 de mayo de 1993, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, modificada por la Resolución de 20 diciembre de 2013), es necesario abordar el tratamiento que del principio de empresa en funcionamiento realiza la NIA-ES 570, ya que, al igual que el resto de las NIA incorporadas al ordenamiento jurídico español, comenzará a aplicarse a los trabajos de auditoría correspondientes a los ejercicios económicos que comiencen a partir del 1 de enero de 2014, y a todos aquellos trabajos de auditoría contratados a partir del 1 de enero de 2015, cualquiera que sea el ejercicio al que se refiera el trabajo contratado. A nivel práctico supone que al ejercicio económico 2013 (si es partido 2013/2014) le seguirán siendo de aplicación las NTA actuales, y que las NIA se aplicarán a las auditorías del ejercicio 2014 (si es partido 2014/2015), así como a los trabajos de auditoría de los ejercicios anteriores que se contraten a partir del 1 de enero de 2015.

2. MODIFICACIONES RELEVANTES

La reciente modificación, que mediante la Resolución de 20 de diciembre de 2013 se ha realizado de la NTA sobre «Aplicación del principio de empresa en funcionamiento» (Resolución de 31 de mayo de 1993, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas), ha supuesto que el contenido de la actual norma técnica sea esencialmente igual a lo dispuesto en la NIA-ES 570, «Empresa en funcionamiento».

3. CONTENIDO Y ANÁLISIS DE LA NIA-ES 570

La NIA-ES 570, al igual que el resto de las NIA, dispone de un índice con los apartados en los que está estructurada la norma, que a la sazón son los siguientes:

1. **Introducción:** establece el alcance de la norma y la definición de las responsabilidades de la entidad auditada y del auditor.
2. **Objetivo:** concreta el objetivo de la norma.
3. **Requerimientos:** establece las obligaciones que tiene el auditor en el análisis y tratamiento del principio de empresa en funcionamiento en los trabajos de auditoría.

4. **Guías de aplicación y notas aclaratorias:** complementa y aclara el contenido de los apartados anteriores. En el presente artículo están consideradas en el desarrollo de los apartados anteriores.

3.1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del principio de empresa en funcionamiento en la formulación de los estados financieros implica partir de la hipótesis de que la entidad auditada tiene la intención y la posibilidad de continuar su actividad en el futuro y, por lo tanto, dispone de la capacidad para realizar sus activos y liquidar sus pasivos.

La norma tiene como alcance determinar las responsabilidades del auditor en el análisis y valoración de la aplicación, por la entidad auditada, del principio de empresa en funcionamiento en la formulación de sus estados financieros.

En este sentido, la norma establece la responsabilidad para la dirección de la entidad auditada de efectuar una valoración de la capacidad de la entidad para continuar su actividad en el tiempo así como de la información que al respecto contienen los estados financieros, con independencia de que el marco normativo de información financiera aplicable se lo exija o no.

Por otra parte, establece que la responsabilidad del auditor se circunscribe a obtener evidencia suficiente y adecuada sobre la idoneidad de que los estados financieros se hayan formulado de acuerdo con el principio de empresa en funcionamiento, así como a poner de manifiesto aquellas incertidumbres que pudieran afectar a la continuidad de la entidad auditada. No obstante, la propia norma señala que dada la imposibilidad de que el auditor prediga hechos o condiciones futuros, la ausencia de incertidumbres sobre este aspecto en el informe del auditor no implica que este esté garantizando la continuidad de la entidad.

3.2. OBJETIVOS

En consonancia con la responsabilidad del auditor, la norma establece como objetivos del auditor los siguientes:

- Obtener evidencia suficiente y adecuada sobre la idoneidad de que los estados financieros se hayan formulado de acuerdo con el principio de empresa en funcionamiento.
- Determinar la existencia de posibles incertidumbres que pudieran afectar a la continuidad de la entidad.
- Establecer las consecuencias que las situaciones planteadas tienen en el informe del auditor.

3.3. REQUERIMIENTOS

La norma dispone que, en el proceso de valoración de los riesgos de la entidad auditada, el auditor debe tener en cuenta la posible existencia de hechos o condiciones que puedan poner en duda la capacidad de la entidad para continuar su actividad en el futuro inmediato. En este sentido la propia norma realiza, a título de ejemplo no limitativo, una enumeración de hechos o condiciones que pudieran generar dudas sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento y que, en su caso, pueden ser mitigados por otros factores que el auditor debe sopesar en la valoración.

Asimismo, la norma diferencia cómo debe actuar el auditor en el caso en el que la dirección de la entidad haya efectuado o no una valoración preliminar sobre la capacidad de la entidad para continuar su actividad:

- a) La dirección de la entidad ha efectuado una valoración (no inferior a 12 meses vista): el auditor debe discutir su contenido con la dirección, y en el caso de que se hubieran detectado incertidumbres (hechos o condiciones) que pudieran afectar a la continuidad de la entidad, este debe analizar los planes diseñados por la entidad para solventarlas, e indagar ante la dirección la posible existencia de hechos o condiciones ocurridos con posterioridad al periodo de valoración, que pueda poner en cuestión la continuidad de la entidad.
- b) La dirección de la entidad no ha efectuado la valoración: el auditor discutirá con la dirección la procedencia de aplicar el principio de empresa en funcionamiento y la posible existencia de hechos o condiciones que pudieran generar dudas sobre la continuidad de la entidad.

En el caso de que el auditor haya detectado hechos o condiciones que pudieran hacer dudar sobre la continuidad de la entidad, debe obtener evidencia suficiente y adecuada, mediante la realización, entre otros, de procedimientos de auditoría establecidos en la propia norma, para determinar si existe o no una o varias incertidumbres, y siempre valorando conjuntamente los factores causantes y mitigantes de los indicados hechos o condiciones.

Con la evidencia obtenida, el auditor debe concluir si existen o no incertidumbres significativas que hagan dudar sobre la continuidad de la entidad, entendiéndose por tal cuando la magnitud de su impacto potencial y la probabilidad de que ocurra son tales que, a su juicio, es necesaria una adecuada información sobre la naturaleza y las implicaciones de la incertidumbre en los estados financieros para que:

- Reflejen la imagen fiel, en el caso de un marco de información financiera de imagen fiel.
- No induzcan a error en el caso de un marco de cumplimiento.

Considerando el resultado de la evidencia obtenida por el auditor, la norma diferencia tres situaciones con efectos en el informe de auditoría:

- Utilización adecuada de la hipótesis de empresa en funcionamiento, pese a la existencia de una incertidumbre material.
- Utilización inadecuada de la hipótesis de empresa en funcionamiento.
- Falta de disposición de la dirección para realizar o ampliar su valoración.

3.3.1. Utilización adecuada de la hipótesis de empresa en funcionamiento, pese a la existencia de una incertidumbre material

Esta situación se produce cuando el auditor ha detectado hechos o condiciones que pueden hacerle dudar sobre la continuidad de la entidad. Sin embargo, una vez analizados conjuntamente los factores causantes y mitigantes de esos hechos o situaciones, el auditor ha llegado a la conclusión de que la entidad puede continuar, y por lo tanto entiende que la formulación de los estados financieros bajo el principio de empresa en funcionamiento es adecuada. La incidencia en el informe del auditor tiene dos vertientes:

- Si la memoria de la entidad describe adecuadamente los hechos o condiciones que provocan la existencia de la incertidumbre sobre su continuidad, así como los planes de la entidad para afrontarla, la opinión del auditor será favorable, pero está obligado a incluir un párrafo de énfasis (la norma incluye modelo de párrafo), en el que explique la existencia de la correspondiente incertidumbre y se refiera a la nota de la memoria de los estados financieros que informa sobre ella.
- Si la memoria de la entidad no describe, o lo hace inadecuadamente, los hechos o condiciones que provocan la existencia de la incertidumbre sobre su continuidad, ni los planes de la entidad para afrontarla, el auditor incluirá en su informe una salvedad por falta de información en la memoria (no por incertidumbre, ya que actualmente la regla general es que las incertidumbres han dejado de ser salvedades), que dará lugar a una opinión con salvedades o desfavorable (la norma incluye modelos de párrafos), en función del carácter significativo o muy significativo de la omisión de información. En este caso no procede la inclusión del párrafo de énfasis, al no poder enfatizar algo que no está en la memoria.

Es preciso señalar en relación con la naturaleza como salvedad de las incertidumbres que, únicamente en casos extremos, cuando el auditor detecta múltiples incertidumbres cuyo efecto conjunto en los estados auditados sea muy significativo, se pueden considerar como salvedades, pero ello implica que el auditor estará obligado a emitir una opinión denegada. Asimismo, es conveniente recordar que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en la Consulta 1

del BOICAC 92 (NFC045897) indica que «Ha de precisarse que, a los efectos de poder denegar la opinión porque existan múltiples incertidumbres, debe considerarse como una única incertidumbre las dudas surgidas de la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, aunque vengan motivadas por varios factores causantes o generadores de dudas».

3.3.2. Utilización inadecuada de la hipótesis de empresa en funcionamiento

Cuando la entidad ha formulado los estados financieros bajo el principio de empresa en funcionamiento y, a juicio del auditor, no proceda al encontrarse la entidad en una situación de no continuidad en el tiempo (disolución, liquidación...), el informe de auditoría contendrá una opinión desfavorable, con independencia de que los estados financieros informen de dicha aplicación inadecuada.

Sin embargo, cuando no siendo de aplicación el principio de empresa en funcionamiento, la entidad formula sus estados financieros sobre una base alternativa que suponga un marco de información financiera aceptable en esas circunstancias (criterio de liquidación...), el auditor puede realizar la auditoría ateniéndose al contenido de ese nuevo marco, teniendo en cuenta que la norma entiende que puede ser apropiado o necesario incluir un párrafo de énfasis en el informe de auditoría para llamar la atención del usuario sobre la base alternativa y sobre los motivos de su utilización. En este sentido, es preciso recordar que como desarrollo del Plan General de Contabilidad, la Resolución de 18 de octubre de 2013, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas regula el marco de información financiera aplicable cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

3.3.3. Falta de disposición de la dirección para realizar o ampliar su valoración

Si la dirección de la entidad, a petición del auditor, no realiza o amplía la valoración sobre la continuidad de la entidad auditada, el auditor se encontrará ante una limitación al alcance que dará lugar a una opinión con salvedades o denegada, en función de la relevancia de la limitación.

Adicionalmente, la norma hace referencia a la obligación del auditor de comunicar a la entidad auditada:

- Las incertidumbres identificadas que pudieran poner de manifiesto dudas sobre su continuidad, la oportunidad o no de aplicar el principio de empresa en funcionamiento en la formulación de los estados auditados.
- La adecuación de la información que al respecto contiene la memoria.

Finalmente, la norma llama la atención al auditor sobre el hecho de que si se produce un retraso significativo en la aprobación de los estados financieros, debe indagar si se debe a hechos o condiciones que puedan tener que ver con la capacidad de la entidad para continuar como empresa en funcionamiento, en cuyo caso deberá actuar en consecuencia con lo indicado.

SEGUNDO EJERCICIO RESUELTO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE HACIENDA (PROMOCIÓN INTERNA)

Javier Romano Aparicio

José Tovar Jiménez

Profesores del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso, por el sistema general de promoción interna, en el Cuerpo Técnicos de Hacienda, convocado por la Resolución de 13 de octubre de 2014 (BOE de 30 de octubre)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera y de sociedades.** Distribución del resultado, operaciones con acciones propias, ampliación de capital con aportaciones dinerarias, cancelación de pasivos financieros, cartera de negociación, cobro de dividendos, activos financieros disponibles para la venta y reducción de capital social.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Liquidación del Impuesto sobre Sociedades, contabilización del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades con diferencias temporarias y conciliación del resultado contable y de la base imponible.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Regla de prorrata general, operaciones del ejercicio, determinación de la prorrata definitiva y ajuste contable del IVA deducible.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Operaciones con existencias, cálculo del valor de las existencias finales y determinación del resultado.
- Caso 5. Matemáticas financieras.** Cálculo de la duración Macaulay y de la duración modificada de las obligaciones del Estado.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Contabilidad financiera y de sociedades

APARTADO 1

La sociedad anónima ANOSIN, que se dedica a actividades comerciales, presenta el 31 de diciembre de 20X3 el siguiente balance de situación, expresado en euros:

	Activo	Patrimonio neto y pasivo	
20.000	Inmovilizado intangible	Capital social	60.000
50.000	Inmovilizado material	Reservas voluntarias negativas	(6.000)
20.000	Inversiones financieras a corto plazo	Resultado negativo del ejercicio	(1.500)
65.000	Otro activo corriente	Pasivo no corriente	2.500
		Pasivo corriente	100.000
155.000	Total	Total	155.000

Información complementaria referida al contenido del balance:

- La sanidad se constituyó en el ejercicio 20X3.
- Las acciones tienen un valor nominal de 1 euro.
- Las inversiones financieras a corto plazo recogen, entre otras partidas, 1.000 acciones de la sociedad DERP mantenidas para negociar. El precio de compra fue de 9 euros cada una, soportando además unos gastos de la operación de 1.000 euros. Al cierre del ejercicio 20X3 estas acciones tienen un valor de 10 euros cada una. Las acciones tienen un valor nominal de 10 euros.
- El 1 de octubre de 20X3 negoció con un banco un crédito puente a corto plazo, con vencimiento en el momento en que la sociedad amplíe capital con aportaciones dinerarias. El préstamo, de 80.000 euros, devenga un interés del 6% anual, a pagar por semestres vencidos.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X4:

1. El 1 de febrero de 20X4 se celebra la junta general de accionistas y toma, entre otros, los siguientes acuerdos que se ejecutarán a lo largo del ejercicio:

- 1) Las pérdidas del ejercicio se destinan a resultados negativos de ejercicios anteriores.
- 2) Acuerda ampliar capital, que hará efectiva más adelante. Se emitirán acciones del mismo valor nominal que las antiguas, a 4 euros cada una. La proporción de la ampliación será de 10 acciones nuevas por cada 3 antiguas.
2. El 15 de febrero de 20X4 la sociedad DERP vende a la sociedad 6.000 acciones emitidas por ANOSIN, a 3 euros cada una, con unos gastos de 0,10 euros cada una. Toda la operación se hace al contado.
3. El 1 de marzo de 20X4 la sociedad inscribe en el Registro Mercantil la ampliación de capital aprobada en junta general, cubierta en su totalidad, con desembolso a través de bancos. Los gastos de la ampliación se elevaron a 6.000 euros, abonados por bancos.
4. El 1 de marzo de 20X4 cancela la deuda con el banco. Además regulariza la situación con el patrimonio neto, incluida la eliminación de las pérdidas y vende las acciones propias a 4 euros cada una. Los gastos de la operación abonados se elevaron a 200 euros.
5. El 1 de mayo de 20X4 la sociedad DERP acuerda en junta general repartir un dividendo por acción de 2 euros y anuncia que próximamente reducirá el nominal de las acciones en el 5 % con cargo a reservas disponibles, sin devolución de aportaciones.
6. El 1 de junio de 20X4 cobra el dividendo correspondiente de las acciones que posee de DERP y recibe de esta información de que se ha inscrito en el Registro Mercantil la reducción de capital anunciada anteriormente.
7. Al cierre del ejercicio 20X4 las acciones de la sociedad cotizan a 5 euros cada una, siendo el gasto previsto en la venta de 0,20 euros cada una.
8. Al cierre del ejercicio 20X4 las acciones de DERP cotizan en el mercado de valores a 8 euros cada una.

APARTADO 2

La sociedad DERP suscribió a la constitución de la sociedad ANOSIN 10.000 acciones calificadas como disponibles para la venta y emitidas por su valor nominal. Los gastos de gestión abonados se elevaron a 200 euros. Al cierre del ejercicio 20X3 las acciones tienen un valor en el mercado de 2 euros cada una. La sociedad DERP tiene emitidas 1.000.000 de acciones de nominal 10 euros.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X4:

1. El 1 de febrero de 20X4 la sociedad asiste a la junta general de accionistas de la sociedad ANOSIN y tiene conocimiento de todos los acuerdos tomados en la misma.

2. El 15 de febrero de 20X4 vende 6.000 acciones de ANOSIN a 3 euros cada una, con unos gastos de 0,10 euros cada una. Toda la operación se efectúa a través de bancos.
3. El 1 de marzo de 20X4 suscribe las acciones que le corresponden de la sociedad ANOSIN y abona además 200 euros de gastos de intermediación.
4. El 1 de mayo de 20X4 acuerda en junta general repartir un dividendo por acción de 2 euros, con cargo a beneficios y que abonará en el mes siguiente. Se acuerda también reducir capital próximamente, minorando el nominal de todas las acciones en un 50 %, con cargo a reservas disponibles, con el fin de evitar la oposición de los acreedores.
5. El 1 de junio de 20X4 abona el dividendo aprobado para todas las acciones y anuncia que ha quedado inscrita en el Registro Mercantil la reducción del nominal de las acciones. Los gastos incurridos en las operaciones y abonados por bancos se elevaron a 10.000 euros.
6. El 31 de diciembre de 20X4 las acciones de ANOSIN cotizan en la bolsa de valores a 5 euros cada una, siendo el gasto previsto en la venta de 0,20 euros cada una.

Trabajo a realizar

Realice las anotaciones contables que corresponda, siguiendo el orden señalado en los puntos anteriores, en ambas sociedades.

(Para la resolución del este supuesto no es necesario que utilice las cuentas de los grupos 8 y 9 del Plan General de Contabilidad).

(En el caso de que el opositor estime que en algún punto de los apartados anteriores no es preciso realizar ninguna anotación contable, deberá hacerlo constar).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN

APARTADO 1

Desarrollo de la información complementaria:

- El capital social de ANOSIN está formado por 60.000 acciones de 1 euro de valor nominal.

- La partida de «Inversiones financieras a corto plazo» recoge, entre otras, 1.000 acciones de la sociedad DERP incluidas en la cartera de negociación que al estar valoradas a valor razonable actualmente tienen un valor contable de $1.000 \times 10 = 10.000$.
- El préstamo a corto plazo incluido en el pasivo corriente, a nivel de cuentas, estará recogido en las siguientes cuentas:
 - 520, «Deudas a corto plazo con entidades de crédito» 80.000
 - 527, «Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito» ... 1.200
($80.000 \times 6\% \times 3/12$)

OPERACIONES DEL EJERCICIO 20X4 SOCIEDAD ANOSIN

Punto 1

1 de febrero de 20X4

De los acuerdos tomados por la junta general de accionistas, desde el punto de vista contable, solo procede el traspaso a resultados negativos de ejercicios anteriores del resultado del ejercicio, ya que la ampliación de capital acordada se ejecuta en otra fecha posterior.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores	1.500	
129	Resultado del ejercicio		1.500

Punto 2

15 de febrero de 20X4

Por la adquisición de 6.000 acciones propias a la sociedad DERP:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (6.000×3)	18.000	
113	Reservas voluntarias negativas ($6.000 \times 0,1$)	600	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		18.600

La adquisición derivativa condicionada de acciones propias está regulada en el artículo 146 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC):

«1. La sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, cuando concurren las siguientes condiciones:

a) Que la adquisición haya sido autorizada mediante acuerdo de la junta general, que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de participaciones o de acciones a adquirir, el contravalor mínimo y máximo cuando la adquisición sea onerosa, y la duración de la autorización, que no podrá exceder de cinco años.

b) Que la adquisición, comprendidas las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquella hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

A estos efectos, se considerará patrimonio neto el importe que se califique como tal conforme a los criterios para confeccionar las cuentas anuales, minorado en el importe de los beneficios imputados directamente al mismo, e incrementado en el importe del capital social suscrito no exigido, así como en el importe del nominal y de las primas de emisión del capital social suscrito que esté registrado contablemente como pasivo.

2. El valor nominal de las acciones adquiridas directa o indirectamente, sumándose al de las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales, y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no podrá ser superior al veinte por ciento.

3. Los administradores deberán controlar especialmente que, en el momento de cualquier adquisición autorizada, se respeten las condiciones establecidas en este artículo.

4. Será nula la adquisición por la sociedad de acciones propias parcialmente desembolsadas, salvo que la adquisición sea a título gratuito, y de las que lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias».

Punto 3

1 de marzo de 20X4

En esta fecha se inscribe en el Registro Mercantil la ampliación de capital con aportaciones dinerarias, que se acordó en la junta general.

En el punto 1 del enunciado se establece que la relación de canje de la ampliación es de 10 acciones antiguas por 3 nuevas. Para determinar el número de acciones a emitir hay que tener en

cuenta además la existencia de 6.000 acciones propias, por lo que el número de acciones en circulación es de $60.000 - 6.000 = 54.000$ acciones. Esto es debido a que el artículo 148 apartado a) del TRLSC establece que:

«Quedará en suspenso el ejercicio del derecho de voto y de los demás derechos políticos incorporados a las acciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante».

Capital social	60.000
Acciones propias	6.000
Acciones en circulación	54.000
Relación de canje	10 N × 3 A
Acciones a emitir ($54.000 \times 10/3$)	180.000

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	720.000	
	($180.000 \text{ acciones} \times 4$)		
194	Capital emitido pendiente de inscripción		720.000

Por la suscripción y desembolso de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Otro activo corriente (Tesorería)	720.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		720.000

Por la inscripción de la ampliación en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	720.000	
100	Capital social (180.000×1)		180.000
110	Prima de emisión o asunción (180.000×3)		540.000

Por los gastos de la ampliación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias negativas	6.000	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		6.000

Punto 4

1 de marzo de 20X4

Por la cancelación del préstamo reconociendo como gastos del ejercicio los intereses de los meses de enero y febrero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
520	Pasivo corriente. Deudas a corto plazo con entidades de crédito	80.000	
527	Pasivo corriente. Intereses a corto plazo de deudas con entidades de crédito	1.200	
662	Intereses de deudas ($80.000 \times 6\% \times 2/12$)	800	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		82.000

Por la venta de las acciones propias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería ($6.000 \times 4 - 200$)	23.800	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (6.000×3)		18.000
113	Reservas voluntarias negativas		5.800

Los gastos de transacción de instrumentos de patrimonio propio se imputarán a reservas de libre disposición. En nuestro caso al ser positivas se ha optado por sanear las reservas voluntarias negativas.

Punto 5

1 de mayo de 20X4

La sociedad ANOSIN tiene 1.000 acciones de la sociedad DERP por lo que corresponden unos dividendos de $1.000 \times 2 = 2.000$, dando lugar a los siguientes asientos por el devengo y cobro de los dividendos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	2.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		2.000

En relación con la reducción de capital que anuncia DERP, al tratarse de una reducción de capital social con cargo a reservas, no implica asiento alguno en la sociedad ANOSIN, ya que se trata de una mera reclasificación de cuentas de neto en aquella. ANOSIN se limitará a ajustar al cierre del ejercicio a valor razonable, ya que esta inversión está incluida en la categoría de activos financieros mantenidos para negociar.

Punto 6

1 de junio de 20X4

Por el cobro del dividendo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Otro activo corriente (Tesorería)	2.000	
545	Dividendo a cobrar		2.000

Por la reducción de capital social, como se ha señalado anteriormente, no procede asiento contable.

Punto 7

31 de diciembre de 20X4

El enunciado proporciona el valor razonable de las propias acciones de la sociedad ANOSIN, información que se tendrá en cuenta en el apartado 2, contabilidad de las operaciones de la sociedad DERP, que posee acciones de la primera incluidas en la categoría de activos financieros disponibles para la venta.

Punto 8

31 de diciembre de 20X4

Las acciones de la sociedad DERP están incluidas en la categoría de activos financieros mantenidos para negociar por lo que han de ajustarse a valor razonable reconociendo la diferencia en el resultado del ejercicio.

Valor contable (1.000 acciones × 10)	10.000
Valor razonable (1.000 acciones × 8)	8.000
Disminución	2.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6630	Pérdidas de cartera de negociación	2.000	
540	Inversiones financieras a corto plazo. Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		2.000

APARTADO 2

Desarrollo de la información complementaria:

- El capital social está formado por 1.000.000 de acciones de 10 euros de valor nominal.
- La sociedad DERP suscribió en la constitución de la sociedad ANOSIN 10.000 acciones que fueron incluidas en la categoría de activos financieros disponibles para la venta siendo su coste inicial con 200 euros de gastos de 10.200 euros. El valor razonable de las acciones de ANOSIN a 31 de diciembre era de 2 euros, por lo que:

Valor contable (10.000 × 2)	20.000
Valoración inicial (10.000 × 1 + 200)	10.200
Incremento	9.800

Teniendo en cuenta que el supuesto se hace sin consideraciones fiscales, el saldo de la cuenta 133, «Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta» al inicio del 20X4 será acreedor por importe de 9.800 euros.

OPERACIONES DEL EJERCICIO 20X4 SOCIEDAD DERP

Punto 1

1 de febrero de 20X4

En relación con los acuerdos de tomados por ANOSIN no procede asiento contable, ya que no hay reparto de dividendos (ANOSIN tuvo pérdidas en el ejercicio) y la ampliación de capital acordada todavía no se ha ejecutado.

Punto 2

15 de febrero de 20X4

Por la venta de 6.000 acciones de ANOSIN al precio de 3 euros.

Ajuste a valor razonable:

Valor contable (6.000 × 2)	12.000
Valor razonable (6.000 × 3)	18.000
Incremento	6.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	6.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		6.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	6.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		6.000

Cálculo extracontable del resultado:

Coste inicial (6.000 × 1,02)	6.120
Valor razonable (6.000 × 3)	18.000
Beneficio antes ajuste de gastos	11.880

El resultado que se ha obtenido está registrado en el patrimonio neto y debe transferirse a resultado del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta	11.880	
7632	Beneficios de disponibles para la venta		11.880

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	11.880	
802	Transferencia de beneficios en activos financieros disponibles para la venta		11.880

Por la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Otro activo corriente (Tesorería) [(6.000 × 3) – (6.000 × 0,1)]	17.400	
7632	Beneficios de disponibles para la venta	600	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		18.000

Punto 3

1 de marzo de 20X4

Actualmente tiene 4.000 acciones de ANOSIN, cuya ampliación de capital con aportaciones dinerarias tiene una relación de canje de 10 nuevas por 3 antiguas por lo que el número de acciones que le corresponden a DERP y que suscribe es:

$$4.000 \times 10/3 = 13.333 \text{ acciones}$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (13.333 × 4 + 200)	53.532	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		53.532

Los gastos de intermediación, al tratarse de instrumentos de capital que están incluidos en la categoría de activos financieros disponibles para la venta, suponen mayor coste de los mismos.

Punto 4

1 de mayo de 20X4

A efectos de solución se entiende que se trata de un dividendo a cuenta de los resultados del ejercicio 20X4, ya que no se facilita el importe del resultado del año 20X3.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
557	Dividendo activo a cuenta ($1.000.000 \times 2$)	2.000.000	
526	Dividendo activo a pagar		2.000.000

La reducción de capital acordada por la junta general se contabilizará cuando se produzca su inscripción en el Registro Mercantil.

Punto 5

1 de junio de 20X4

Por el pago del dividendo a cuenta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	2.000.000	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		2.000.000

La reducción de capital que se produce es por devolución de aportaciones y con cargo a reservas disponibles para evitar la oposición de los acreedores, lo que significa que se dotará una reserva de carácter indisponible.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social ($1.000.000 \times 5$)	5.000.000	
113	Reservas voluntarias		5.000.000

Por la dotación de la reserva de carácter indisponible:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
11-	Reservas voluntarias o Prima de emisión o asunción	5.000.000	
1142	Reserva por capital amortizado ($1.000.000 \times 5$)		5.000.000

Los gastos de la reducción de capital, como cualquier gasto relacionado con los instrumentos de patrimonio, se imputan a cuentas de reservas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	10.000	
57	Otro activo corriente (Tesorería)		10.000

Punto 6

31 de diciembre de 20X4

La inversión en instrumentos de patrimonio de la sociedad ANOSIN, incluida en la categoría de activos financieros disponibles para la venta, se ajusta al cierre del ejercicio a su valor razonable sin deducir los costes de transacción.

Valor contable ($4.000 \times 1,02 + 53.532$)	57.612
Valor razonable (17.333×5)	86.665
Incremento	29.053

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	29.053	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		29.053

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	29.053	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		29.053

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Contabilidad financiera

La sociedad BETA ha obtenido, en el año 2013, un beneficio antes de impuestos, calculado conforme a las normas del Plan General de Contabilidad (PGC), de 2.350.000 euros.

En este resultado se incluyen las siguientes operaciones:

1. Se han estimado los deterioros en los créditos de clientes en 30.000 euros. Conforme a las normas fiscales vigentes en dicho año solo pueden ser considerados deducibles deterioros por valor de 28.000, ya que el resto se corresponden con créditos sobre empresas del grupo que no tienen la consideración de gasto deducible fiscalmente.
2. La sociedad tiene derecho a una bonificación en cuota por creación de empleo por valor de 12.000 euros.

3. En el año 2011 la sociedad adquirió una maquinaria por valor de 80.000 euros. La sociedad se acogió a un régimen de libertad de amortización por el que fiscalmente se le permitía deducir la totalidad de la amortización en los ejercicios fiscales que estime oportuno. La sociedad decide efectuar la deducción en 5 años. El periodo contable de amortización de la maquinaria es de 10 años.
4. La sociedad ha sido objeto de una sanción fiscal no deducible en este ejercicio por valor de 100.000 euros.
5. Las retenciones y pagos a cuenta durante el ejercicio ascienden a 475.000 euros.

Trabajo a realizar:

- Liquidación fiscal del ejercicio 2013, considerando que el tipo impositivo es del 35%.
- Conciliación entre el resultado contable y fiscal.
- Contabilización del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio 2013.

SOLUCIÓN

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DEL EJERCICIO 2013

Beneficio antes de impuestos	2.350.000
+/- Ajustes	
Deterioro clientes no deducibles (1)	+2.000
Libertad de amortización (2)	-8.000
Sanción (3)	+100.000
Base imponible	2.444.000
Tipo de gravamen	35%
Cuota íntegra	855.400
Deducciones	-12.000
.../...	

...

...

Cuota líquida	843.400
Retenciones y pagos a cuenta	-475.000
Cuota diferencial	368.400

(1) En relación con el deterioro de los clientes del grupo no deducibles ha hecho:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
694	Pérdidas por deterioro de créditos por operaciones comerciales	2.000	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		2.000

Por lo que:

Gasto contable	2.000
Gasto deducible	0
Ajuste	2.000

El ajuste se trata como una diferencia temporaria deducible en origen que dará lugar al correspondiente activo fiscal que será eliminado cuando se produzca la reversión del deterioro.

(2) El cuadro de los ajustes a lo largo de la vida útil del activo amortizable, así como el movimiento de la diferencia temporaria imponible es el siguiente:

Años	Gastos contable 80.000/10	Gasto deducible 80.000/5	Ajuste base imponible	479, «Pasivos por diferencias temporarias imponibles»
20X11	8.000	16.000	-8.000	2.800 Haber
20X12	8.000	16.000	-8.000	2.800 Haber
20X13	8.000	16.000	-8.000	2.800 Haber
20X14	8.000	16.000	-8.000	2.800 Haber
20X15	8.000	16.000	-8.000	2.800 Haber
20X16	8.000	0	+8.000	2.800 Debe
20X17	8.000	0	+8.000	2.800 Debe
20X18	8.000	0	+8.000	2.800 Debe
20X19	8.000	0	+8.000	2.800 Debe
20X20	8.000	0	+8.000	2.800 Debe
	80.000	80.000	0	0

(3) Se trata de un gasto del ejercicio actual que no es deducible ni ahora ni en ejercicios siguientes por lo que es una diferencia permanente.

CONTABILIZACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES DEL AÑO 2013

Por el impuesto corriente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	843.400	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		475.000
472	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		368.400

Diferencia temporaria del deterioro de clientes no deducible:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
474	Activos por diferencias temporarias deducibles	700	
6301	Impuesto diferido ($2.000 \times 35\%$)		700

Diferencia temporaria de la libertad de amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	2.800	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles ($8.000 \times 35\%$)		2.800

Regularización de las cuentas asociadas a la contabilización del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido		2.100
6300	Impuesto corriente		843.400
129	Resultado del ejercicio	845.500	

$$\text{Resultado del ejercicio} = 2.350.000 - 845.500 = +1.504.500$$

CONCILIACIÓN ENTRE EL RESULTADO CONTABLE Y EL RESULTADO FISCAL

Conceptos	Aumentos	Disminuciones	Total
Resultado del ejercicio			1.504.500
			.../...

Conceptos	Aumentos	Disminuciones	Total
.../...			
Gasto por Impuesto sobre Sociedades			845.500
Diferencias permanentes			100.000
Sanción	100.000		
Diferencias temporales con origen en el ejercicio			6.000
Deterioro clientes no deducible	2.000		
Libertad de amortización		8.000	
Diferencias temporales con origen en ejercicio anteriores			
Compensación de bases impositivas negativas de ejercicios anteriores			
Base imponible del ejercicio			2.444.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Contabilidad financiera

La sociedad ALFA realiza distintos tipos de actividades mercantiles, algunas de ellas sujetas a IVA y otras exentas, por lo que se encuentra dentro del denominado régimen de prorata general.

Las operaciones que ha realizado en el ejercicio 20X9 son las siguientes, relacionadas con el impuesto:

- Prestaciones de bienes y servicios con derecho a deducción: 350.000 euros.
- Prestaciones sin derecho a deducción: 150.000 euros.

Los gastos realizados durante el ejercicio son los siguientes:

- Sueldos y salarios del personal: 200.000 euros.
- Compras de material de oficina y otros suministros: 80.000 euros.
- Otros gastos sujetos a IVA: 20.000 euros.

La prorata del año 20X8, aplicable transitoriamente al año 20X9, es de un 80%.

Trabajo a realizar:

- Contabilización de las operaciones del año 20X9, teniendo en cuenta un IVA cuando proceda de un 21 % y el porcentaje de prorrata del año 20X8. Todas las operaciones se realizan al contado.
- Liquidación final y regularización del ejercicio considerando la prorrata definitiva del año 20X9.

SOLUCIÓN

La regla de prorrata será de aplicación cuando el sujeto pasivo, en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, efectúe conjuntamente entregas de bienes o prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción y otras operaciones de análoga naturaleza que no habiliten para el ejercicio del citado derecho.

La regla de prorrata tiene dos modalidades de aplicación: general y especial.

En los casos de aplicación de la **regla de prorrata general**, solo será deducible el impuesto soportado en cada periodo de liquidación en el porcentaje que resulte de la siguiente operación:

- 1.º En el numerador, el importe total, determinado para cada año natural, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios que originen el derecho a la deducción, realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda.
- 2.º En el denominador, el importe total, determinado para el mismo periodo de tiempo, de las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas por el sujeto pasivo en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional o, en su caso, en el sector diferenciado que corresponda, incluidas aquellas que no originen el derecho a deducir, incrementado en el importe total de las subvenciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 78, apartado dos, número 3.º de la Ley del IVA, no integren la base imponible, siempre que las mismas se destinen a financiar actividades empresariales o profesionales del sujeto pasivo. Las referidas subvenciones se incluirán en el denominador de la prorrata en el ejercicio en que se perciban efectivamente, salvo las de capital, que se imputarán en la forma en que se indica en el párrafo siguiente. No se incluirán las citadas subvenciones en la medida en que estén relacionadas con las operaciones exentas o no sujetas que originen el derecho a la deducción.

Las subvenciones de capital se incluirán en el denominador de la prorrata, si bien podrán imputarse por quintas partes en el ejercicio en el que se hayan percibido y en los cuatro siguientes. No obstante, las subvenciones de capital concedidas para financiar la compra de determinados bienes o servicios, adquiridos en virtud de operaciones sujetas y no exentas del impuesto, minorarán exclusivamente el importe de la deducción de las cuotas soportadas o satisfechas por dichas operaciones, en la misma medida en que hayan contribuido a su financiación.

La prorrata de deducción resultante de la aplicación de los criterios anteriores se redondeará en la unidad superior.

El porcentaje de deducción provisionalmente aplicable cada año natural será el fijado como definitivo para el año precedente.

Por las prestaciones de bienes y servicios con derecho a deducción, es decir, por las operaciones sujetas y no exentas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	423.500	
70	Ventas y prestaciones de servicios		350.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		73.500

Por las prestaciones de bienes y servicios sin derecho a deducción, es decir, que se trata de operaciones sujetas y exentas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	150.000	
70	Ventas y prestaciones de servicios		150.000

Por los gastos de personal

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	200.000	
57	Tesorería		200.000

Por las compras de material de oficina y otros servicios, operación sujeta y no exenta en la que el IVA es deducible aplicando provisionalmente el porcentaje de prorrata del año anterior:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Otros servicios y suministros $[80.000 + (80.000 \times 21\% \times 20\%)]$	83.360	
472	Hacienda Pública, IVA soportado $(80.000 \times 21\% \times 80\%)$	13.440	
57	Tesorería		96.800

Por el resto de gastos en los que el tratamiento del IVA es similar al del asiento anterior:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
62	Otros gastos $[20.000 + (20.000 \times 21\% \times 20\%)]$	20.840	
472	Hacienda Pública, IVA soportado $(20.000 \times 21\% \times 80\%)$	3.360	
57	Tesorería		24.200

Una vez que se han realizado todas las operaciones del ejercicio se procede al cálculo de la prorrata definitiva del año actual:

$$\frac{\text{Operaciones con derecho a deducción}}{\text{Total de operaciones}} \times 100$$

$$\frac{350.000}{350.000 + 150.000} \times 100 = 70\%$$

Durante el ejercicio se ha deducido provisionalmente el 80% del IVA porque al obtenerse una prorrata definitiva del 70% existe una diferencial de 10% que debe ser ajustada.

IVA deducido $[(80.000 + 20.000) \times 21\% \times 80\%]$	16.800
IVA deducible $[(80.000 + 20.000) \times 21\% \times 70\%]$	14.700
Disminución del IVA deducible	2.100

El registro contable para ajustar el IVA es el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
634	Ajustes negativos en la imposición indirecta	2.100	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		2.100

Por último, por la liquidación del IVA, suponiendo que tenga carácter anual:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
477	Hacienda Pública, IVA repercutido	73.500	
472	Hacienda Pública, IVA soportado		14.700
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA		58.800

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4750	Hacienda Pública, acreedora por IVA	58.800	
57	Tesorería		58.800

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

Contabilidad financiera

La sociedad DELTA se dedica a la compraventa a nivel mayorista de ropa y otras prendas de vestir.

Durante enero del año 20X6 ha realizado las siguientes operaciones comerciales.

Las existencias iniciales son las siguientes:

- Camisas: 25.000 unidades valoradas a 3 euros cada una.
- Prendas de abrigo: 8.000 unidades a 10 euros/unidad.
- Pantalones: 7.000 unidades a 5 euros/unidad.

Operaciones realizadas durante enero del año 20X6:

Mes de enero:

Compras de las siguientes prendas:

- Camisas: 5.000 unidades a 3,5 euros/unidad.
- Prendas de abrigo: 3.000 unidades a 9 euros/unidad.
- Pantalones: 4.000 unidades a 5 euros/unidad.

Todas las adquisiciones se realizan en el extranjero, principalmente a mayoristas asiáticos, y la sociedad soporta los gastos de transporte, que en este caso han ascendido a 4.800 euros y que la sociedad imputa por partes iguales a cada pieza comprada, con independencia del tipo de ropa que sea.

Se ha procedido a la devolución de 1.000 camisas por defecto de fabricación, asumiendo el proveedor el coste equivalente del transporte.

En el caso de las prendas de abrigo ha sido necesario proceder a una adaptación que ha supuesto un coste adicional total de 6.000 euros.

Las ventas del mes de enero han sido las siguientes:

- Camisas: 6.000 unidades a 9 euros/unidad.
- Prendas de abrigo: 3.000 unidades a 12 euros/unidad.
- Pantalones: 8.000 unidades a 5,5 euros/unidad.

Además, los clientes han obtenido descuentos y bonificaciones por la venta de pantalones por valor de 500 euros.

El 50 % de las ventas de cada producto se han realizado en efectivo y la empresa ha aplicado adicionalmente un descuento por pronto pago a estos clientes por valor de un 2 % adicional sobre la cifra de ventas, descuento incluido en factura.

Trabajo a realizar:

Teniendo en cuenta que la sociedad sigue el método del coste medio ponderado para valoración de existencias:

- Contabilización de todas las operaciones anteriores.
- Calcular la valoración de almacenes a 31 de enero de 20X6.
- Cálculo del margen bruto correspondiente a cada producto a 31 de enero.
- Contabilización de la regularización de las existencias y de su resultado.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN

CONTABILIDAD DE TODAS LAS OPERACIONES

Por las compras del mes de enero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de camisas (5.000 × 3,5)	17.500	
400	Proveedores		17.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de prendas de abrigo (3.000 × 9)	27.000	
400	Proveedores		27.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de pantalones (4.000 × 5)	20.000	
400	Proveedores		20.000

La norma de registro y valoración 10.^a del PGC señala que las existencias adquiridas a terceros se valoran por el precio de adquisición el cual incluye el importe facturado por el vendedor después de deducir cualquier descuento, rebaja en el precio u otras partidas similares así como los intereses incorporados al nominal de los débitos, y se añadirán todos los gastos adicionales que se produzcan hasta que los bienes se hallen ubicados para su venta, tales como transportes, aranceles de aduanas, seguros y otros directamente atribuibles a la adquisición de las existencias.

La sociedad soporta los gastos de transporte, que en este caso han ascendido a 4.800 euros y que la sociedad imputa por partes iguales a cada pieza comprada, con independencia del tipo de ropa que sea.

Importe de los gastos de transporte	4.800
Número de piezas compradas	12.000
Repercusión por pieza comprada (4.800/12.000)	0,4

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compra de camisas (5.000 × 0,4)	2.000	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
600	Compras de prendas de abrigo (3.000 × 0,4)	1.200	
600	Compras de pantalones (4.000 × 0,4)	1.600	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		4.800

Por la devolución de 1.000 camisas asumiendo el proveedor los gasto de transporte:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
400	Proveedores (1.000 × 3,9)	3.900	
608	Devoluciones de compras camisas y operaciones similares		3.900

La adaptación de las prendas de abrigo suponen mayor importe del precio de las mismas.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de prendas de abrigo	6.000	
400	Proveedores		6.000

Por las ventas del mes de enero teniendo en cuenta que el 50 % de las ventas se ha cobrado en efectivo y la empresa ha aplicado adicionalmente un descuento por pronto pago del 2 % adicional sobre la cifra de ventas incluido en factura.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	26.640	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	26.640	
700	Ventas de camisas (6.000 × 9 × 98%)		52.920

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	17.640	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	17.640	
700	Ventas de prendas de abrigo (3.000 × 12 × 98%)		35.280

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	21.560	
			.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	21.560	
700	Ventas de pantalones (8.000 × 5,5 × 98%)		43.120

Por los descuentos y bonificaciones obtenidos en la venta de pantalones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares	500	
430	Clientes		500

CALCULAR LA VALORACIÓN DE ALMACENES A 31 DE ENERO DE 20X6 (PRECIO MEDIO PONDERADO)

Camisas

Conceptos	Unidades	Precio unitario	Importe
Existencias iniciales	25.000	3	75.000,00
Compra	5.000	3,9	19.500,00
Devoluciones	-1.000	3,9	-3.900,00
Total	29.000	3,124137	90.600,00
Coste de ventas	6.000	3,124137	18.744,83
Existencias finales	23.000	3,124137	71.855,17
Total	29.000	3,124137	90.600,00

Prendas de abrigo

Conceptos	Unidades	Precio unitario	Importe
Existencias iniciales	8.000	10	80.000,00
Compra	3.000	11,4 (*)	34.200,00
Total	11.000	10,381818	114.200,00

Conceptos	Unidades	Precio unitario	Importe
.../...			
Coste de ventas	3.000	10,381818	31.145,45
Existencias finales	8.000	10,381818	83.054,55
Total	11.000	10,3818181	114.200,00
(*) El coste unitario de las compras está formado por:			
Precio (3.000 × 9)		27.000	
Transporte (3.000 × 0,4)		1.200	
Adaptación de las prendas		6.000	
Total coste unitario (34.200/3.000)		11,4	

Pantalones

Conceptos	Unidades	Precio unitario	Importe
Existencias iniciales	7.000	5	35.000,00
Compra	4.000	5,4	21.600,00
Total	11.000	5,14545455	56.600,00
Coste de ventas	8.000	5,14545455	41.163,64
Existencias finales	3.000	5,14545455	15.436,36
Total	11.000	5,14545455	56.600,00

CÁLCULO DEL MARGEN BRUTO CORRESPONDIENTE A CADA PRODUCTO A 31 DE ENERO

Concepto	Camisas	Prendas de abrigo	Pantalones	Total
Ventas netas	52.920,00	35.280,00	42.620,00	130.820,00
Coste de ventas	-18.744,83	-31.145,45	-41.163,64	-91.053,92
Margen bruto sobre venta	34.175,17	4.134,55	1.456,36	39.766,08

CONTABILIZACIÓN DE LA REGULARIZACIÓN DE LAS EXISTENCIAS Y DE SU RESULTADO

Camisas

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías camisas	75.000,00	
300	Existencias de camisas		75.000,00

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Existencias de camisas	71.855,17	
610	Variación de existencias de mercaderías camisas		71.855,17

Prendas de abrigo

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías prendas de abrigo	80.000,00	
300	Existencias de prendas de abrigo		80.000,00

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Existencias de prendas de abrigo	83.054,55	
610	Variación de existencias de mercaderías prendas de abrigo		83.054,55

Pantalones

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías pantalones	35.000,00	
300	Existencias de pantalones		35.000,00

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías	15.436,36	
610	Variación de existencias de mercaderías pantalones		15.436,36

Cálculo del resultado

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	98.508,47	
600	Compras de camisas		19.500,00
600	Compras de prendas de abrigo		34.200,00
600	Compras de pantalones		21.600,00
708	Devoluciones de ventas y operaciones similares		500,00
610	Variación de existencias de mercaderías camisas		3.144,83
610	Variación de existencias de mercaderías pantalones		19.563,64

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
608	Devoluciones de compras camisas y operaciones similares	3.900,00	
700	Ventas de camisas	52.920,00	
700	Ventas de prendas de abrigo	35.280,00	
700	Ventas de pantalones	43.120,00	
610	Variación de existencias de mercaderías prendas de abrigo	3.054,55	
129	Resultado del ejercicio		138.274,55

$$\text{Resultado del ejercicio} = 138.274,55 - 98.508,47 = 39.766,08$$

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

Matemáticas financieras

La cartera de un inversor de renta fija está formada en estos momentos por los siguientes títulos:

Clase	Rentabilidad de mercado	Plazo	Valor de mercado	Duración
Letras	3,50 %	1	83.184	1
Bonos del Estado al 3,75 %	4 %	3	128.863	3,69
Obligaciones del Estado al 4,25 %	4,5 %	5	221.950	–
Bonos cupón cero	5,25 %	10	459.486	10

Trabajo a realizar:

- a) Calcule la duración de Macaulay y la duración modificada de las obligaciones del Estado que vencen dentro de 5 años, si su nominal es de 10.000 euros y se amortizan a la par.
- b) Calcule la duración y la duración modificada de la cartera.

SOLUCIÓN

APARTADO A. DURACIÓN DE MACAULAY Y DURACIÓN MODIFICADA DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

La duración se calcula como la vida media de los periodos a lo largo de los que se extiende la vida de dicho título, ponderados por el valor actual de los flujos de caja que vencen en dichos periodos.

Se calcula de la siguiente forma:

$$D = \frac{\sum_{t=1}^n \frac{F_t + t}{(1 + TIR)^t}}{P}$$

donde:

- D: Duración de Macaulay.
- P: Precio del bono (incluido el cupón corrido).
- F_t : Flujo del periodo t (cupones y principal).
- TIR: Tipo de interés del mercado.
- n: Número de periodos hasta el vencimiento.

La **duración corregida** (DC) o modificada indica la sensibilidad del precio de un título a las variaciones de los tipos de interés en el mercado. Esto es, indica cuánto cambia el precio de un título como consecuencia de una variación del 1 % en la TIR del mercado. Partiendo de la relación inversa de precios y rentabilidades, dicha variación se obtiene mediante la siguiente expresión:

$$DC = \frac{D}{1 + TIR}$$

donde D es la duración del bono y DC es la duración corregida.

El cuadro siguiente recoge los cálculos necesarios:

(a)	(b)	(c)	(d) = (a × c)
Años	Flujos monetarios	Flujos actualizados	Flujos actualizados y ponderados
0			
1	425	406,70	406,70
2	425	389,19	778,37
3	425	372,43	1.117,28
4	425	356,39	1.425,55
5	10.425	8.365,55	41.827,76
Totales	12.125	9.890,25	45.555,66

Los flujos actualizados se obtienen de la siguiente manera:

$$(c) \frac{425}{1,045^1} = 406,70; \frac{425}{1,045^2} = 389,19; \frac{425}{1,045^3} = 372,43; \frac{425}{1,045^4} = 356,39; \frac{425}{1,045^5} = 8.365,55$$

La duración será:

$$D = \frac{\frac{425 \times 1}{1,045^1} + \frac{425 \times 2}{1,045^2} + \frac{425 \times 3}{1,045^3} + \frac{425 \times 4}{1,045^4} + \frac{425 \times 5}{1,045^5}}{\frac{425}{1,045^1} + \frac{425}{1,045^2} + \frac{425}{1,045^3} + \frac{425}{1,045^4} + \frac{10.425}{1,045^5}} = \frac{45.555,66}{9.890,25} = 4,6061 \text{ años}$$

Si queremos estimar cuánto puede variar el precio del título ante una variación de su TIR, deberemos conocer la duración modificada del bono:

$$DC = \frac{4,6061}{1 + 0,045} = 4,4078$$

Esto es, si los tipos de interés varían un 1%, el precio del bono lo hará en el sentido inverso un 4,4078% del precio actual.

APARTADO B. DURACIÓN Y DURACIÓN MODIFICADA DE LA CARTERA

La duración de una cartera de renta fija puede ser calculada de tres formas posibles, a saber:

- Considerando la cartera como un valor único.
- Agregando las variaciones producidas título a título.
- A través de medias ponderadas.

Para la resolución de este supuesto optamos por la tercera alternativa que supone operar con las medias ponderadas, en función de los valores relativos de cada título en el total de la cartera.

Así, la duración de una cartera cumple la propiedad aditiva y se define como la media ponderada de las duraciones de los activos que la componen, siendo la ponderación igual al peso que cada uno de los activos tiene sobre el total.

$$D = \sum_{t=1}^n \alpha_t \times D_t$$

donde:

- D: Duración de la cartera.
- α_t : Proporción, en valor de mercado, del título t respecto al valor de mercado de la cartera.
- D_t : Duración del título t .
- n: Número de títulos.

En el siguiente cuadro se indican los valores de mercado de cada uno de los valores de la cartera, el valor total de la cartera y las ponderaciones de cada uno de ellos:

Valores	Rentabilidad de mercado	Plazo (años)	Valor de mercado	Ponderación en cartera (2)	Duración
Letras	3,50 %	1	83.184	9,31 %	1
Bonos del Estado al 3,75%	4 %	3	128.863	14,42 %	3,69
Obligaciones del Estado al 4,25%	4,50 %	5	221.950	24,84 %	4,61
Bonos cupón cero	5,25 %	10	459.486	51,43 %	10
Total			893.483 (1)	100,00 %	6,913 (3)
(1) Valor de la cartera = 83.184 + 128.863 + 221.950 + 459.483 = 893.483 (2) Ponderación en la cartera: a) Letras: 83.184/893.483 = 9,31 %. b) Bonos del Estado: 128.863/893.483 = 14,42 %. c) Obligaciones del Estado: 221.950/893.483 = 24,84 %. d) Bonos cupón cero: 459.486/893.483 = 51,43 %. (3) Finalmente, conocidas las duraciones de los valores y sus ponderaciones, se obtiene la duración de la cartera: Duración cartera = 1 × 9,31 % + 3,69 × 14,42 % + 4,61 × 24,84 % + 10 × 51,43 % = 6,913 años					

Para el cálculo de la duración corregida se deberá conocer la TIR de la cartera, que también se obtendrá como media ponderada de las TIR de los diferentes valores que la componen.

$$\text{TIR cartera} = 3,50 \times 9,31 \% + 4 \times 14,42 \% + 4,5 \times 24,84 \% + 5,25 \times 51,43 \% = 4,720 \%$$

Finalmente, la duración modificada de la cartera se calcula a partir de la duración de la cartera y su TIR media:

$$\text{DC} = \frac{6,913}{1 + 0,04720} = 6,601 \%$$