Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núms. 377-378 Agosto-Septiembre 2014

- **Competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la Unión Europea.** ***José Miguel Martín Rodríguez***
- **El IS en 2013 (y IV). Instrumentos de patrimonio.** ***Eduardo Sanz Gadea***
- **Analizando la licitud de las operaciones AFI.** ***José Carlos Pedrosa López***
- **El *leasing* y el derecho a la deducción del IVA.** ***Francisco Javier Sánchez Gallardo***
- **Los requerimientos de información sobre las propias obligaciones tributarias.** ***Víctor Manuel Sánchez Blázquez***
- **Nulidad de la verificación de datos.** ***Javier Bas Soria***
- **Supuesto práctico profesional.** ***Rafael Enric Herrando Tejero***
- **Análisis financiero-económico de los *leveraged buyouts*.** ***Antonio Serrano Acitores***
- **La empresa en liquidación: aspectos contables.** ***Sofía Ramos y José Luis Mínguez***
- **NIA-ES 250. Consideración de las disposiciones legales y reglamentarias en la auditoría de estados financieros.** ***Ángel Luis Padilla Álvarez***
- **Subvenciones de capital: diferentes criterios en la NIC 20 y PGC 07.** ***Juan del Busto Méndez***

www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Agosto-Septiembre 2014 – Números 377-378

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 D. Dones *(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)*

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)*

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

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

Fernando Ruiz Ruiz *(Presidente de Deloitte)*

Eduardo Sanz Gadea *(Inspector de Hacienda del Estado. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas)*

CEF.-

P.º Gral. Martínez Campos, 5	28010 MADRID	Tel. 914 444 920
Gran de Gràcia, 171	08012 BARCELONA	Tel. 934 150 988
Alboraya, 23	46010 VALENCIA	Tel. 963 614 199
Ponzano, 15	28010 MADRID	Tel. 914 444 920

www.cef.es **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-29442-2007

SUSCRIPCIÓN ANUAL (2014)	SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen)
142,31 € (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. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Sumario

Página

TRIBUTACIÓN

ESTUDIOS

71/2014 Competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la Unión Europea

Personal taxation and tax competition in the European Union 5

1.er Premio «Estudios Financieros» 2014

(José Miguel Martín Rodríguez)

72/2014 El Impuesto sobre Sociedades en 2013 (y IV). Instrumentos de patrimonio

Corporate Income Tax as of 2013 (and IV). Equity instruments 57

(Eduardo Sanz Gadea)

73/2014 Análisis sobre la licitud de las operaciones de arbitraje fiscal internacional

Analyzing the legality of international tax arbitrage and its cross-border transactions 101

(José Carlos Pedrosa López)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL

74/2014 Las operaciones de arrendamiento financiero y el derecho a la deducción en el IVA (Análisis de la STJUE de 10 de julio de 2014, Asunto C-183/13, Banco Mais) 129

(Francisco Javier Sánchez Gallardo)

75/2014 Los requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias y los procedimientos de comprobación posteriores que utilizan la información obtenida (Análisis de la RTEAC de 23 de enero de 2014, R. G. 471/2012) 136

(Víctor Manuel Sánchez Blázquez)

76/2014 Consecuencias de la utilización indebida del procedimiento de verificación de datos (Análisis de la RTEAC de 24 de abril de 2014, R. G. 2787/2011) 149

(Javier Bas Soria)

CASO PRÁCTICO

77/2014 Supuesto práctico profesional (Ejercicio propuesto para el ingreso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado) 157

(Rafael Enric Herrando Tejero)

Fe de erratas 158

CONTABILIDAD

ESTUDIOS

78/2014 Análisis financiero-económico de los *leveraged buyouts*

Financial and economic analysis of leveraged buyouts 159

1.ER PREMIO «ESTUDIOS FINANCIEROS» 2014

(Antonio Serrano Acitores)

79/2014 La empresa en liquidación: aspectos contables

The company in liquidation: commercial, tax and accounting issues 197

(Sofía Ramos Sánchez y José Luis Mínguez Conde)

COMENTARIOS NIA/NIC

80/2014 NIA-ES 250. Consideración de las disposiciones legales y reglamentarias en la Auditoría de Estados Financieros

International Standard on Auditing 250. Consideration of laws and regulations in an Audit of Financial Statements 229

(Ángel Luis Padilla Álvarez)

81/2014 Subvenciones de capital: diferentes criterios en la NIC 20 y PGC 07

Capital grants: different criteria in IAS 20 and PGC 07 231

(Juan del Busto Méndez)

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.

TRIBUTACIÓN

COMPETENCIA FISCAL EN LA TRIBUTACIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LA UNIÓN EUROPEA

José Miguel Martín Rodríguez

Doctor en Derecho Tributario Europeo por la Universidad de Bolonia
Investigador en la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla

Este trabajo ha obtenido el **1.er Premio *Estudios Financieros* 2014** en la modalidad de **Tributación**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alejandro Blázquez Lidoy, don Nicolás de Gaviria Fobián, don José Félix Gálvez Merino y don Eduardo Luque Delgado.

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

Extracto

El objetivo principal de este trabajo es ofrecer un análisis sistemático de los focos de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas dentro de la Unión Europea. Con este propósito comenzaremos el estudio con un recorrido por los diferentes factores que condicionan las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos. En este caso, hemos identificado que las posibilidades de arbitraje fiscal estarán especialmente vinculadas a la movilidad selectiva de los individuos y de sus bases, así como a las diferencias de tributación entre Estados miembros, tanto a través de regímenes concretos como el de impatriados, como por medio de los elementos generales del sistema (los tipos impositivos, el tratamiento de la doble imposición o la falta de intercambio de información). Estas diferencias, como ya advertimos, pueden estar impulsadas por los propios Estados miembros, conscientes de que pueden promover la realización de arbitraje fiscal por los ciudadanos con destino a sus jurisdicciones, hecho que les reportará beneficios bajo una serie de condiciones y que supone el germen de la competencia fiscal.

Palabras claves: competencia fiscal, arbitraje fiscal, *flat tax*, impuesto dual sobre la renta y régimen de impatriados.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

PERSONAL TAXATION AND TAX COMPETITION IN THE EUROPEAN UNION

José Miguel Martín Rodríguez

Abstract

The main objective of this study will be to provide a systematic analysis of the key focus of tax competition in the taxation of individuals within the European Union. For this purpose, the study begins by examining the different factors that determine the possibilities of tax arbitrage by citizens. In this case, we have identified that tax arbitrage will be especially linked to the selective mobility of individuals and their tax bases, as well as to the differences in taxation among States members, both through concrete regimes like the one for inpatriates, and by means of the general elements of the tax system (tax rates, the avoidance of double taxation or the lack of exchange of information). These very same differences, may be driven by the States members themselves, aware as they are, that they can benefit from the tax arbitrage of citizens under certain conditions, here is the germ of tax competition.

Keywords: tax competition, tax arbitrage, flat tax, dual income tax and tax regime of inpatriates.

Sumario

1. Introducción y objetivos del trabajo
2. Consideraciones preliminares para el estudio
3. La movilidad de los factores
   - 3.1. La movilidad del factor trabajo: un mercado dual
   - 3.2. La movilidad del capital. Intereses y dividendos
4. El esquema de tributación de las rentas
   - 4.1. El criterio de renta mundial como punto de partida
   - 4.2. El traslado efectivo de residencia. Límites
   - 4.3. La deficiente corrección de la doble imposición
5. Las diferencias de tributación y los regímenes especiales en la fiscalidad directa y personal
   - 5.1. *Flat tax* y *dual income tax*. La equiparación de la tributación sobre las rentas del capital
   - 5.2. La tributación efectiva sobre las rentas del trabajo
   - 5.3. Los regímenes de impatriados en los Estados miembros de la UE
   - 5.4. Otras diferencias significativas: impuestos sobre el patrimonio e impuestos sobre sucesiones y donaciones
6. Conclusiones

Bibliografía

«The hardest thing in the world to understand is income taxes»

Albert Einstein

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

La tributación de las sociedades ha acaparado la mayoría de los trabajos en el ámbito de la competencia fiscal. De hecho, la preocupación por los efectos de esta forma de competencia fiscal en las economías nacionales de los Estados más desarrollados motivó las dos grandes iniciativas que desde hace 15 años marcan el estudio de la competencia fiscal, el *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas* (1997) en la UE y el Informe *Harmful Tax Competition – An emerging global issue* (1998) en el seno de la OCDE. Ambos trabajos se concentraban casi de manera exclusiva en la fiscalidad de las empresas, factor que ha condicionado en gran medida el estudio de otras formas de competencia fiscal durante este periodo[1].

En esta investigación hemos querido apostar por una visión diferente de la competencia fiscal en un doble sentido. En primer lugar, vamos a circunscribirnos al análisis de este fenómeno a nivel de la fiscalidad de las personas físicas, un campo que ha recibido poca atención doctrinal e institucional hasta la fecha, quedándose fuera, por ejemplo, del ámbito de actuación del propio Código de Conducta[2]. Por otro lado, no vamos a limitarnos a exponer las diferencias entre los Estados miembros, sino que vamos a profundizar en los incentivos reales que tienen los particulares para trasladar sus bases imponibles entre jurisdicciones. Esta última perspectiva parte de la distinción teórica y práctica que entendemos debe realizarse entre competencia fiscal y lo que denominaremos arbitraje fiscal, dos conceptos en los que profundizaremos a continuación.

---

[1] El nuevo impulso conferido por la publicación en julio de 2013 del *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* de la OCDE, conocido como BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), no se desvía de esta línea y se centra de modo exclusivo en la planificación fiscal internacional de empresas. En concreto recoge un total de 15 acciones para luchar contra estos fenómenos, que han creado oportunidades para que las empresas multinacionales minimicen enormemente su carga tributaria, con los consiguientes perjuicios para los Estados, los contribuyentes y las propias pequeñas y medianas empresas.

[2] Hay que destacar, eso sí, que en la primera propuesta para la adopción del Código de Conducta sí se incluían «los regímenes fiscales especiales aplicables a los trabajadores y que tengan el mismo efecto (que las medidas en materia de fiscalidad de las empresas) sobre la radicación de la actividad empresarial». Véase: Comunicación *Hacia la coordinación fiscal en la Unión Europea. Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa*, COM (1997) 495 final, de 1 de octubre de 1997, letra C.

Uno de los motivos para abrir esta nueva vía de investigación lo encontramos en la creciente preocupación de las propias instituciones comunitarias por los efectos perniciosos sobre el mercado que pueden tener algunos regímenes especiales de tributación sobre las personas físicas. Ya en el año 2010, el excomisario Mario Monti (impulsor en su día del propio Código de Conducta) expresó, en su informe a la Comisión «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society»[3], la necesidad de ampliar los trabajos del Código a aquellos aspectos de la tributación personal que pudieran estar interconectados con la competencia fiscal dañosa en el ámbito empresarial[4]. El testigo de esta declaración fue pronto recogido por la Comisión, que en su nueva estrategia de lucha contra el fraude y la evasión fiscal plasmada en sus Comunicaciones de 26 de junio de 2012, *sobre formas concretas de reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, también en relación con terceros países,* COM (2012) 351 final y en la posterior de 6 de diciembre de 2012, *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión*, COM (2012) 722/2, ha expresado su intención de controlar «los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global»[5].

A la vista de todo ello consideramos necesario un estudio que aborde de forma transversal las condiciones de competencia fiscal en este ámbito de la fiscalidad comunitaria. Por cuestiones de espacio nos centraremos principalmente en el tratamiento de las rentas del trabajo y de las rentas del capital, bien en forma de intereses, bien en forma de dividendos. Las diferencias de tributación en estos ámbitos en el seno de la UE son significativas, resultado lógico de la irregular armonización comunitaria de la fiscalidad directa, aunque existe un cierto proceso de armonización espontánea de tipos y regímenes por imitación. En todo caso, ya podemos adelantar, al igual que sucede con las empresas, que el arbitraje y la competencia fiscal en este campo están circunscritos a las rentas y patrimonios más elevados, únicos a los que potenciales ventajas fiscales podrán compensar los costes inherentes a un cambio de residencia y únicos que podrán adoptar estrategias de inversión en el extranjero para aprovecharse de los conflictos de coordinación entre varios poderes tributarios.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES PARA EL ESTUDIO

Con el fin de enmarcar metodológicamente nuestro estudio consideramos imprescindible realizar previamente algunas precisiones terminológicas y teóricas. En primer lugar, debemos

---

3 Monti, M.: «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo de 2010, pág. 82.

4 De hecho, ante la evidente distorsión que algunos de estos regímenes especiales creaban el estudio de Endres y otros ya concluía que: «it will only be a question of time when personal income taxes will be on the agenda in Europe». Véase: «The Tax Burden on International Assignments», *Intertax*, vol. 33, núm. 11, 2005, págs. 490-502.

5 COM (2012) 772/2, apartado 10, pág. 8.

partir de la premisa de que una situación de competencia fiscal tiene su germen en los incentivos que llevan a ciudadanos y empresas a alterar sus conductas por motivos fiscales; es decir, en las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece la interconexión entre sistemas tributarios. Únicamente cuando los Estados adoptan voluntariamente *medidas orientadas* a atraer o impedir este arbitraje fiscal podemos entender que existe realmente un proceso de competencia fiscal; en todos los demás casos únicamente estaremos ante situaciones de arbitraje fiscal en las que los agentes, como sujetos económicos, adoptan sus decisiones condicionados de forma principal por el tratamiento fiscal.

La presencia y alcance de este arbitraje fiscal entendemos que depende de tres factores: la movilidad de las bases objeto de gravamen, el sistema de tributación de las mismas y las diferencias de trato fiscal entre jurisdicciones. La conexión entre arbitraje y competencia fiscal parte de este tercer elemento: una jurisdicción iniciará una dinámica de competencia fiscal si tiene incentivos para ofrecer un tratamiento fiscal a determinadas manifestaciones de capacidad económica tal que las diferencias generadas promuevan el arbitraje fiscal en su favor. Entre estos incentivos podemos señalar:

- Un potencial incremento exponencial de bases puede compensar con creces la reducción de tipos; un incentivo que afecta principalmente a las jurisdicciones de menor tamaño.
- La posibilidad de adoptar medidas destinadas únicamente a atraer bases foráneas de modo que estas no afecten recaudatoriamente a las bases nacionales[6].
- La existencia de otros beneficios derivados de la atracción de bases como la generación de empleo o la competitividad empresarial que pueden compensar la pérdida recaudatoria directa.
- La posibilidad de beneficiarse de la adopción de actitudes no cooperativas respecto a las demás jurisdicciones (discrecionalidad, falta de intercambio de información, creación de regímenes agresivos, etc.) sin consecuencias jurídicas y económicas.

Esta breve explicación constituye el esquema base a través del cual realizaremos este estudio de la competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la UE. De este modo, comenzaremos por evaluar las posibilidades de arbitraje fiscal que ofrece el marco de la UE a las personas físicas examinando la movilidad de los factores sujetos a gravamen y su esquema de tributación. A continuación, dentro de las limitaciones de este estudio, analizaremos las diferen-

[6] En el ámbito empresarial este tipo de medidas con efecto de aislamiento o *ring-fencing* han sido señaladas como perniciosas en los trabajos de UE y la OCDE contra la competencia fiscal perjudicial, hecho que ha contribuido a su progresivo desmantelamiento en este sector; no sucede así, como podremos ver en este trabajo, en el ámbito de la fiscalidad de las personas físicas. Véanse: *Código de Conducta sobre la fiscalidad de las empresas.* Conclusiones del Consejo ECOFIN de 1 de diciembre de 1997 sobre política fiscal. *DOCE* C 2, de 6 de enero de 1998, letra B, puntos 1) y 2), pág. 3 y el documento de la OCDE: *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, París, 1998, pág. 26.

cias de tributación entre los Estados miembros e identificaremos los posibles focos de arbitraje y competencia fiscal. Finalmente en las conclusiones trataremos de ofrecer una visión transversal que aporte luz sobre los objetivos planteados al inicio de este trabajo.

3. LA MOVILIDAD DE LOS FACTORES

La movilidad de un factor no es un valor absoluto ni determinado, sino que dependerá en cada contexto de un conjunto de circunstancias sociales, jurídicas y económicas[7]. En nuestro caso, nuestro estudio se circunscribe espacial y temporalmente a la actual configuración de la UE y la realidad que de ella se deriva.

3.1. LA MOVILIDAD DEL FACTOR TRABAJO: UN MERCADO DUAL

La UE está construida sobre la base de la ciudadanía europea[8]; un concepto aún abstracto pero que contiene hoy una importantísima consecuencia: la libertad de circulación dentro del territorio de la UE. A pesar de la consagración de esta libertad debemos reconocer de inicio que la movilidad del factor trabajo en la UE es escasa y asimétrica, circunstancias que se corresponden con un mercado de trabajo dual[9].

---

7 «La movilidad no es una característica intrínseca en la naturaleza de una fuente de riqueza, sino que es una característica contingente, mudable, que depende de muy diversos factores». Véase: AA. VV.: «Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja», (dir.) Germán Orón Moratal, Instituto de Estudios Riojanos, 2003, págs. 250-251. De hecho, aunque las rentas del capital ahora sean el mejor ejemplo de movilidad, hasta hace pocos años las restricciones en el control de cambios o los límites a la exportación de capitales dibujaban un escenario bien diferente.

8 La ciudadanía europea es un estatuto jurídico que ostenta cualquier persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. Los derechos propios de esta posición están recogidos en los artículos 39 a 46 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2010/C 83/02). Aunque fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000, fue enmendada posteriormente en 2007 y desde diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha adquirido el mismo carácter vinculante que los Tratados. En lo que nos atañe, el artículo 45 recoge expresamente que los ciudadanos de la Unión también tienen derecho a la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio de la UE. El propio TJUE ha expandido esta concepción al reconocer derechos a escala comunitaria a ciudadanos que no ejercen ninguna actividad económica, dotando a la ciudadanía de un contenido material al margen del contexto económico. En este sentido véase: Martín Vida, M. A.: «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, págs. 99-100.

9 Preocupación ya apuntada por la Comisión en su Comunicación COM (1997) 495 final: «En lo que se refiere al factor trabajo, la presión fiscal se está desplazando hacia la mano de obra menos cualificada y menos móvil, mientras que los trabajadores muy cualificados se muestran cada vez más móviles y receptivos a las diferencias de tratamiento fiscal». Esta escasa motivación fiscal de la mayoría de los movimientos transfronterizos comunitarios fue subrayada en: Bode, E.; Krieger-Bodeen, C. y Lammers, K.: *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschafet, Kiel, 1994, págs. 71-75.

Como primera parte del mercado de trabajo tenemos un grupo de trabajadores menos cualificados o ciudadanos sin empleo (aunque estén cualificados) que, en caso de trasladar su residencia, no lo hacen motivados por las diferencias fiscales[10]. Dentro de este grupo encontramos la última gran corriente migratoria desde los Nuevos Estados miembros (NEM en adelante) hacia la UE-15. Del mismo modo, está también dentro de este segmento el *brain drain* (emigración de jóvenes trabajadores cualificados) que hemos presenciado en los últimos años. Un fenómeno que ya no se produce solo desde los NEM, sino que afecta también a Estados con elevados niveles de desempleo juvenil y a los que la crisis económica ha azotado con especial fuerza (España, Grecia, Portugal o Italia).

Tanto esta emigración como los trabajadores menos cualificados se someten, sin plantearse alternativas, a un sistema tributario que además ha incrementado en los últimos lustros la presión fiscal sobre el factor trabajo, menos móvil y con menor riesgo de deslocalización que las rentas del capital[11].

Paralelamente, encontramos dentro de la UE un conjunto más reducido de ciudadanos que por su cualificación o sus elevadas rentas tienen una mayor movilidad. Una de las principales características de estos sujetos es que experimentan un cierto desarraigo respecto a su Estado de residencia, pues el valor de los servicios públicos que reciben se encuentra por debajo de su contribución al sistema, especialmente en los Estados con un régimen más progresivo. Este hecho se acentúa si tenemos en cuenta que estos ciudadanos tienen tendencia a autoabastecerse de determinados servicios (educación, sanidad, etc.) por el sector privado. Además, su posición les permite asumir los costes sociales y económicos asociados al traslado de residencia[12]. Todos estos elementos configuran un segmento del mercado de trabajo sensible a las diferencias de tributación y que, por tanto, puede responder con actitudes de arbitraje fiscal si se dan las condiciones para ello.

En este sentido, se han cumplido en parte los pronósticos de Sinn, que auguraba una emigración de las rentas más bajas hacia Estados con un *Welfare State* más desarrollado, a la par que advertía que las rentas más altas tratarían de emigrar hacia jurisdicciones con menor presión fiscal[13].

---

10 La cualificación de los trabajadores, tal y como demostraron Ehrenberg y Smith, está directamente correlacionada con su movilidad geográfica. Por un lado, el conocimiento de otro idioma y otra cultura facilitan el traslado; por el otro, este conocimiento incrementa la productividad del trabajador en otro Estado y puede permitirle alcanzar mejores niveles de vida. Véase: Ehrenberg, R. G. y Smith, R. S.: *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, 3.ª edición, Scott Foresman, Glenview (Illinois), 1988, pág. 360.

11 De hecho, la doctrina ha advertido que este trasvase de presión fiscal no solo se produce entre el capital y el factor trabajo, sino entre el propio trabajo menos cualificado (menos móvil) y el trabajo más cualificado (más móvil). Véase: Casalta Nabais, J.: *Por um Estado Fiscal Suportável*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 205.

12 En un estudio realizado con la Confederación Suiza como telón de fondo, Feld constata como los ciudadanos con mayores rentas sí toman sus decisiones de residencia (es verdad que dentro de un mismo Estado) orientadas por los incentivos fiscales. Véase: Feld, L. P.: «Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland», *Public Choice*, núm. 105, 2000, pág. 152.

13 De hecho el autor era bastante catastrofista al apuntar a la insostenibilidad de las políticas redistributivas en la UE si no se trasladaba el nivel de decisión sobre estas políticas al ámbito comunitario o si no existía una verdadera armo-

En todo caso, hay que puntualizar que, al contrario que sucede con la inversión de capital, el factor trabajo no se localiza mayoritariamente allí donde obtendría un mayor rendimiento neto después de impuestos. La vinculación directa de este factor con la residencia del sujeto añade a la ecuación un conjunto de preferencias culturales, familiares, sociales e incluso climatológicas, que configuran un proceso de decisión más complejo que un simple juicio de rentabilidad económica[14].

Dentro de la movilidad de los ciudadanos debemos hacer mención aparte a los cambios de residencia de jubilados del norte de Europa que se instalan en países más meridionales. Aunque estos traslados se realizan eminentemente por condiciones climáticas y de calidad de vida, no debemos perder de vista algunas consecuencias fiscales que pueden orientar el destino de estos cambios de residencia.

3.2. LA MOVILIDAD DEL CAPITAL. INTERESES Y DIVIDENDOS

El 1 de julio de 1990 entró en vigor la plena liberalización de los movimientos de capitales entre los Estados miembros[15]. Desde esta fecha los ciudadanos comunitarios pueden invertir sus ahorros o adquirir acciones en el mercado de capital de cualquier otro Estado miembro y en el exterior de la UE. En el caso de las personas físicas vamos a partir de la premisa de que estas invierten en productos de ahorro o en acciones en mercados cotizados, en lo que calificaremos como *portfolio investments* o inversión en cartera, entendiendo que no llegan a alcanzar una posición de control en las sociedades[16].

---

nización de la imposición directa entre los Estados miembros: «Any country that tries to establish an insurance state would be driven to bankruptcy because it would face emigration of the lucky who are supposed to give and immigration of the unlucky who are supposed to receive». Véase: Sinn, H. W.: «Tax Harmonization and Tax Competition in Europe», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper núm. 3248, Cambridge, 1990, pág. 15. Menos pesimista aunque en similar línea véase: Marini, P.: *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París, 1999.

14 Advierte acertadamente de la concepción compleja de la movilidad del factor trabajo: Osmundsen, P.: «Taxing Internationally Mobile Individuals. A Case of Countervailing Incentives», *International Tax and Public Finance*, núm. 6, 1999, pág. 149. En el mismo sentido: Egger, P. y Radulescu, D. M.: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, págs. 20-21. Una reflexión similar en relación con los cambios de residencia a nivel interno la encontramos en: Ramos Prieto, J.: «Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía)*, (dir.) Javier Lasarte, (coords.) Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, 2003, pág. 779.

15 *Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado*. La Directiva preveía un régimen transitorio para Irlanda, España, Portugal y Grecia que finalizó para los dos primeros Estados el 31 de diciembre de 1992 y para Portugal y Grecia tres años más tarde.

16 En este punto hay recordar que si las personas físicas emplean sociedades extranjeras controladas por ellas para canalizar las rentas más móviles (dividendos, intereses y cánones principalmente) y así eludir su tributación inmediata de las mismas, un gran número de Estados tienen aprobadas normas sobre CFCs (transparencia fiscal internacional)

La atracción de *portfolio investments* y de ahorro desde otros Estados miembros, dado el marco de estabilidad política y financiera existente en la UE, resulta relativamente sencilla y puede estar muy condicionada por el factor fiscal. En el fondo, los ciudadanos realizarán estas inversiones allí donde esperen obtener una mayor rentabilidad después de impuestos, reduciendo la inversión potencial en el propio Estado si observan mejores posibilidades en otro mercado. La gran facilidad con que se puede operar en estos mercados (con un solo clic) y la ausencia de mayores condicionantes provocan que esta sea la manifestación de renta más móvil en el seno de la UE.

No obstante, conviene especificar que la disparidad de sistemas tributarios entre los Estados miembros, la falta de información y los costes asociados a inversiones menores aleja de este circuito al ciudadano de a pie, provocando que sean los grandes patrimonios los que concentren los movimientos financieros en la UE y en el resto del mundo, siendo los principales beneficiados de la libre circulación de capitales. De este modo, al igual que sucedía con el factor trabajo, encontramos un mercado dual en el que solo las rentas más elevadas gozan de una verdadera movilidad que les permite operar con eficiencia y con el asesoramiento adecuado en los mercados internacionales de capital.

4. EL ESQUEMA DE TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS

4.1. EL CRITERIO DE RENTA MUNDIAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Los Estados miembros gravan con carácter general a sus residentes conforme al principio de renta mundial[17]. En cambio, aplican a la vez el criterio de la fuente para gravar las rentas obtenidas por no residentes en su territorio[18]. Este papel preponderante de la residencia provoca que los Estados sean especialmente recelosos respecto a la pérdida de la condición de residente por sus nacionales. Por este motivo, la mayoría de Estados diseñan un sistema expansivo de calificación de la residencia que entra en conflicto con otras jurisdicciones, generando situaciones de doble residencia[19].

---

para evitar el empleo de este vehículo, también aplicables generalmente a las personas físicas. De este modo, se obliga a que estos ingresos de la sociedad transparente tributen en el Estado de residencia de la persona física aunque no hayan sido efectivamente distribuidos.

17 La residencia es un punto de conexión territorial subjetivo (por la vinculación de una persona con un territorio). Se diferencia de este modo de la nacionalidad (criterio estrictamente personal) y del propio principio de territorialidad como criterio territorial objetivo que vincula el territorio con el hecho imponible. Serrano Antón, F.: «Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18, 2006, pág. 10.

18 Los no residentes generalmente solo tributan por las rentas obtenidas en el Estado de la fuente. Además, únicamente se les suele permitir deducir aquellos gastos o pérdidas estrictamente vinculados a los ingresos obtenidos en el propio Estado de la fuente. Para un análisis más detallado de la tributación del no residente en el marco comunitario: Ruiz Almendral, V.: «La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole, 2008.

19 En España, por ejemplo, aparte del criterio temporal habitual (residir durante más de 183 días en España) el artículo 9.1 b) de la Ley 35/2006 del IRPF considera también residentes a los que tuvieran en España «el núcleo principal o

La ausencia de instrumentos comunitarios para resolver esta colisión entre las normativas nacionales traslada la cuestión al seno de los convenios para evitar la doble imposición (CDI en adelante). Dado que no existe una definición común de residencia, el artículo 4 del Modelo de CDI de la OCDE es muy flexible, tanto para admitir los diferentes criterios de residencia de cada Estado[20], como para determinar el Estado de residencia del sujeto en caso de conflicto.

La aplicación de este principio de renta mundial limita en principio las posibilidades de arbitraje fiscal entre ciudadanos al conocido anglicismo *voting-with the feet*, es decir, al cambio de residencia[21]. Sin embargo, apreciamos dos situaciones que pueden permitir eludir la aplicación de esta regla sin necesidad de realizar este traslado de residencia.

En primer lugar, tenemos que aludir al importantísimo papel de los CDI en la configuración de las relaciones transfronterizas. En principio cuando un no residente percibe rentas de capital (intereses y dividendos principalmente) con origen en otro Estado la regla general en presencia de CDI es la tributación compartida entre el Estado de la fuente, que aplicará un tipo de gravamen reducido, y el Estado de residencia del perceptor, donde se corregirá la doble imposición. La compleja configuración de algunos instrumentos financieros, sin embargo, puede provocar, tal y como advierte la Comisión, situaciones de doble no imposición que falseen los flujos de capital y la propia circulación de los contribuyentes en el mercado interior[22]. De este modo, incluso sin necesidad de trasladar su residencia, un sujeto puede aprovechar la red de CDI para eludir la tributación, tanto en su propio Estado de residencia como en el Estado de la fuente. Para dar solu-

---

la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta». En Italia existe también otro criterio expansivo: se consideran residentes a efectos del impuesto sobre la renta, conforme al artículo 2 TUIR, aquellos ciudadanos que durante la mayor parte del año no solo hayan residido en Italia, sino también si han estado domiciliados o simplemente inscritos en el registro de la población residente.

20 Artículo 4.1

«A los efectos de este Convenio, la expresión "residente de un Estado contratante" significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.»

21 Aunque esta expresión se atribuye a Tiebout, realmente fue acuñada posteriormente por la literatura para hacer referencia a la facultad del ciudadano de elegir su residencia entre diferentes jurisdicciones. No obstante, se puede inferir claramente de: Tiebout, C. M.: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5, 1956, pág. 422.

22 La Comisión explica claramente la aparición de este fenómeno: «En sus convenios de doble imposición, los Estados se comprometen a menudo a no gravar determinados elementos de la renta. Con este tipo de trato fiscal, puede ocurrir que no tengan necesariamente en cuenta si estos elementos están sujetos a imposición por la otra Parte del convenio, y, por tanto, si existe un riesgo de doble no imposición. Este riesgo también puede ocurrir cuando los Estados miembros deciden unilateralmente eximir elementos de renta del exterior, independientemente de si están o no sujetos a imposición en el Estado de origen». Véase: *Recomendación de la Comisión de 6 de diciembre de 2012 sobre la planificación fiscal agresiva*, C (2012) 8806 final, considerando 7, pág. 3.

ción a esta laguna, la Comisión propone que los Estados miembros introduzcan en sus CDI una cláusula que garantice la tributación en al menos uno de los Estados firmantes[23].

La otra situación a que tenemos que hacer referencia es la posibilidad de deslocalizar rentas pasivas (intereses, dividendos o cánones principalmente) en Estados con los que no existan cláusulas de intercambio de información (y que en no pocas ocasiones suelen aplicar una retención en la fuente mínima o incluso inexistente), práctica elusiva que permite sustraer estas rentas del criterio de renta mundial[24]. Por suerte, el nivel de desarrollo a nivel comunitario de los instrumentos de asistencia mutua e intercambio de información, así como la propia Directiva del ahorro[25] dificultan esta posibilidad (aunque siempre que desaparezca la tributación en el Estado de la fuente el riesgo persiste). Incluso, a nivel mundial, son reseñables los avances impulsados por el *Foro Global sobre transparencia e intercambio de información* de la OCDE, que ha conseguido el compromiso de todos los Estados implicados para ajustarse a los estándares internacionales de intercambio de información[26].

4.2. EL TRASLADO EFECTIVO DE RESIDENCIA. LÍMITES

A salvo de las situaciones que hemos indicado anteriormente, la aplicación del criterio de renta mundial limita las posibilidades de arbitraje fiscal casi exclusivamente a los cambios efec-

---

23 «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante». Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 3.2.

24 Este problema ha sido explicado de manera magistral por Avi Yonah, que señala a Estados Unidos como el principal culpable de la escala de competencia fiscal desatada tras derogar en 1984 la retención en la fuente que practicaba en los pagos de intereses a ciudadanos extranjeros. Tras esta medida la mayoría de las grandes economías se vieron obligadas a seguir la estela de Estados Unidos. El resultado, como indicaba el autor: «is that individuals can generally earn investment income free of host country taxation in any of the world's major economies». Véase: Avi-Yonah, R. S.: «Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State», Harvard Law School, *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4, 2000, pág. 2. Además, para hacer realmente atractiva esta mínima tributación en la fuente muchas economías entraron en una espiral competitiva por implementar estrictas normas de secreto bancario (en progresivo desmantelamiento actualmente) bloqueando de este modo la posible aplicación del criterio de renta mundial. Véase: Genschel, P. y Schwarz, «Tax Competition: a literature review», *Socio-Economic Review*, núm. 9, 2011, pág. 345.

25 Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

26 Este Foro creado en 2003 pretende definir un *level playing field* en el escenario internacional basado en el intercambio de información entre jurisdicciones. El principal resultado de este Foro han sido los estándares internacionales fiscalmente aceptados que exigen a las diferentes jurisdicciones intercambio de información bajo petición, supresión del secreto bancario y fin de las cláusulas del interés nacional. Dentro de las dos fases de evaluación 14 jurisdicciones deben aún avanzar en la transparencia y el intercambio de información para superar la primera fase (Botswana, Nauru, Brunei, Niue, Dominica, Panamá, Guatemala, Suiza, Líbano, Trinidad y Tobago, Liberia y Emiratos Árabes Unidos, Islas Marshall y Vanuatu). Adicionalmente cuatro jurisdicciones no han superado la segunda fase (Luxemburgo, Islas Seychelles, Islas Vírgenes y Chipre). Véase: OCDE, *Tax Transparency. Report on Progress*, 2013.

tivos de residencia. El principal problema radica, por tanto, en impedir los cambios de residencia ficticios que pueden tratar de eludir la aplicación del poder tributario del Estado donde se reside por otro que aplique una menor presión fiscal. Ante esta situación, los Estados se enfrentan a un conflicto de prueba, en el que tratarán de demostrar que el sujeto cumple los criterios (principalmente permanencia en el territorio más de la mitad del año o mantenimiento en el mismo del núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos) para mantener la condición de residente y, de este modo, la sujeción a su poder tributario[27].

Estas reglas de prueba se endurecen especialmente en los casos en que el cambio de residencia se produce con destino a un Estado que puede ser calificado como paraíso fiscal[28]. Incluso, algunos Estados van más allá y aprueban cláusulas antiabuso que persiguen bloquear los efectos de un cambio de residencia efectivo mediante normas de extensión de la sujeción tributaria[29]. Por

---

27 En este punto son relevantes las normas de determinación de la residencia existentes en el respectivo CDI que pueda ser de aplicación. También resultan esenciales para determinar la carga de la prueba las posibles presunciones que puedan articularse. En el Derecho español, por ejemplo, existe una presunción *iuris tantum* en el artículo 9.1 b) de la LIRPF conforme a la cual: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene su residencia habitual en territorio español cuando, de acuerdo con los criterios anteriores, resida habitualmente en España el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de aquel».

28 En la normativa española, por ejemplo, el artículo 9.1 a) de la LIRPF prevé una inversión de la carga de la prueba cuando el traslado se produce con destino a un país o territorio considerado como paraíso fiscal. A estos efectos, España tiene aprobada una lista de paraísos fiscales recogida en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Aunque dicha lista no se ha actualizado, sí se prevé una cláusula de actualización automática en el artículo 2 del propio real decreto, introducida en el año 2003, que prevé la salida de esta lista de aquellos países y territorios que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información. Esta cláusula excluiría, por tanto a países o territorios de la lista que han firmado acuerdos de intercambio de información (Andorra, Aruba o Antillas Holandesas) o CDI como Malta (2006), Emiratos Árabes Unidos (2007), Jamaica (2009), Trinidad y Tobago (2009), Barbados (2011), Panamá (2011), Hong Kong (2012), Singapur (2012) o Chipre (2013). En el caso de Malta y Chipre la doctrina considera que esta exclusión se produjo en el mismo momento de su adhesión a la Unión Europea, época en que ya estaba vigente la anterior Directiva 77/799/CEE relativa a la asistencia mutua. En este sentido: Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J., «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11, 2004, pág. 41. Alcanzan una conclusión equivalente: Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 275, nota 190.

29 El profesor Chico de la Cámara enumera entre estos Estados: Alemania, Dinamarca, Suecia, Finlandia o España, además de Noruega o Estados Unidos. Véase: Chico de la Cámara, P.: «La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE», en AA. VV.: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, (coords.) María Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 65. En el caso de Alemania, por ejemplo, se aplica una extensión de la sujeción como «no residente» durante nada menos que diez años desde la salida del país para los nacionales que, habiendo estado sujetos al tributo durante cinco de los diez años anteriores, se trasladen a un Estado con baja tributación o que les conceda un régimen preferencial y que mantengan vínculos económicos con Alemania. Véase: AA. VV.: *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola van Boeijen-Ostaszewska y Marnix Schellekens, IBFD, Ámsterdam, 2012, pág. 344.

ejemplo, la legislación española contempla la conocida como «cuarentena fiscal» en el actual artículo 8.2 de la LIRPF. Conforme a esta regla, los nacionales españoles (enfatizamos nacionales) que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal seguirán considerándose residentes en España durante el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro siguientes[30].

Otro instrumento para dificultar este traslado de residencia podrían ser los impuestos de salida. Al exigir el gravamen de las plusvalías latentes en caso de cambio de residencia de una persona física, el Estado de residencia está dificultando en la práctica la huida hacia otras jurisdicciones. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha limitado el efecto restrictivo de estos impuestos de salida sobre personas físicas dentro de la UE al exigir que se permita el aplazamiento de la deuda tributaria hasta la efectiva realización de las plusvalías[31].

La configuración expansiva de las libertades fundamentales realizada por el TJUE excluye prácticamente cualquier obstáculo a los cambios de residencia efectivos entre Estados miembros. En este contexto, se puede entender la impotencia de algunos Estados que como Francia ven emigrar de manera constante algunas de sus mayores fortunas, no ya solo a Estados terceros como Suiza, sino a otros Estados miembros de la UE como Bélgica[32].

4.3. LA DEFICIENTE CORRECCIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN

4.3.1. Los métodos para eliminar la doble imposición y la falta de un instrumento común en la UE

La opción de gravar la renta de las personas físicas en función del criterio de residencia responde a los especiales lazos que el residente tiene con el territorio y con el disfrute de los servicios públicos e infraestructuras a él asociados. El principal inconveniente resultante de la aplicación del criterio de renta mundial es que provoca frecuentemente situaciones de doble imposición cuando el residente percibe rentas ya gravadas en el Estado de la fuente[33]. Este riesgo desaparecería si

30 Este precepto ha sido criticado por la doctrina al considerarse excesivamente rígido o desproporcionado dado que no admite prueba en contrario. Véase: De la Cueva González-Cotera, A.: «La extensión de la sujeción tributaria en el derecho comparado y la nueva ley de renta», *RCyT*. CEF, núm. 191, 1999, págs. 185-186.

31 SSTJUE de 11 de marzo de 2004, *de Lasteyrie du Saillant*, asunto C-9/02 (NFJ017164); de 7 de septiembre de 2006, *N*, asunto C-470/04 (NFJ024030) y de 12 de julio de 2012, *Comisión/España*, asunto C-269/09 (NFJ047562).

32 Este éxodo ha sido muy tratado por la prensa generalista, con atención especial a la figura del actor Gerard Depardieu, que ha trasladado supuestamente su residencia al municipio de Néchin, en Bélgica. Resulta muy descriptiva en este sentido la noticia: «Obélix y la marmita belga», *El País*, 23 de diciembre de 2012.

33 Este criterio es criticado por Vogel, que considera que gravar la renta sobre la base de la renta mundial «es contrario al comercio internacional y, por tanto, contrario a los intereses de los Estados de residencia y de fuente». Igual-

los Estados aplicaran estrictamente y recíprocamente el criterio de residencia, admitiendo que las rentas obtenidas por los no residentes únicamente fuesen gravadas en sus Estados de residencia. Sin embargo, en relación con los no residentes, los Estados rompen con el criterio de residencia y aplican de modo general el criterio de la fuente, gravando las rentas obtenidas por estos en su territorio y creando situaciones de doble imposición. En principio, la jurisprudencia del TJUE admite este trato diferencial ya que considera que generalmente el residente y el no residente no se encuentran en situaciones comparables[34].

En relación con la doble imposición debemos diferenciar los supuestos de doble imposición económica, en que un mismo poder tributario grava una renta en sede de dos sujetos diferentes (el supuesto clásico son los dividendos), de la doble imposición jurídica, en la cual dos poderes tributarios gravan una misma renta en sede del mismo sujeto (generalmente una retención en el Estado de la fuente y la correspondiente tributación como residente).

La doble imposición jurídica es la que más preocupa en el ámbito internacional y para su eliminación existen tres vías diferentes. Por un lado, los instrumentos clásicos: las medidas unilaterales tomadas por cada uno de los Estados[35] y los tratados internacionales, fundamentalmente convenios de doble imposición bilaterales. Por otro, algunos autores han puesto sobre la mesa una tercera vía: la armonización fiscal en el seno de una organización supranacional, cuyo ejemplo paradigmático sería la UE[36].

---

mente, apunta a que solo mediante el criterio de territorialidad se consigue la equidad entre los Estados, ya que «es el Estado donde se ha generado la renta, quien contribuye a ello con sus recursos naturales, sus prestaciones y servicios públicos, por supuesto, en mayor medida que el Estado en el que reside la empresa». VOGEL, K.: «World wide or source taxation of income?», *Rassegna Tributaria*, núm. 1, 1988, págs. 261-262.

34 Tal y como está configurado el principio de no discriminación, los Estados pueden configurar su sistema en atención a los residentes. SACHETTO, C.: «La Corte di giustizia CE e i criteri fonnali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, 1999, pág. 191. Eso sí, existe obligación de tratar al no residente del mismo modo si está en una situación comparable; circunstancia que la propia Comisión sugiere que se sitúe en el umbral del 75% del total de la renta imponible. Véase: *Recomendación de la Comisión, de 21 de diciembre de 1993, relativa al régimen tributario de determinadas rentas obtenidas por no residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que residen* (94/79/CE). Esta recomendación se ha recogido en la legislación española en el artículo 46 de la LIRNR.

35 Las diferentes técnicas señaladas por LUCHENA MOZO son: la exención en la base imponible nacional de todo o una parte de las rentas foráneas, generalmente a condición de que hayan sido efectivamente gravadas; un crédito fiscal a emplear en su Estado de residencia por el importe del impuesto pagado o devengado en el extranjero y deducir como gasto en la base imponible del Estado de residencia el impuesto pagado o devengado en el extranjero. LUCHENA MOZO, G. M.: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», en AA. VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, (dir.) Miguel Ángel COLLADO YURRITA, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, 2005, pág. 317.

36 LUCHENA MOZO, G. M.: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», *op. cit.*, pág. 315. Para otros autores esta tercera vía se subsume en los Convenios Multilaterales: VALLEJO CHAMORRO, J. M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: «Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6, 2002, pág. 21.

En la práctica, sin embargo, la falta de pasos en pos de la armonización ha provocado que los mayores avances a nivel de la UE en este campo se hayan producido, de nuevo, a través de la jurisprudencia del TJUE en materia de no discriminación[37]. Esta intervención del tribunal, como indica Ruiz Almendral, ha creado un estatuto especial del no residente comunitario, más próximo al propio residente que al no residente no comunitario[38].

Una alternativa a la tercera vía, agotadas las esperanzas de una directiva, sería la adopción de un Modelo Europeo de CDI que obligara a los Estados a modificaciones puntuales de sus tratados bilaterales y que situara la cuestión de la doble imposición directamente bajo el paraguas del TJUE[39]. Una propuesta de coordinación que solucionaría más problemas de los que crea[40], pero que no parece factible aplicar a toda la UE y que podría avanzar, a lo sumo, como un proyecto de cooperación reforzada.

La falta de acuerdo respecto a este Modelo Europeo de CDI dibuja un escenario complicado para eliminar la doble imposición en la UE respecto a la fiscalidad directa[41]. De hecho, el TJUE *se*

---

37 Como advierte Pistone, la falta de coordinación entre los Estados en materia de CDI ha obligado al TJUE a ser el motor de la integración europea mediante la regla del precedente. Véase: Pistone, P.: «Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario», *Intertax*, vol. 35, 2007, pág. 76. El autor, muy crítico con la falta de iniciativa estatal, llega a afirmar que «insofar as action is not carried out within the near future, negative integration will not stop from going on with even more negative repercussions for the national sovereignties of the EU Member States», Pistone, P.: «Towards European international tax law», *EC Tax Review*, vol. 14, núm. 1, 2005, pág. 6.

38 Ruiz Almendral, V.: «La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *op. cit*., pág. 55. Ante esta situación, toma consistencia la propuesta de Terra y Wattel para crear un sistema verdaderamente no discriminatorio, en el que se debería aplicar a los no residentes (comunitarios) el mismo régimen de renta mundial y con los mismos elementos para eliminar la doble imposición que a los residentes. La otra alternativa sería aplicar un régimen estricto de territorialidad para residentes y no residentes en el que no se tuvieran en cuenta los ingresos o pérdidas foráneas. Véase: Terra, B. y Wattel, P.: *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pág. 95.

39 A este respecto, Pistone ha propuesto un modelo de Convenio de la UE que combina los principios del Derecho internacional, plasmados en el modelo de la OCDE, con los principios comunitarios diseñados por la jurisprudencia del TJUE. Véanse: Pistone, P.: «An EU Model Tax Convention», *EC Tax Review*, vol. 11, núm. 3, 2002, págs. 129-136. A juicio de Magraner Moreno: «un «Modelo de Convenio UE» sería la solución más fácil de aplicar. El proyecto debería ser preparado cuidadosamente a nivel técnico intentando involucrar a todos los Estados miembros. Su principal ventaja la representa, precisamente, la no necesaria utilización de un instrumento jurídico comunitario vinculante para su puesta en funcionamiento». Véase: Magraner Moreno, F. J.: «La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro», *Crónica Tributaria*, núm. 137, 2010, pág. 189.

40 Pistone, P.: «Towards European international tax law», *op. cit*., págs. 6-7.

41 Una posible alternativa, que parece haber caído en desgracia tras la STJUE de 5 de julio de 2005, *D*, asunto C-376/03 (NFJ022996), era la invocación de una suerte de cláusula de nación más favorecida en el seno de la UE que permitiera a los contribuyentes europeos solicitar las ventajas del CDI más favorable firmado, bien por el Estado miembro de su residencia, bien por el Estado miembro en el que obtiene su renta. Sin embargo, la sentencia señalada legitimó

lava las manos al respecto y reconoce que no puede entrar a valorar los posibles efectos de la disparidad de sistemas empleados para eliminar esta doble imposición[42]. En este sentido, por tanto, podemos entender que la falta de un instrumento comunitario común que garantice la corrección de estas situaciones de doble imposición supone en la práctica un freno al ejercicio de la libre circulación[43].

No olvidemos que en último término los ciudadanos dependen de la red de CDI y de las normas adoptadas unilateralmente por los Estados a nivel interno para paliar esta potencial doble imposición, por ejemplo, declarando exentas estas rentas hasta un determinado límite[44]. Esta red de CDI teje un conjunto de relaciones jurídicas entre los Estados que incentiva el desplazamiento del capital hacia jurisdicciones específicas, promovido especialmente por la ausencia de retención en la fuente sobre dividendos que puede permitir la ocultación de estos rendimientos[45].

---

la ausencia de esta cláusula de nación más favorecida, por lo que aunque cabe su inclusión voluntaria, se rechazó en la práctica que el principio de no discriminación alcanzara a este elemento.

42 Principalmente: STJUE de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, asunto C-336/96 (NFJ006196), apartado 54; *STJUE de 6 de diciembre de 2007, Columbus Container Services*, asunto C-298/05 (NFJ026989), apartado 45 y STJUE de 12 de febrero de 2009, *Block*, asunto C-67/08 (NFJ031324). De esta última sentencia López Rodríguez extrae tres claras conclusiones: la primera, que los Estados miembros son libres para fijar los criterios de imposición; la segunda, que no cabe exigir individualmente a cada Estado miembro que elimine la doble imposición; por último, que no existe un derecho individual a reclamar contra una situación de doble imposición. Conferencia citada en: Magraner Moreno, F. J.: «La coordinación de los convenios…», *op. cit*., pág. 174.

43 AA. VV.: *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, (coords.) Juan López Rodríguez, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2011, pág. 81.

44 En el ámbito de las rentas del trabajo, por ejemplo, en el derecho español existen dos posibilidades alternativas que minimizan el impacto de la doble imposición. En el artículo 7 p) de la LIRPF se recoge la exención de hasta 60.100 euros de los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, siempre que se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero y a condición de que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza similar al propio IRPF. La otra posibilidad, incompatible con esta exención, es el denominado régimen de excesos, previsto en el artículo 9.a.3 b) del RIRP, que permite considerar como dieta exenta (por ejemplo en el apartado 4): «El exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España.»

45 A falta de instrumentos comunitarios efectivos, el Estado español introdujo en el año 2012 la obligatoriedad de informar los bienes y derechos que los contribuyentes tienen en el extranjero a través de la comúnmente llamada «ley antifraude» (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). Dicha obligación, contenida en la disposición adicional 18.ª de la LGT, ha sido desarrollada en el Reglamento General de actuaciones y procedimientos tributarios, Real Decreto 1065/2007, siendo la Orden HAP 72/2013, la que aprueba el modelo 720 en el que se agrupan los tres tipos de bienes así como la forma, plazo y condiciones de su presentación. Entre estos tres tipos de bienes encontramos, aparte de las cuentas corrientes y los derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, los valores o derechos, acciones o participaciones, seguros de vida e invalidez y rentas depositadas, gestionadas y obtenidas en el extranjero.

4.3.2. Las características específicas de las rentas del capital

Por sus especiales características vamos a indicar algunas cuestiones concretas respecto a las rentas del capital, observando especialmente las diferencias que existen entre el esquema de tributación de los intereses y de los dividendos en sede de las personas físicas.

En el caso de los intereses, la tributación conforme al criterio de renta mundial se ha enfrentado históricamente a uno de los grandes caballos de batalla del Derecho comunitario: el secreto bancario. La aprobación de la Directiva del ahorro, 2003/48/CE, trajo consigo una obligación de intercambio de información entre los Estados miembros, eliminando a la par la retención en la fuente[46], sistema que garantizaría teóricamente la aplicación del principio de renta mundial de los residentes a salvo de los correspondientes CDI, minimizando las posibilidades de arbitraje fiscal. Sin embargo, esta Directiva contiene una deficiente definición de algunos de sus elementos[47] y a la par consagraba la pervivencia de un régimen transitorio de retención en la fuente (y mantenimiento del secreto bancario) en Estados como Luxemburgo o Austria que exigía su revisión. Por suerte, tras más de seis años de bloqueo estos dos Estados han levantado recientemente el veto a la modificación de esta Directiva para facilitar el intercambio automático de información fiscal sobre los ahorros bancarios, que alcanzará también a los pagos efectuados por trust, fundaciones y ciertos seguros de vida[48].

La ausencia generalizada de retención en la fuente o *withholding tax* en los pagos de intereses garantizará cuanto menos que, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva del ahorro, no existirá doble imposición internacional. En cambio, en el campo de la distribución de dividendos, solo la Directiva Matriz-Filial, aplicable estrictamente al ámbito societario, ha previsto un esquema de eliminación de la retención de los dividendos en el Estado de la fuente[49]. Por tanto,

---

46 En opinión de la doctrina, la eliminación de la retención en la fuente se había empleado históricamente como sistema de competencia fiscal. Véase: Magliocco, A. y Sanelli, A.: «Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example», *European Taxation,* vol. 4, 2009, pág. 200. Una competencia fiscal basada en la garantía de que posteriormente no existiría un efectivo intercambio de información.

47 Tanto en la *Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/48/CE en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, de 13 de noviembre de 2008*, COM (2008) 727 final, como en el más reciente *Informe de la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 18 de la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*, de 2 de marzo de 2012, COM (2012) 65 final, se insiste en la necesidad de ampliar tanto el catálogo de productos incluidos como las transacciones y operadores económicos cubiertos.

48 En este proceso de negociación con los dos Estados que mantenían el bloqueo a la reforma de la Directiva del ahorro ha sido crucial la inclusión de otras jurisdicciones europeas como Suiza, Mónaco, Liechtenstein, San Marino y Andorra, ya que sin el compromiso de las mismas Austria y Luxemburgo no estaban dispuestas a aceptar esta reforma. Véase: «Luz verde al intercambio de datos fiscales sobre ahorros bancarios en la UE», *Euroefe*, 24 de marzo de 2014.

49 La actual *Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*, exige una participación mínima en otra

aunque la mayoría de los CDI firmados entre los Estados miembros limitan la retención en la fuente sobre los dividendos al 15 %, la existencia de doble imposición jurídica en la distribución a personas físicas es casi inevitable y debe corregirse[50].

De hecho, aquellos Estados que garantizan la inexistencia de doble imposición al no realizar retención en la fuente sobre los pagos de dividendos a no residentes resultan especialmente atractivos para canalizar estas inversiones (aparte de poder fomentar situaciones de elusión si no se coordinan bien los instrumentos de intercambio de información). En este sentido, la falta de coordinación entre los CDI en la UE es patente. Por un lado, Reino Unido y Malta renuncian de forma unilateral en todos sus CDI a practicar esta retención sobre los dividendos a no residentes[51]. Irlanda y Chipre, por su parte, hacen lo propio en varios CDI con Estados miembros[52]. En otras ocasiones, los Estados pactan de forma bilateral renunciar a esta retención, como en los CDI entre Francia y Finlandia o entre Suecia y Grecia. Saliendo del marco comunitario, es también muy común entre los Estados miembros que pacten en sus CDI con Estados de gran potencial inversor (Omán, Arabia Saudí, Catar o Emiratos Árabes Unidos) renunciar a aplicar esta retención en la fuente sobre los dividendos. Hecho este último que pone en evidencia la importancia de esta renuncia a la retención como medio para atraer capital foráneo.

En resumidas cuentas, respecto al pago de dividendos y la doble imposición jurídica podemos enfrentarnos a tres situaciones diferentes: una en la que no se prevea ningún mecanismo de

---

sociedad del 10 % para entrar dentro del ámbito de sociedades matrices previsto en la Directiva. En principio, conforme al artículo 4.1 a) el Estado de la sociedad matriz o del establecimiento permanente que reciba los dividendos se abstendrá de gravarlos. El apartado b) prevé la posibilidad de realizar una retención, aunque esta será posteriormente deducible en el impuesto de la matriz o establecimiento permanente en la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial directa y toda filial de ulterior nivel.

50 La doctrina se encuentra dividida al valorar si esta doble imposición jurídica puede ser una restricción contraria a las libertades fundamentales, todo ello a pesar de la claridad con que el Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario: SSTJUE de 14 de noviembre de 2006, *Kerckhaert Morres*, asunto C-513/04 (NFJ024029), apartados 18 y ss., de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container services*, asunto C-298/05 (NFJ026989), apartados 43 y ss., o de 20 de mayo de 2008, *OESF*, asunto C-194/06 (NFJ028746), apartado 47. Siguiendo la estela del tribunal se pronuncia Lang: «Since tax systems are not harmonized yet, the Court cannot avoid results that lead either to double taxation or to non-taxation (…)The ECJ cannot replace the Community legislator but can only make sure that each single Member State complies with its obligations under Community law». Véase: Lang, M.: «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions», *EC Tax Review*, 2009-3, pág. 110. En sentido contrario se ha pronunciado Van Thiel para quien el enfoque nacional de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la tributación directa y su dejadez respecto a los supuestos de doble imposición no son sostenibles en el largo plazo. Véase: Van Thiel, S.: «The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice», *Tax Law Review*, vol. 62, 2008, pág. 153.

51 En el CDI entre España y el Reino Unido, por ejemplo, España se compromete en el artículo 10.1 a) a no imponer una retención superior al 15 %. Sin embargo, el artículo 10.3, a) iii) establece con carácter general que «los dividendos pagados por una Sociedad residente del Reino Unido, y cuyo beneficiario efectivo sea residente de España, no se someterán a ningún impuesto sobre dichos dividendos en el Reino Unido».

52 Irlanda, por ejemplo, en los CDI con Austria, Finlandia o España; Chipre con Italia o Hungría.

corrección de la doble imposición, otra en la que el mecanismo previsto no la corrija plenamente y, por último, una situación en la que sí se elimine por completo.

Por desgracia, la primera situación no encuentra ningún obstáculo actualmente en el Derecho comunitario, posición que el tribunal ha expuesto con claridad en la STJUE de 19 de julio de 2009, *Damseaux*, asunto C-128/08 (NFJ034311)[53]. En este pronunciamiento un residente belga había percibido dividendos de una sociedad francesa que fueron gravados con una retención en la fuente del 15 %, conforme al CDI entre ambos Estados. Posteriormente, el Estado belga gravó el dividendo restante (85 %) con el 15 % previsto en su normativa sobre todos los dividendos percibidos por residentes belgas, sin ofrecer ningún instrumento que corrigiera la evidente doble imposición jurídica. El TJUE avaló esta falta de mecanismos para eliminar la doble imposición en Bélgica con el siguiente argumento (apartado 35):

> «el Derecho comunitario, en su estado actual y en una situación como la del litigio principal, no prescribe criterios generales para el reparto de competencias entre los Estados miembros en lo que se refiere a la eliminación de dobles imposiciones dentro de la Comunidad». Por tanto, «el artículo 56 CE no se opone a un convenio fiscal bilateral como el de que se trata en el litigio principal, en virtud del cual los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un Estado miembro a un accionista residente en otro Estado miembro pueden ser gravados en ambos Estados miembros, y que no prevé que se establezca, a cargo del Estado miembro de residencia del accionista, una obligación incondicional de evitar la doble imposición jurídica que de ello resulte.»

La preocupación por los efectos de esta doble imposición ha llevado a la Comisión a publicar el 11 de noviembre de 2011 la Comunicación *Double Taxation in the Single Market*, COM (2011) 712 final[54]. En este documento la institución comunitaria señala la doble imposición como un obstáculo al funcionamiento del mercado interno que desalienta las operaciones transfronterizas, las inversiones desde Estados terceros y que además altera las condiciones de competencia[55]. Ante la insuficiencia de instrumentos comunitarios para paliar esta doble imposición, que alcanza a múltiples aspectos de la fiscalidad comunitaria, no solo a los dividendos, la Comisión propone una serie de soluciones[56]. Entre ellas, destacamos la invitación a cerrar por completo la

---

53 Para un análisis sintético de la posición del TJUE al respecto de la doble imposición de dividendos y las diferencias de trato entre residente y no residente nos remitimos a: Spengel, C. y Evers, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions», *EC Tax Review*, 2012-1, págs. 23-25.

54 En materia de doble imposición de dividendos a sujetos particulares cobra especial relevancia el proceso de consulta pública abierto a comienzos del mismo año 2011 *Taxation problems that arise when dividends are distributed across borders to portfolio and individual investors and possible solutions*, en el que ya se proponían soluciones para paliar la frecuente doble imposición que sufría este colectivo en estas inversiones.

55 COM (2011) 712 final, págs. 3 y ss.

56 COM (2011) 712 final, págs. 9-11. Otras propuestas que aún no se han concretado son la creación de un Foro sobre doble imposición o la propuesta de un Código de Conducta sobre doble imposición.

red de CDI entre los Estados miembros y a clarificar la interpretación de algunos conceptos de los mismos, así como la propuesta para impulsar un sistema de resolución de disputas a nivel europeo en el campo de la doble imposición. Finalmente, queremos mostrar nuestra impaciencia por la publicación programada en la Comunicación (ya con retraso, pues se prometieron para 2012) de un conjunto de soluciones contra la doble imposición jurídica de los intereses[57].

Además, incluso en los supuestos en que los propios Estados prevén sistemas para corregir la doble imposición, estos suelen suponer una serie de cargas formales y esperas que, en la práctica, desincentivan de igual modo la percepción de dividendos y las inversiones transfronterizas[58]. Ante estos problemas, resulta lógico que los individuos prefieran realizar sus inversiones a través de instrumentos de deuda que por medio de acciones.

Como propone SPENGEL, una solución para esta distorsión sería extender el sistema previsto en la Directiva del ahorro (inexistencia de retención en la fuente e intercambio de información) también a la distribución de dividendos[59]. En nuestra opinión, sería un modo ideal de impedir que la doble imposición causase distorsiones sobre las decisiones económicas de los sujetos. El principal obstáculo sigue siendo la operatividad de regla de la unanimidad con 28 Estados y la ausencia de un sistema efectivo de intercambio de información.

Al final, los individuos realizan sus inversiones transfronterizas en aquellos Estados en los que, conforme a las relaciones bilaterales, esta doble imposición se corrige mejor o incluso no llega a existir. Una adecuada red de CDI se convierte en un factor de competitividad fundamental para atraer inversión en cartera. En esencia, en su huida de la doble imposición los agentes realizan en cierta medida arbitraje fiscal; un arbitraje fiscal que en principio parece no erosionar los recursos tributarios de los Estados en su conjunto salvo que vaya acompañado de prácticas elusivas (combinando por ejemplo exención en la fuente con ausencia de intercambio de información).

El riesgo de que los residentes con mayor capacidad de inversión trasladen sus inversiones a jurisdicciones, no ya con una menor tributación, sino con mejores mecanismos de corrección de la doble imposición, promueve que los Estados creen vehículos ventajosos para canalizar esta inversión. Es el caso de las conocidas como sociedades de inversión de capital variable o Sicav, con diferentes nombres y acrónimos en función del país en que operan[60].

---

57 Dado que la Directiva Matriz-Filial corrige la doble imposición de la denominada anteriormente FDI o inversión directa, esta propuesta se ceñirá a proponer soluciones para la inversión en cartera o PI (participaciones por debajo del 10%) que abarca también a la fiscalidad de los individuos.

58 COM (2011) 712 final, pág. 7. En el mismo sentido: SPENGEL, C. y EVERS, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends…», *op. cit.*, pág. 23.

59 SPENGEL, C. y EVERS, L.: «The Cross-border Taxation of Dividends…», *op. cit*., págs. 27 y ss.

60 Estas sociedades reciben el apelativo genérico de Sicav en España, Francia o Italia (Sociedad de Inversión de Capital Variable, *Société d'Investissement à Capital Variable y Società a capitale variabile*, respectivamente). Instrumentos similares están vigentes en otros Estados miembros, como por ejemplo Irlanda o Luxemburgo. Las Sicav

Estas sociedades emulan a los fondos de inversión, pero ofrecen a las personas físicas participar en el accionariado, con voz y voto respecto al funcionamiento y a las decisiones ordinarias de las mismas. Generalmente, aunque los regímenes de cada Estado son diferentes, ofrecen un régimen privilegiado de tributación en el impuesto sobre sociedades por las plusvalías y dividendos recibidos (por ejemplo en España es del 1 %) y permiten aplazar la tributación en sede del socio hasta que exista una distribución de beneficios, una venta de las acciones o una liquidación de la sociedad. En principio, no presentan grandes diferencias respecto a las ventajas de los fondos de inversión (postergar la tributación si se reinvierten los dividendos hasta la efectiva venta de las participaciones). Sin embargo, la laxitud respecto a los requisitos para su creación y funcionamiento, principalmente respecto a su verdadero carácter colectivo, puede fomentar una utilización fraudulenta de este instrumento. Si se garantiza un funcionamiento transparente de las mismas, no creemos que deban ser tildados de instrumentos de competencia fiscal lesiva, pues únicamente pretenden dotar de cierta competitividad a la inversión en cartera por ciudadanos individuales[61].

Por otro lado, los particulares también pueden eludir la tributación en el Estado de residencia de sus rentas pasivas empleando otros vehículos como sociedades interpuestas en terceros Estados, que permiten diferir la tributación de dichas rentas hasta una futura distribución de beneficios. La mayoría de Estados miembros han reaccionado frente a estos instrumentos, aprobando regímenes de *Controlled Foreign Corporations* (CFC) o de transparencia fiscal. Sin embargo, la Comisión ha advertido acertadamente en su Recomendación de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8805 final, *relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal*, que existe una cierta disparidad respecto al nivel de protección contra estas prácticas. Este hecho provoca que los contribuyentes, aprovechando las libertades en el seno de la UE, acaben canalizando sus actividades o transacciones a través de los Estados miembros con un menor nivel de protección. Por tanto, como hace ver la Comi-

en España se encuentran reguladas en la *Ley* 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. La última *Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios* ha promovido cambios para adaptarse a su contenido, principalmente en lo que respecta a unas normas comunes en lo relativo a su autorización, su supervisión, su estructura, su actividad y la información que deben publicar. Esta directiva ha sido posteriormente objeto de desarrollo por varias directivas y reglamentos comunitarios.

61 En España han sido muchas las críticas vertidas contra al régimen de las Sicav, principalmente desde los medios de comunicación. El régimen español, que no impone topes máximos de participación de una misma persona, ha permitido generalizar el empleo de las Sicav por grandes fortunas que controlan la mayoría de las acciones de la sociedad y emplean a *hombres de paja* o *mariachis* con una mínima participación para completar el número de socios mínimo. Del mismo modo, se ha criticado la cesión de su control a la CNMV, privando a la Administración tributaria de la capacidad de verificar los requisitos necesarios para acceder al privilegiado tipo del 1 %. Una situación de la que advirtieron anticipadamente Ruiz Almendral, V. y Ramos Muñoz, D.: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2006. Westlaw: BIB 2006/1365. En la *Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011* se corrigió por medio del artículo 65 una importante disfunción del régimen, que permitía eludir la tributación al retirar parte de la inversión considerándola reducción de capital mientras que no superara la cuantía invertida inicialmente.

sión: «el nivel de protección existente dentro de la Unión frente a la erosión de la base imponible tiende a corresponderse con el Estado miembro que ofrece el nivel de protección más exiguo»[62].

Al final, por tanto, la peor competencia proviene de otros Estados miembros frente a los cuales, conforme a la jurisprudencia del tribunal, solo se podrán esgrimir medidas antiabuso ante montajes puramente artificiales. Un requisito fácilmente superable con una mínima e inteligente planificación fiscal. De este modo, la restricción impuesta por la interpretación expansiva de las libertades comunitarias configura un paisaje oscuro para algunos Estados miembros y un verde prado para otros, que se convierten en opciones incluso más atractivas que terceros Estados con regímenes teóricamente más ventajosos pero frente a los cuales sí se podrán oponer cláusulas antiabuso. *El enemigo vive en casa*.

Para tratar de combatir esta situación, la Recomendación sobre planificación fiscal agresiva propone la introducción de una cláusula antiabuso general que pueda ser aplicada sin necesidad de recurrir a normas antiabuso específicas (y generalmente dispares) para cada ámbito de la lucha contra la evasión fiscal[63]:

> «Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica».

Estaremos muy atentos a la evolución de esta cuestión en el futuro más próximo, así como a otras posibles implicaciones del nuevo escenario que dibuja, caracterizado por una Comisión más activa y unos Estados más concienciados con los límites invisibles que el arbitraje fiscal impone al ejercicio de su soberanía y a su recaudación.

5. LAS DIFERENCIAS DE TRIBUTACIÓN Y LOS REGÍMENES ESPECIALES EN LA FISCALIDAD DIRECTA Y PERSONAL

Conforme al esquema de nuestro trabajo, en este epígrafe nos corresponde evaluar las diferencias de tributación en materia de fiscalidad directa sobre las personas físicas que existen en la UE. Tras este análisis estaremos ya en disposición de valorar en qué nichos se fomenta el arbitraje fiscal y cuándo se reunirán las condiciones para que los Estados inicien dinámicas de competencia fiscal.

---

62 Recomendación de la Comisión C (2012) 8805 final, considerando 6, pág. 3.

63 Recomendación de la Comisión C (2012) 8806 final, apartado 4.2. En los apartados 4.3 a 4.7 se clarifican los diferentes conceptos presentes en esta cláusula general: mecanismo, artificial, objetivo fundamental, evadir impuestos o ventaja impositiva.

Como hemos indicado anteriormente, la aplicación generalizada del criterio de renta mundial de los residentes confiere a la residencia un papel clave en la determinación de la presión fiscal a que se verá sometido un individuo. Sin embargo, no solo deberemos prestar atención a la tributación de las rentas del trabajo o de los intereses y dividendos, sino que también podrán influir en la decisión de localización el gravamen de posibles plusvalías sobre activos, los impuestos que graven las sucesiones y donaciones o un hipotético impuesto sobre el patrimonio. Eso sí, como venimos insistiendo, estos factores influirán principalmente sobre los sujetos más móviles, únicos que a la vez podrán asumir los costes económicos y sociales del cambio de residencia necesario para poder acceder, con carácter general, a regímenes más beneficiosos.

5.1. *FLAT TAX* Y *DUAL INCOME TAX*. LA EQUIPARACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN SOBRE LAS RENTAS DEL CAPITAL

El impuesto sobre la renta de las personas físicas es un elemento común a los sistemas fiscales de todos los Estados miembros[64]. Además de ser el instrumento que otorga una mayor recaudación a las arcas públicas[65], ha soportado históricamente la carga de la progresividad del sistema, fundamentalmente a través de la fijación de mínimos exentos y escalas progresivas de gravamen. La tradicional progresividad de este impuesto, sin embargo, se ha visto seriamente comprometida en los últimos años por dos fenómenos casi simultáneos en el tiempo.

Por un lado, un gran número de Estados miembros (18) han aprobado bases imponibles duales o *dual income tax*, con tributación separada de las rentas del capital. Por otro, varios Estados miembros cuentan en la actualidad con un sistema de *flat tax*[66]. El primer fenómeno afecta a casi todos los Estados de la UE-15, mientras que el segundo ha calado en los NEM. Como puede adivinar el lector, ambos fenómenos están en cierto modo relacionados. No se entiende la creación

64 En la actualidad son pocos los Estados que no tienen en su sistema algún impuesto directo sobre la renta. Entre las excepciones nos encontramos con varios Estados de Oriente Medio, como Catar, Kuwait, Bahrein, Omán o Emiratos Árabes Unidos y algunas islas del Caribe como Bahamas, Bermudas o las Islas Caimán y Mónaco.

65 De hecho supone de media más del 20 % de recaudación de los Estados miembros. Teniendo en cuenta, además, que en los datos de recaudación se incorporan las cotizaciones sociales. *Taxation Trends in the European Union – 2013 Edition*, Taxation and Customs Union, Eurostats, pág. 188.

66 Esta expresión fue originalmente acuñada por los economistas norteamericanos HALL y RABUSHKA para hacer referencia a un modelo de sistema fiscal (nunca implantado en la práctica) en el que se incluyera un gravamen único sobre la renta de las sociedades y de los individuos, declarando exentas las rentas obtenidas del ahorro como los intereses o los dividendos. Véase: HALL, R. E. y RABUSHKA, A.: *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw-Hill, Nueva York, 1983 y HALL, R. E. y RABUSHKA, A, *The flat tax*, Hoover Institution Press, Standford, 1985. Posteriormente la expresión *flat tax* se ha empezado a emplear en el contexto internacional para hacer referencia a los sistemas que fijan un tramo único en el impuesto sobre la renta. Eso sí, su casuística es muy amplia y puede extenderse a otras fuentes de renta e incluir, por ejemplo, mínimos exentos. Véase: KEEN, M.; KIM, Y. y VARSANO, R.: «The "flat tax(es)": principles and experience», *International Tax and Public Finance*, núm. 15, 2008, pág. 714.

de sistemas duales de tributación para mejorar el trato a las rentas más móviles sin la presión evidente de regímenes que aplican una tarifa muy baja a todas las manifestaciones de renta[67].

En el sistema dual, implantado por primera vez en los países nórdicos en los años 90 y al que se han unido progresivamente la mayoría de los UE-15, las rentas del capital (principalmente intereses y dividendos) reciben un trato preferente respecto a las rentas del trabajo o de la actividad profesional, tributando a tipos generalmente más bajos y proporcionales, evitando así la aplicación de la escala progresiva.

Este trato asimétrico tiene su fundamento en los diferentes índices de movilidad de ambos tipos de manifestaciones de capacidad económica, constatados anteriormente. Las posibilidades de realizar arbitraje fiscal, aunque en descenso por los crecientes instrumentos de cooperación, sitúan a los titulares de rentas del capital en una posición de poder respecto a la jurisdicción de residencia. A favor de este sistema, eso sí, indicaremos que resulta coherente que estas rentas tributen a un tipo próximo al impuesto sobre sociedades, pues las posibilidades de inversión pueden considerarse sustitutivas[68].

En la siguiente tabla enumeramos los Estados miembros que actualmente tienen vigente algún sistema de tributación dual. En algunos de ellos la imposición sobre el capital se realiza mediante figuras tributarias independientes, en otros se integra en el impuesto general sobre la renta; en todo caso, la característica común es que estas rentas tributan a tipos más reducidos y raramente progresivos. Hemos simplificado los tipos y obviado regímenes especiales para una mayor claridad[69]. Para más detalles nos remitimos a la principal fuente de nuestros datos, la base de datos de la Comisión «Taxes in Europe»:

---

67 No obstante, como iremos viendo a lo largo de este apartado esta relación no es tan estrecha como pudiera parecer. Los *flat tax* no son una competencia tan grande para los Estados de la UE-15 y los regímenes de *dual income tax* de estos no tienen como objeto principal luchar contra la competencia de los *flat tax*.

68 Otro elemento relevante puede ser la tributación de las plusvalías que pudieran obtenerse, tanto de activos financieros como de otros activos mobiliarios o inmobiliarios. La influencia de este factor en el momento mismo del traslado es relativa. Como ya hemos visto al hilo del examen de los impuestos de salida, en caso de cambio de residencia a otro Estado miembro, el Estado de salida puede exigir el devengo de las plusvalías latentes aunque no puede exigir su pago inmediato. Por tanto, un ciudadano no puede pretender cambiar de residencia para la tributación en otro Estado de plusvalías vivas en el momento del cambio de residencia. Aun así sí queremos dejar constancia de la exención parcial de estas plusvalías en Estados como Bélgica o Austria. En un completo estudio comparado de los 27 Estados miembros en 2005 ya se destacó que en la práctica totalidad de los países existe algún tratamiento fiscal diferenciado para las plusvalías a largo plazo, bien mediante la aplicación de tipos reducidos, bien mediante exenciones totales o parciales para determinadas plusvalías. Véase: *Análisis comparativo de los impuestos directos en la Unión Europea y Estados Unidos*, Instituto de la Empresa Familiar, Madrid, 2005, págs. 21-32. Más recientemente, otro completo informe a nivel mundial destaca que «the majority of countries do offer real incentives either via reduced or zero capital gains tax rates, to promote ongoing (and often much needed) investment in their region». Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, KMPG International, 2012, págs. 5 y 30-31.

69 Por ejemplo, no hemos tenido en cuenta los diferentes mecanismos para la corrección de la doble imposición económica que pueden reducir la base imponible de los dividendos.

Tabla 1. **Estados miembros y la tributación dual sobre la renta**

Estados miembros	Escala progresiva (tipo máx.)[70]	Tipo sobre el capital
Alemania	45 %	25 %[71]
Austria	50 %	25 %
Bélgica	50 %	21-25 %[72]
Chipre	35 %	15-20 %[73]
Croacia	40 %	0-15 %[74]
Dinamarca	51,5 %[75]	27 %
Eslovenia	50 %	25 %
España	52 %[76]	21-27 %[77]

.../...

70 No vamos a hacer mención a los diferentes tramos ni a las posibles reducciones que pudieran minorar aún más la tributación para las rentas más bajas. El principal objetivo de esta tabla no es otro que hacer ver la existencia de un esquema dual de tributación.

71 La tributación dual se introdujo en 2009. A ambos conceptos (impuesto progresivo y proporcional) habrá que añadir el 5,5 % de recargo de solidaridad (*Solidaritätszuschlag*).

72 Los dividendos se gravan al 25 % y los intereses al 21 %.

73 En puridad los intereses y dividendos están exentos del impuesto sobre la renta pero son gravados por la Contribución Especial a la Defensa. Los intereses al 15 % y los dividendos al 20 %.

74 En el último Estado miembro en unirse a la UE los intereses no tributan, aunque se ha planteado su gravamen a partir de 2015. Los dividendos en cambio tributan al 15 %.

75 El límite del 51,5 % opera como un umbral máximo de tributación teniendo en cuenta todos los tributos sobre la renta (incluido el 7 % de contribución sanitaria).

76 Durante los años 2012 y 2013 ha estado vigente un gravamen complementario en las diferentes cuotas. Este gravamen oscila en la imposición general entre el 0,75 y el 7 % y en la tributación sobre el capital, entre el 2 y el 6 %. Además, hay que tener en cuenta el poder tributario de las CC. AA. para modificar la escala de gravamen del tramo autonómico del IRPF, modificaciones cuyo impacto es examinado con detalle en: Macarro Osuna, J. M.: «Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo», en AA. VV.: *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1.ª edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.

77 21 % para rentas inferiores a 6.000 euros, 25 % de 6.001 euros a 18.000 euros y del 27 % en adelante.

Estados miembros	Escala progresiva (tipo máx.)[70]	Tipo sobre el capital
.../...		
Finlandia	50 %[78]	30-32 %[79]
Francia	45 %	24 %
Grecia	42 %	10-15 %[80]
Holanda	52 %	30 %[81]
Italia	46 %	20 %
Luxemburgo	40 %	10-15 %[82]
Malta	35 %	15 %[83]
Portugal	53 %	28 %
Reino Unido	50 %	10-50 %[84]
Suecia	55 %[85]	30 %

Fuente: Comisión Europea, *Taxes in Europe*, Última consulta: 1 de marzo de 2014.

A la vista del cuadro y dado que son nada menos que 18 de los 28 Estados miembros los que aplican algún sistema de tributación dual que privilegia las rentas del capital respecto, por ejemplo, las rentas del trabajo, podemos confirmar que estamos ante una clara tendencia comunitaria.

78 Al impuesto progresivo estatal (hasta el 29,75 %) hemos añadido un impuesto municipal proporcional que oscila alrededor del 20 %.

79 El 32 % se aplica por encima de 50.000 euros.

80 Los intereses tributan al 15 % y los dividendos al 10 %.

81 Los intereses y dividendos se insertan en la denominada «Box 3» del impuesto sobre la renta y únicamente se gravará con este tipo del 30 % un 4 % del valor de mercado de los valores y depósitos.

82 Los intereses tributan al 10 %, los dividendos al 15 %.

83 Únicamente gozan de este tratamiento preferente los intereses.

84 Los intereses y dividendos conforman bases imponibles independientes a las que se aplica la escala de gravamen de forma independiente. En el caso de los intereses, salvo el primer tramo (hasta 2.710 libras en 2012) que tributa al 10 %, en el resto de los tramos coincide con los tipos sobre otras rentas. En el caso de los dividendos los tipos oscilan desde el 10 % (hasta 34.370 libras) hasta el 42,5 % (a partir de 150.000 libras).

85 Hemos añadido el impuesto municipal sobre la renta, redondeado al 30 %.

La crisis económica además, aunque ha incrementado la presión sobre las rentas más altas, lo ha hecho de manera casi exclusiva sobre los tipos de gravamen de los tramos superiores de la escala progresiva[86]. Solo en casos excepcionales como España, Finlandia o Portugal esta subida se ha trasladado también a las rentas sobre el capital.

Paralelamente, hasta nueve Estados miembros incorporados en la última década a la UE han establecido un sistema de *flat tax*, aplicable en principio a todas las fuentes de renta, en concreto: Bulgaria (10%), República Checa (15%), Lituania (15%), Rumanía (16%), Hungría (16%), Polonia (18%), Eslovaquia (19%), Estonia (21%) y Letonia (24%)[87]. Estos *flat tax* provocan un gran contraste respecto a los tipos marginales superiores que gravan las rentas del trabajo en los sistemas progresivos de algunos Estados miembros, por lo que serán los contribuyentes de mayores rentas los que se verían más beneficiados por la aplicación de estos tipos proporcionales[88].

Entonces, ¿cuál es el principal resultado de la convivencia de *flat tax* y *dual income tax*? Sencillamente, que se reducen enormemente las diferencias de tributación entre las rentas del capital. Por tanto, son escasos los incentivos para realizar un cambio de residencia que permita gozar de un régimen de tributación sobre el capital más beneficioso (intereses y dividendos). El arbitraje fiscal en este ámbito, por tanto, no se practica cambiando de residencia. De hecho, las *grandes* fortunas que pueden realizar *grandes* inversiones suelen recurrir a una planificación fiscal agresiva *desde su casa* que los lleva a emplear sociedades interpuestas, otros vehículos de inversión como las Sicav o instrumentos híbridos que eluden la obligación de intercambio de información de la Directiva del ahorro, dificultando la aplicación del criterio de renta mundial.

En definitiva, uno de los menores problemas en relación con las rentas del capital son los tipos estatutarios de otros Estados miembros. Los Estados miembros no compiten entre sí en este sentido. Sí lo hacen, en cambio, cuando han bloqueado la corrección de las lagunas de la Directiva del ahorro o cuando actúan de modo benevolente y condescendiente contra algunas prácticas abusivas (de las que algunos se benefician).

---

86 Eso sí, de este modo se ha roto la tendencia a la baja en el gravamen de las rentas más altas que se venía observando en la última década. De hecho, desde el año 1998 al año 2008 se observó una caída de aproximadamente 7 puntos de media (48% a 41%) en los tipos marginales superiores de los Estados de la UE-15.

87 Conviene advertir que hemos incluido a la República Checa, Eslovaquia y Polonia aunque estrictamente no tenga un único tramo de tributación. Concretamente la República Checa y Eslovaquia han introducido un segundo escalón (del 22 y el 25% respectivamente), pero solo se aplica temporalmente a rentas relativamente elevadas. Un supuesto similar es el de Polonia, en el que se aplica un *flat tax* del 18% con un 2.º escalón del 32% para rentas por encima de 80.000 euros. Diferente es, en cambio, el caso de Irlanda, en la que si bien existen solo dos escalones, 20% y 41%, el segundo de ellos se aplica desde apenas 32.800 euros.

88 Adame Martínez, se muestra preocupado por las marcadas diferencias generadas por estos *flat tax* y apunta a que pueden convertirse en un factor clave en la futura movilidad de los ciudadanos comunitarios. Véase: Adame Martínez, F. D.: «El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 148.

Cada Estado, al final, entra en una lucha contra sí mismo y contra todos los estímulos externos de arbitraje fiscal que pueden llevar a un determinado grupo indeciso de contribuyentes a realizar prácticas y operaciones para eludir la tributación del capital. A este grupo de contribuyentes indecisos el Estado debe ofrecerles un sistema lo suficientemente atractivo para que no opten, no ya por cambiar su residencia a otro Estado miembro, sino por *dar el salto* y solicitar los servicios de algún asesor que les ayude a maximizar la rentabilidad neta de sus inversiones, sin moverse de casa. Los sistemas duales de tributación, por tanto, no son una respuesta directa a los demás tipos estatutarios, sino que son una respuesta individual (adoptada por un gran número de Estados) frente a todas aquellas prácticas (comunitarias e internacionales) que crearon un gran *gap* entre la rentabilidad neta de inversiones planificadas en otros Estados y las inversiones domésticas.

5.2. LA TRIBUTACIÓN EFECTIVA SOBRE LAS RENTAS DEL TRABAJO

Hasta ahora tal vez nos hemos dejado arrastrar excesivamente por los grandes números. Sin embargo, como hemos comprobado, los tipos estatutarios no siempre resumen las posibilidades de arbitraje fiscal, tal y como sucede en la tributación sobre el capital. En este apartado tenemos la intención de analizar la tributación sobre las rentas del trabajo, un ámbito en el que cualquier posibilidad de arbitraje fiscal sí pasa, casi inevitablemente, por un cambio de residencia. Para ello vamos a tomar como parámetros de referencia los tipos efectivos de gravamen, el mejor método para valorar las diferencias reales de tributación entre los Estados miembros. Con este objetivo, emplearemos los datos aportados por el completísimo estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey* que, entre otros parámetros, analiza desde la óptica de 114 países cuál sería la tributación efectiva en el impuesto sobre la renta de un contribuyente modelo (soltero y sin hijos) que obtuviese rentas del trabajo brutas por valor de $ 100.000 y $ 300.000, respectivamente[89].

Con gran acierto, este estudio incluye las cotizaciones a la seguridad social por cuenta del contribuyente. No olvidemos que en el desplazamiento al extranjero se valora el salario neto que se percibirá y de él se detrae de manera obligatoria esta contribución[90]. Sorprendentemente, en muchas ocasiones las cotizaciones a la seguridad social son regresivas (justo al contrario que su-

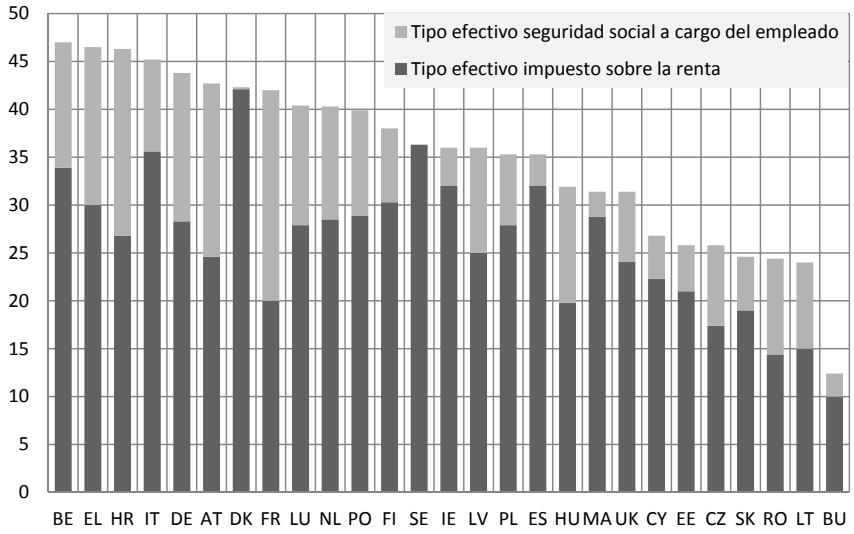
89 Aunque este documento no ha sido reeditado más allá de 2012 consideramos que aporta una visión transversal de la que no podíamos prescindir en nuestro esquema de análisis. El hecho de que se elija este tipo de contribuyente permite simplificar el cálculo de la cuota tributaria, prescindiendo de reducciones o deducciones familiares. Sin embargo, al margen de las fuertes bonificaciones aplicadas en algunos Estados por tener personas dependientes a cargo (principalmente en la UE-15), en algunos Estados el cálculo de la cuota y la progresividad del impuesto están también directamente afectados por la unidad familiar. Este es el caso de Francia, que emplea el sistema de *quotient familial* (se asigna un coeficiente en función del número de miembros de la unidad familiar y cada unidad del coeficiente tributa por separado) o Alemania, que emplea el sistema del *splitting* (en el que se divide la renta de ambos cónyuges y se aplica la tarifa por separado).

90 En relación con los trabajadores más cualificados, las empresas realizan así las ofertas, asumiendo los impuestos y las cotizaciones sociales. Así lo aclaran, entre otros: MARINI, P.: «La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat», *op. cit.*; CHICO DE LA CÁMARA, P.: «Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, 2006, pág. 161.

cede con el impuesto sobre la renta), ya que los Estados suelen fijar unos topes máximos de contribución al sistema. Este hecho provoca que las rentas más elevadas (por ejemplo, en el caso del sujeto modelo con $ 300.000 de renta), contribuyan al sistema de seguridad social en menor proporción que rentas más bajas (en el caso del modelo, $ 100.000)[91].

El objetivo de nuestro análisis es valorar el verdadero impacto de los *flat tax*, apreciar la regresividad de las cotizaciones sociales y examinar la progresividad real de las escalas de gravamen. Para ello, emplearemos tres gráficos. Los dos primeros se limitan a recoger la tributación efectiva del individuo modelo en ambos supuestos, incluyendo tanto la tributación específica sobre la renta como las cotizaciones sociales[92]. El tercero, en cambio, ofrece un análisis comparativo de ambas situaciones, ofreciendo una clara representación de la progresividad efectiva de los sistemas tributarios y evidenciando la regresividad de las cotizaciones sociales.

Gráfico 1. **Tipo efectivo. Ingresos brutos de $ 100.000**

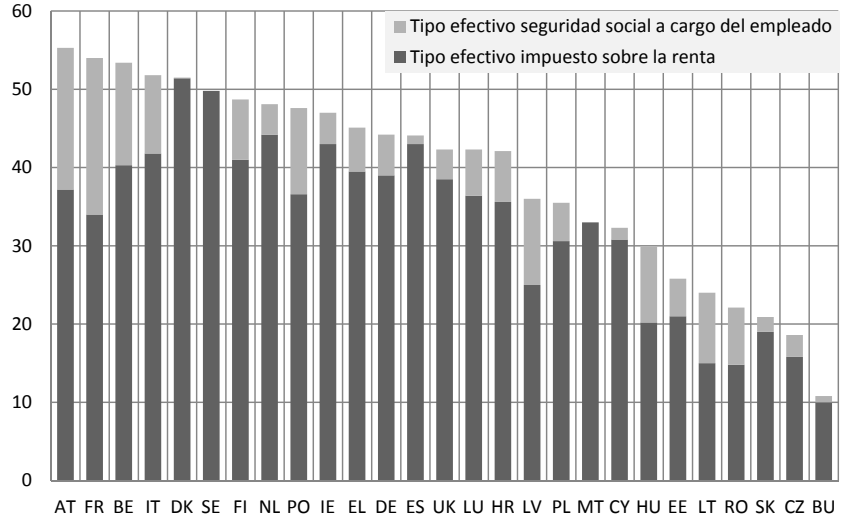


Fuente: Elaboración propia a partir de *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey.*

91 Como comprobaremos a continuación esta situación es común a la mayoría de Estados miembros. Véase: *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11. En el caso de España, por ejemplo, la base máxima de cotización mensual en el año 2014 conforme al artículo 128 de la *Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014*, es de 3.597 euros mensuales. Este hecho provoca, por ejemplo, que la incidencia efectiva de esta cotización sobre el trabajador que obtiene de renta $ 300.000 (1,1 %) sea tres veces inferior a la soportada por el trabajador que obtiene solo $ 100.000 (3,3 %).

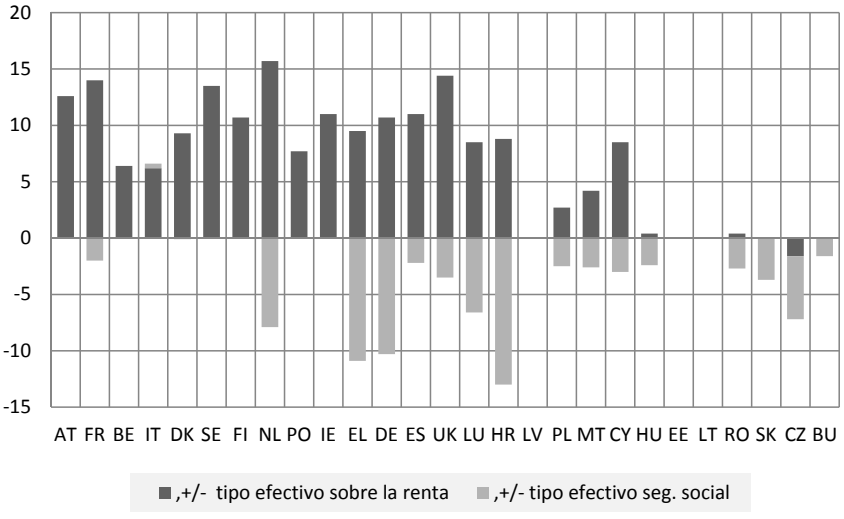
92 Para los dos primeros gráficos únicamente hemos tenido que adaptar los datos incluidos en relación con los 28 Estados miembros en el estudio *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey 2012*, págs. 8-11.

Gráfico 2. **Tipo efectivo. Ingresos brutos de $ 300.000**



Fuente: Elaboración propia a partir de *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey*.

Gráfico 3. **Diferencias de tipo efectivo entre ambos contribuyentes**



Fuente: Elaboración propia a partir de *KPMG's Individual Income Tax and Social Security Rate Survey*.

Algunas de las cifras son reveladoras. Por un lado, destacan los efectos de la aplicación de los *flat tax* en los NEM. Se puede apreciar como en siete de ellos (los últimos del gráfico) los tipos efectivos que gravarían a un contribuyente que obtuviera rentas por valor de $ 300.000 en un año apenas variarían respecto al sujeto que obtuviera tres veces menos ingresos (por debajo del 30%). Incluso, cuestión aún más sorprendente, el efecto regresivo de las cotizaciones sociales produce que los tipos efectivos de este contribuyente sean incluso inferiores a los de un trabajador con rentas más bajas.

Sin embargo, la regresividad de las cotizaciones es especialmente acentuada en algunos de los Estados de la UE-15, como Grecia, Alemania, Luxemburgo u Holanda y más aún en el último Estado en integrarse en la UE: Croacia. De hecho, en algunos de estos Estados el descenso relativo en las cotizaciones sociales llega a compensar la pretendida progresividad del impuesto sobre la renta configurando también en la práctica un impuesto regresivo como en el caso de Grecia o Croacia.

De todos modos, en lo que respecta a la progresividad de los tipos de gravamen sobre la renta, sí apreciamos una clara vocación por parte de la UE-15 en este sentido, con diferencias de tipos efectivos entre ambos supuestos sobre el 10% de media. De hecho, las reformas recientes en algunos Estados miembros orientadas a mejorar la recaudación y «exigir un esfuerzo extra a los más ricos» profundizan en la progresividad de los sistemas y, por tanto, en las diferencias respecto a los Estados que aplican un sistema de *flat tax*[93].

De la aparente rotundidad de estas cifras podríamos extraer la errónea conclusión de que los NEM con tipos efectivos más bajos tienen un gran potencial para atraer a los trabajadores muy cualificados[94]. Muy al contrario, sigue siendo frecuente que el *brain drain* se produzca en sentido inverso, con destino a la UE-15. Entre los motivos de esta paradoja podemos apuntar, por ejemplo, que el deficiente tejido empresarial en estos Estados dificulta que existan sociedades que puedan ofrecer posiciones atractivas a estos ciudadanos. Además, nunca podemos perder de vista que la mayor presión fiscal en otros Estados miembros tiene correlación más o menos directa con servicios públicos de mayor calidad y un mejor nivel de vida.

Sin embargo, entre los posibles factores de esta aparente falta de arbitraje fiscal entre las personas físicas uno cobra especial relevancia en nuestro trabajo: los Estados miembros, principalmente aquellos con sistemas más progresivos y aparentemente menos atractivos para rentas

93 Entre ellos, Grecia, Italia, España, Chipre, Portugal, Francia, Luxemburgo o Reino Unido.

94 El hecho de que la implantación de un *flat tax* (con especiales efectos sobre las rentas más altas, como hemos podido comprobar) en Estados del Este de Europa no haya ido acompañado de movimientos migratorios significativos en esta dirección puede tener también como explicación, sencillamente, que este no era su objetivo. Se confirma de este modo que dichos cambios en la estructura tributaria responden más a una lógica de sistema (incentivar la afloración de economía sumergida, no desincentivar el empleo, apostando en su defecto por reforzar la tributación indirecta) que a una verdadera práctica de competencia fiscal.

elevadas, entran en competencia por atraer y retener a los trabajadores más cualificados ofreciéndoles esquemas especiales de tributación[95]. Por un lado, suelen ofrecer a sus residentes la exención de las rentas obtenidas en el extranjero, protegiéndolos contra la doble imposición y desincentivando un cambio definitivo de residencia por motivos fiscales (medida defensiva). Por el otro, configuran regímenes específicos para atraer capital humano del exterior, ofertando sistemas de tributación ventajosos a trabajadores no residentes bajo determinadas circunstancias, generalmente mitigando los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales (medida ofensiva)[96]. Estos regímenes se conocen como «de expatriados» y «de impatriados» respectivamente. En el apartado siguiente analizaremos en concreto si estos últimos regímenes de impatriados pueden crear verdaderos incentivos a los ciudadanos que desemboquen en situaciones de arbitraje y competencia fiscal entre los Estados miembros de la UE.

5.3. LOS REGÍMENES DE IMPATRIADOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

El TJUE ha intervenido en varias ocasiones en defensa de la no discriminación en el tratamiento a expatriados que, manteniendo su residencia en otro Estado miembro, obtenían rentas como no residentes en otro Estado miembro[97]. El fin principal de estos pronunciamientos ha sido eliminar el trato discriminatorio al no residente y garantizarle, en la medida en la que su situación fuera comparable a la de un residente, el acceso a diferentes beneficios fiscales. Sin embargo, la actuación del Tribunal no abarca los supuestos en que estos trabajadores reciben un trato más beneficioso en otro Estado que los propios residentes, los supuestos de *discriminación inversa*[98].

---

95 Como hace ver Cordón Ezquerro, este hecho provoca que «determinados principios constitucionales como los de igualdad, justicia y progresividad ceden su primacía frente a otros como los de neutralidad y eficiencia, que alcanzan mayor relevancia en el ámbito de las operaciones económicas internacionales». Sin embargo, concordamos con el autor en que estos regímenes responden a una estrategia competitiva común en muchos Estados, comprensible en un contexto global de internacionalización y globalización. Véase: Cordón Ezquerro, T.: «Régimen fiscal de los impatriados y expatriados», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*, *ICE*, núm. 285, 2005, pág. 81. Otras críticas en el mismo sentido encontramos en: Landa Aguirre, I.: «Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, 2004, págs. 21-23 y Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M.: «El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2007, págs. 21-24.

96 La progresividad del sistema fiscal es un gran obstáculo para la atracción de personal altamente cualificado por una jurisdicción. Así se constata en: Egger, P. y Radulescu, D. M.: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462, 2008, pág. 11.

97 Es el caso de las SSTJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88 (NFJ054680); de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, asunto C-279/93 (NFJ005254) o de 12 diciembre de 2002, *De Groot*, asunto C-385/00 (NFJ013962).

98 AA. VV.: «The principle of equality in taxation (constitutional law, European law, WTO and tax treaties), Eucotax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet, 2010, pág. 30. Como desarrolla pormenorizadamente Eikelenberg, únicamente existirá una discriminación potencial desde un punto de vista internacional si un Estado trata peor una

De hecho, respecto a esta forma de discriminación únicamente serán los respectivos Tribunales constitucionales nacionales los que podrán oponerse a estos regímenes a la luz de los principios de igualdad y no discriminación[99].

Por tanto, los Estados son libres en el ámbito comunitario para extender una alfombra roja a los nacionales o residentes en otros Estados miembros con rentas más altas. Es decir, mientras que existen obstáculos crecientes a otro tipo de inmigración, los Estados no ponen impedimentos a que personal altamente cualificado o con elevadas rentas entre en sus fronteras. Muy al contrario, no pocos cuentan con regímenes fiscales especiales para atraer «expertos», «investigadores» o «altos directivos»[100]. Son los ya citados *regímenes de impatriados*.

Las principales razones que se esgrimen para justificar estos regímenes son dos. Por un lado, la necesidad de compensar los gastos que estos trabajadores pueden tener al desplazarse a otro Estado (vivienda, mudanza, desplazamientos, etc.). Por otro, la innegable ventaja que para el desarrollo de un país supone contar con personal altamente cualificado[101]. La realidad de las normativas nacionales nos permite cuestionar la pureza de estos argumentos. Es verdad que la primera razón la consideramos perfectamente válida conforme al principio de neutralidad, sin

situación transfronteriza que una situación doméstica (discriminación negativa). En cambio, no existirá si la discriminación es positiva, dispensando un mejor trato a la situación transfronteriza. En palabras de la autora: «This is logical since this means that it is attractive to go abroad, which is in line with the EU-goal: a Common Market». Véase: Eikelenberg, A.: *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University, 2008, pág. 35.

99 En este sentido, el TJUE se pronunció en su Auto de 5 de abril de 2004, *M. y Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*, asunto C-3/02, en contra de la posibilidad de enjuiciar conforme al Derecho de la Unión situaciones de discriminación inversa como la que sufrían los ingenieros civiles que hubieran obtenido su título en Italia, a los que se impedía realizar determinadas actividades relacionadas con el patrimonio histórico de las que no estaban excluidas las personas que estuvieran en posesión de un diploma equivalente de ingeniero civil expedido en otro Estado miembro. En concreto el Tribunal argumentaba que al tratarse de una situación puramente interna, no podía invocarse el principio de igualdad de trato consagrado por el Derecho de la Unión, sino que correspondía al órgano jurisdiccional remitente apreciar si se daba una discriminación prohibida en Derecho nacional y, en su caso, determinar cómo esta debía eliminarse. Conviene recordar además que la discriminación por razón de la nacionalidad y por razón de la residencia reciben un trato similar. Así conforme a la jurisprudencia del TJUE, «las normas sobre igualdad de trato del Tratado (actual articulo 12 TFUE), no solo prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación conduzca de hecho al mismo resultado». Véase: la STJUE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, asunto C-152/73 (NSJ049839), apartado 11 o, en el mismo sentido, la STJUE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, asunto C-175/88 (NFJ054680), apartado 13. Entendemos de todo ello que al permitirse la discriminación inversa se hace respecto a ambos supuestos.

100 Advierte de este hecho Schön, W.: «Tax Competition in Europe – General Report», en AA. VV.: *Tax Competition in Europe*, (coords.) Wolfgang Schön, Ámsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, págs. 22-23. En el fondo, los países con elevados niveles de presión fiscal (entre los que el autor cita a Bélgica, Dinamarca, Finlandia u Holanda) son los más preocupados en crear este *status* privilegiado para la importación de talento del exterior por temor a que su alto coste fiscal impida a sus empresas acceder al mismo.

101 AA. VV. «The principle of equality & Special income tax regimes for individuals», *op. cit*., pág. 31.

embargo, la mayoría de Estados no se limitan a compensar gastos, sino que ofrecen la exención de un importe de la renta o la aplicación de un tipo ventajoso, rompiendo así el vínculo con la generación del gasto. La segunda razón resulta aún más cuestionable en vista de que muchos Estados no se han preocupado de establecer criterios para seleccionar a los ciudadanos que acceden a estos regímenes[102].

Una vez desmontadas estas dos razones queremos añadir otros dos motivos ocultos detrás de la aprobación de estas medidas. En primer lugar, consideramos que los Estados pueden aprobar estos regímenes impulsados por la ventaja que supone atraer contribuyentes con elevadas rentas que, incluso tributando a tipos inferiores o pudiendo aplicarse elevadas deducciones, van a contribuir recaudatoriamente muy por encima del coste unitario de los servicios que podrán requerir[103]. En definitiva, un *negocio redondo*. En segundo lugar, la vigencia de estos regímenes constituye un medio de ayudar a las empresas locales a contratar personal cualificado a menor coste[104]. Es habitual que estos trabajadores exijan para el traslado un determinado sueldo y unas condiciones netas de impuestos, por lo que son las empresas las que asumen, en la práctica, el coste fiscal de estos trabajadores cualificados. Si este coste fiscal se reduce, las empresas pueden contratar capital humano cualificado a precio de saldo. No solo eso, aquellos Estados que establecen importes máximos para las cotizaciones sociales a cargo tanto del empleador como del empleado están beneficiando de modo implícito la contratación de trabajadores con elevados salarios respecto a otros Estados que fijan sistemas de cotización proporcional sin límite[105].

En la siguiente tabla hemos tratado de resumir los elementos clave de los regímenes de impatriados vigentes en la UE en el plano estrictamente fiscal. Como era de esperar, estos se concentran principalmente en los Estados de la UE-15, en su afán por mitigar los efectos de la progresividad de sus sistemas fiscales.

---

102 Mientras que algunos Estados limitan el acceso a este régimen a investigadores, directivos o personal altamente cualificado, en otros Estados la ausencia de estos límites permite que se acaben beneficiando en muchas ocasiones deportistas de alto nivel, cuya aportación al desarrollo de un país resulta cuestionable. Véase: Chico de la Cámara, P.: «Los regímenes tributarios especiales…», *op. cit.*, pág. 161 o Kleben, H. J.; Landais, C. y Saez, E.: «Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market», *NBER Working Papers*, núm. 16545, 2010.

103 Este tipo de sujetos suelen encuadrarse dentro del grupo que se autoabastece de servicios en el sector privado en sustitución de los servicios públicos. Incluso, en Estados como Malta se permite la aplicación de un régimen especial también a inversores extranjeros que deseen realizar actividades en el archipiélago mediterráneo. En este caso, la conexión con la competencia fiscal empresarial se hace aún más patente.

104 De este modo se ha constatado empíricamente la utilidad del régimen especial danés para atraer trabajadores altamente cualificados a sus empresas. Véase: Kleben, H. J. y otros: «Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 18885, 2013, págs. 33-34.

105 A la vista del gráfico 3 *supra* podemos identificar entre estos Estados miembros a Dinamarca, Luxemburgo u Holanda.

Tabla 2. **Regímenes especiales de impatriados en la UE**

Estado miembro	Ventajas a impatriados
Austria[106]	Gastos deducibles (desplazamiento, vivienda, educación, etc.).
Bélgica	Aplicación del régimen de no residentes (exención de las rentas foráneas).
Chipre	Exención de hasta el 50 % de las rentas durante 5 años. Renta mínima de 100.000 euros.
Dinamarca[107]	Tipo proporcional del 26 % (más 8 % de contribución social) por un periodo de 5 años. Renta mínima de 9.000 euros al mes aprox.
España[108]	Tipo proporcional del 24 %. Duración de 5 años más el año del traslado. Renta máxima de 600.000 euros.

.../...

106 A condición de que residan un máximo de 5 años y mantengan una residencia en el extranjero.

107 La cifra de retribución mínima es exactamente DKK 69.300 al mes. Este régimen se reformó con efectos desde el 1 de enero de 2011.

108 El conocido como «régimen de impatriados» en España, destinado a la atracción de este tipo de personal cualificado fue aprobado a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo un nuevo apartado en el artículo 9 de la, por entonces vigente Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. Este apartado se corresponde con el actual artículo 93 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Física. Dicho artículo tiene como título: «Régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español». Conforme a este régimen, vigente desde el año 2004, los nuevos residentes por desplazamiento a territorio español, bajo determinados requisitos, (por ejemplo, no haber sido residente fiscal en España en los diez años anteriores al desplazamiento o que el empleo se desarrolle en España y en beneficio de una empresa española) podrán optar por tributar como no residentes durante el año de adquisición de la residencia y cinco más. El incentivo era importante si tenemos en cuenta que los no residentes tributaban por aquel entonces a una tarifa fija del 24 %, mientras que los residentes lo hacían a una tarifa progresiva de hasta el 45 %. La ¿coincidencia? en el tiempo de la entrada en vigor de este régimen con el fichaje del jugador inglés de fútbol David Beckham por el Real Madrid, que obviamente optó por el mismo, hizo que se ganara el sobrenombre de «ley Beckham». Seis años después de su entrada en vigor el gobierno introdujo en la disposición final decimotercera de la *Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*, dentro del clima social que exigía medidas para dotar de mayor progresividad a la tributación directa, una modificación sustancial de dicho régimen excluyendo del mismo a las personas cuyas «retribuciones previsibles» derivadas del contrato de trabajo superen la cuantía de 600.000 euros anuales. De este modo quedan excluidos del régimen, sin carácter retroactivo, las rentas superiores a dicho umbral, que tributarán al régimen actual de rentas progresivas del IRPF (recordemos que las recientes subidas de los tipos marginales superiores han elevado el tipo máximo por encima del 50 %, con cotas de hasta el 56 % en Cataluña, por ejemplo). Teniendo en cuenta que hasta entonces habían optado alrededor de 2.000 personas por dicho régimen y que, aproximadamente, solo el 10 % superaba dicha cifra de retribución (principalmente futbolistas y altos directivos) podemos apreciar el carácter residual de su incidencia recaudatoria. No obstante, como señala Falcón y Tella, los regímenes ventajosos para este tipo de trabajadores vigentes en otros Estados miembros cercanos como Portugal o Reino Unido, unido a la escasa competitividad de nuestra fiscalidad, pueden dificultar la ubicación de estos trabajadores en nuestro país. Véase: Falcón y Tella, R.: «Modificaciones en el régimen de los nuevos residentes: España (ley Beckham), Portugal y el Reino Unido», *Quincena fiscal*, núm. 21, 2009, págs. 7-10.

Estado miembro	Ventajas a impatriados
.../...	
Finlandia[109]	Tipo proporcional del 35 % por un periodo máximo de 4 años. Renta mínima de 5.800 euros al mes. No aplicable a personas que hayan sido residentes en algún momento durante los 10 años anteriores.
Francia[110]	Exención del 30 % de las rentas por un periodo de 5 años. Exención del 50 % sobre rentas de inversión (acciones, propiedad intelectual, etc.).
Irlanda[111]	Exención del 30 % de las rentas entre 75.000 y 500.000 euros. Duración entre 1 y 5 años.
Italia[112]	Exención del 80 % para las mujeres y del 70 % para los hombre sobre las rentas obtenidas por investigadores que hayan trabajado en el extranjero los dos años anteriores. Duración máxima de 3 años.
Luxemburgo[113]	Exención del 8 % de las rentas obtenidas (mínimo 1.500 € al mes) y deducción de los gastos comunes. Duración máxima de 5 años.
Malta[114]	Tipo proporcional del 15 %.
Países Bajos[115]	Exención del 30 % de las rentas (mínimo 35.000 €). Duración máxima de 8 años (plazo reducido con el tiempo de residencia en los últimos 25 años).
	.../...

109 Este régimen transitorio estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2015.

110 El régimen se aplica tanto a trabajadores reclutados por empresas francesas, trabajadores desplazados por empresas extranjeras y profesionales y autónomos que inviertan en una PYME al menos 1.300.000 euros (para el año 2012) y mantengan sus acciones 5 años.

111 Está previsto que el régimen mantenga su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014.

112 Este régimen entró en vigor a través de la *Legge 30 dicembre 2010, n.º 238 «Incentivi fiscali per il rientro dei lavoratori in Italia*. En principio solo se aplica a los investigadores que hayan residido con anterioridad al menos dos años en Italia y que fijen su residencia de nuevo en Italia entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2014.

113 Este régimen entró en vigor el 1 de enero de 2011. La exención de las rentas puede doblarse en el caso de trabajadores casados que compartan vivienda con su cónyuge sin rentas.

114 El pequeño archipiélago se ha convertido en un gran paraíso para los expatriados. No solo los trabajadores, también aquellos que obtengan un permiso de residencia pueden optar al citado régimen del 15 %. Incluso, si importan inversiones o servicios de seguros pueden obtener una exención hasta un determinado nivel de sus beneficios. Además, los nuevos residentes pueden solicitar una actualización del valor de los activos adquiridos con anterioridad a su traslado.

115 Quedan excluidos del régimen aquellos trabajadores que hubieran residido a menos de 150 kilómetros de la frontera durante 16 de los últimos 24 meses. Las condiciones del régimen se han endurecido desde el 1 de enero de 2012.

Estado miembro	Ventajas a impatriados
.../...	
Portugal[116]	Tipo proporcional del 20 %. Acceso al método de exención para corregir la doble imposición internacional. Duración máxima de 10 años.
Reino Unido[117]	Exención de los gastos de traslado y viaje. Reglas especiales con relación al domicilio que permiten tributar únicamente por las rentas remitidas al Reino Unido.
Suecia[118]	Exención del 25 % de la renta. Duración máxima de 3 años. Renta mínima de aprox. 10.000 euros al mes.

Fuente: Elaboración propia a partir de *European Tax Handbook* 2012.

Sin entrar a valorar el atractivo potencial de un régimen u otro[119] o revisar con profundidad los mismos desde un punto de vista crítico[120], sí que resulta evidente que la pervivencia de estos esquemas en el seno de la UE causa una distorsión muy severa sobre el mercado de trabajo. Como ya vaticinaba muy acertadamente LODIN, se ha llegado al absurdo de que los Estados importan «talento» a través de sus regímenes de impatriados a la vez que lo exportan por la acción

116 En vigor desde el 1 de enero de 2009 hasta el año 2020. No pueden acogerse al mismo personas que residieran en Portugal los 5 años anteriores. En el caso de Portugal sí se exige para acceder a este régimen que se desarrollen actividades científicas o técnicas.

117 Este régimen resulta especialmente complejo para aquellos que permanecemos ajenos a los principios del *Common law*, principalmente con relación al domicilio. Para un examen detallado de estas cuestiones, nadie mejor que la propia Administración tributaria británica: HM Revenue & Customs, *RDR1 - Residence, domicile and the remittance basis*.

118 Desde el 1 de enero de 2012 el régimen anterior se ha endurecido. No podrán acceder al mismo personas que hayan residido en Suecia en los 5 años anteriores y cuya intención sea residir en Suecia por más de 5 años. Los trabajadores deben estar empleados en puestos directivos, requerir alta cualificación profesional o en campos de investigación con dificultades para encontrar trabajadores en Suecia.

119 En los Estados en que se practica una exención, el efecto es claro. Sin embargo, los efectos pueden ser aún mayores en los Estados que aplican un tipo proporcional sobre las rentas, al estilo de los *flat tax*. En España y Portugal, por ejemplo, que aplican tipos proporcionales del 24 y el 20 % respectivamente, ya observamos en un gráfico anterior que la tributación efectiva sobre las rentas del trabajo puede llegar a doblar estas cifras.

120 Es criticable, por ejemplo, que algunos de estos regímenes tengan un largo periodo de aplicación, cinco años o más, cuando los principales gastos que pretenden compensar se concentran en los primeros dos o tres del traslado. Del mismo modo, no resulta proporcional ofrecer una exención a tanto alzado de las rentas para compensar posibles gastos, dado que se beneficia fundamentalmente a los contribuyentes que percibirán mayores salarios. En aras de la neutralidad es más lógico concretar aquellos gastos que serán deducibles. Aplicar directamente un tipo proporcional rompe totalmente el vínculo con estos gastos y quiebra de forma arbitraria los principios más básicos de justicia tributaria como la progresividad o la capacidad económica.

de los regímenes de otros Estados miembros[121]. No obstante, hay que advertir de que la crisis económica ha intensificado la presión social contra el trato privilegiado a las rentas más altas y ha conducido a muchos Estados miembros a endurecer el acceso a este régimen[122].

En principio, estos regímenes entrarían dentro del espectro de soberanía de los Estados, libres para discriminar inversamente en contra de los propios nacionales o residentes. Sin embargo, es cierto que desde el momento en que estos «impatriados» forman parte del coste de la masa salarial de una empresa, los regímenes privilegiados orientados a su atracción están beneficiando a las empresas que los contratarán, pues estas suelen asumir los costes fiscales de un salario neto. Por tanto, resulta inevitable que nos cuestionemos si estos regímenes pueden constituir ayudas de Estado[123].

EIKELENBERG se ocupa con cierto detenimiento de esta cuestión[124] y alcanza como principal conclusión, tras analizar los regímenes de varios Estados miembros, que el criterio de la selectividad sería determinante para calificar las diferentes medidas como ayudas de Estado incompatibles con el TFUE. Por ejemplo, considera selectivos los regímenes de Bélgica y Austria por la discrecionalidad de la Administración para su aplicación. Igualmente, también considera selectiva la aplicación exclusiva a científicos o altos directos vigente en Italia o Suecia.

No obstante, a nuestro modo de ver el instrumento de las ayudas de Estado no debe ser el instrumento a emplear contra estas medidas. En primer lugar, consideramos que el criterio de la selectividad debe concurrir en sede de la sociedad, no en sede de dichos trabajadores. Es decir, no es selectiva desde el punto de vista del artículo 107 del TFUE una medida que se aplique úni-

---

121 LODIN, S.: «What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, núm. 5, 2000, pág. 213. Así se ha constatado en relación con el mercado de futbolistas: se contratan jugadores foráneos preferentemente porque gracias al régimen fiscal a los clubes les salen más económico que los propios jugadores nacionales. Véase: KLEBEN, H. J.; LANDAIS, C. y SAEZ, E.: «Taxation and International Migration of Superstars…», *op. cit*., pág. 29.

122 Así ha sucedido, por ejemplo, en España, Suecia o Países Bajos.

123 Este régimen, previsto en los artículos 107 y ss. del TFUE se aplica a las medidas fiscales a raíz de la Comunicación de la Comisión de 1998 en que amparaba qué medida fiscal pudiera ser calificada como ayuda de Estado, para ello debe cumplir los cuatro requisitos básicos: 1) la medida debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto; 2) la ventaja debe ser concedida por el Estado o mediante fondos estatales. Una disminución de los ingresos fiscales equivale al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales; 3) dicha medida debe afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros; 4) la medida debe ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a «determinadas empresas o producciones». Este carácter de ventaja selectiva puede ser resultado de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, como también de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal. Véase: *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, de 10 de diciembre de 1998, 98/C 384/03.

124 EIKELENBERG, A.: «Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition», *op. cit*., págs. 41-47.

camente a determinados trabajadores, sino solo aquella que favorezca, en los términos empleados por el TFUE «a determinadas empresas o producciones»[125].

Además, sin un mayor consenso que lo legitime, no vemos factible expandir tanto la interpretación de los criterios para la aplicación del régimen de ayudas de Estado. En el fondo, la supuesta ventaja que obtiene la empresa está basada en la práctica habitual, la costumbre, de asumir los impuestos de los impatriados. Sin embargo, el principio de indisponibilidad de la obligación tributaria[126] nos recuerda que el ciudadano sigue siendo el único obligado en calidad de contribuyente por las rentas obtenidas. Por tanto, el primer requisito para calificar una medida como ayuda de Estado (que la medida ofrezca a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas que, por regla general, gravan su presupuesto) no se cumpliría, ya que la norma jurídica no exige que las empresas asuman, por regla general, esta carga fiscal.

En último extremo, resolver el conflicto generado por esta manifiesta competencia fiscal entre los Estados miembros requiere de algún acuerdo que sitúe estos regímenes bajo la supervisión de un instrumento de coordinación en materia de imposición directa. Obviamente, por su citada influencia (aunque indirecta) en la fiscalidad de las empresas (y, por tanto, en la localización de sus actividades) el Código de Conducta parecía ser el vehículo ideal. Sin embargo, como ya criticó Pinto, estos regímenes, a pesar de que ya se observó que podían tener efectos equivalentes a otras medidas estatales sobre la competencia fiscal, fueron excluidos de la versión final del *Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas* por la presión de algunos Estados que consideraban su inclusión una intromisión en su soberanía en materia de imposición directa[127].

En el año 2012 la Comisión mostró un empeño renovado por que los Estados se comprometan a limitar estos regímenes, señalándolos como peligrosos para el buen funcionamiento del mercado interior y para la recaudación fiscal global en el reciente *Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal*[128]. Es cierto que algunos autores son partidarios

---

125 Otro factor a tener en cuenta sería el importe de dichas ayudas, ya que la Comisión excluye de la aplicación del régimen de ayudas de Estado aquellas que no superen los 200.000 euros en un periodo de tres ejercicios fiscales, las denominada ayudas de *minimis*. Este umbral se ha mantenido en el nuevo Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del TFUE a las ayudas de *minimis* y responde a la lógica de no perseguir aquellas medidas que por su escasa entidad económica no cumplan realmente con uno de los criterios definidos en la Comunicación de 1998, el de «afectar a la competencia y los intercambios entre los Estados miembros».

126 En España se recoge expresamente en el artículo 17.5 de la LGT:

«Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

127 Pinto, C.: «EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?», *Intertax*, vol. 26, núm. 12, pág. 392.

128 COM (2012) 722/2, pág. 8. «Debe también intensificarse el trabajo respecto de los regímenes fiscales especiales aplicables a los expatriados y a las personas ricas, que son perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior y reducen la recaudación fiscal global».

de que el Código de Conducta, tal cual está concebido, sea el instrumento llamado a poner freno a estos regímenes[129]. En nuestra opinión, sin embargo, teniendo presente que ya fueron expresamente excluidos de su versión final, consideramos que el Código debería reformarse o ampliarse para poder cumplir esta función.

De hecho, en los últimos años, algo en la sombra, el Grupo del Código de Conducta ha ampliado, sin reformas a su texto original, el ámbito de sus trabajos. Aunque aún no se ha dado el paso de incluir esta materia en este ámbito de coordinación, sí que creemos que sería el modo más inteligente para superar la reticencia de los Estados miembros y contemplar sus diversas preocupaciones y propuestas para permitir que un Estado de bienestar con sistemas de renta progresivos pueda tener herramientas para importar profesionales cualificados[130].

5.4. OTRAS DIFERENCIAS SIGNIFICATIVAS: IMPUESTOS SOBRE EL PATRIMONIO E IMPUESTOS SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Aunque ya hemos analizado los dos factores fundamentales de la tributación sobre las personas físicas (impuestos sobre las rentas del capital e impuesto sobre las rentas del trabajo), debemos realizar algún tipo de mención, aunque sea limitada por el alcance de nuestro estudio, a otros impuestos que pueden incidir sobre la decisión de deslocalización de las personas físicas.

En primer lugar, queremos hacer mención a las figuras impositivas que pueden gravar la titularidad del patrimonio neto, al margen de otros tributos específicos sobre la titularidad de bienes concretos[131]. En este campo no existe ninguna norma armonizadora, por lo que es plenamente competencia estatal adoptar un sistema de imposición patrimonial. Después de haber sido una figura impositiva muy extendida entre los Estados miembros, en las últimas décadas se ha producido un progresivo desmantelamiento de estos impuestos sobre el patrimonio[132] hasta el punto de

---

129 En este sentido: AA. VV.: «Expatriates», en AA. VV., *Tax Competition*, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest, 2008, pág. 84 o Eikelenberg, A.: «Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition», *op. cit*., pág. 54.

130 No queremos tampoco perder de vista el efecto regresivo de las cotizaciones sociales limitadas. Aunque es un ámbito que si está plenamente bajo la soberanía de los Estados debemos tenerlo en cuenta para valorar el verdadero atractivo de los diferentes regímenes.

131 Como aclara Arribas León: «Existen, por una parte, tributos que gravan elementos concretos y particulares de riqueza, como los bienes inmuebles o los vehículos; y, por otra, impuestos globales sobre el patrimonio neto de las personas físicas (...) que someten a gravamen la riqueza total del sujeto». Véase: Arribas León, M.: «La renuncia a la imposición patrimonial», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, pág. 101.

132 Se ha derogado en Irlanda (1978), Austria (1994), Dinamarca (1997), Alemania (1997), Países Bajos (2001), Luxemburgo (2006), Finlandia (2006) y Suecia (2007). Véase: Ibídem, págs. 102-104.

que, en estos momentos, solo está vigente en dos Estados miembros: Francia[133] y España, aunque en este último, con carácter teóricamente temporal para el ejercicio 2014[134]

Sin entrar a valorar la pertinencia de este tributo, sí queremos señalar que aunque su ámbito de actuación es muy limitado, su capacidad recaudatoria no es desdeñable[135]. La vinculación por obligación real (por el patrimonio ubicado en el territorio del Estado) impide que se pueda eludir su pago mediante la deslocalización, ya que seguirían gravadas, por ejemplo, las propiedades inmobiliarias[136]. El principal problema de mantener estos regímenes, sin embargo, es que inciden sobre sujetos con una movilidad muy alta que suelen obtener una elevada cifra de rentas sobre el capital. El potencial efecto expulsión de este gravamen puede tener, por tanto, consecuencias muy superiores a su propia incidencia recaudatoria. De hecho Francia, uno de los dos únicos Estados que mantiene este impuesto en 2014, está en el ojo del huracán por el exilio masivo de grandes contribuyentes a otros Estados miembros. El refrendo del tipo excepcional del 75 % sobre las rentas superiores a 1 millón de euros por el Consejo Constitucional francés el pasado 29 de diciembre de 2013, tras rechazarlo un año antes[137], no contribuirá a frenar esta sangría.

Otra figura impositiva que no se encuentra armonizada en la UE y que puede crear importantes distorsiones son los impuestos sobre sucesiones y/o donaciones. Como ha hecho ver la

---

133 *Impôt de solidarité sul la fortune* (ISF). Este impuesto, en vigor desde 1989, grava el patrimonio neto de personas físicas residentes y no residentes, que tendrán obligación de declarar cuando su patrimonio neto sea superior en el año 2014 a 1.300.000 euros. Los tipos progresivos para el año 2014 oscilan entre el 0,5 % y el 1,5 % anual, aunque existe un mínimo exento de 800.000 euros.

134 *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio*. Este impuesto fue bonificado al 100 % por medio de la *Ley 2/2008 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009* aunque fue nuevamente activado por el *Real Decreto-ley 13/2011, de 16 de septiembre, por el que se restablece el Impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal*. En principio, como indica el propio real decreto-ley el impuesto pasa a tener carácter temporal, en concreto los ejercicios 2011 y 2012, y el mínimo exento se eleva hasta los 700.000 euros, con tipos entre el 0,2 y el 2,5 %, aunque pueden ser modificados por las CC. AA. En la *Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica* (art. 10) se prorrogó su vigencia durante el ejercicio 2013 y en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (art. 72) se ha prorrogado también para el ejercicio 2014.

135 A falta de datos definitivos en Francia se estima una recaudación para 2013 de 7.200 millones de euros. En España, tras su rehabilitación, se esperaba una recaudación potencial de 1.080 millones de euros. Sin embargo, en 2011 por ejemplo el mantenimiento de la bonificación del 100 % en la Comunidad de Madrid, las Islas Baleares y la Comunidad Valenciana redujeron su recaudación efectiva a tan solo 581,4 millones de euros.

136 En un sentido similar pero a la inversa, las acciones y activos más móviles suelen estar exentos si se articulan en grandes participaciones, por lo que no tributarán independientemente del lugar de residencia.

137 En concreto el 29 de diciembre de 2012 el *Conseil constitutionnel* del país galo declaró en la Décision n.º 2012-662 DC du 29 décembre 2012, apartados 73-74, que esta medida era inconstitucional porque no tenía en cuenta ni la capacidad contributiva ni la igualdad en el pago de las cargas públicas ante los diferentes núcleos familiares. Por ejemplo, una familia con dos contribuyentes que obtuvieran rentas de 900.000 euros estaría exenta de este gravamen, mientras que una familia con un solo contribuyente que ingresara 1,2 millones de euros quedaría sujeta al mismo. Tras corregir esta desigualdad la medida ha sido refrendada un año después.

doctrina[138], aparte de las manifiestas divergencias en el plano netamente civil[139], existe una gran pluralidad de regímenes fiscales entre los Estados miembros. Centrándonos en el plano hereditario, la autora NAVAU MARTÍNEZ-VAL advierte de que si realizamos una valoración global de los regímenes de los Estados miembros nos daremos cuenta de que la tendencia a su desaparición o reducción en los últimos años ha dejado a tan solo nueve de los veintiocho Estados miembros con un gravamen progresivo efectivo sobre las herencias[140].

Aunque centrada en ofrecer soluciones para los problemas de doble imposición y discriminación[141], la Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011 *Tackling cross-border inheritance tax obstacles within the EU*, COM (2011) 864 final (pág. 3)[142] ya señalaba dos moti-

---

138 Véase: HERMOSÍN ÁLVAREZ, M.: «Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, 2010, págs. 114-116.

139 El problema de los puntos de conexión para determinar la legislación aplicable a la sucesión en el plano civil (nacionalidad del causante, residencia en el momento del fallecimiento, domicilio en el concepto del *Common law*, libertad para elegir el ordenamiento aplicable, etc.) tiene su reflejo también en la legislación tributaria. Algunos Estados gravan conforme a un criterio de conexión real (ubicación de los bienes y derechos), otros conforme a un criterio personal (lugar de residencia del causante o del heredero) o incluso los dos. En último extremo, varios Estados pueden, bajo sus respectivas normativas, encontrarse en posición de gravar los bienes de la herencia. La voluntad de avanzar en este campo de las sucesiones transfronterizas se ha hecho patente con la aprobación del Reglamento (UE) núm. 650/2012, que pretende solucionar algunos de los mayores problemas de la colisión de diversos ordenamientos comunitarios. Las cuestiones fiscales, sin embargo, se excluyen de modo expreso de su ámbito de aplicación en el mismo artículo 1.1.

140 Entre ellos Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo y Gran Bretaña además de algunas CC. AA. españolas. Véase: NAVAU MARTÍNEZ-VAL, M. P.: «La competencia fiscal a la baja en el impuesto sobre sucesiones en la Unión Europea: compatibilidad con el Derecho comunitario y posibles efectos adversos», Comunicación presentada en el *Workshop Internacional «Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna»*, celebrado en Sevilla los días 24 y 25 de octubre de 2013.

141 Respecto a la doble imposición, por ejemplo, la Comisión propone una suerte de jurisdicciones prioritarias de modo tal que los Estados se comprometan a ofrecer una deducción fiscal sobre bienes o derechos que ya hayan sido gravados por otro Estado con un vínculo más estrecho con la sucesión. Para actuar contra la discriminación, la Comisión publicó una guía de principios derivados de la jurisprudencia comunitaria [Véase: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final, apartado 3] que tendría en cuenta para iniciar procedimientos de infracción contra aquellos regímenes de los Estados miembros que los incumplan, particularmente cuando otorguen un trato diferente a una situación interna respecto a una situación con elementos transfronterizos. Este activismo de la Comisión y del TJUE queda demostrado si atendemos al número Estados miembros con procedimientos de infracción abiertos al cierre de este trabajo en relación con estos impuestos sobre sucesiones o donaciones, nada menos que cinco, entre ellos España: España: IN 2004/4090; Alemania: IN 2008/4534; Bélgica: IN/2008/4777; Países Bajos: IN 2008/2139 y Reino Unido: IN 2010/2111.

142 Esta comunicación iba acompañada también de una Recomendación (2011/856/EU) *regarding relief for double taxation of inheritances* y de un documento de trabajo de la Comisión con el título: *Non-discriminatory inheritance tax systems: principles drawn from EU case-law*, SEC(2011) 1488 final. Estos documentos están en estrecha conexión con la perspectiva civil de las sucesiones, un asunto en el que sí se han mostrado avances significativos como el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.*

vos que podían haber influido en este descenso de la presión fiscal sobre las herencias: la elusión practicada por los grandes patrimonios que hacía recaer en la práctica el gravamen sobre las clases medias y la percepción de que se incurre en una injusta doble imposición al gravar, con ocasión de su obligada transmisión por causa de muerte, una riqueza que ya fue gravada en vida del causante. Además de estos dos argumentos consideramos que la propia competencia fiscal entre los Estados miembros ha podido también influir en esta marcada tendencia en el seno de la UE.

De este modo, al igual que los Estados tratan de ofrecer un sistema competitivo de tributación sobre el capital a través de diversos instrumentos, reducir la fiscalidad sobre las herencias puede ser también una medida adecuada para atraer capital o cuanto menos evitar su marcha. Así se ha constatado por ejemplo en el caso de Portugal, que tras derogar el impuesto en el año 2004 ha visto incrementado el flujo de inversiones inmobiliarias por personas en edad de jubilación[143]. La inexistencia de este impuesto puede incidir sin duda en que un ciudadano europeo, en busca de un buen clima, decida establecerse en el sur de Portugal y no en el sur de España[144].

La casuística fruto de la interacción entre los diferentes ordenamientos civiles y tributarios es tan variada que se requiere un análisis caso por caso para poder dilucidar los efectos y los incentivos presentes en cada sucesión. En todo caso, como advertía la Comisión, en los supuestos en que existe complejidad normativa los ciudadanos con más recursos son los que resultan finalmente beneficiados. Confiamos por tanto en los beneficios que para la consecución del principio de igualdad en el seno de la UE supondrá avanzar en el proceso de coordinación de estos impuestos.

6. CONCLUSIONES

El objetivo principal de este estudio ha sido ofrecer un análisis sistemático de la presencia de competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la UE. De este modo hemos realizado un recorrido por los diferentes factores que condicionan las posibilidades de arbitraje fiscal por parte de los ciudadanos. En este caso, hemos identificado que las posibilidades de arbitraje fiscal estarán especialmente vinculadas a la movilidad selectiva de los individuos y de sus bases, así como a las diferencias de tributación entre Estados miembros, tanto a través de regímenes concretos como el de impatriados, como por medio de los elementos generales del sistema (los tipos impositivos, el tratamiento de la doble imposición o el intercambio de información). Estas diferencias, como ya advertimos, pueden estar impulsadas por los propios Estados miembros, conscientes de que pueden promover la realización de arbitraje fiscal por los ciudadanos con destino a sus jurisdicciones, hecho que les reportará beneficios bajo una serie de condiciones. Tras recordar los objetivos, estas son las principales conclusiones de nuestro estudio:

---

143 Fernandes Ferreira, R. M. y Respicio Gonçalves, M.: «Portugal», en AA. VV., *Death as a taxable event and its international ramifications*, Cahiers de droit fiscal international, vol. 95b, IFA, 2010, págs. 643 y ss.

144 Así lo aprecia acertadamente Navau Martínez-Val, M. P.: «La competencia fiscal a la baja…», *op. cit*. Andalucía, por ejemplo, tiene una de las tributaciones efectivas por ISD más altas de España.

1. *Los flat tax, un enemigo sobrevalorado*

Lejos de los temores iniciales, la aplicación casi generalizada de reducidos *flat tax* por varios de los NEM no ha desatado ningún proceso nuevo de competencia fiscal entre los Estados miembros. De hecho, ni siquiera han incentivado el traslado de ciudadanos desde otras jurisdicciones hacia estos Estados miembros. ¿Por qué? En primer lugar, la movilidad de los trabajadores está más influenciada con carácter general por las posibilidades de encontrar un empleo y mejorar las condiciones de vida que por el factor fiscal. Además, estas economías resultan aún poco atractivas para ciudadanos de otros Estados miembros y en las mismas falta el tejido empresarial necesario para impulsar esta importación de capital humano. A estos elementos, hay que añadir que consideramos cuestionable el afán competitivo de estas medidas en el plano de la emigración internacional. De hecho, creemos que están más orientadas a la competitividad general de las economías y a aflorar la economía sumergida que a atraer bases móviles desde otros Estados.

2. *Los demás Estados miembros, de todos modos, han fortificado sus defensas con dos tipos de medidas que quiebran el clásico esquema progresivo de tributación personal. Las manifestaciones de renta beneficiadas son las más móviles: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado*

Uno de los motivos que han contribuido a que la amenaza de los *flat tax* no se materializara ha sido que los demás Estados miembros contaban en sus ordenamientos con medidas que reducían el atractivo de estos. ¿Cómo? Simplemente limitando la progresividad de sus propios sistemas fiscales en relación con dos de los campos de mayor movilidad en la fiscalidad de las personas físicas: las rentas del capital y el factor trabajo altamente cualificado. De este modo, la mayoría del resto de Estados miembros ha aprobado un sistema de *dual income tax* que ofrece un esquema de tributación independiente para las rentas del capital a tipos proporcionales más reducidos. Igualmente, son varios los Estados que habilitan un régimen especial para los trabajadores impatriados, ofreciéndoles condiciones ventajosas para reducir el impacto de sus escalas progresivas de gravamen. Unas escalas que, como ya hemos visto, elevan considerablemente la tributación efectiva que soportan los trabajadores que obtienen rentas muy altas en contraposición a los *flat tax* en que este efecto es imperceptible (e incluso negativo si tenemos en cuenta la extendida regresividad de las cotizaciones sociales). El estudio realizado nos lleva precisamente a identificar estos dos ámbitos (fiscalidad de los trabajadores transfronterizos y rentas del capital) como los dos principales nichos de competencia fiscal a nivel de la UE en relación con la fiscalidad directa de las personas físicas.

3. *El motivo real para crear un sistema de tributación dual no es la competencia directa de los* flat tax*, sino el intento por reducir los incentivos de los propios residentes para evitar que adopten políticas de planificación agresivas*

Las diferencias de tributación sobre las rentas de capital entre los Estados miembros no son significativas por la aplicación casi unánime de *dual income tax* en los Estados de la UE-15. Sin embargo, el verdadero riesgo de unos tipos elevados no está en el *gap* respecto a otros Estados, sino

en el incentivo que suponen unos tipos altos para que algunos ciudadanos emprendan una planificación fiscal más agresiva y actúen al borde de la delgada línea que separa planificación, elusión y evasión fiscal. Por tanto, el riesgo no estriba en que un ciudadano se traslade a otro Estado miembro para disfrutar de un régimen más ventajoso sobre las rentas del capital, sino en que exprima la movilidad de estas rentas para mejorar su tributación sin necesidad de cambiar de residencia. Cada Estado, por tanto, cuando reduce la tributación sobre estas rentas compite contra sí mismo.

4. *El arbitraje fiscal en las rentas del capital, tan fácil como hacer clic salvo que los Estados pongan remedio*

La situación de las rentas del capital es compleja desde un punto de vista técnico, jurídico y político. En primer lugar, resulta obvio que es la manifestación de renta más móvil. Emplazar una inversión o un depósito en otro Estado miembro no requiere el traslado físico como sucede con las rentas el trabajo, sino simplemente un clic. Aunque el principio de renta mundial dificultaría eludir la tributación en el Estado de residencia, incluso respecto a inversiones realizadas en otros Estados, hemos observado a lo largo del trabajo algunos de los instrumentos que acaban empleando los grandes inversores para esquivar esta regla. Las sociedades interpuestas, las lagunas de la Directiva del ahorro, la exención de retención en la fuente sobre los dividendos, etc., son ingredientes que con una inteligente planificación pueden superar las dispares normas antiabuso de los Estados miembros. De hecho, como ha hecho ver la Comisión en su última COM (2012) 722/2, el nivel de protección de la UE contra estas prácticas se *iguala por abajo*. Es decir, al nivel del Estado que sea más laxo en su aplicación de cara al exterior (pues entre los propios Estados miembros el TJUE ya ha advertido del escaso espacio para todo tipo de medidas antiabuso). ¿Qué incentivos tienen los Estados para ser más *benévolos*? En otras palabras, ¿por qué algunos Estados se aprovechan de las posibilidades de arbitraje fiscal en este campo y compiten por atraer las rentas del capital?

5. *Sin instrumentos coactivos que equilibren el juego de fuerzas en la UE existen demasiados incentivos para que un Estado boicotee la aplicación del criterio de renta mundial. Estas actitudes constituyen competencia fiscal perjudicial*

En este campo encontramos un gran número de factores que incentivan que los Estados miembros se desvíen del *level playing field* y se comporten de forma desleal para atraer estas rentas. En primer lugar, son perfectamente conocidas las ventajas de un sector financiero desarrollado como motor de una economía. Por otro lado, algunas de las medidas solo resultan de aplicación sobre inversores extranjeros (como la renuncia a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos), lo que aísla a la economía nacional de sus efectos. Además, no existen costes relevantes asociados a estas manifestaciones de renta: no exigen infraestructuras y no consumen servicios. Finalmente, el Derecho de la Unión se encuentra con serios obstáculos para poner freno a estas actitudes. Aunque se ha conseguido superar la paralización de la necesaria reforma de la Directiva del ahorro los seis años de retraso en su aprobación son una clara evidencia de competencia fiscal. No olvidemos que el bloqueo tenía como objetivo impedir un acuerdo que promueve la

transparencia en los mercados financieros comunitarios para garantizar la tributación en el Estado de residencia del inversor.

Por todos los motivos expuestos seguimos atentos a la línea de trabajo marcada por la Comisión en sus más recientes Recomendaciones de 6 de diciembre de 2012. En las mismas abre nuevos frentes para coordinar soluciones en temas tan esenciales como las cláusulas antiabuso o la doble no imposición a través de CDI. En este ámbito de la fiscalidad personal propone un nuevo impulso para las cuestiones pendientes que alcanza a la extensión del Código de Conducta a los regímenes de impatriados. La preocupación de las instituciones comunitarias corrobora el hecho que dio origen a este estudio: también en el ámbito de las personas físicas existe competencia fiscal en la UE.

6. *En los regímenes especiales de trabajadores impatriados se aprecian todas las circunstancias que incentivan la práctica de arbitraje fiscal por los ciudadanos.*

En primer lugar, estos trabajadores de alta cualificación son los que tienen un mayor índice de movilidad, pues obtienen rentas que pueden compensar sobradamente los gastos sociales o económicos de cualquier cambio de residencia. Un cambio de residencia que determinará, en principio, que todas sus rentas queden sujetas a imposición en el nuevo Estado de residencia conforme al criterio de renta mundial. Aun así, una de las ventajas más extendidas de estos regímenes de impatriados es permitir temporalmente la inaplicación de este principio de renta mundial, por lo que los impatriados tributarán en el nuevo Estado de residencia únicamente por las rentas obtenidas en él.

Además, aunque se haya demostrado empíricamente que son las empresas las que asumen los diferenciales de impuestos entre Estados miembros cuando pretenden atraer a estos ciudadanos, resulta evidente que a menores impuestos, mayores podrán ser los sueldos que les ofrezcan (factor al que tenemos que incorporar la regresividad de las cotizaciones sociales en algunos Estados miembros), por lo que estas diferencias de tributación potencian el desplazamiento de trabajadores con elevados ingresos. No obstante, tenemos que volver a reconocer que existen otros elementos en la ecuación de un cambio de residencia, cuestión evidente si observamos la escasa capacidad de atracción de un Estado como Bulgaria, con un *flat tax* del 10%. Este hecho demuestra que el impulso fiscal que supone un régimen especial de impatriados (por ejemplo con una exención parcial de rentas o un tipo reducido) únicamente alentará el arbitraje fiscal hacia aquellos Estados que ya reúnan las demás condiciones para atraer esta mano de obra cualificada.

7. *Los regímenes de impatriados son además un claro ejemplo de competencia fiscal entre los Estados miembros en el que se pone en evidencia la ruptura respecto a principios clásicos de justicia tributaria: igualdad, capacidad económica, progresividad, etc.*

Los Estados miembros tienen casi todos los incentivos (apuntados en el epígrafe 2 de este estudio) para crear regímenes especiales que les permitan atraer el arbitraje fiscal de los ciuda-

danos, iniciando dinámicas de competencia fiscal. En primer lugar, al ofrecerse únicamente a residentes de otros Estados, la recaudación interna no se resiente porque está aislada de estas ventajas (un efecto *ring-fencing*, vetado por el Código de Conducta pero solo para la fiscalidad empresarial). El traslado de estos trabajadores permitirá además aumentar la recaudación por la sujeción al poder tributario del Estado de unos ciudadanos que por su cómoda posición económica apenas requieren de servicios públicos. Paralelamente, aparte del ahorro económico indirecto para las empresas (que en la práctica asumen la factura fiscal de los trabajadores impatriados al ofrecerles salarios netos), estos trabajadores cualificados aportan a la economía en su conjunto una mayor productividad, su *know how*e, incluso, publicidad (en el caso de los deportistas). En definitiva, prácticamente todos los ingredientes para que se inicie una dinámica de competencia fiscal, sobre todo teniendo en cuenta que esta forma de discriminación inversa no encuentra ningún freno dentro del Derecho de la Unión. En último término, de hecho, solo las presiones políticas internas (las *domestic constraints* que señalaran GENSCHEL y SCHWARZ[145]) han impuesto cierta mesura a esta dinámica.

Por nuestra parte, aunque consideramos legítimos los intereses estatales, estimamos que estos regímenes especiales, cuando superan la estricta compensación de gastos, cruzan la línea roja de la competencia fiscal perjudicial (no hablemos ya del ataque a los principios más elementales de justicia tributaria). Sin embargo, la dificultad para coordinar soluciones en este ámbito es evidente dada la disparidad de intereses entre los Estados miembros (constatada en su exclusión de la primera versión del Código de Conducta). Aunque los últimos documentos de la Comisión apuntan a la posibilidad de reabrir el debate respecto al control sobre estas medidas, solo concebimos una solución en el marco de una negociación a varias bandas, con varios asuntos sobre la mesa, en la que cada Estado sea consciente que para poder ganar también debe perder.

[145] GENSCHEL, P. y SCHWARZ, P.: «Tax Competition: a literature review», *op. cit.*, págs. 342.

Bibliografía

AA. VV. [2003]: *Poder tributario y competencia fiscal: en especial el caso de La Rioja*, (dir.) Germán Orón Moratal, Instituto de Estudios Riojanos.

– [2008]: *Tax Competition*, Eucotax Wintercourse 2008, Corvinos University, Budapest.

– [2010]: *The principle of equality in taxation (constitutional law, European law, WTO and tax treaties)*, Eucotax Wintercourse 2010, Uppsala Universitet.

– [2011]: *Comentarios de Derecho Fiscal Comunitario. Análisis e interacción con la normativa fiscal española*, (coords.) Juan López Rodríguez, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid.

– [2012]: *European Tax Handbook 2012*, directores: Ola van Boeijen-Ostaszewska y Marnix Schellekens, IBFD, Ámsterdam.

Adame Martínez, F. [2010]: «El Impuesto sobre las Personas Físicas en la Unión Europea», en AA. VV.: *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, págs. 139-156.

Arribas León, M. [2010]: «La renuncia a la imposición patrimonial», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, pág. 101-112.

Avi-Yonah, R. S. [2000]: «Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State», *Harvard Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, núm. 4.

Bode, E.; Krieger-Bodeen, C. y Lammers, K. [1994]: *Cross-border activities, taxation and the European single market*, Institut für Weltwirtschafet, Kiel.

Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. J. [2004]: «Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 11.

Casalta Nabais, J. [2005]: Por um Estado Fiscal Suportável, Almedina, Coimbra.

Chico de la Cámara, P. [2002]: «La residencia fiscal y la cláusula del beneficiario efectivo como medidas anti-abuso generales en el Modelo de Convenio de la OCDE», en AA. VV., *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, (coords.) María Teresa Soler Roch y Fernando Serrano Antón, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 58-78.

– [2006]: «Los regímenes tributarios especiales que concede nuestro sistema tributario a los deportistas para favorecer la generación de renta en nuestro país», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 17, págs. 159-168.

Cordón Ezquerro, T. [2005]: «Régimen fiscal de los impatriados y expatriados», *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional, ICE*, núm. 285, págs. 81-96.

Egger, P. y Radulescu, D. M. [2008]: «The Influence of Labor Taxes on the Migration of Skilled Workers», *CESifo Working Paper*, núm. 2462.

Ehrenberg, R. G. y Smith, R. S. [1988]: *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, 3.ª edición, Scott Foresman, Glenview (Illinois).

Eikelenberg, A. [2008]: *Taxation of Expatriates from the Perspective of Tax Competition*, Master Thesis, Tilburg University.

Endres y otros [2005]: «The Tax Burden on International Assignments», *Intertax*, vol. 33, núm. 11, págs. 490-502.

Falcón y Tella, R. [2009]: «Modificaciones en el régimen de los nuevos residentes: España (ley Beckham), Portugal y el Reino Unido», *Quincena fiscal*, núm. 21, págs. 7-10.

Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. [2010]: *Derecho Fiscal Internacional*, Marcial Pons, Madrid.

Feld, L. P. [2000]: «Tax competition and income redistribution: An empirical analysis for Switzerland», *Public Choice*, núm. 105, págs. 125-164.

Fernandes Ferreira, R. M. y Respicio Gonçalves, M. [2010]: «Portugal», en AA. VV., *Death as a taxable event and its international ramifications,* Cahiers de droit fiscal international, vol. 95b, IFA, págs. 643-664.

Genschel, P. y Schwarz, P. [2011]: «Tax Competition: a literature review», *Socio-Economic Review*, núm. 9, págs. 339-370.

Hall, R. E. y Rabushka, A. [1983]: *Low tax, simple tax, flat tax*, McGraw-Hill, Nueva York.

– [1985]: *The flat tax*, Hoover Institution Press, Standford.

Hermosín Álvarez, M. [2010]: «Los problemas de la imposición sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma*, Relator General: Adriano Di Pietro, CEF, Madrid, págs. 113-127.

Kleben, H. J.; Landais, C. y Sáez, E. [2010]: «Taxation and International Migration of Superstars: Evidence from the European Football Market», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 16545.

Kleben, H. J. y otros [2013]: «Taxation and International Migration of Top Earners: Evidence from the Foreigner Tax Scheme in Denmark», *National Bureau of Economic Research*, Working Paper 18885.

Landa Aguirre, I. [2004]: «Los derechos de explotación de la imagen, los deportistas y la opción de tributación en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 14, págs. 21-23.

Lang, M. [2009-3]: «Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions», *EC Tax Review*, págs. 98-113.

Lodin, S. [2000]: «What ought to be taxed and what can be taxed: a new international dilemma», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, núm. 5.

Luchena Mozo, G. M. [2005]: «Fiscalidad internacional de los rendimientos del trabajo», en AA. VV., *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*, (dir.) Miguel Ángel Collado Yurrita, Centro Internacional de Estudios Fiscales, Colex, Madrid, , págs. 307-368.

Macarro Osuna, J. M. [2011]: «Evolución de la tarifa autonómica del IRPF como mecanismo contra la crisis económica: estudio comparativo», en AA. VV., *Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (1.ª edición) Desafíos de la Hacienda Pública Española. Justicia en el diseño del sistema tributario español*, págs. 151-169.

Magliocco, A. y Sanelli, A. [2009]: «Should Outbound Dividends Remain Taxed at Source in the European Union? Some Hints from the Italian Example», *European Taxation*, vol. 4, págs. 199-214.

Magraner Moreno, F. J. [2010]: «La coordinación de los convenios para evitar la doble imposición a escala comunitaria: situación actual y perspectivas de futuro», *Crónica Tributaria*, núm. 137, págs. 171-197.

Marini, P. [1999]: *La concurrence fiscale en Europe; une contribution au débat*, Les rapports du Sénat, núm. 483, París.

Martín Vida, M. A. [2007]: «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 8, págs. 95-137.

Martínez-Carrasco Pignatelli, J. M. [2007]: «El régimen fiscal especial para trabajadores desplazados en la Ley 35/2006 del IRPF», *Quincena Fiscal*, núm. 12, págs. 21-24.

Monti, M. [2010]: «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 de mayo.

Navau Martínez-Val, M. P. [2013]: «La competencia fiscal a la baja en el impuesto sobre sucesiones en la Unión Europea: compatibilidad con el Derecho comunitario y posibles efectos adversos», Comunicación presentada en el *Workshop Internacional Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, celebrado en Sevilla los días 24 y 25 de octubre.

Osmundsen, P. [1999]: «Taxing Internationally Mobile Individuals. A Case of Countervailing Incentives», *International Tax and Public Finance*, núm. 6, págs. 149-164.

Pinto, C. [1998]: «EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition: Has the Right Path Been Undertaken?», *Intertax*, vol. 26, núm. 12, págs. 386-410.

Pistone, P. [2002]: «An EU Model Tax Convention», *EC Tax Review*, vol. 11, núm. 3, págs. 129-136.

– [2007]: «Tax Treaties and the Internal Market in the European Union Scenario», *Intertax*, vol. 35, págs. 75-81.

Ramos Prieto, J. [2003]: «Algunos aspectos problemáticos en la atribución del rendimiento de un impuesto cedido: las adquisiciones mortis causa gravadas por el impuestos sobre sucesiones y donaciones», en AA. VV., *El debate sobre el sistema de financiación autonómica* (XX aniversario del Estatuto de Autonomía para Andalucía), (dir.) Javier Lasarte, (coords.) Francisco Adame Martín y Jesús Ramos Prieto, Comares, Granada, págs. 753-790.

Ruiz Almendral, V. [2008]: «La tributación del no residente comunitario: entre la armonización fiscal y el Derecho tributario internacional», *EUI working papers LAW 2008/25*, Fiesole.

Ruiz Almendral, V. y Ramos Muñoz, D. [2006]: «Los problemas tributarios de las Sociedades de Inversión en Capital Variable (SICAV)», *Quincena Fiscal*, núm. 18, Westlaw: BIB 2006/1365.

Sachetto, C. [1999]: «La Corte di giustizia CE e i criteri fonnali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fennat», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1, págs. 190-196.

Schön, W. [2003]: «Tax Competition in Europe – General Report», en AA. VV., *Tax Competition in Europe*, (coord.) Wolfgang Schön, Ámsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation.

Serrano Antón, F. [2006]: «Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 18.

SPENGEL, C. y EVERS, L. [2012-1]: «The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions», *EC Tax Review*, págs. 17-32.

TERRA, B. y WATTEL, P. [2008]: *European Tax Law, Fifth Edition*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

TIEBOUT, C. M. [1956]: «A Pure Theory of Local Expenditures», *Journal of Political Economy*, vol. 64, núm. 5, págs. 416-424.

VALLEJO CHAMORRO, J. M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M. [2002]: «Los Convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 6.

VAN THIEL, S. [2008]: «The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice», *Tax Law Review*, vol. 62, págs. 143-192.

VOGEL, K. [1988]: «World wide or source taxation of income?», *Rassegna Tributaria*, núm. 1.

TRIBUTACIÓN

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2013 (Y IV). INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto

Con la presente colaboración se pone fin a los comentarios concernientes a las normas del Impuesto sobre Sociedades aparecidas en 2013. En la misma se comentan las normas concernientes al deterioro de instrumentos de patrimonio y a la eliminación de la doble imposición económica de dividendos. Como el paciente lector comprobará se trata de una materia que se asemeja a un mecano donde todas las piezas deben ocupar su lugar.

Esta cuidada normativa tendrá una corta vida, por cuanto el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades ha dado un nuevo enfoque a la eliminación de la doble imposición económica de dividendos y plusvalías.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, pérdidas por deterioro, deterioro de instrumentos de patrimonio y eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

CORPORATE INCOME TAX AS OF 2013 (AND IV). EQUITY INSTRUMENTS

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

The present paper ends up with the discussion concerning Corporate Income Tax amendments occurred in 2013. In it, the rules concerning the impairment of equity instruments and dividend double economic taxation avoidance are analyzed. As the patient reader will note, it is a subject which resembles to a meccano structure, where all parts must fit together.

These carefully drafted regulations will have a short life, insofar the Corporate Income Tax Bill, which will be enacted in the next months, has provided a new approach for dividend and capital gains double economic taxation avoidance.

Keywords: Corporate Income Tax, impairment losses, equity instrument impairment and dividend double economic taxation avoidance.

Sumario

Parte Tercera. Deterioro de instrumentos de patrimonio

1. La supresión del cómputo del deterioro a efectos fiscales
2. Deterioro de instrumentos de patrimonio y técnicas para eliminar la doble imposición
3. Instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en territorio español
   - 3.1. Régimen fiscal de la distribución y percepción de dividendos
   - 3.2. Rentas derivadas de la transmisión de la participación
4. Instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en el extranjero
   - 4.1. Régimen fiscal de la distribución y percepción de dividendos
   - 4.2. Deterioros
   - 4.3. Rentas derivadas de la transmisión de la participación
5. Síntesis de la relación entre el deterioro y la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías de cartera
6. El régimen transitorio
   - 6.1. Regulación anterior del deterioro de instrumentos de patrimonio
   - 6.2. Instrumentos de patrimonio no cotizados en un mercado regulado e instrumentos de patrimonio representativos de la inversión en sociedades del grupo, multigrupo y asociadas
   - 6.3. Instrumentos de patrimonio cotizados en un mercado regulado
7. Incidencia de la supresión del deterioro en el régimen de los grupos fiscales
   - 7.1. Correcciones de valor practicadas en el régimen de consolidación
   - 7.2. Reversión de correcciones de valor practicadas en régimen individual
   - 7.3. Régimen individual frente a régimen de consolidación
8. Incidencia de la supresión del deterioro en el régimen de las fusiones y operaciones asimiladas
   - 8.1. Solapamiento entre la diferencia de fusión y la subrogación en la compensación de bases imponibles negativas
   - 8.2. ¿Solapamiento evitado por la Ley 16/2013?
9. A las puertas de la reforma del Impuesto sobre Sociedades

Apéndice comparativo entre la regulación precedente y la establecida por la Ley 16/2013

NOTA: Agradezco a Silvia López Ribas su paciente lectura del texto. Los errores que pudieran existir son de la exclusiva responsabilidad del autor.

«La subsistencia de la deducción por doble imposición interna resulta, en estos momentos, altamente cuestionable... induce, debido a la denominada ingeniería fiscal, a la realización de prácticas inadecuadas como el denominado lavado de dividendos...»

Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario Español, pág. 201.

PARTE TERCERA. DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

Tradicionalmente el Impuesto sobre Sociedades ha venido admitiendo como gasto fiscalmente deducible los deterioros, que en los textos refundidos de 1922 y 1967 se denominaron «envilecimientos», en la Ley 61/1978 «reducción de valor en cuentas», y en la redacción original de la Ley 43/1995 «correcciones de valor por depreciación». Entre esos deterioros los más celebrados han sido los concernientes a los instrumentos de patrimonio, cuya expresión más conspicua estaba en el artículo 12.3 del TRLIS.

El fundamento lógico de la consideración del deterioro como partida fiscalmente deducible descansaba en el respeto, a efectos fiscales, del gasto contable, dentro de los límites previstos en las normas fiscales. Ese respeto no es baladí, pues entronca con la configuración de una base imponible que represente la realidad de la creación de valor en la empresa y, por ende, acorde con una manifestación de la capacidad económica. La Ley 4/2008 fue más allá, pues creó una suerte de deterioro fiscal sin soporte contable, lo que implicó una desviación aparatosa de los criterios tradicionales de la relación entre el Impuesto sobre Sociedades y la representación contable.

La Ley 16/2013, de 29 de octubre, *por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad internacional y se adoptan otras medidas tributarias y financieras*, supone un giro copernicano pues rechaza el cómputo, a efectos fiscales, de los deterioros concernientes a los instrumentos de patrimonio.

1. LA SUPRESIÓN DEL CÓMPUTO DEL DETERIORO A EFECTOS FISCALES

La nueva letra j) del artículo 14.1 del TRLIS establece que no tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible las pérdidas por deterioro de los valores representativos de la parti-

cipación en el capital o en los fondos propios de entidades. Consecuentemente ha sido derogado el artículo 12.3 del TRLIS, regulador del deterioro de los instrumentos de patrimonio.

Ese mandato afecta a todos los deterioros, cualquiera que sea su causa u origen.

Y así, se ha pasado de una situación en la que, incluso sin la concurrencia de un deterioro contabilizado, se configuraba una partida fiscalmente deducible basada en la disminución de los fondos propios de la entidad participada, a esta otra en la que, incluso ante un deterioro de indudable efectividad y correctamente contabilizado, el correspondiente gasto contable es fiscalmente no deducible.

El artículo 14.1 j) del TRLIS es aplicable a todo tipo de instrumento de patrimonio, cualquiera que fuere la residencia de la entidad emisora del mismo. La no deducción del deterioro afecta, por consiguiente, tanto a los instrumentos de patrimonio nacionales como extranjeros, de manera tal que, en sí mismo, no es discriminatorio. Sin embargo, considerado conjuntamente con el régimen de los grupos fiscales, podría suscitarse alguna inquietud en tal sentido, habida cuenta, de una parte, que las entidades extranjeras no pueden integrarse en los mismos, y de otra, que la consolidación procura la compensación inmediata de las pérdidas sufridas por alguna o algunas de las entidades del grupo fiscal, esto es, un efecto próximo al del cómputo del deterioro.

Esta inquietud no se suscitaba con la misma intensidad en la legislación precedente habida cuenta de que la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, construida sobre la concurrencia de pérdidas registradas por las sociedades dependientes, se proyectaba también sobre las no residentes en territorio español.

No está expresamente previsto el tratamiento de la reversión del deterioro y de su incidencia en caso de transmisión de la participación, aun cuando el sentido común indica que no se computará, a efectos fiscales, el ingreso, y que la renta positiva derivada de la transmisión de la participación se minorará en el importe del deterioro. En otro caso se produciría un exceso de imposición, incompatible con la definición del hecho imponible como la obtención de renta.

EJEMPLO 1

- Valor de adquisición, 100; deterioro 12, (2014); valor transmisión a terceros, 105 (2016).
- Renta contable 2014: –12.
- Renta fiscal 2014: 0 (–12 + 12 ajuste deterioro).
- Renta contable 2016: 17 [105 – (100 – 12)].
- Renta fiscal 2016: 5 (17 – 12 reversión ajuste deterioro).

2. DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO Y TÉCNICAS PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

El deterioro de los instrumentos de patrimonio deriva del empeoramiento de las perspectivas económicas de la entidad participada en relación con las existentes en el momento de la realización de la inversión financiera. Las perspectivas económicas se cuantifican mediante el flujo de efectivo que se espera produzca la inversión financiera En este sentido, la norma 9.ª 2.5.3 del Plan General de Contabilidad establece que, a los efectos de calcular el deterioro, se tomará *el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión.*

En la primitiva redacción del artículo 30.4 e) del TRLIS se aludía a dividendos cuya distribución *haya producido una pérdida por deterioro del valor de la participación*, y en la primitiva redacción del artículo 32.5 del TRLIS, en el mismo sentido, se mencionaba a la *pérdida por deterioro del valor de la participación derivada de la distribución del dividendo*, expresión esta que, en términos similares, se recoge en la nueva redacción de dicho precepto establecida por la Ley 16/2013, la cual se refiere al dividendo cuya *distribución haya producido una pérdida contable por deterioro del valor de la participación.* ¿Puede haber, realmente, un deterioro por causa de la distribución del dividendo?

Desde una perspectiva sustantiva la respuesta ha de ser negativa. En efecto, el dividendo, como regla general, es un fruto de la inversión financiera, en cuyo caso su percepción no la deteriora. Excepcionalmente, si el dividendo procede de beneficios existentes en el momento de la realización de la inversión financiera, no es un fruto sino que representa la adquisición de un activo implícito en el precio de adquisición de dicha inversión financiera, en cuyo caso, el valor de la misma se reduce en el mismo importe, pero, bien se ve, no a título de deterioro.

Sin embargo, la perspectiva sustantiva no siempre se ve reflejada en la normativa contable. En efecto, la norma 9.ª 2.8 del Plan General de Contabilidad únicamente permite aminorar el valor de la inversión financiera cuando *los dividendos distribuidos procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición*, siendo así que tales dividendos pueden proceder de beneficios realizados por la entidad participada después de la adquisición de la participación, pero que ya se hallaban implícitos o descontados en el precio pagado por la participación.

Pues bien, estos dividendos deben reflejarse como ingresos, por imperativo de la norma contable, pero, al tiempo, la inversión financiera habrá perdido valor, lo que habrá de reflejarse contablemente mediante la técnica contable del deterioro, por más que, desde una perspectiva sustancial, lo pertinente sería aminorar el valor de adquisición de la inversión.

Así lo establece la norma Cuarta.8 de la Resolución de 18 de septiembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, *por la que se dictan normas de registro y valoración e información a incluir en la memoria de las cuentas anuales sobre el deterioro del valor de los activos,* a cuyo tenor *la empresa deberá analizar el posible deterioro de la inversión en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, e instrumentos de patrimonio que se valoren al coste, cuando reconozca un dividendo procedente del activo financiero y exista eviden-*

cia de que: a) El importe en libros de la inversión supera el valor contable de los activos netos de la empresa, incluyendo, en su caso, el fondo de comercio asociado, en las cuentas anuales consolidadas; o b) el dividendo supera el resultado total de la dependiente, empresa multigrupo o asociada en el ejercicio en que este se ha acordado.

El texto precedente, cuya interpretación dista de ser sencilla, y menos todavía su aplicación práctica, indica que, a efectos contables, la distribución de un dividendo puede provocar un deterioro de la participación.

EJEMPLO 2

- Valor de adquisición de la inversión financiera, 100; fondos propios de la entidad participada, 40 (10 capital + 30 reservas); resultados posteriores a la toma de la participación, 60; dividendo distribuido, 70.
- Menor valor de adquisición: 30.
- Deterioro: 40, bajo la hipótesis de que el beneficio estuviera implícito en el precio de adquisición.

Ciertamente, con los datos precedentes, caben otras soluciones. Por ejemplo, imputar a ingreso financiero 60 y a minoración del valor de adquisición 10, pero esta solución iría en contra de la hipótesis básica, a saber, que el precio de adquisición comprende el beneficio futuro.

Así pues, y esto es lo relevante, desde la perspectiva contable los dividendos pueden ser ingresos, menor valor de adquisición de la participación, o ingresos acompañados de un deterioro. Así se comprende que la modificación del régimen fiscal del deterioro haya motivado también la del régimen fiscal para eliminar la doble imposición de dividendos, tanto interna como internacional.

3. INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO EMITIDOS POR ENTIDADES RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

Tras las modificaciones introducidas por la Ley 16/2013 en el TRLIS, se puede resumir el régimen fiscal de las mutaciones patrimoniales imputables a los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en territorio español, de la siguiente manera:

- El deterioro de los instrumentos de patrimonio no es fiscalmente deducible, de acuerdo con lo previsto en la nueva letra j) del artículo 14.1 del TRLIS. Este mismo sentido tiene la derogación del artículo 12.3 del TRLIS.

- Los dividendos continúan disfrutando de la deducción para evitar la doble imposición. También continúan las restricciones a dicha deducción previstas con carácter general en el apartado 4 del artículo 30 del TRLIS. No obstante, la restricción prevista en la letra e) de dicho apartado 4 ha sido objeto de nueva redacción. Al tiempo, se añade un nuevo apartado 6 que regula, igualmente, una restricción a la deducción.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión de los instrumentos de patrimonio continúan siendo gravadas, y disfrutan de la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 30 del TRLIS, así como de la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS.
- Las rentas negativas habidas en transmisiones entre sociedades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio no son fiscalmente computables, de acuerdo con lo previsto en el nuevo apartado 11 del artículo 19 del TRLIS.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de los instrumentos de patrimonio se minoran en el importe de los dividendos que, habiendo disfrutado de la deducción para evitar la doble imposición, no hayan reducido el valor de adquisición del instrumento de patrimonio, de acuerdo con lo previsto en el nuevo apartado 7 del artículo 30 del TRLIS.

3.1. RÉGIMEN FISCAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y PERCEPCIÓN DE DIVIDENDOS

Se examinan los tres tipos de dividendos.

3.1.1. Dividendos que son ingreso

Estos dividendos dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, salvo que concurra alguna de las causas de exclusión de la misma establecidas en el apartado 4 del artículo 30 del TRLIS. Por tanto, en lo concerniente a la referida deducción, la Ley 16/2013 no ha introducido novedad alguna. Sin embargo, estos dividendos deberán ser tomados en consideración a los efectos de calcular la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, de acuerdo con lo previsto en el nuevo apartado 6 del artículo 30 del TRLIS en la forma que más adelante se expone.

3.1.2. Dividendos que no son ingreso sino recuperación del valor de la inversión

A los dividendos que no son ingreso sino que, en cumplimiento de las normas contables, deben aplicarse a reducir el valor de adquisición de la participación, se refiere la letra e) del apartado 4 del artículo 30 del TRLIS, a la que la Ley 16/2013 ha dado nueva redacción.

El artículo 30.4 e) excluye la deducción *cuando la distribución del dividendo o la participación en beneficios no determine la integración de renta en la base imponible por no tener la consideración de ingreso*, pero exceptúa tal exclusión cuando la entidad perceptora del dividendo pruebe que la persona o entidad de la que se adquirió la participación hubiere integrado en su base imponible la renta derivada de la transmisión de la participación, en *un importe equivalente al dividendo o participación en beneficios*.

Esa integración ha de producirse en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades o en la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por tanto, la integración en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes o en la de un impuesto extranjero sobre la renta o los beneficios, aun cuando sea exigido por algún Estado miembro de la Unión Europea, es irrelevante.

La Ley 16/2013 no ha innovado en lo concerniente a la regulación de la excepción a la exclusión de la deducción[1], por más que hubiera sido oportuno hacerlo. En efecto, cargar al obligado tributario la prueba de la tributación de la renta obtenida en la transmisión de la participación no parece razonable.

Tiene pleno sentido el requisito de la tributación de la renta derivada de la transmisión de la participación a los efectos de aplicar la deducción para evitar la doble imposición respecto de un dividendo que no constituye ingreso, por cuanto esa tributación es la que provoca la doble imposición que dicha deducción corrige, pero la carga de la prueba hubiera debido residenciarse en la Administración tributaria, pues, a estos efectos, su posición es más propicia que la del obligado tributario. Lo correcto, en tal sentido, hubiera sido que la Administración tributaria rechazara la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición bajo la prueba de la no tributación de la renta.

---

[1] Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará cuando:

1.º El sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente al dividendo o participación en beneficios se ha integrado en la base imponible del *Impuesto sobre Sociedades* tributando a alguno de los tipos de gravamen previstos en los apartados 1, 2 y 7 del artículo 28 o en el artículo 114 de esta ley, en concepto de renta obtenida por las sucesivas entidades propietarias de la participación con ocasión de su transmisión, y que dicha renta no haya tenido derecho a la deducción por doble imposición interna de plusvalías.

En este supuesto, cuando las anteriores entidades propietarias de la participación hubieren aplicado a las rentas por ellas obtenidas con ocasión de su transmisión la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios, la deducción será del 18 % del importe del dividendo o de la participación en beneficios.

La deducción se practicará parcialmente cuando la prueba a que se refiere este párrafo e) tenga carácter parcial.

2.º El sujeto pasivo pruebe que un importe equivalente al dividendo o participación en beneficios se ha integrado en la base imponible del *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, en concepto de renta obtenida por las sucesivas personas físicas propietarias de la participación, con la ocasión de su transmisión. La deducción se practicará parcialmente cuando la prueba a que se refiere este párrafo e) tenga carácter parcial.

En este supuesto, la deducción no podrá exceder del importe resultante de aplicar al dividendo o a la participación en beneficios el tipo de gravamen que en el *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* corresponde a las ganancias patrimoniales integradas en la parte especial de la base imponible o en la del ahorro, para el caso de transmisiones realizadas a partir de 1 de enero de 2007.

3.1.3. Dividendos que son ingreso pero que provocan un deterioro

El dividendo que provoca una disminución del valor de la inversión financiera debiera, desde una perspectiva sustancial, aplicarse a aminorar el valor de adquisición de la participación. Sin embargo, las normas contables solo permiten esa aplicación cuando *se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición.* Por tanto, los dividendos implícitos en el precio de adquisición de la participación, pero que no se pueden subsumir bajo tal regla, deben contabilizarse como ingreso, lo que determina un deterioro de la participación a menos que existan plusvalías tácitas en la sociedad participada.

El nuevo apartado 6 del artículo 30 del TRLIS[2] está diseñado para regular esta situación, mediante un triple mandato, que solo opera *en el caso de que la entidad pruebe la tributación de un importe igual al dividendo o la participación en beneficios* en sede de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, sea por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o por el Impuesto sobre Sociedades:

- El dividendo no se integra en la base imponible.
- El dividendo minora el valor fiscal de la participación.
- Se aplica la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

Se notará que este mandato solo tiene sentido respecto del dividendo implícito en el valor de adquisición de la participación pero que, por aplicación de las normas contables, no puede aplicarse a aminorar dicho valor de adquisición, por cuanto respecto de aquel que sí puede aminorar el valor de adquisición de la participación se aplica lo previsto en la letra e) del apartado 4 del artículo 30 del TRLIS, y respecto de aquel que constituya un ingreso en sentido estricto se aplican los apartados 1 o 2 de dicho artículo.

EJEMPLO 3

- Precio de adquisición, 100; dividendo implícito, 20 (2014); deterioro contabilizado, 20; renta gravada anteriormente, 20; precio de transmisión, 80 (2015).
- Renta contable: 0 (20 dividendo – 20 deterioro) (2014).

.../...

[2] **6.** En el caso de que la entidad pruebe la tributación de un importe igual al dividendo o la participación en beneficios, en los términos señalados en los párrafos 1.º o 2.º de la letra e) del apartado 4 de este artículo, no se integrará en la base imponible de la entidad el referido dividendo o participación en beneficios. Dicho dividendo o participación en beneficios minorará el valor fiscal de la participación. En este caso, el sujeto pasivo procederá a aplicar la deducción en los términos señalados en los apartados 1 o 2 de este artículo, según corresponda.

.../...

- Renta fiscal: 0 (20 dividendo – 20 deterioro + 20 ajust det – 20 dividendo) (2014).
- Deducción: 20/0,30: –6.
- Resultado extraordinario: 0 [80 – (100 – 20) – 20 ajust. det. + 20 just. divd.] (2015).
- Resultado extraordinario antecedente en la transmisión antecedente: 20/0,30: 6.

Puede apreciarse que la tributación es correcta.

Para que se aplique el artículo 30.6 del TRLIS es preciso que concurra una prueba a cargo del obligado tributario, en la forma expuesta. ¿Qué régimen se aplica, entonces, respecto del dividendo que, estando implícito en el precio de adquisición de la participación, está huérfano de esa prueba?

No hay otra solución que aplicar el régimen general. En efecto, este dividendo no puede acogerse al apartado 6 del artículo 30 del TRLIS, pero tampoco está afectado por las restricciones del artículo 30.4 del TRLIS, en particular la prevista en la letra e), puesto que es un ingreso. Por tanto, el dividendo se integra en la base imponible, el deterioro que eventualmente se hubiere contabilizado no será gasto fiscalmente deducible, el valor contable de la participación no se modifica a efectos fiscales, y se aplicará la deducción para evitar la doble imposición.

Ahora bien, aplicar la deducción para evitar la doble imposición respecto de un dividendo implícito en el valor de adquisición de la participación, cuando no ha mediado tributación sobre la renta derivada de la transmisión de la participación, envuelve un déficit de imposición que se materializará con ocasión de la transmisión de la participación.

EJEMPLO 4

- Precio de adquisición, 100; dividendo implícito, 20 (2014); precio de transmisión, 80 (2015).
- Ingreso: 20 (dividendo)/0,30: 6 (2014).
- Deducción: 20/0,30: –6 (2014).
- Resultado extraordinario: –20 (80 – 100)/0,3: –6 (2015).

Puede apreciarse que el obligado tributario no ha percibido, en el conjunto de las operaciones, renta alguna pero, a efectos fiscales, ha generado una deducción de la cuota de 6. Esta irre-

gularidad se corrige aminorando la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe del dividendo implícito en el valor de adquisición de la participación. Así lo establece el nuevo apartado 7 del artículo 30 del TRLIS, de manera tal que, en el ejemplo precedente, la renta derivada de la transmisión de la participación sería nula.

Resultado extraordinario corregido: 0 (80 – 100 + 20 ajust. divd.) (2015).

El nuevo apartado 7 del artículo 30 del TRLIS sirve para enderezar el déficit de imposición descrito pero, como más adelante se verá, también encierra algunos efectos patológicos de signo inverso.

3.2. RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

3.2.1. Rentas positivas

Tratándose de rentas positivas, la Ley 16/2013 no ha introducido modificación alguna. Por tanto, tales rentas motivan una deducción para evitar la doble imposición con el límite de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.5 del TRLIS.

3.2.2. Rentas negativas en las transmisiones intra grupo

Las rentas negativas derivadas de transmisiones de instrumentos de patrimonio realizadas entre entidades que forman parte del mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, no se integran en la base imponible de la entidad transmitente, sino que *se imputarán en el periodo impositivo en que dichos valores sean transmitidos a terceros ajenos al referido grupo de sociedades, o bien cuando la entidad transmitente o la adquirente dejen de formar parte del mismo*, de acuerdo con lo establecido en el nuevo apartado 11 del artículo 19 del TRLIS.

La renta negativa se computa, ciertamente, pero no en el periodo impositivo en el que se realiza la transmisión interna sino en aquel otro en el que la participación se transmite a un tercero al grupo mercantil. Por tanto, en ese periodo impositivo habrá de realizarse un ajuste negativo en sede de la entidad que actuó como transmitente en la transmisión interna.

El mandato es congruente con el relativo a la no consideración como gasto fiscalmente deducible del deterioro. En ambos casos no se cuestiona la realidad de la pérdida pero se imputa al periodo impositivo en el que se transmiten los instrumentos de patrimonio a terceros.

Ambos mandatos pudieran confluir en relación con la misma participación. Así sucederá cuando en un ejercicio anterior a la transmisión se haya contabilizado un deterioro. En tal caso, la renta derivada de la transmisión interna deberá ser ajustada, a efectos fiscales, en el importe del deterioro y, si aun así resultare renta negativa, la misma quedará diferida hasta el momento de la transmisión a terceros. Así pues, pueden darse dos casos, según que la renta fiscal derivada

de la transmisión interna sea positiva o negativa, en el bien entendido que, con motivo de dicha transmisión, ha de revertirse el ajuste por deterioro.

EJEMPLO 5. Renta positiva

- Valor de adquisición, 100; deterioro, 12 (2014); valor de transmisión interna, 102 (2015); valor de transmisión a terceros, 105 (2016).
- Renta contable: –12 (2014).
- Renta fiscal: 0 (–12 + 12 ajuste deterioro) (2014).
- Renta contable: 14 [102 – (100 – 12)] (2015).
- Renta fiscal: 2 (14 – 12 reversión ajuste deterioro) (2015).
- Renta contable: 3 (105 – 102) (2016).
- Renta fiscal: 3 (105 – 102) (2016).

EJEMPLO 6. Renta negativa

- Valor de adquisición, 100; deterioro, 12 (2014); valor de transmisión interna, 97 (2015); valor de transmisión a terceros, 105 (2016).
- Renta contable: –12 (2014).
- Renta fiscal: 0 (–12 + 12 ajuste deterioro) (2014).
- Renta contable: 9 [97 – (100 – 12)] (2015).
- Renta fiscal: 0 (9 – 12 reversión ajuste deterioro + 3 ajuste renta negativa) (2015).
- Renta contable: 8 (105 – 97) (2016).
- Renta fiscal: 5 (8 – 3 reversión ajuste renta negativa) (2016).

3.2.3. Rentas negativas mediando dividendos

La Ley 16/2013 ha introducido un nuevo apartado, 7, en el artículo 30 del TRLIS, a cuyo tenor *el importe de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación en una*

entidad residente se minorará en el importe de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos de la entidad participada a partir del periodo impositivo que se haya iniciado en el año 2009, siempre que los referidos dividendos o participaciones en beneficios no hayan minorado el valor de adquisición de la misma y hayan tenido derecho a la aplicación de la deducción prevista en el apartado 2 de ese artículo.

El supuesto de hecho de la norma consiste en la percepción de ciertos dividendos, y el mandato es la minoración de la renta negativa habida en la transmisión de la participación. Los dividendos contemplados son aquellos que reúnen tres características:

- No han minorado el valor de adquisición de la participación.
- Han disfrutado de la deducción plena para evitar la doble imposición.
- Se han percibido en el ejercicio 2009 y posteriores.

Anteriormente se han distinguido tres tipos de dividendos, a saber, los que simplemente constituyen ingresos, los que constituyen ingresos pero que provocan un deterioro solapado por estar implícitos en el precio de adquisición de la participación y, finalmente, los que minoran el valor de adquisición de la participación.

El supuesto de hecho del nuevo apartado 7 del artículo 30 del TRLIS se refiere a los dos primeros tipos de dividendos, esto es, a aquellos que hayan tenido la consideración de ingresos, con tal de que hayan disfrutado de la deducción plena para evitar la doble imposición de dividendos. No se refiere a los dividendos implícitos en el valor de adquisición de la participación y que, por tanto, no se contabilizaron como ingresos sino como recuperación del valor de adquisición. Tampoco se refiere a aquellos dividendos que, contablemente, tuvieron la consideración de ingreso, pero que, fiscalmente, fueron aplicados a aminorar el valor de adquisición de la participación en los términos previstos en el apartado 6 del artículo 30 del TRLIS y, consiguientemente, disfrutaron de la deducción para evitar la doble imposición.

Como se anticipó en líneas precedentes, este nuevo apartado da respuesta a la situación creada por un dividendo que determina un deterioro que no es contablemente reconocido pero que, al ser efectivo, finalmente, se manifiesta en el momento de la transmisión de la participación.

EJEMPLO 7

- Valor de adquisición, 100; beneficio futuro implícito en el valor de adquisición, 12; obtención y distribución del beneficio implícito, 12 (2014); valor de transmisión de la participación, 88 (2015).

.../...

.../...

- Renta contable y fiscal: 12, cuota: 3,6 (12/30 %), deducción: 3,6 (12/30%) (2014).
- Renta contable: –12 (88 – 100) (2015).
- Renta fiscal: 0 (–12 + 12 ajuste dividendos) (2015).

Se aprecia que el mandato del artículo 30.7 del TRLIS determina una tributación correcta, por cuanto la entidad adquirente de la participación no ha obtenido renta alguna y, consecuentemente, no debe tributar, pero tampoco debe disfrutar de una tributación negativa derivada de la aplicación de la deducción para evitar la doble imposición.

Ciertamente, si el transmitente de la participación hubiera tributado sobre la renta obtenida, se producirá un exceso de imposición, pero la entidad hubiera podido salir al paso del mismo mediante lo previsto en el artículo 30.6 del TRLIS, pues, en tal caso, no sería aplicable el artículo 30.7 del TRLIS.

EJEMPLO 8

El anterior pero con prueba de la tributación en sede del transmitente.

- Renta contable y fiscal: 0 (12 – 12 ajuste dividendo), cuota: 0 [(12 – 12)/30 %], deducción: 3,6 (12/30 %) (2014).
- Renta contable: –12 (88 – 100) (2015).
- Renta fiscal: 0 (88 – 100 + 12 reversión ajuste dividendo) (2015).

Se aprecia que la entidad disfruta de una tributación negativa, por cuanto sin obtener renta se genera una deducción para evitar la doble imposición de dividendos. Ahora bien, esa tributación negativa compensa la doble imposición derivada de la tributación del dividendo implícito en concepto de renta obtenida por la persona o entidad de quien se adquirió la participación.

El efecto práctico del apartado 7 del artículo 30 del TRLIS, respecto del dividendo implícito en el precio de adquisición de la participación, es rechazar la deducción para evitar la doble imposición en su día practicada, mediante la técnica de depurar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe del deterioro solapado inherente a dicho dividendo implícito.

La función del artículo 30.7 del TRLIS se comprende bien en relación con el dividendo implícito en el valor de adquisición de la participación, pero que, por imperativo de las normas contables, no puede contabilizarse aminorando dicho valor de adquisición, al haber sido distribuido con cargo a beneficios registrados contablemente con posterioridad a aquella adquisición.

Sin embargo, la redacción del artículo 30.7 del TRLIS afecta también a los dividendos que son ingresos y no provocan un deterioro solapado del valor de adquisición de la participación. En este caso la renta negativa derivada de la transmisión de la participación también deberá aminorarse en el importe de esos dividendos. Ahora bien, esa renta negativa no trae su causa del dividendo, sino del empeoramiento de las expectativas de generación de flujos de efectivo por la entidad participada. Por tanto, aminorarla en el importe de los dividendos carece de sentido. El efecto práctico es la doble imposición.

El artículo 30.7 del TRLIS es certero en cuanto afecta a los dividendos implícitos que provocan un deterioro solapado, pero erróneo cuando lo hace respecto de los dividendos ordinarios, esto es, que constituyen un auténtico fruto. El artículo 30.7 del TRLIS ha rebasado el ámbito de los supuestos patológicos para adentrarse en el de los no patológicos.

Los supuestos no patológicos son todos aquellos en los que los dividendos determinantes de ingresos no han sido causa del deterioro de la participación. Piénsese en el caso de una participación adquirida en la constitución de una sociedad. En este caso los dividendos se habrán contabilizado como ingresos y no habrán provocado deterioro. La renta negativa podrá deberse al empeoramiento de expectativas. Es posible que la renta negativa proceda de la distribución de beneficios ficticios, pero, en tal caso, también sería procedente devolver el impuesto satisfecho por la entidad participada. Piénsese en el caso de dividendos procedentes de una sociedad que cotiza en un mercado organizado de manera tal que la renta negativa responde a la evolución negativa de expectativas.

En los supuestos no patológicos que, realmente, son los de la vida corriente, la nueva norma provoca un exceso de imposición apodíctico.

EJEMPLO 9

- Constitución de una sociedad aportando 100 (2014), beneficios 20 (2015), dividendos 14 (2016), valor de transmisión 92 (2017).
- Renta de la participada: 20, cuota 6 (20/0,3) (2015).
- Renta de la partícipe: 14, cuota 4,2 (14/0,3), deducción 4,2 (14/0,3) (2016).
- Renta contable de la partícipe: –8 (92 – 100) (2017).
- Renta fiscal de la partícipe: 0 (–8 + 8 ajuste dividendos) (2017).

El ejemplo pone de relieve que la renta obtenida por las dos entidades ha sido 12 (20 participada – 8 partícipe), pero que la tributación ha sido sobre 20, produciéndose así un exceso de imposición que puede llegar hasta el importe del dividendo, cuyo efecto práctico es la destrucción de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

El mismo ejemplo podría proyectarse respecto de la adquisición de acciones en un mercado secundario organizado.

Véase, por tanto, que el nuevo apartado 7 del artículo 30 del TRLIS tiene un efecto práctico correcto cuando se enfrenta al dividendo implícito en el precio de adquisición de la participación, pero también un efecto incorrecto cuando se enfrenta al dividendo ordinario.

El artículo 30.7 del TRLIS contempla la minoración de las *rentas negativas derivadas de la transmisión*. El artículo 30.7 del TRLIS no establece matización alguna respecto del título traslativo, de manera tal que se aplicará cualquiera que sea la naturaleza del mismo. Así, la compraventa, la permuta, el canje de valores, la aportación, entre otros.

Un supuesto similar a la transmisión de la participación es el de la extinción de la entidad participada. Pero no se trata de una transmisión propiamente dicha sino de la especificación o ejercicio de un derecho que corresponde a la cualidad de socio, a saber, el de participación en el haber social existente en el momento de la liquidación. Por ello se estima que no debería aplicarse a este supuesto el artículo 30.7 del TRLIS.

4. INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO EMITIDOS POR ENTIDADES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

A raíz de la Ley 16/2013, los instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes en el extranjero están afectados por la no deducción del deterioro del nuevo artículo 14.1 j) del TRLIS, y por el no cómputo de la renta negativa en las transmisiones realizadas entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, prevista en el nuevo artículo 19.11 del TRLIS.

Por otra parte, en sintonía con las modificaciones introducidas por la Ley 16/2013 respecto de la deducción para evitar la doble imposición sobre los dividendos de fuente interna, dicha ley ha establecido ciertas modificaciones en los artículos 21 y 32 del TRLIS, reguladores de dicha deducción en el ámbito internacional.

En síntesis, el régimen fiscal de las rentas derivadas de los instrumentos de patrimonio de fuente extranjera, acogidas al método de exención del artículo 21 del TRLIS, queda, tras la Ley 16/2013, como sigue:

- Los deterioros no son fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 j) del TRLIS.

- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del TRLIS no son fiscalmente computables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.11 del TRLIS.
- Los dividendos continúan disfrutando de exención, en los términos previstos en el artículo 21 del TRLIS.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación continúan exentas, en los términos previstos en el artículo 21 del TRLIS.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación continúan aminorándose en el importe de las rentas positivas previamente exentas derivadas de transmisiones internas en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en los términos del artículo 21.4 del TRLIS.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación continúan aminorándose en el importe de las rentas positivas previamente exentas derivadas de transmisiones internas en el sentido del artículo 21.5 del TRLIS.

Y el de las acogidas al método de imputación del artículo 32 del TRLIS:

- Los deterioros no son fiscalmente deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 j) del TRLIS.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del TRLIS no son fiscalmente computables, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.11 del TRLIS.
- Los dividendos continúan disfrutando de la deducción del impuesto extranjero subyacente, pero en relación con aquellos que no tengan la consideración de ingresos o motiven el deterioro de la participación ha de probarse la tributación en España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.5 del TRLIS.
- Las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación continúan pudiendo acogerse a la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS.
- Las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación deben ser aminoradas en el importe de los dividendos que hayan disfrutado de la deducción del impuesto extranjero subyacente sin aminorar el valor de adquisición de la participación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.6 del TRLIS.

4.1. RÉGIMEN FISCAL DE LA DISTRIBUCIÓN Y PERCEPCIÓN DE DIVIDENDOS

Se examinan los tres tipos de dividendos, de forma análoga a como se hizo con los de fuente interna.

4.1.1. Dividendos que son ingreso

4.1.1.1. Dividendos acogidos al régimen de exención

La tributación, a raíz de la Ley 16/2013, no ha variado. Por tanto, bajo el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 21 del TRLIS, los dividendos estarán exentos. La exención cumple la función de método para eliminar la doble imposición de dividendos, por tanto, ajena a cualquier noción de privilegio fiscal.

4.1.1.2. Dividendos acogidos al régimen de imputación

Cuando no se cumplan esos requisitos, o si el obligado tributario así lo decide, podrá aplicarse el artículo 32 del TRLIS, en cuyo caso los dividendos se integrarán en la base imponible, pero podrá practicarse la deducción del impuesto extranjero que ha recaído sobre el beneficio del que procede el dividendo, con los límites y requisitos previstos en dicho precepto. Tampoco, en relación con esta clase de dividendos, ha sido modificada la legislación precedente.

4.1.2. Dividendos que no son ingreso sino recuperación del valor de la inversión

4.1.2.1. Dividendos acogidos al régimen de exención

A diferencia de lo que acontece en relación con los dividendos distribuidos por entidades residentes en territorio español, respecto de los dividendos procedentes de entidades no residentes nada está establecido.

Esta indefinición abre el paso a dos interpretaciones. La primera concedería la exención, bajo el cumplimiento de los requisitos generales, y la segunda la negaría absolutamente, por cuanto el dividendo no se ha integrado en la base imponible al no haberlo hecho en el resultado contable.

La segunda interpretación es la que ha tenido mayor predicamento, por cuanto el antecedente lógico de la exención es que la renta exenta, en ausencia de la exención, forme parte de la base imponible, lo cual no acontece respecto de los dividendos que no son ingreso.

Por tanto, los dividendos extranjeros que minoran el valor de adquisición de la participación no se integran en la base imponible, en cuanto no forman parte del resultado contable, y, consecuentemente, no disfrutan de exención. Y esto es así incluso si la persona o entidad de quien se adquirió la participación hubiere integrado en la base imponible de su imposición personal una renta equivalente al dividendo.

En suma, en el método de exención de dividendos de fuente extranjera no existe un mandato equivalente al previsto en los números 1.º y 2.º del artículo 30.4 e) del TRLIS.

4.1.2.2. Dividendos acogidos al régimen de imputación

Continúa en vigor, en relación con los dividendos que no constituyen ingreso, la posibilidad de aplicar la deducción del impuesto extranjero subyacente, amén de la retención, siempre que se pruebe *que un importe equivalente a ese dividendo o participación en beneficios ha tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación.* Esta norma fue introducida por el artículo 1.Seis de la Ley 4/2008, a modo de segundo párrafo del primitivo apartado 5 del artículo 32 del TRLIS y, tras la Ley 16/2013, ha pasado a ser el párrafo único de dicho apartado.

Se notará que la tributación se referencia a España, de manera tal que no solo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades sino también al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. En cambio, los impuestos personales extranjeros son irrelevantes, lo que, al igual que acontece en relación con el artículo 30.4 e) del TRLIS, introduce un supuesto de discriminación frente al ordenamiento comunitario.

Consecuentemente, estos dividendos, a condición de la prueba mencionada, no se integrarán en la base imponible pero sí habilitarán la deducción del impuesto subyacente extranjero. Véase, entonces, que estos dividendos disfrutan de un régimen más ventajoso que los acogidos al régimen de exención.

EJEMPLO 10

- Valor de adquisición, 100; dividendo, 20 (2014); impuesto subyacente, 4.
- Renta contable: 0 (20 – 20) (2014).
- Resultado fiscal (20 + 4 subyacente – 20)/0,3: 1,2 (2014).
- Deducción impuesto subyacente: 4.
- Resultado extraordinario antecedente: 20, cuota 6 (20/0,3).

4.1.3. Dividendos que son ingreso pero que provocan un deterioro

4.1.3.1. Dividendos acogidos al régimen de exención

Estos dividendos, en cuanto contabilizados como ingreso, se integran en la base imponible y, por ende, pueden disfrutar de la exención. El deterioro solapado que provocan no determinará un déficit de imposición, por cuanto, como más adelante se expone, la renta negativa que pudiera derivarse de la transmisión de la participación debe minorarse en el importe de los dividendos exentos.

4.1.3.2. Dividendos acogidos al régimen de imputación

Antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2013 estos dividendos habilitaban la deducción del impuesto subyacente, pero el deterioro no se integraba en la base imponible, excepto si el importe de aquellos hubiere *tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación.*

Tras la Ley 16/2013, mediando dicha prueba, el dividendo no se computará como ingreso, imputándose a reducir, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la participación, y se aplicará la deducción del impuesto subyacente extranjero para evitar la doble imposición de dividendos.

EJEMPLO 11

- Precio adquisición, 100; dividendo implícito, 20 (2014); deterioro, 20; impuesto subyacente, 4; valor de transmisión, 80 (2015).
- Renta contable: 0 (20 dividendo – 20 deterioro) (2014).
- Renta fiscal: 4 (20 + 4 suby. – 20 det. + 20 ajuste det. – 20 ajuste divid.)/0,3: 1,2 (2014).
- Deducción: 4 (2014).
- Resultado contable: 0 [80 – (100 – 20)] (2015).
- Resultado fiscal: 0 [80 – (100 – 80) – 20 ajuste det. + ajuste divd.] (2015).

En caso de no mediar la prueba de la tributación antecedente, el dividendo se computará como ingreso, no se reducirá el valor de adquisición de la participación, y se aplicará la deducción. La pérdida solapada se pondrá de manifiesto en el momento de la transmisión de la participación, pero no tendrá efecto fiscal, por cuanto, como más adelante se comentará, los dividendos que han disfrutado de la deducción y no han reducido el valor de adquisición minoran el importe de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación.

4.2. DETERIOROS

4.2.1. Participaciones acogidas al régimen de exención

La nueva letra j) del artículo 14.1 del TRLIS, y la derogación del artículo 12.3 del TRLIS, también afectan a las participaciones sobre entidades no residentes. Por tanto, el deterioro de estas participaciones, cualquiera que hubiera sido su causa, no será fiscalmente deducible. En consecuencia, ha perdido su fundamento el artículo 21.2 b) del TRLIS ya que su supuesto de hecho era

la existencia de una corrección de valor de la participación que hubiera resultado fiscalmente deducible, siendo así que tras la Ley 16/2013 ninguna corrección de valor es fiscalmente deducible.

4.2.2. Participaciones acogidas al régimen de imputación

Un razonamiento similar cabe en relación con este tipo de participaciones. En efecto, el deterioro, cualquiera que hubiera sido su causa, no será fiscalmente deducible. En consecuencia ha debido ser objeto de nueva redacción el artículo 32.5 del TRLIS, que admitía la deducción del deterioro a condición de prueba de la tributación de la plusvalía antecedente.

4.3. RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

4.3.1. Rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación

La Ley 16/2013 no ha introducido modificaciones en relación con las rentas positivas. Las modificaciones han versado sobre las rentas negativas.

No obstante, en relación con las rentas positivas, tratándose de participaciones acogidas al método de exención de dividendos y plusvalías, debe señalarse que la letra b) del artículo 21.2 del TRLIS ha dejado de tener sentido, por cuanto contempla hechos que no podrán darse, como anteriormente se ha comentado.

Debido a la no consideración del deterioro como gasto fiscalmente deducible, la renta positiva susceptible de acogerse a la exención será la determinada ajustando negativamente la renta positiva contable en el importe del deterioro.

Tratándose de participaciones acogidas al método de imputación del artículo 32 del TRLIS, tampoco se ha producido modificación alguna, pero la renta contable derivada de la transmisión de la participación deberá ser ajustada negativamente en el importe del deterioro habido en un ejercicio precedente, por cuanto el mismo no fue fiscalmente deducible.

EJEMPLO 12

- Valor de adquisición, 100; deterioro, 12 (2014); valor de transmisión, 103 (2015).
- Renta contable: –12 (2014).
- Renta fiscal: 0 (12 – 12) (2014).

.../...

.../...

- Renta contable: 15 [103 – (100 – 12)] (2015).
- Renta fiscal: 3 [103 – (100 – 12 + 12 ajuste deterioro)] (2015).

La renta a integrar en la base imponible, y también la renta exenta del artículo 21 del TRLIS, será 3. Si no procede el método de exención, la renta a integrar en la base imponible también será 3.

4.3.2. Rentas negativas en las transmisiones intra grupo

El mandato contenido en el nuevo apartado 11 del artículo 19 del TRLIS también es aplicable a las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación sobre entidades no residentes, tanto si están acogidas al método de exención (art. 21 del TRLIS) como al de imputación (art. 32 del TRLIS).

Por consiguiente, la renta negativa derivada de una transmisión entre entidades del mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio se integrará en la base imponible de la entidad transmitente en el periodo impositivo en el que la entidad adquirente transmita su participación a un tercero. La renta negativa se computa, ciertamente, pero no en el periodo impositivo en que se realiza la transmisión que la determina, sino en un periodo impositivo posterior, y dicho cómputo se produce en sede de la entidad que sufrió la pérdida o renta negativa.

Por esta razón, conserva pleno sentido el artículo 21.2 c) del TRLIS, el cual, como es sabido, excluye de la exención a la renta positiva *hasta el importe de la renta negativa obtenida por otra entidad del grupo.* En efecto, la renta negativa, aun cuando en un periodo posterior al de su concurrencia real, se integra en la base imponible.

EJEMPLO 13

- Valor de adquisición, 100; transmisión interna por valor, 92 (2014); transmisión externa por valor, 105 (2015).
- Renta contable (entidad que transmite internamente): –8 (92 – 100) (2014).
- Renta fiscal (entidad que transmite internamente): 0 (–8 + 8 ajuste renta negativa) (2014).
- Renta fiscal (entidad que transmitió internamente): –8 (recuperación ajuste) (2015).
- Renta contable (entidad que transmite a terceros): 13 (105 – 92) (2015).

.../...

.../...

- Renta fiscal (entidad que transmite a terceros): 8 (2015).
- Renta exenta: 5 (13 – 8) (2015).

Puede apreciarse que la renta obtenida frente a terceros por el grupo es 5, y esta es la renta exenta. Por tanto, el saldo de las rentas fiscales es 0 (0 – 8 + 8 + 5 – 5).

Cuando la participación sea objeto de una nueva transmisión interna la renta negativa habida en una transmisión interna precedente no se integrará en la base imponible. La renta positiva eventualmente derivada de dicha transmisión ulterior podrá disfrutar de exención.

EJEMPLO 14

- Valor de adquisición, 100; transmisión interna por valor, 92 (2014); transmisión interna ulterior por valor, 96 (2015); transmisión externa por valor, 105 (2016).
- Renta contable (entidad que transmite internamente): –8 (92 – 100) (2014).
- Renta fiscal (entidad que transmite internamente): 0 (–8 + 8 ajuste renta negativa) (2014).
- Renta contable (entidad que transmite ulteriormente): 4 (96 – 92) (2015).
- Renta fiscal (entidad que transmite ulteriormente): 0 (4 – 4 exención) (2015).
- Renta fiscal (entidad que sufrió la renta negativa): –8 (recuperación ajuste) (2015).
- Renta contable (entidad que transmite a terceros): 9 (105 – 96) (2016).
- Renta fiscal (entidad que transmite a terceros): 8 (2016).
- Renta exenta: 1 (9 – 8) (2016).

Puede apreciarse que la renta obtenida frente a terceros es 5, y esta es la renta exenta. Por tanto, el saldo de las rentas fiscales es 0 (0 – 8 + 8 + 4 – 4 + 1 – 1).

4.3.3. Rentas negativas en las transmisiones a terceros

4.3.3.1. Participaciones acogidas al método de exención

La primitiva redacción del artículo 21.4 del TRLIS rechazaba la integración en la base imponible de toda depreciación de la participación cuando se habían percibido dividendos exentos.

La depreciación que se rechazaba abarcaba tanto al deterioro propiamente dicho como a las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación. Ese es el sentido que se ha venido dando a la fórmula *depreciación de la participación, cualquiera que sea la forma y el periodo impositivo en que se ponga de manifiesto.*

La consideración del deterioro contable como gasto fiscalmente no deducible ha rendido obsoleta dicha fórmula, la cual ha debido ser remplazada por otra técnicamente congruente. La nueva fórmula ordena aminorar la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe de los dividendos que *no hayan minorado el valor de adquisición de la misma* (la participación) *y que hayan tenido derecho a la aplicación de la exención.*

Bien se comprende que la norma descrita provoca un exceso de imposición cuando la persona o entidad de la que se adquirió la participación tributó por la renta positiva derivada de dicha transmisión, en la medida en que el dividendo distribuido estuviere implícito en la misma. Ahora bien, ese exceso de imposición no es imputable a la jurisdicción fiscal española, a menos que la referida tributación se haya producido a favor de dicha jurisdicción, lo que no será frecuente, pues si la persona o entidad que transmite la participación es residente en el extranjero la competencia será, normalmente, de la jurisdicción fiscal extranjera, y si es residente en territorio español operará, en el caso de ser persona jurídica, la exención del artículo 21.2 del TRLIS. Por tanto, el exceso de imposición queda relegado a los casos en los que se produce una tributación de la renta positiva por el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes o por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

EJEMPLO 15

- Valor de adquisición, 100; dividendo, 7 (2014); valor de transmisión, 97 (2015).
- Renta contable: 7 (2014).
- Renta fiscal: 0 (7 – 7 exención) (2014).
- Renta contable: –3 (97 – 100) (2015).
- Renta fiscal: 0 (–3 + 3 dividendo exento) (2015).

En la medida en que el dividendo estuviere implícito en el precio de adquisición de la participación y hubiere tributado como renta positiva derivada de la transmisión de la participación, se produce doble imposición, pero no es imputable a la jurisdicción fiscal española.

Cuando el dividendo no está implícito en el valor de adquisición de la participación sino que se trata de un dividendo ordinario, esto es, que tiene la consideración de fruto, el efecto práctico de la aminoración de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación es anular la eliminación de la doble imposición. La justificación de este efecto práctico es que la jurisdicción fiscal española no ha de soportar rentas negativas, a efectos fiscales, en el contexto del método de exención.

EJEMPLO 16

- Valor de adquisición, 100; dividendo, 7 (2014); valor de transmisión, 97 (2015).
- Renta contable: 7 (2014).
- Renta fiscal: 0 (7 – 7 exención) (2014).
- Renta contable: –3 (97 – 100) (2015).
- Renta fiscal: 0 (–3 + 3 dividendo exento) (2015).

En fin, la nueva redacción que al apartado 4 del artículo 21 del TRLIS da la Ley 16/2013 recoge, literalmente, el segundo párrafo de la primitiva redacción de ese precepto. En su virtud, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se integra en la base imponible en la medida de las rentas positivas derivadas de la transmisión previa de la participación entre entidades del mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, que hayan disfrutado de exención.

4.3.3.2. Participaciones acogidas al método de imputación

Antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2013 la renta negativa derivada de la transmisión de la participación no se integraba en la base imponible en la medida en que fuere imputable a los dividendos sujetos al método de imputación, excepto si *el importe de los citados beneficios hubiere tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación*, esto es, si un importe equivalente al dividendo en cuestión había tributado en España en concepto de renta obtenida por la persona o entidad que transmitió la participación.

El nuevo apartado 6 del artículo 32 del TRLIS ordena no integrar en la base imponible la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe de los dividendos percibidos que, sin haber minorado el valor de adquisición de la participación, hubieren disfrutado de la deducción.

EJEMPLO 17

- Valor de adquisición, 100; dividendo, 7 (2014); impuesto subyacente, 2; valor de transmisión, 97 (2015).
- Renta contable: 7 (2014).

.../...

.../...

- Renta fiscal: 9 (7 + 2 suby.)/0,3: 2,7 (2014).
- Deducción: 2 (2014).
- Renta contable: –3 (97 – 100) (2015).
- Renta fiscal: 0 [(97 – 100) – 3 ajuste dividendo] (2015).

5. SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL DETERIORO Y LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN DE DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE CARTERA

A lo largo de los tres apartados precedentes se han comentado las modificaciones establecidas por la Ley 16/2013 en los artículos 30, 21, y 32, del TRLIS, concernientes a la eliminación de la doble imposición económica, tanto interna como internacional. Los tres preceptos responden a la misma filosofía, a saber, procurar la eliminación de la doble imposición económica internacional sin provocar déficit de imposición. El éxito en este empeño no ha sido, por las razones que han sido expuestas, pleno. Ahora se propone una visión de conjunto que parte de la triple consideración que, en sede de su perceptor, puede tener un dividendo, a saber, fruto y recuperación de la inversión, sea esta última de forma explícita o implícita. Por tanto, se presentan nueve situaciones que seguidamente se describen.

Dividendo de fuente interna.

- El dividendo es ingreso: deducción (art. 30.1 y 2 del TRLIS); minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 30.7 del TRLIS).
- El dividendo es recuperación de valor explícita y, por tanto, se contabiliza como menor valor de la inversión: deducción a condición de prueba de la tributación antecedente (art. 30.4 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 30.7 del TRLIS). Sin prueba de la tributación antecedente no hay deducción (art. 30.4 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 30.7 del TRLIS).
- El dividendo es recuperación de valor implícita y, por tanto, se contabiliza como ingreso: deducción a condición de prueba de la tributación antecedente, no se computa como ingreso y minora el valor de adquisición de la participación (art. 30.6 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 30.7 del TRLIS). Sin prueba de la tributación antecedente: deducción (art. 30.1

y 2 del TRLIS); minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 30.7 del TRLIS).

Dividendo de fuente internacional, método de exención.

- El dividendo es ingreso: exención (art. 21.1 del TRLIS); minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 21.5 del TRLIS).
- El dividendo es recuperación de valor explícita y, por tanto, se contabiliza como menor valor de la inversión: no exención (art. 21.1 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 21.5 del TRLIS).
- El dividendo es recuperación de valor implícita y, por tanto, se contabiliza como ingreso: exención (art. 21.1 del TRLIS); minora la renta negativa (art. 21.5 del TRLIS).

Dividendo de fuente internacional, método de imputación.

- El dividendo es ingreso: deducción (art. 32.1 del TRLIS); minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 32.5 del TRLIS)
- El dividendo es recuperación de valor explícita y, por tanto, se contabiliza como menor valor de la inversión: deducción a condición de prueba de la tributación antecedente (art. 32.5 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 32.6 del TRLIS). Sin prueba de la tributación antecedente no hay deducción (art. 32.5 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 32.6 del TRLIS).
- El dividendo es recuperación de valor implícita y, por tanto, se contabiliza como ingreso: deducción a condición de prueba de la tributación antecedente, no se computa como ingreso y minora el valor de adquisición de la participación (art. 32.5 del TRLIS); no minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 32.6 del TRLIS). Sin prueba de la tributación antecedente: deducción (art. 32.1 del TRLIS); minora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación (art. 32.6 del TRLIS).

La síntesis precedente pone de relieve la filosofía subyacente en el sistema de eliminación de la doble imposición, que puede ser resumida de la siguiente manera:

- Los dividendos, tanto internos como internacionales, que pueden calificarse como fruto de la inversión financiera, no tributan, sea por estar exentos o por motivar una deducción. No obstante los dividendos internacionales pueden tributar, en el método de imputación, en la medida del exceso del tipo nominal de gravamen del Impuesto sobre Sociedades sobre el tipo de gravamen efectivo extranjero.

- Los dividendos internos e internacionales, que pueden calificarse como recuperación de valor explícita, no tributan, sea por estar exentos o por motivar una deducción, a condición, en caso de deducción (internos e internacionales cuando tributan por el método de imputación) de la prueba de la tributación antecedente. Esta tributación antecedente, esto es sobre la renta positiva obtenida por la persona o entidad de la que se adquirió la participación, ha de ser por un tributo español, sin que sea relevante la tributación por un tributo extranjero. Por tanto, cuando media un tributo extranjero habrá doble imposición, pero no provocada por España.
- Los dividendos, internos e internacionales, que pueden calificarse como recuperación de valor implícita, tributan de la misma manera en como lo hacen los dividendos que pueden calificarse como ingreso. No obstante, bajo la prueba de la tributación antecedente, en la forma anteriormente expuesta, no se consideran ingreso, minoran el valor de adquisición de la participación, y motivan la deducción (internos e internacionales cuando tributan por el método de imputación), de manera tal que su régimen se asimila al de los dividendos que pueden calificarse como recuperación de valor implícita. Por tanto, cuando media un tributo extranjero habrá doble imposición, pero no provocada por España.
- Los dividendos, internos o internacionales, que hayan disfrutado de exención o deducción sin haber minorado el valor de adquisición de la inversión financiera, minoran el importe de la renta negativa derivada de la transmisión. Cuando se trata de dividendos que pueden calificarse como recuperación de valor implícita, el efecto práctico es evitar un déficit de imposición. Por el contrario, cuando se trata de dividendos que son ingresos, el efecto práctico es la destrucción de la previa eliminación de la doble imposición. Tratándose de dividendos internos, se produce una doble imposición imputable a España. Tratándose de dividendos internacionales la doble imposición no es imputable a España.

Salvo por el efecto de doble imposición apuntado, el sistema es coherente. Sin embargo, es difícil de aplicar. En efecto, se pide al contribuyente que pruebe la tributación antecedente cuando, en buena lógica, esta prueba no estará siempre a su pleno alcance, lo que ha determinado que aquel busque la ayuda de la propia Administración tributaria, más apta para realizar esa tarea. También se pide que lleve cuenta de los dividendos exentos o que han dado lugar a la deducción, a los efectos de, eventualmente, aminorar la renta negativa derivada de la transmisión. Y, naturalmente, se pide a la Administración tributaria que compruebe el correcto cumplimiento, por parte del obligado tributario, de esas obligaciones.

6. EL RÉGIMEN TRANSITORIO

El artículo 1.Dieciocho de la Ley 16/2013 ha incorporado una nueva disposición transitoria al TRLIS, la cuadragésima primera, cuyos dos primeros apartados contienen el régimen transitorio de los deterioros practicados bajo la normativa precedente.

6.1. REGULACIÓN ANTERIOR DEL DETERIORO DE INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO

Los deterioros de los instrumentos de patrimonio fueron fiscalmente deducibles en los periodos iniciados con anterioridad a 1 de enero de 2013, con sujeción a ciertos límites y condiciones:

- Instrumentos de patrimonio cotizados en un mercado regulado: el deterioro, determinado de acuerdo con las normas contables (norma 9.ª 2.6.3 del PGC), era fiscalmente deducible y, del mismo modo, la recuperación de valor practicada de acuerdo con las normas contables era fiscalmente computable como ingreso.
- Instrumentos de patrimonio no cotizados en un mercado regulado: el deterioro determinado de acuerdo con las normas contables era fiscalmente deducible, dentro del límite de la evolución negativa de los fondos propios, cuya recuperación positiva determinaba la existencia de un ingreso fiscalmente computable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.3 del TRLIS.
- Instrumentos de patrimonio, cotizados o no, representativos de la participación en sociedades del grupo, multigrupo y asociadas: la evolución negativa de los fondos propios determinaba una partida fiscalmente deducible, incluso sin necesidad de reflejo contable, y la recuperación positiva, la correspondiente partida fiscalmente computable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.3 del TRLIS.

La nueva norma transitoria versa sobre la integración en la base imponible de los deterioros computados de acuerdo con la legislación precedente.

Como se verá seguidamente, la norma transitoria no se limita a prolongar los efectos que hubieran producido las normas derogadas, sino que añade nuevos efectos que, en cierto modo, rebasan la tradicional función de las normas transitorias.

6.2. INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO NO COTIZADOS EN UN MERCADO REGULADO E INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO REPRESENTATIVOS DE LA INVERSIÓN EN SOCIEDADES DEL GRUPO, MULTIGRUPO Y ASOCIADAS

6.2.1. Reglas generales

Respecto de estos instrumentos de patrimonio, los deterioros que hubieren resultado fiscalmente deducibles, sea a través de su representación contable o mediante la partida fiscalmente

no reflejada contablemente, deberán integrarse *en la base imponible del periodo impositivo en el que el valor de los fondos propios al cierre del ejercicio exceda al del inicio.*

Por tanto, es la evolución positiva de los fondos propios, corregida en las operaciones de capital, lo que determina la integración del deterioro en la base imponible, aun cuando no se hubiere producido la reversión contable o no hubiere lugar a la misma por haber tenido el deterioro una manifestación exclusivamente fiscal.

Mientras persista un deterioro deducido en periodos impositivos anteriores, todo aumento de los fondos propios de la entidad participada, corregido en las operaciones de capital, se integra en la base imponible, puesto que se entiende que *la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al cierre y al inicio del ejercicio... se corresponde en primer lugar, con pérdidas por deterioro que han resultado fiscalmente deducibles.*

EJEMPLO 18

- Deterioro contable, 100 (2009); deterioro fiscalmente deducible, 70 (2009); evolución positiva de fondos propios, 40 (2014).
- Integración en base imponible: 40 (2014).

Aun cuando la norma transitoria no lo establece expresamente, los fondos propios que deben tomarse en consideración son todos aquellos que han contribuido a la determinación del deterioro fiscalmente deducible.

EJEMPLO 19

- Deterioro fiscal, 80 (45 evolución negativa fondos propios de la sociedad participada + 35 evolución negativa fondos propios de la participada de la participada) (2009); evolución positiva fondos propios de la sociedad participada, 17 (2014); evolución positiva fondos propios sociedad participada de la participada, 40.
- Integración en la base imponible: 52 (17 + 35) (2014).

En fin, el remanente de deterioro fiscalmente deducido se integrará en la base imponible en el periodo impositivo en el que se transmita la participación.

6.2.2. Distribución de dividendos

El deterioro también se integrará en la base imponible *por el importe de los dividendos o participaciones en beneficios percibidos de las entidades participadas, excepto que dicha distribución no tenga la consideración de ingreso contable.*

La distribución de beneficios durante el ejercicio neutraliza, total o parcialmente, la evolución positiva de los fondos propios a efectos de la representación contable, pero esa evolución ha existido en términos sustanciales, y la norma transitoria le concede efectos respecto de la reversión del deterioro.

EJEMPLO 20

- Deterioro fiscal, 80 (2009); fondos propios iniciales, 240; dividendo a cuenta, 24; fondos propios finales, 248 (2014).
- Integración en la base imponible: 32 [8 (248 – 240) + 24].

6.2.3. Deterioros imputables a la distribución de dividendos

El último párrafo del apartado 1 de la nueva disposición transitoria establece que las reglas establecidas en el mismo no se aplicarán *respecto de aquellas pérdidas por deterioro de valor de la participación que vengan determinadas por la distribución de dividendos o participaciones en beneficios y que no hayan dado lugar a la aplicación de la deducción por doble imposición interna o bien que las pérdidas no hayan resultado fiscalmente deducibles en el ámbito de la deducción por doble imposición internacional.*

La redacción del artículo 30.4 e) del TRLIS previa a la Ley 16/2013 negaba la deducción para evitar la doble imposición económica a aquellos dividendos que hubieren *producido una pérdida por deterioro del valor de la participación*, y, consecuentemente, también establecía que *la reversión del deterioro de la participación no se integrará en la base imponible.*

La norma transitoria se limita a prolongar el mandato de no integración en la base imponible de la reversión del deterioro.

EJEMPLO 21

- Valor de adquisición, 100 (2009); distribución de dividendo implícito en el valor de adquisición, 8 y deterioro derivado del dividendo, 8 (2009); aumento de fondos propios, 13 (2014).
- Renta contable: 0 (8 dividendo – 8 deterioro) (2009).
- Renta fiscal: 0 (coincide con la contable) (2009).
- Deducción: 0 (2009).
- Renta contable: 8 (2014).
- Renta fiscal: 0 (8 – 8 no ingreso la reversión) (2014).

Se aprecia, por tanto, que la regulación es correcta, pues ni hay renta gravable ni deducción para evitar una doble imposición que, bien se ve, no existe.

Toda vez que el deterioro ha revertido, la eventual transmisión ulterior de la participación no determinaría una renta negativa. Si se produjera una renta negativa sería imputable a otra causa.

Puesto que el dividendo no ha disfrutado de la deducción para evitar la doble imposición no minorará la renta negativa derivada de la transmisión de la participación a que se refiere el artículo 30.7 del TRLIS.

En el ámbito internacional, el artículo 32.5 del TRLIS rechazaba la deducción de la *pérdida por deterioro de valor de la participación derivada de la distribución de los beneficios*, excepto si se probare la tributación en España de la renta obtenida por la persona o entidad de la que se adquirió la participación. Pues bien, la reversión de ese deterioro no se integrará en la base imponible.

En rigor, esta especificación no era necesaria habida cuenta de que, de acuerdo con el régimen general establecido por la norma transitoria, únicamente han de integrarse en la base imponible los deterioros que *hayan resultado fiscalmente deducibles*, de manera tal que, en virtud de esa regla, se llega a la misma conclusión.

6.3. INSTRUMENTOS DE PATRIMONIO COTIZADOS EN UN MERCADO REGULADO

Como se ha indicado, el deterioro de estos instrumentos de patrimonio se regía, antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2013, por las normas contables. Consecuentemente, el apartado 2 de

la nueva disposición transitoria cuadragésima primera establece que el deterioro contable que fue fiscalmente deducible se integrará en la base imponible del periodo impositivo *en que se produzca la recuperación de valor*.

Por lo común, estos instrumentos de patrimonio estarán clasificados contablemente como disponibles para la venta, de manera tal que la recuperación de valor se manifiesta a través del proceso inverso determinante del deterioro, esto es, un incremento del valor razonable.

Es ese aumento del valor razonable el que determina la integración del deterioro en la base imponible, por más que, contablemente, deba registrarse en *patrimonio neto*.

7. INCIDENCIA DE LA SUPRESIÓN DEL DETERIORO EN EL RÉGIMEN DE LOS GRUPOS FISCALES

7.1. CORRECCIONES DE VALOR PRACTICADAS EN EL RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN

La Ley 16/2013 ha añadido un nuevo apartado, 4, al artículo 71 del TRLIS, y ha derogado el apartado 3 del artículo 73 del TRLIS.

Antes de la Ley 16/2013, las pérdidas sufridas por una entidad dependiente motivaban la partida fiscalmente deducible del párrafo tercero del artículo 12.3 del TRLIS en sede de la entidad titular de la inversión financiera (sentido negativo) y la eliminación (sentido positivo) de la misma, para determinar la base imponible consolidada. La recuperación de valor motivaba la reversión de la referida partida (sentido positivo) y la correspondiente incorporación (sentido negativo), a los efectos de determinar la base imponible consolidada.

En caso de transmisión de la participación, cuando estuviere pendiente la incorporación de la corrección de valor, la misma se incorporaba (sentido negativo), a los efectos de determinar la base imponible consolidada, si las pérdidas sufridas por la entidad participada no hubieren podido ser compensadas mediante su integración en la base imponible consolidada, todo ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 73.3 del TRLIS.

A partir de la Ley 16/2013, la regulación se simplifica, puesto que el deterioro no es partida fiscalmente deducible. En consecuencia, no ha lugar a la eliminación de dicho deterioro ni, coherentemente, a la incorporación del mismo. Por lo tanto, huelga toda previsión en relación con el tratamiento de las eliminaciones pendientes de incorporación en el momento de la transmisión de la participación, y de ahí la supresión del apartado 3 del artículo 73 del TRLIS.

Ahora bien, las pérdidas sufridas por la entidad dependiente, si bien no han surtido efectos fiscales en sede de la entidad que mantiene la inversión financiera, lo cierto es que se han integra-

do en la base imponible consolidada por causa de la simple agregación de las bases imponibles de las entidades que componen el grupo fiscal, y de ahí que la Ley 16/2013 haya añadido un nuevo apartado, 4, al artículo 71 del TRLIS, a cuyo tenor *el importe de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación de una sociedad del grupo fiscal que deje de formar parte del mismo se minorará en el importe de las bases imponibles negativas generadas dentro del grupo fiscal por la sociedad transmitida y que hayan sido compensadas por el mismo.*

Por tanto, la renta negativa derivada de la transmisión de la participación solamente se modificará (sentido positivo) cuando las pérdidas de la entidad participada hubieren sido compensadas en sede de la consolidación.

Puede apreciarse que, mediante la supresión del artículo 73.3 del TRLIS y el nuevo apartado 4 del artículo 71 del TRLIS, se perpetúa el efecto práctico de la regulación precedente. Tal vez por ello, el legislador ha entendido que no era necesaria una previsión de carácter transitorio.

EJEMPLO 22

El grupo fiscal, dominante H, dependientes A y B, presenta los siguientes resultados:

Sociedades	H	A	B
	0 (–8) det.	20	(–8)
	0 venta B	0	–

Solución en periodos impositivos anteriores a la Ley 16/2013:

- BIC 2011 = (0 – 8 + 8 ajuste det. cont. – 8 part. ded. 12.3) H + (20) A + (–8) B + + 8 E = 12.
- BIC 2012 = (0 – 8 no det. cont. + 8 rec. part. ded. 12.3) H + (0) A = 0.

Solución en periodos impositivos regidos por la Ley 16/2013:

- BIC 2013 = (0 – 8 + 8 no det. cont.) H + 20 A + (–8) B = 12.
- BIC 2014 = (0 – 8 rec. det. cont. + 8 aj. rent. neg.) H + (0) A = 0.

Puede apreciarse que el resultado práctico no varía a raíz de la Ley 16/2013.

.../...

.../...

Solución concurriendo periodos impositivos anteriores y posteriores a la Ley 16/2013:

- BIC 2012 = (0 – 8 + 8 no det. cont. – 8 part. ded. 12.3) H + (20) A + (–8) B + 8 E = 12.
- BIC 2013 = (0 – 8 rec. det. cont. + 8 rec. part. ded. 12.3) H + (0) A = 0.

Véase, por tanto, que, en este caso, no es necesaria una norma transitoria específica. En efecto, de acuerdo con la norma transitoria general, la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, que surtió efecto en 2012, debe integrarse en la base imponible, lo que determina que la base imponible no sea negativa y, por tanto, no sea aplicable el nuevo apartado 4 del artículo 71 del TRLIS.

Sin embargo, la norma transitoria específica sí se echa de menos cuando las pérdidas de la sociedad no fueron compensadas en la base imponible consolidada. En este caso, habrá que entender que procede la incorporación (sentido negativo).

EJEMPLO 23

El grupo fiscal, dominante H, dependientes A y B, presenta los siguientes resultados:

Sociedades	H	A	B
	0 (–8) det.	2	(–8)
	0 venta B	0	–

- BIC 2012 = (0 – 8 + 8 no det. cont. – 8 part. ded. 12.3) H + (2) A + (–8) B + 8 E = –6.
- BIC 2013 = (0 – 8 rec. det. cont. + 8 rec. part. ded. 12.3) H + (0) A – (8 – 2) I = –6.

7.2. REVERSIÓN DE CORRECCIONES DE VALOR PRACTICADAS EN RÉGIMEN INDIVIDUAL

El, ahora derogado, artículo 73.3 del TRLIS contenía un inciso final, a cuyo tenor se rechazaba que la reversión de una corrección de valor practicada antes de la tributación en régimen de

consolidación pudiera motivar una incorporación (sentido negativo) a los efectos de determinar la base imponible consolidada.

La derogación de dicho precepto, anteriormente comentada, ha arrastrado la de su inciso final, pero ello es correcto puesto que, en el escenario de vigencia de la Ley 16/2013, el deterioro carece de eficacia fiscal y, por tanto, también la reversión.

Sin embargo, tal vez hubiera sido oportuno establecer un régimen transitorio, en la medida en que la reversión de la corrección de valor practicada antes de la entrada en vigor de la Ley 16/2013 sí tendrá efectos fiscales en la base imponible de la entidad que mantiene la inversión financiera y, por ende, en la base imponible consolidada. En este sentido, lo pertinente hubiera sido prorrogar, con carácter transitorio, la vigencia del antiguo artículo 71.3 del TRLIS.

7.3. RÉGIMEN INDIVIDUAL FRENTE A RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN

La consolidación fiscal, por su propia esencia y naturaleza, permite la compensación inmediata de las pérdidas de una entidad dependiente con los beneficios de otras entidades del grupo fiscal. Esta compensación, si bien limitada a los beneficios de la entidad que mantenía la inversión financiera, también era posible en el régimen de tributación individual, mediante lo previsto en el artículo 12.3 del TRLIS. Esta posibilidad ha desaparecido tras la Ley 16/2013 y, por ende, el régimen de consolidación fiscal tiene un aliciente adicional respecto del régimen individual.

Como quiera que el régimen de consolidación fiscal tiene perímetro castizo, parece plantearse un problema frente al ordenamiento comunitario, en la medida en que la constitución o adquisición de una entidad filial nacional es más atractiva que la de una filial comunitaria, respecto de la compensación de pérdidas.

8. INCIDENCIA DE LA SUPRESIÓN DEL DETERIORO EN EL RÉGIMEN DE LAS FUSIONES Y OPERACIONES ASIMILADAS

8.1. SOLAPAMIENTO ENTRE LA DIFERENCIA DE FUSIÓN Y LA SUBROGACIÓN EN LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 89.3 del TRLIS otorga eficacia fiscal, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, a la diferencia entre *el precio de adquisición de la participación y los fondos propios*. Al tiempo, el artículo 90.3 del TRLIS permite que la entidad adquirente se subrogue en el derecho a la compensación de bases imponibles negativas originadas en la entidad adquirida, pero ordena aminorar la base imponible negativa susceptible de compensación en la cuantía de la diferencia entre las aportaciones recibidas por la entidad adquirida a lo largo de toda su vida y el *valor contable*

de la participación, es decir, su precio de adquisición minorado, eventualmente, en el importe de las correcciones de valor.

En el precio de adquisición de una participación se pueden distinguir, idealmente, dos componentes, a saber, el valor teórico de la entidad participada y el valor actual de las ganancias futuras que exceden del coste de oportunidad. Cuando se adquiere una participación por encima de su valor teórico es porque se albergan perspectivas de que los beneficios futuros de la entidad participada rebasarán el retorno ordinario derivado de la cesión de capitales.

Las reflexiones precedentes ponen de relieve que existe un solapamiento entre la eficacia fiscal de la diferencia de fusión y la subrogación en las bases imponibles negativas susceptibles de compensación por parte de la entidad adquirente. La única forma de evitar el solapamiento es calcular la reducción de la base imponible negativa susceptible de compensación respecto de la parte del precio de adquisición relativa al valor teórico.

EJEMPLO 24

- Aportaciones recibidas, 100; ganancias obtenidas, 12; pérdidas sufridas, 80; transmisión participación, 160.
- Transmitente: 60 (160 – 100).
- Diferencia de fusión: 128 [160 – (100 – 80 + 12)].
- Base imponible negativa subrogada: 80.
- Parte del precio de adquisición relativo al valor teórico: 32 (100 + 12 – 80).
- Parte del precio de adquisición relativo al fondo de comercio: 128 (160 – 32).
- Base imponible negativa que se hubiera debido subrogar: 12 [80 – (32 – 100)]. Alternativamente subrogación 0 y deducción para evitar la doble imposición de 12 en el transmitente.

Puede apreciarse que la pérdida que se debiera permitir compensar coincide con las ganancias obtenidas por la entidad participada. Incluso esa porción debiera ser denegada si el transmitente pudiera acceder, respecto de las reservas acumuladas con anterioridad a las pérdidas sufridas por la entidad participada, a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

En suma, cuando se transmite y adquiere la participación sobre una entidad, se transmite y adquiere el valor contable y el valor futuro de la participada, y de aquí que, en la pura teoría, procede dar un tratamiento distinto a ambos tipos de valores. Así el relativo al valor contable refleja

las pérdidas contables y las reservas acumuladas, de manera tal que lo procedente sería no permitir la subrogación en las pérdidas contables, acordar la deducción para evitar la doble imposición de dividendos por las reservas acumuladas, y reconocer la diferencia de fusión.

Bien se comprende que el análisis precedente no se compadece con la literatura legal. Con la literatura legal la subrogación de bases imponibles negativas no sufriría recorte alguno por cuanto el precio de adquisición es superior a las aportaciones recibidas por la sociedad participada.

8.2. ¿SOLAPAMIENTO EVITADO POR LA LEY 16/2013?

La Ley 16/2013 ha añadido un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 89 del TRLIS, en cuya virtud la diferencia de fusión fiscalmente eficaz se minora en *la cuantía de las bases imponibles negativas pendiente de compensación en la entidad transmitente que puedan ser compensadas por la entidad adquirente, en proporción a la participación, siempre que aquellas se hayan generado durante el periodo de tiempo en que la entidad adquirente participe en la transmitente.*

Este párrafo no aborda el problema del solapamiento expuesto en el subapartado anterior. Su razón de ser es distinta, aun cuando también trate de evitar un doble cómputo.

La desaparición de la eficacia fiscal del deterioro ha determinado la supresión del tercer párrafo del artículo 90.3 del TRLIS, en cuya virtud se restringía la subrogación por parte de la entidad adquirente en aquellas pérdidas que hubieran motivado un deterioro de la participación fiscalmente eficaz. Una vez rechazada la eficacia fiscal del deterioro este precepto resultaba sobrante, y de ahí que haya sido suprimido. Ahora bien, si la diferencia de fusión se calcula tomando en consideración el valor fiscal de la participación, como así había venido estableciendo la doctrina administrativa[3], se producirá una duplicidad, pues las pérdidas inherentes a las bases imponibles negativas susceptibles de subrogación se hallan representadas por los deterioros contabilizados que es preciso añadir al valor contable para determinar el valor fiscal de la participación.

Véase, por consiguiente, de una parte, que la nueva redacción de los artículos 89.3 y 90.3 del TRLIS debe ser entendida de manera conjunta, y de otra, que esa nueva redacción no innova sustancialmente la normativa precedente, y, por ende, puede afirmarse que el problema del solapamiento no se ha resuelto.

9. A LAS PUERTAS DE LA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Apenas concluidos los comentarios precedentes, el Ministerio de Hacienda ha publicado el Anteproyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuya entrada en vigor está prevista para

---

3 López-Santacruz Montes. J. A.: *Reforma del Impuesto sobre Sociedades 2013*, pág. 95.

2015. El Anteproyecto persevera en la no consideración del deterioro como partida fiscalmente deducible. Por esta parte la obra de la Ley 16/2013 ha sido respetada y ampliada.

Sin embargo, las plusvalías de cartera, para participaciones iguales o superiores al 5 %, disfrutan, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, de exención. Naturalmente, esto supone un giro dramático en la regulación de la eliminación de la doble imposición de dividendos y plusvalías de cartera. Así, la prueba de la tributación antecedente, en cuanto requisito de la eliminación de la doble imposición en los casos examinados, ha sido abandonada y, ¡albricias!, también se despide el régimen de la diferencia de fusión del antiguo artículo 89.3 del TRLIS. Por esta parte, la obra de la Ley 16/2013 ha periclitado.

Tiempo habrá de comentar las modificaciones entrantes, pero ya puede señalarse que no son baladíes.

APÉNDICE COMPARATIVO ENTRE LA REGULACIÓN PRECEDENTE Y LA ESTABLECIDA POR LA LEY 16/2013

1. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

1.1. MÉTODO DE EXENCIÓN HASTA 2013 (ART. 22, VERSIÓN ORIGINAL)

- Renta positiva exenta.
- Renta negativa ordinaria computa. Reintegro.
- Renta negativa transmisión grupo computa. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta negativa transmisión o cese computa.

1.2. MÉTODO DE EXENCIÓN A PARTIR DE 2013 (ART. 22, VERSIÓN ACTUAL)

- Renta positiva exenta.
- Renta negativa ordinaria no computa.
- Renta negativa transmisión grupo no computa.
- Renta negativa transmisión o cese computa, minorada en las rentas positivas exentas.

1.3. MÉTODO DE IMPUTACIÓN HASTA 2013 (ART. 31, VERSIÓN ORIGINAL)

- Renta positiva computa, con imputación ordinaria del impuesto extranjero.
- Renta negativa ordinaria computa. No reintegro.
- Renta negativa transmisión grupo computa. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta negativa transmisión o cese computa.

1.4. MÉTODO DE IMPUTACIÓN A PARTIR DE 2013 (ART. 31, VERSIÓN ACTUAL)

- Renta positiva computa, con imputación del impuesto extranjero.
- Renta negativa ordinaria no computa.
- Renta negativa transmisión grupo no computa. Rentas positivas posteriores no computan.
- Renta negativa transmisión o cese computa, minorada en las rentas positivas.

2. PARTICIPACIÓN SOBRE FILIALES EXTRANJERAS

2.1. MÉTODO DE EXENCIÓN HASTA 2013 (ART. 21, VERSIÓN ORIGINAL)

- Dividendos exentos. Dividendos que no son ingreso no computan y minoran el valor de adquisición. Dividendos que provocan deterioro exentos, pero el deterioro no computa.
- Rentas positivas exentas.
- Deterioro computa, bajo forma fiscal, minorado en el importe de dividendos exentos. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta negativa transmisión grupo computa, pero minora rentas positivas exentas posteriores.
- Renta negativa transmisión computa, minorada en el importe de rentas positivas transmisión grupo, y en el de los dividendos exentos.

2.2. MÉTODO DE EXENCIÓN A PARTIR DE 2013 (ART. 21, VERSIÓN ACTUAL)

- Dividendos exentos. Dividendos que no son ingreso no computan y minoran el valor de adquisición. Dividendos que provocan deterioro exento, pero el deterioro no computa.
- Rentas positivas exentas.
- Deterioro no computa.
- Renta negativa transmisión grupo no computa.
- Renta negativa transmisión computa, minorada en el importe de rentas positivas transmisión grupo, y en el de los dividendos exentos (percibidos a partir de 2009).

2.3. MÉTODO DE IMPUTACIÓN HASTA 2013 (ART. 32, VERSIÓN ORIGINAL)

- Dividendos computan, con deducción para evitar la doble imposición. Dividendos que no son ingreso dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición supeditada a la prueba de tributación. Dividendos que provocan deterioro computan, con deducción para evitar la doble imposición.
- Deterioro computa, bajo forma fiscal. Deterioro provocado por el dividendo no computa, salvo prueba de tributación. Reintegro por recuperación de valor.

- Renta positiva computa.
- Renta negativa transmisión grupo computa. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta negativa transmisión computa, minorada en el importe de los dividendos que han tenido deducción, salvo prueba de tributación.

2.4. MÉTODO DE IMPUTACIÓN A PARTIR DE 2013 (ART. 32, VERSIÓN ACTUAL)

- Dividendos computan, con deducción para evitar la doble imposición. Dividendos que no son ingreso dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición supeditada a la prueba de tributación. Dividendos que provocan deterioro no dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición, salvo prueba de tributación, en cuyo caso los dividendos no computan y minoran el valor de adquisición de la participación.
- Deterioro no computa.
- Renta positiva computa.
- Renta negativa transmisión grupo, no computa.
- Renta negativa transmisión computa, minorada en el importe de los dividendos que han sido ingresos y hayan tenido derecho a deducción (percibidos a partir de 2009).

3. PARTICIPACIÓN SOBRE FILIAL NACIONAL

3.1. HASTA 2013 (ART. 30, VERSIÓN ORIGINAL)

- Dividendos computan, con deducción para evitar la doble imposición. Dividendos que no son ingreso dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición supeditada a la prueba de la tributación. Dividendos implícitos en el precio de adquisición (deben provocar deterioro) dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición, y con prueba de tributación no computan y minoran el valor de adquisición de la participación.
- Deterioro computa, bajo forma fiscal. Deterioro provocado por la distribución del dividendo computa, bajo forma fiscal. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta positiva computa, con deducción para evitar la doble imposición limitada.
- Renta negativa transmisión grupo computa. Reintegro por recuperación de valor.
- Renta negativa transmisión computa.

3.2. A PARTIR DE 2013 (ART. 30, VERSIÓN ACTUAL)

- Dividendos computan, con derecho para evitar la doble imposición. Dividendos que no son ingreso dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos supeditada a la prueba de la tributación. Dividendos implícitos en el precio de adquisición dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición, y con prueba de tributación no computan y minoran el valor de adquisición de la participación.
- Deterioro no computa.
- Renta positiva computa, con deducción para evitar la doble imposición limitada.
- Renta negativa transmisión grupo, no computa.
- Renta negativa transmisión computa, minorada en el importe de los dividendos que han sido ingresos y hayan tenido derecho a deducción (percibidos a partir de 2009).

TRIBUTACIÓN

ANÁLISIS SOBRE LA LICITUD DE LAS OPERACIONES DE ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL*

José Carlos Pedrosa López

Máster en Tributación y Asesoría Fiscal (CEF)
Doctorando en Derecho.
Universidad de Valencia

Extracto

El trabajo versa principalmente sobre la licitud o no de los principales tipos de operaciones de arbitraje fiscal internacional.

En primer lugar, el estudio analiza la evolución hasta la actualidad de la importancia otorgada tanto por los Estados y Administraciones Tributarias como por las organizaciones internacionales e instituciones europeas a las operaciones transnacionales que son realizadas, como norma general, por entidades multinacionales y que consiguen, de un modo u otro, reducir o minimizar su carga tributaria, hasta el punto de que la misma sea nula.

El trabajo ofrece una visión de los principales tipos de transacciones, en su mayoría internacionales, distinguiendo dos grandes bloques.

Por un lado, hace referencia a las transacciones que se centran en las divergencias entre legislaciones domésticas a la hora de otorgar contenido a un concepto jurídico.

Por otro, trata las operaciones que aprovechan lagunas legales y fiscales que derivan de los diferentes tratamientos jurídicos, legales, contables y financieros otorgados por cada Estado a una misma transacción.

Por último, estudia cuáles son los principales mecanismos anti-abuso existentes y si consiguen lidiar con esta índole de transacciones transnacionales o, si por el contrario, hay que centrarse en proponer otros instrumentos.

Palabras claves: planificación fiscal, licitud, arbitraje e híbridos.

Fecha de entrada: 15-11-2013 / Fecha de aceptación: 17-12-2013 / Fecha de revisión: 09-07-2014

* En este artículo, siguiendo la traducción realizada por diccionarios de reconocido prestigio como el *Collins English Dictionary*, se emplea el uso del término «Arbitraje fiscal» a modo de traducción del término inglés *Tax Arbitrage* y no en referencia al término *Arbitration*, el cual también es traducido como arbitraje. A su vez, dicho término es el empleado en la literatura científica española por la doctrina legal anterior, entre los que se nombra a modo de ejemplo al profesor Tulio Rosembuj. Finalmente, en remisión a la literatura científica inglesa o americana, sí que se hace referencia a una terminología diferente, cuando se refiere al arbitraje a modo de operaciones concretas realizadas por las entidades, cuyo término utilizado es *Arbitrage* y cuando de manera diferente se refiere al arbitraje, en consonancia con el artículo 25 del modelo de convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, como mediación o medio para alcanzar un acuerdo o solución a una disputa entre dos o más partes, cuyo terminología utilizada es *arbitration*.

ANALYZING THE LEGALITY OF INTERNATIONAL TAX ARBITRAGE AND ITS CROSS-BORDER TRANSACTIONS

José Carlos Pedrosa López

Abstract

This study is mainly concerned with the legality, or not, of the main types of international tax arbitrage transactions.

Firstly, it analyzes the evolution of the importance given by both States and Tax Administrations and by international organizations and European institutions to cross-border transactions, which are made by multinational companies getting, in one way or another, tax advantages regarding minimization of its tax payments. It means, a considerable reduction of its tax burden, even, until double non taxation is reached.

The paper gives an overview of the main types of these cross-border transactions, mostly international, distinguishing two different groups.

On the one hand, it refers to transactions focused on differences among domestic tax systems in relation with a legal concept.

On the other hand, it analyzes transactions which are based on tax and legal loopholes derived from different legal, tax, accounting and financial treatments given to the same transactions in order to take some tax advantages.

Finally, the author studies the main anti-abuse and anti-avoidance mechanisms and he considers if they are enough and effective to tackle with these cross-border transactions or if it would be appropriate to propose other different instruments.

Keywords: tax planning, loophole, arbitrage and hybrid.

Sumario

1. Introducción
   1.1. La generalizada intención por eliminar el arbitraje fiscal
   1.2. Entonces, ¿existe una doctrina legal unificada en relación con la licitud de las operaciones propias del arbitraje fiscal internacional?
2. Análisis sobre la licitud de operaciones del arbitraje fiscal internacional
   2.1. Tipología de operaciones de arbitraje fiscal
   2.2. El arrendamiento financiero internacional o *leasing*
   2.3. *Dual Resident Companies*
   2.4. Las entidades híbridas
   2.5. Instrumentos financieros híbridos
3. Mecanismos legales para lidiar con el arbitraje fiscal. ¿Son suficientes?

Bibliografía

NOTA: PIND. Personal Investigador No Doctor en Derecho Financiero y Tributario. Esta investigación se realiza en el marco del Proyecto Centro de Excelencia Jean Monnet de la Universidad de Valencia, «EU Economic Governance: Institutional, Economic and Tax Implications».

1. INTRODUCCIÓN

1.1. LA GENERALIZADA INTENCIÓN POR ELIMINAR EL ARBITRAJE FISCAL[1]

La planificación fiscal es un derecho inherente al contribuyente, no cabe ninguna de la capacidad legal que los mismos ostentan para estructurar sus operaciones fiscales de la manera más conveniente a fin de obtener la maximización de los beneficios. Del mismo modo, existen unos límites legales marcados por el Derecho que no pueden sobrepasar. Ahora bien, ¿se conocen con exactitud y precisión cuáles son dichos límites o, por el contrario, no existe una postura unánime al respecto?

Las consideradas operaciones de arbitraje fiscal internacional parecen ser, desde hace unos años, el núcleo de estas cuestiones. Clasificando estas operaciones desde la perspectiva jurídica y distinguiéndolas de las ya calificadas como ilícitas o abusivas, se hace referencia a aquellas operaciones transnacionales, y no otras, que el contribuyente realiza aprovechando que los sistemas fiscales varían de Estado en Estado[2]. De este modo obtiene beneficios fiscales que de otro modo no alcanzaría, al hacer uso de las lagunas legales que derivan de los conflictos normativos entre jurisdicciones.

Existe al respecto un amplio y variado abanico de opiniones y argumentos jurídicos por parte de organizaciones e instituciones nacionales e internacionales, de las Administraciones Tributarias de los Estados, de las diferentes partes de la doctrina legal e incluso de los contribuyentes, sobre la mayor o menor licitud conforme al Derecho de estas estrategias fiscales.

El arbitraje fiscal internacional no es un concepto novedoso, las operaciones que aprovechando los conflictos normativos entre ordenamiento jurídico consiguen minimizar los impuestos por los que tributar, hasta el hecho de alcanzar en ocasiones la doble no imposición fiscal, han estado presentes en el panorama jurídico y financiero desde décadas atrás.

Es cierto que estas prácticas fiscales, que antes no eran objeto de debate alguno, actualmente, gracias a la «innovación financiera» de mecanismos e instrumentos jurídicos y económicos diseñados para llevar a cabo dichas estrategias fiscales, junto al fenómeno de la globalización de las economías domésticas y a la internacionalización económica de los mercados que suponen un

---

[1] Véase Introducción, Pedrosa López, J. C.: «El Arbitraje Fiscal Internacional. Un nuevo debate», en *Tribuna Fiscal*, núm. 272, mayo-junio 2014.

[2] Greenaway, T. D.: «International Tax Arbitraje: A Frozen Debate Thaws», en *Tax Notes International*, núm. 25, 2010, pág. 2.

hecho evidente e imparable relacionado con la progresiva desaparición de las barreras dejando paso a la libre circulación transfronteriza de producciones y capitales[3], han aumentado notablemente su crecimiento en los últimos años.

Esto ha provocado importantes reacciones, desde cambios en la política fiscal de los gobiernos hasta la intención reguladora de las normas aprobadas por el Estado. Los países, siguiendo las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), de la Comisión Europea (en adelante, CE) y otras, están cambiando, cada vez más, la tendencia de estipular medidas y cláusulas unilaterales a modo de reacción, basándose, pues, en mecanismos e instrumentos de carácter multilateral en consonancia con el resto de los Estados con el interés de armonizar los significados de ciertos conceptos problemáticos[4] y homogeneizar los tratamientos aplicados sobre determinadas operaciones transnacionales[5].

Los esfuerzos realizados por la OCDE apoyados por el grupo G-20 y otras organizaciones e instituciones como la CE, con el fin de eliminar aquellas planificaciones fiscales entendidas como abusivas, ilícitas o agresivas que erosionan de las bases imponibles nacionales y evitan las pérdidas a consecuencia de no gravar a estas operaciones porque consiguen exentar del pago del impuesto en el Estado de residencia y en el Estado de la fuente o, porque consiguen desplazar los beneficios fiscales hacia jurisdicciones con regímenes privilegiados con tipos impositivos mínimos, han estado cada vez más presentes en la metodología de cómo afrontar las operaciones transfronterizas propias del arbitraje fiscal, especialmente en los últimos años. Enfocados al tratamiento de la operación desde su perspectiva íntegra, prestando una especial atención a la sustancia económica sobre la forma de las operaciones, mecanismos y sociedades utilizados por los contribuyentes.

En relación con la planificación fiscal agresiva estos informes de una manera u otra tratan de lidiar con estrategias proponiendo como fundamental, entre otros medios, la implementación de un conjunto de medidas y la necesaria regulación de determinados mecanismos e instrumentos utilizados en operaciones de arbitraje fiscal.

Fue relevante el informe publicado en febrero de 2011, *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, que propone un conjunto de medidas a imponer a los Estados con la finalidad de ayudar a reducir las lagunas de la creación o promoción de las

---

3 Lamagrande, A. J.: «Los desafíos de la Administración Tributaria frente a la globalización» en *Crónica Tributaria*, núm. 87, 1998.

4 A modo de ejemplo, el *leasing* o arrendamiento financiero permite al contribuyente obtener grandes beneficios fiscales bajo el desarrollo de una operación estructurada que aprovecha la divergencia de interpretaciones que los Estados otorgan al concepto de la «propiedad». Un supuesto similar sucede en las operaciones cuyo eje se encuentra en las llamadas *«Dual Resident Companies»* respecto al término jurídico de la «residencia».

5 A modo de ejemplo, las entidades híbridas que son sociedades que a efectos del país donde está constituida es tratada como *partnership* a la que se le aplica un régimen de transparencia fiscal o en atribución de rentas, mientras que para una jurisdicción extranjera se le considera una persona jurídica por separado, permiten al contribuyente aprovechar las discordancias que derivan de la falta de un tratamiento homogeneizado entre Estados.

planificaciones fiscales agresivas y su identificación por las autoridades fiscales. Tratan de evitar que dichas estrategias que, como dice, preocupa a los Estados que puedan socavar la confianza en el sistema público, creen desigualdades y reduzcan los ingresos fiscales. Además también cuenta con la transparencia de las operaciones llevadas a cabo por los Estados y con el intercambio de información y la colaboración entre Estados.

Este informe en parte es considerado el producto de otros previos como el redactado en 2008 *Study into the Role of Tax Intermediaries*, en 2009 el *Report engaging with High Net Worth Individual on Tax Compliance* y del 2010 *Report Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* que proporcionan una serie de medidas e iniciativas con el principal fin de evitar aquellas operaciones con finalidad fiscal elusiva o amparadas en paraísos fiscales, donde expone la necesidad del intercambio de información y la necesaria cooperación entre Estados para lidiar contra aquellas prácticas consideradas como las planificaciones fiscales agresivas.

Con el fin de dar cierta solución a las preocupaciones de los gobiernos, la OCDE también publicó un par de informes que en cierto modo eran los precedentes al redactado en 2012 (*hybrid mismatch arrangements*). Estos comenzaban a enfocarse de manera más directa al tratamiento y regulación de ciertos instrumentos o entidades que son los que realmente permitían alcanzar ciertos beneficios o ventajas fiscales por parte de las entidades, que de no haber sido bajo ese determinado proceso, no se hubieran alcanzado. Se trataba pues, de una manera implícita, de la introducción hacia el arbitraje fiscal internacional, sus causas, efectos y consecuencias. El primero de ellos, publicado en 2010 *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, trataba de lidiar por completo con el concepto de dicha planificación fiscal, no del todo aceptada. La OCDE manifestaba la importancia a las respectivas Administraciones Tributarias de regular ciertos instrumentos híbridos, y en concreto, aquellos en los que la misma pérdida era compensable en más de un Estado como resultado de diferencias en los tratamientos entre jurisdicciones.

Del mismo modo, y aunque en ningún momento lo relacionaba expresamente con el arbitraje fiscal internacional, puesto que el éxito principal de tales operaciones es el aprovechamiento del conflicto de dos o más normas, la OCDE también exponía en 2011 en su informe *Corporate loss utilisation through aggressive tax planning* su preocupación con ciertas técnicas. Animando a los estados a establecer políticas fiscales internacionales armonizadas hace referencia a la conveniencia de establecer un conjunto de medidas y mecanismos que consigan lidiar con estas operaciones, las cuales son el producto de elaborados planes financieros centrados en las estrategias consideradas como abusivas diseñadas para conseguir aumentar y acelerar la desgravación fiscal de las pérdidas. Así como sobre aquellas estrategias diseñadas para sortear o esquivar aquellas restricciones legales impuestas para compensar las pérdidas. Además, del mismo modo, enumera la existencia de instrumentos financieros, reorganizaciones empresariales y operaciones intra-grupo que a pesar de que puedan tener sustancia económica, en muchos casos son usadas inapropiadamente para permitir el uso de la consolidación de las pérdidas para propósitos fiscales.

Posteriormente, al hilo de los anteriores, la OCDE publicó en marzo de 2012, el documento denominado *hybrid mismatch arrangements*. Pudiendo considerarse un punto de inflexión en

consonancia con el arbitraje fiscal. No solo hace referencia a la descrita planificación fiscal agresiva, sino que comienza a meterse de lleno en la regulación o eliminación de aquellos instrumentos que tratan de explotar las lagunas o conflictos normativos entre dos jurisdicciones. Pone de manifiesto las preocupaciones que surgen a los Estados sobre la posibilidad de que determinadas operaciones consigan la doble no imposición fiscal, o inclusive el diferimiento del pago del impuesto que prolongado en el tiempo puede conllevar a la baja o nula recaudación de los impuestos de los contribuyentes. Por ello, trata de regular el uso de estos instrumentos y técnicas y propone ciertas medidas para lidiar con la problemática que supone la imposición de un tratamiento diverso por parte de dos jurisdicciones diferentes sobre una misma operación transnacional llevada a cabo por una entidad.

Por consiguiente, se puede observar las cada vez más intensas y mayores percepciones, intereses y preocupaciones de los Estados ante el constante incremento del sofisticado nivel en las estructuras de las operaciones transnacionales que han supuesto importantes desafíos tanto para las Administraciones Tributarias como para las políticas fiscales de los Estados.

Por consiguiente, a partir de este documento y teniendo en cuenta los anteriores se observa como los Estados se encuentran en un cambio de tendencia, cómo y por qué comienza a preocuparles más seriamente aquellas operaciones destinadas a explotar los conflictos normativos. A pesar de haber existido desde hace décadas y después de haber tratado de lidiar con operaciones ilícitas o abusivas concretas, para pasar a observar la operación en su integridad teniendo en cuenta la forma y los mecanismos utilizados que se cuestionaba en las planificaciones fiscales de los contribuyentes queriendo clasificarlas como agresivas, finalmente parece que se comienza a introducir a partir de pronunciamientos el deseo de poner fin, de un modo u otro, a las operaciones transnacionales cuyo éxito es explotar las diferencias normativas entre jurisdicciones.

También, al hilo de los informes de la OCDE, la CE se ha pronunciado en numerosas ocasiones. Resaltando, pues, la «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva» (*Recommendations to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806], la cual afirma de manera implícita la similitud de la planificación fiscal agresiva con el arbitraje fiscal internacional, al definirla como «el aprovechamiento de los aspectos técnicos de un sistema fiscal o las discordancias entre dos o más sistemas fiscales con el fin de reducir la deuda tributaria, y puede adoptar diversas formas».

No obstante, previa a la misma, la CE se preocupó por hacer una consulta pública, sobre la no doble imposición en el mercado interior [*Comunication on Double Taxation in the Single Market* COM (2011) 712], con la intención de conocer aquellas estructuras que resultaban ser frecuentemente utilizadas para aprovechar las discordancias entre dos o más sistemas fiscales, entre los métodos se encontraban: las entidades híbridas, los instrumentos híbridos, el tratamiento diferente entre el ingreso pasivo y activo, el atractivo de los convenios bilaterales con países en desarrollo, las transferencias entre entidades, etc. Por consiguiente, como se observa, la CE también comenzaba a relacionar los propios elementos del arbitraje fiscal con la planificación fiscal agresiva.

Posteriormente a la consulta, y con el fin de atajar el problema, la CE redactó en diciembre de 2012 dos Recomendaciones. Por un lado, la Recomendación «promotion of good governance in tax matters globally (C(2012)8805)» que trataba de limitar el papel de los paraísos fiscales en las estrategias fiscales. En la que proponía un conjunto de medidas en relación con aquellos Estados que no cumplen los estándares mínimos de una buena gobernanza en aspectos fiscales en relación tanto con la transparencia como con el intercambio de información. Y, por otro, el 6 de diciembre de 2012 publicó la Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva, *Recommendation to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806] siendo consciente de la existencia de estructuras financieras cada vez más complejas, las cuales son en las que se basan las entidades con el principal fin de transferir los beneficios imponibles hacia regímenes fiscales más favorables. Deseando los Estados imponer ciertas medidas que consigan proteger sus bases imponibles.

La CE, siguiendo los patrones de la OCDE y teniendo en cuenta las intenciones de los Estados, se basa en la necesidad que tienen los ordenamientos tributarios de imponer una serie de medidas multilaterales si desean poner fin a tales operaciones transnacionales que desean considerar como ilícitas o abusivas, al margen de que realmente lo sean o no. Entendiendo que es necesario adoptar un enfoque general similar, otorgando tratamientos similares a las operaciones transnacionales si se desea reducir las posibles consecuencias negativas que derivan de la planificación fiscal internacional.

De este modo, es consciente de la existencia de convenios bilaterales entre Estados para acordar en reparto de rentas a ser gravadas por cada uno de ellos, pero matiza que en multitud de ocasiones no es suficiente al existir la posibilidad de que uno no tenga en cuenta si el otro Estado correspondiente ha gravado tales rentas o no.

Por todo ello, la Recomendación, con el fin de enfrentarse y eliminar situaciones de este estilo características del propio arbitraje fiscal internacional, invita a los Estados a la incorporación de una determinada cláusula a los convenios bilaterales:

> «En caso de que el presente Convenio establezca que un elemento de la renta es imponible únicamente en uno de los Estados contratantes o que puede gravarse en uno de los Estados contratantes, el otro Estado contratante deberá abstenerse de gravar dicho elemento únicamente si el elemento en cuestión está sujeto a imposición en el primer Estado contratante».

A su vez, el texto también propone otra cláusula en contra del uso de los mecanismos artificiales que previamente define:

> «Es preciso ignorar todo mecanismo artificial o serie de mecanismos artificiales introducidos con el objetivo fundamental de evadir impuestos y que conducen a una ventaja impositiva. Las autoridades nacionales deben tratar estos mecanismos a efectos fiscales en referencia a su realidad económica».

También, apoyando las políticas de la OCDE, el grupo G-20 también ha influido en las políticas fiscales de los Estados miembros. Aunque no hay un pronunciamiento directo al arbitraje fiscal internacional por parte del G-20, sí que hay otros que exponen las inquietudes y preocupaciones de los Estados y las necesidades por luchar contra las prácticas abusivas que erosionan las bases imponibles. Pronunciamientos que han ido variando dependiendo de las necesidades de los gobiernos, y que aprovechan para indicar una serie de proposiciones con objetivos concretos como el propio intercambio de información o la armonización de ciertos tratamientos jurídico-fiscales que facilitan la eliminación de estas operaciones transnacionales propias del arbitraje fiscal internacional, ya que consideran que influyen negativamente en las economías domésticas, perjudican la competencia entre las empresas.

Así pues, clara fue la cumbre de Londres, en abril de 2009 en la que se atrevieron a afirmar «la época del secreto bancario ha acabado», o la de Pittsburg celebrada en septiembre de 2009 y la cumbre de Toronto en junio de 2010, las cuales se centraban en la toma de medidas y adaptación de políticas fiscales contra aquellas jurisdicciones no cooperativas, en las que se incluyen los paraísos fiscales, y obligaban a los Estados al cumplimiento de ciertos estándares mínimos internacionales, entre los que se encontraban el intercambio de información. Se trata de una lucha contra las operaciones ilícitas, el fraude de ley, las estrategias abusivas y el blanqueo de dinero.

Posteriormente, la cumbre de Cannes, en noviembre de 2011 y la de febrero de 2012 en México, siguen centrando parte de sus esfuerzos en la importancia que recae sobre el intercambio de información entre los Estados, en especial sobre las jurisdicciones o regímenes fiscales más favorables, ya que, tal y como también lo cree la OCDE y la propia CE, es un mecanismo totalmente relevante que facilitaría acabar con estas operaciones transnacionales propias del arbitraje fiscal.

Finalmente, en consonancia con los previos informes de la OCDE y las Recomendaciones emitidas por la CE parece que, al fin, se afronta de manera directa el arbitraje fiscal internacional. Parece ser un paso adelante en el simple deseo de regular el arbitraje fiscal, que cada vez más preocupa a las organizaciones y a los Estados principalmente por la pérdida de ingresos al no conseguir gravar los beneficios de las entidades.

El último informe de la OCDE publicado en julio de 2013 bajo la rúbrica *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* («BEPS», por sus siglas en inglés) resulta ser un punto clave, y aunque el resto de informes introducían el tema, en especial *Hybrid mismatch arrangements*, este es un claro punto de inflexión que, entre otras cuestiones pues es más amplio, destaca el incremento de las percepciones e intereses de los gobiernos sobre las pérdidas fiscales debido a las planificaciones que tienen por objetivo erosionar las bases imponibles nacionales y desplazar los beneficios obtenidos por las entidades hacia otros ordenamientos tributarios más favorables.

Considerándolo el primero de los futuros informes sobre BEPS, corrobora el amplio abanico de oportunidades para la erosión de las bases de las entidades y para desplazar los beneficios hacia territorios de baja tributación. Así pues, incluye un conjunto de propuestas en un amplio número de áreas que preocupan a los Estados actualmente, entre las que se encuentran las entidades y los

instrumentos híbridos, el uso de los regímenes preferenciales, las transacciones entre entidades del grupo y los precios de transferencia, y en el incremento de la digitalización de la economía.

Tratando de eliminar las prácticas propias del arbitraje fiscal y las debilidades existentes ante la diversidad de sistemas fiscales el plan apuesta por un conjunto de actuaciones de los Estados y un consenso general respecto a las posibles políticas fiscales a adoptar, para prevenir que los problemas empeoren. Resaltando la necesaria disposición de los Estados a colaborar y cooperar. Puesto que, siguiendo lo expresado en la cumbre de 2012 del G-20 «A pesar de los cambios en los ámbitos domésticos, tenemos que aceptar que el multilateralismo es incluso más importante en los tiempos actuales, siendo nuestro mejor activo para resolver las dificultades económicas globales».

Con una visión en el futuro cercano, comienza a tratar con nuevos temas que empiezan a preocupar más notablemente a los gobiernos, como la cada vez mayor economía digital y el amplio abanico de posibilidades que esta ofrece para poder disminuir los impuestos. Por otro lado, como también muestran las cumbres del grupo G-20, manifiesta el interés de los Estados por que las entidades aumenten su transparencia demostrando la existencia de sustancia o razones económicas para ser aceptadas. También, trata de prevenir el abuso y es uso de mecanismos artificiales y, considera la necesidad de establecer mecanismos para que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones tributarias.

1.2. ENTONCES, ¿EXISTE UNA DOCTRINA LEGAL UNIFICADA EN RELACIÓN CON LA LICITUD DE LAS OPERACIONES PROPIAS DEL ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL?

Como se observa, la importancia sobre las operaciones propias del arbitraje fiscal ha tomado cada vez más interés, a medida que los Estados deseaban evitar las planificaciones fiscales estructuradas que conseguían exentarse total o parcialmente del pago del impuesto, del mismo modo, los instrumentos y mecanismos que sin vulnerar el Derecho permiten alcanzar unos resultados considerablemente favorables para el contribuyente.

No obstante, a pesar de la intención tanto de los Estados como de las organizaciones por gravar todas las operaciones que el sujeto pasivo lleva a cabo, existen grandes disputas sobre si realmente toda operación ha de ser gravada, o si simplemente las Administraciones Tributarias solo tendrán el derecho a obligar el pago del impuesto del contribuyente, cuando así se encuentre estipulado en la norma.

Por ello, son diversos los posicionamientos de la doctrina jurídica acerca de la licitud o ilicitud de estas operaciones y, por consiguiente, de la obligación de tributar en mayor o menor medida por los ingresos obtenidos.

Mientras la doctrina más extrema a favor del arbitraje fiscal alega que no le son aplicables ninguna de las objeciones a una planificación fiscal abusiva, ya que cumple con las exigencias legales al no vulnerar el Derecho y que, por lo tanto, si la operación consigue exentarse del pago del tributo, mien-

tras no infrinja los límites legales habrá de ser aceptado. De este modo como ROSENBLOOM y KRAHMAL[6] afirman, su mejor expresión en la legitimidad, y en consonancia con el principio de seguridad jurídica, considerando que el hecho de no tributar o realizar un pago mínimo del impuesto, siguiendo así lo estipulado por la norma, no significa que sea abusiva o ilícita. Teniendo que analizar, por lo tanto, la legalidad de la operación bajo un análisis minucioso del cumplimiento con la norma o no.

Por el contrario, la otra doctrina legal afirma la existencia de un régimen fiscal internacional en el que existe una cláusula de sujeción al impuesto que establece la obligación de tributar una vez por las operaciones realizadas. De forma que efectivamente toda operación que se exente en el pago del impuesto ordinario será considerada como abusiva, al igual que los mecanismos o medios que faciliten la doble no imposición fiscal serán considerados como ilícitos[7]. Conceptos altamente cuestionados por muchos autores que niegan su existencia, al igual que la *International Fiscal Association*[8] (IFA, por sus siglas en inglés).

De este modo, se destaca la necesidad de analizar el desarrollo de alguna de las principales operaciones consideradas como arbitraje fiscal, en la medida en que principalmente, debido al aprovechamiento de las lagunas legales que derivan del conflicto entre dos normas de diferentes jurisdicciones permiten al contribuyente alcanzar el pago nulo o mínimo del impuesto en ambos Estados. Evaluando su cumplimiento jurídico tanto de la normativa doméstica como internacional, y el uso de los mecanismos en los que se basan.

Finalmente, al margen del grado de licitud o ilicitud de tales prácticas fiscales, es conveniente analizar cuáles son los principales efectos y consecuencias que derivan de estas planificaciones fiscales tanto para los Estados como para los contribuyentes y cuáles podrían ser las principales alternativas o medidas que los Estados podrían llevar a cabo para eliminar la realización de estas operaciones estructuradas que son capaces de alcanzar grandes beneficios o ventajas fiscales.

2. ANÁLISIS SOBRE LA LICITUD DE OPERACIONES DEL ARBITRAJE FISCAL INTERNACIONAL

2.1. TIPOLOGÍA DE OPERACIONES DE ARBITRAJE FISCAL

El arbitraje fiscal no se ciñe exclusivamente a una operación en concreto. Son múltiples y variadas las estrategias fiscales en las que el contribuyente se puede basar para obtener ciertos beneficios fiscales, que de otra manera sería imposible.

---

6 KRAHMAL, A.: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5, 2005, pág. 127.

7 AVI-YONAH, R. S.: «International Tax as International Law. An analysis of the International Tax Regime», en *Cambridge University Press*, 2007.

8 Congreso IFA, Viena, 2004.

En primer lugar, son variantes y cambiables, de forma que dependiendo de los ordenamientos jurídicos que traten de regular la operación y de otras normas que influyan legalmente como convenios fiscales y tratados internacionales, la operación se estructurará de una manera u otra.

En segundo lugar, también dependen de los beneficios fiscales que con la misma se desee alcanzar, puesto que, en ocasiones, a la entidad le interesará conseguir maquear los intereses como si fuesen dividendos o diferir el pago del impuesto en la medida de lo posible o hacer uso de las diferentes definiciones legales otorgadas a ciertos conceptos como la propiedad, la residencia, etc.

En tercer lugar, hay operaciones que antes se consideraban como lícitas, pero que posteriormente debido a la entrada en vigor de ciertas normativas, bien a nivel doméstico o internacional, dejan de serlo.

En cuarto lugar, son múltiples los factores que afectan a la estrategia fiscal, siendo difícil determinar cuál de ellos es el determinante en el arbitraje fiscal. Es decir, el arbitraje fiscal no es un modelo concreto al que se le pueda imponer una solución, sino que está constituido por un conjunto de operaciones diversas e independientes unas de otras.

A grandes rasgos, puesto que se estudiarán más específicamente en el resto del trabajo, se pueden diferenciar, al menos, dos grupos.

El primer grupo podría clasificar aquellas operaciones cuya clave de las operaciones transnacionales de arbitraje fiscal se centra en el aprovechamiento del significado que cada ordenamiento jurídico le otorga a un concepto legal, fiscal, financiero, contable e incluso civil. El contribuyente consigue exprimir tales contradicciones entre ambos significados, observando en las lagunas jurídicas que derivan auténticas situaciones beneficiosas fiscalmente.

Alguna de las típicas operaciones que reflejan estas explicaciones son el arrendamiento financiero internacional o *leasing* financiero, en el que a pesar de influir otros factores el núcleo de la operación son las diferencias entre la definición en el concepto de «propietario» entre un Estado y otro.

Siguiendo este planteamiento, lo mismo ocurre en la operación en la que una entidad es capaz de ser considerada como residente en dos países, puesto que cumple los criterios establecidos en la normativa interna de cada uno de ellos para ser tratado como una entidad «nativa».

En relación con el segundo bloque, las operaciones de arbitraje fiscal son más complejas que las anteriores. Tanto a nivel de llevar a cabo como para ser reguladas y eliminadas. Por un lado, tienen su éxito en el uso de una serie de mecanismos e instrumentos jurídicos que gozan de una gran flexibilidad para adaptarse a las exigencias fiscales de cada ordenamiento jurídico. Y, por el otro, se basan en estructuras financieras que consiguen aprovechar hasta la última minucia de las normativas aplicables. Consiguen alimentar sus beneficios fiscales a través de las divergencias entre los tratamientos fiscales.

Dentro de las mismas, se destacan las operaciones amparadas en las conocidas entidades híbridas, a la inversa o no. Se centran en el juego de la consideración por parte de un Estado a la

sociedad como persona jurídica, mientras que el otro le aplica un régimen de atribución de rentas como si de una asociación de personas se tratase.

De la misma forma, dentro de esta tipología se nombran a las operaciones amparadas en el uso de los instrumentos híbridos financieros y sintéticos, puesto que también consiguen obtener beneficios derivados de las divergencias en las normas fiscales como en las fiscales, financieras, civiles y contables.

2.2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO INTERNACIONAL O *LEASING*

El arrendamiento es una operación financiera realizada por medio de un contrato mercantil que regula el uso y disfrute del bien arrendado. A cambio de una suma económica traspasa la propiedad al arrendatario, pero, a priori, no su titularidad que sigue legal y jurídicamente correspondiendo a la figura del arrendador. Aunque esta afirmación en ciertos casos es dudosa.

Principalmente, se distinguen dos tipos, por un lado, el arrendamiento financiero (*leasing* financiero) y, por el otro, el arrendamiento operativo (*leasing* operativo). En primer lugar, el arrendamiento financiero o *leasing* es «un tipo de alquiler en el que se transfieren al arrendatario sustancialmente todos los riesgos, ventajas y beneficios inherentes a la propiedad del activo. Pudiendo ser eventualmente transferida la titularidad o no»[9]. En segundo lugar, el arrendamiento operativo o *leasing* operativo es definido como «cualquier alquiler distinto al arrendamiento financiero, se trata, pues, de un contrato de alquiler de bienes instrumentales de rápida obsolescencia, donde el arrendador cede el derecho de uso de un activo a cambio de una renta arrendaticia»[10].

La complejidad recae principalmente sobre el *leasing* financiero, porque el hecho de transmitir los riesgos y beneficios del activo es equiparado al de la «propiedad» del bien por parte de algunos Estados. Concepto sobre el que determinadas entidades se basan para estructurar sus operaciones consiguiendo obtener ciertos beneficios fiscales que de otra forma no hubieran alcanzado.

El núcleo de la operación se fundamenta sobre la falta de un concepto armonizado entre las jurisdicciones sobre el término de la «propiedad». De este modo, hay Estados que bajo un enfoque de la «propiedad jurídica» observan al arrendador como el dueño del bien, mientras que otros se centran en la «propiedad económica» y consideran al arrendatario como dueño del bien, puesto que es el que asume los riesgos y beneficios del activo, con independencia de su titularidad legal.

Esta situación ofrece un amplio abanico de posibilidades aprovechables por ambas partes, pero que solo son alcanzables en un escenario jurídico-normativo concreto. Cuando, además, los

9 Soley Sanz, J.: «Diferencias entre el *leasing* operativo y el *leasing* financiero bajo la NIC 17», en *Estrategia Financiera*, núm. 227, 2006.

10 Rosembuj, T.: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona, 2011, pág. 38.

sujetos pasivos de la operación no infringen las normas domésticas, sino que, simplemente, acatando el ordenamiento doméstico, consiguen aprovechar las lagunas que derivan de esta discrepancias respecto al concepto.

Siguiendo a la profesora D. Ring, la clave se halla en la consideración tanto del arrendador como del arrendatario como si fueran los verdaderos propietarios del bien, alcanzando una situación *double dip lease*. De manera que, si no se hubiera llevado a cabo la operación de ese modo, no se hubieran alcanzado[11]. Finalmente esas ventajas, se reflejan en forma de gastos deducibles, lo que no se traduce ni más ni menos que en disminuciones de la base imponible y, por lo tanto, disminuciones en las cuantías a tributar en cada uno de los Estados de las sociedades.

Esta operación transnacional estructurada es un claro supuesto de una operación de arbitraje fiscal internacional. En primer lugar, no vulneran los ordenamientos domésticos, la operación tiene razón y sustancia económica y aprovechan las contradicciones entre dos normas.

Por ello, al parecer la operación debe ser considerada lícita en su totalidad. No obstante, si la situación es indeseable, son los Estados los que tuviesen que hacer uso de los medios necesarios para evitar que sea factible su realización. Está claro que la falta de armonización del concepto es la causa del mismo, de forma que, al menos, en multitud de sus supuestos sería evitable si acordasen una perspectiva similar a la hora de interpretar la «propiedad» del activo.

Por otro lado, derivan una serie de efectos a consecuencia de esta operación. El arrendamiento financiero o *leasing* ha cuestionado tanto la eficiencia económica como la distorsión económica en el mercado a nivel global. Desde una perspectiva global, este tipo de operación produce unos mayores beneficios sobre unos Estados, dependiendo ni más ni menos de la regulación del concepto jurídico de la propiedad que unos y otros ofrecen.

Este planteamiento desemboca precisamente en una distorsión en el mercado financiero internacional, donde unos países salen beneficiados y otros completamente perjudicados, ni más ni menos que por sus condiciones normativas. Aunque la situación óptima desde una perspectiva jurídica se alcanzaría bajo la existencia de un único concepto de «propiedad» que no diese lugar a lagunas legales, en ocasiones, son los propios países los que ceñidos a sus relaciones comerciales y con la idea de propulsar determinados sectores económicos al ofrecer indirectamente a determinados países ciertos incentivos fiscales, no le interesa alcanzar la similitud interpretativa del concepto.

Del mismo modo, las consecuencias de la operación transnacional también se plasman en la ineficiencia económica quedando demostrada a consecuencia de los niveles en las exportaciones e importaciones a favor de unos países y en contra de otros.

Al margen de que ciertas políticas internas o incluso ciertos organismos internacionales las consideren como operaciones abusivas, serán ellos los que tengan que adoptar soluciones y me-

[11] Ring, D.: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79, 2002, pág. 93.

canismos lícitos para su regulación y cumplimiento. Son los Estados los que han de tomar medidas, bien unilaterales o pactadas con esos países determinados. De forma que si efectivamente se incumpliesen sí que se hablaría de abuso claro y directo.

Por ello, como se comenta, son los propios Estados los que al margen de las actuaciones de las organizaciones internacionales, si desean calificar realmente dicha operación como abusiva o ilícita han de establecer los mecanismos necesarios, para evitar que su realización sea directamente viable. De forma que al no considerarse un problema de carácter exclusivamente doméstico, su máxima eficacia jurídica se alcanzaría bajo el establecimiento de medidas o mecanismos multilaterales, o al menos, bilaterales entre los Estados en disputa respecto a esta operación.

2.3. *DUAL RESIDENT COMPANIES*

Dual Resident Companies (DRC, por sus siglas en inglés), entendida como aquella entidad que se considera como residente en dos Estados a la vez, debido a los criterios en los que se basa cada país para determinar la «Residencia». Esta es la clave por la que la entidad consigue alcanzar considerables resultados fiscales.

A consecuencia de esta variedad de criterios para determinar la residencia de una entidad surge la posibilidad de llevar a cabo ciertas actuaciones propias de una operación de arbitraje fiscal. La estrategia fiscal, realizada de un modo concreto, por un lado, se constituye legalmente por la sociedad en uno de los países que se rigen por el criterio del lugar de la constitución legal de la entidad para determinar su residencia[12]. Mientras que, a su vez, la entidad tiene su sede principal en un Estado que considera que la entidad es residente en aquel país donde efectivamente es controlada, manejada y donde se llevan a cabo la toma de decisiones relevantes[13].

De este modo, la operación propia del arbitraje fiscal aprovechando dicho conflicto normativo, existente respecto a la definición del término legal en cuestión, alcanzará su máxima esencia cuando una entidad sea constituida en un Estado y controlada por completo en otro, de forma que originando pérdidas en la medida de lo posible y gastos, conseguirá posteriormente deducírselos en ambos Estados, puesto que en los dos se considerará como nativa. Por ello, la entidad ante unos ingresos conseguirá deducirse las pérdidas por partida doble, lo cual es una ventaja fiscal que solo bajo esta operación basada en el conflicto entre dos normas es alcanzable.

Finalmente, las pérdidas de la entidad corporativa (aquellas de la entidad con doble residencia) reducen dos grupos de ingresos y, por lo tanto, dos grupos de impuestos, creando un *double dip effect*[14].

---

12 Estados Unidos usa el criterio *place of incorporation* para determinar la residencia de la sociedad.

13 Reino Unido se basa en el criterio *management and control* para establecer la residencia de la entidad.

14 Ring, D.: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79, 2002, pág. 93.

Al igual que el resto de operaciones del arbitraje fiscal, estas estrategias fiscales pueden ocasionar una serie de efectos desde la perspectiva económica, pero que, teóricamente, serían subsanables desde el punto de vista jurídico.

Al igual que la anterior operación que se beneficiaba de las contradicciones respecto del concepto jurídico de la «propiedad», esta también distorsiona ciertos mercados económicos, puesto que la operación solo se lleva a cabo entre determinados países, aquellos que regulen el concepto de la residencia desde perspectivas diferentes. Y por ello, se beneficiarán más unos Estados que otros.

La operación es considerada por muchos autores como abusiva, pero lo cierto es que desde una perspectiva doméstica, la misma no infringe ningún precepto legal, deduciéndose las pérdidas ante unos ingresos fiscales, con base en lo permitido por la norma. Ahora bien, el escenario jurídico varía desde un punto de vista global, ya que se acepta la idea de que las pérdidas se consoliden con los ingresos, permitiendo así una deducción de la base imponible, pero solo una vez.

Es trabajo de los Estados hacer uso de los mecanismos pertinentes si desean evitar tales situaciones, que pueden influir negativamente sobre las propias entidades puramente domésticas. La entidad transnacional, por el contrario, se limita a cumplir con las normativas tanto domésticas como internacionales, y a hacer uso de los derechos que derivan de las mismas. Pudiendo los Estados aprobar ciertas cláusulas que consistan en interpretar el concepto jurídico de la «residencia» en un mismo sentido e incorporarlas al convenio bilateral o plasmarlas en modo de acuerdo, con el fin de regular tales prácticas fiscales estructuradas.

Las posturas jurídicas sobre la naturaleza abusiva o no de la operación son variadas, por ello, y con el fin de analizar la licitud de la misma, sería relevante conocer el verdadero origen de las pérdidas concretando si son reales, ciertas y verdaderas pérdidas. O, si por el contrario, se trata de pérdidas artificiales creadas a consecuencia de operaciones estructuradas complementarias cuyo único objetivo es disminuir las bases imponibles nacionales, ya que son muchas las operaciones que se llevan a cabo entre sociedades pertenecientes de un mismo grupo.

2.4. LAS ENTIDADES HÍBRIDAS

La entidad híbrida es aquella que a efectos del país donde está constituida, es tratada como *partnership* a la que se le aplica un régimen de transparencia fiscal o en atribución de rentas que grava directamente a sus miembros por los beneficios obtenidos. Mientras que, para una jurisdicción extranjera, sí que es considerada como persona jurídica. Sometiéndola, por un lado, al tipo impositivo correspondiente a la sociedad por sus beneficios y, por otro lado, a los socios de la misma al repartir dividendos.

Las entidades híbridas y, por lo tanto, el posterior desarrollo de este tipo de operaciones de arbitraje fiscal amparadas en tales sociedades se remite al régimen de opción *check-the-box-rules*, aprobado en 1997 en EE. UU. Aunque hay que remontarse años atrás para comprender el senti-

do completo. En 1935 los tribunales de EE. UU. se pronunciaron en el llamado caso «Morrisey v. Commissioner»[15] estableciendo los criterios esenciales de una sociedad. Con la finalidad de distinguir una sociedad de lo que no era. Aunque fue años después cuando en 1954 en el caso «Kintner»[16] la Corte Suprema aplicó los criterios propios de una sociedad a una asociación de personas que reclamaban gozar de unas ventajas y beneficios porque cumplían con los requisitos. Y lo aceptó.

El régimen de opción *check-the-box-rules* ha sido, por lo tanto, el «culpable» en gran medida de muchas de las especulaciones. De la mano de las entidades híbridas es propio de EE. UU. permitir al contribuyente escoger si desea recibir un tratamiento como sociedad (doble impuesto) o de manera directa en régimen de atribución de rentas o transparencia fiscal (mono impuesto). Por ello, ha sido en parte criticado porque facilitan el uso de los acuerdos híbridos, aumentan las técnicas de planificación fiscal y permite el excesivo uso de las sociedades unipersonales (*disregard entity* en inglés) que evitan las consecuencias de las normas de la transparencia fiscal internacional y el abuso de créditos en el extranjero[17].

Las operaciones transnacionales estructuradas a través de las entidades híbridas, a diferencia de otras operaciones como el *leasing* o las operaciones cuyo eje se encuentra en las entidades DRC, en las que la problemática y contradicciones surgen a consecuencia de conflictos en las normas y falta de armonización de conceptos, estas son altamente sofisticadas, se centra más en las discordancias del tratamiento otorgado a la operación por parte de los Estados, y en los cambios entre las permisibilidades y restricciones de cada ordenamiento tributario.

De modo que gracias a esta entramada estructura, pero que en ningún momento se vulneran los preceptos legales, se consigue disminuir la base imponible del país de tributación normal y, por lo tanto, la cuantía por la que tributar. También, se crean ingresos por renta pasiva en la sociedad localizada en el territorio de baja tributación sin que origine ninguna renta imputable por TFI.

Cuestionando la licitud de dicha entramada estructura legal, se analiza el desarrollo de la operación. Principalmente consiste en que la sociedad matriz de un único propietario se encuentra constituida por ejemplo en EE. UU., aprovecha para constituir una filial en un país de ordinaria tributación. A su vez, esta constituye una sociedad en un territorio de baja o nula tributación, la cual le concede un préstamo a la filial de la matriz.

Posteriormente, esta filial situada en un territorio de alta tributación devolverá el préstamo, deduciéndose los intereses que deriven del mismo, hecho que le permitirá reducir su base imponible y, por lo tanto, su cuantía por la que tributar. Además, con la ventaja fiscal de que la sociedad que los recibe tampoco tributará por ellos nada o casi nada porque se encuentra en un área o territorio de baja tributación.

---

15 Morrisey v. Commissioner, 296 US 289, 1935.

16 Kintner v. United States, 216 F. 2d 418, 9th Cir. 11954.

17 Rosembuj, T.: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona, 2011, pág. 135.

Finalmente, el ciclo de la estructura fiscal se cierra cuando la sociedad del territorio de baja tributación consigue transferir capitales a la sociedad matriz (americana) sin que la misma tenga tampoco que tributar por ellos. Porque se consideran como una transferencia dentro del grupo, no como una renta de ingresos pasivos, por lo que está exenta de ser gravada.

La estructura es perfecta, las ventajas fiscales son muchas y para todas las entidades. En primer lugar, la filial de la matriz estadounidense quedará sujeta por esta bajo el régimen de las *CFC Rules* o reglas de transparencia fiscal internacional, pero solo se atribuirán de manera directa a sus socios los ingresos por rentas pasivas. Los derivados de rentas empresariales tributarán en el país de residencia, aunque conseguirá reducir la base imponible por los intereses que derivan del préstamo. La cuantía total se puede pensar que será mínima, puesto que no interesa que esta sociedad tribute demasiado, ya que el tipo impositivo aplicable es alto.

En segundo lugar, se encuentra el producto de la operación estructurada que es la creación de la entidad híbrida en un territorio de baja tributación. Por un lado, mediante el préstamo que realiza permite a la filial del tercer Estado disminuir su base imponible, mientras que esta tributara a un tipo impositivo inferior por los intereses obtenidos. Por el otro lado, interesa que esta entidad asuma la mayor parte de la actividad y tributación porque los traspasos de dinero que posteriormente realizará en favor de la matriz estadounidense se consideran como una transferencia interna, ya que para la normativa de EE. UU. esta sociedad es considerada como una *partnership* o entidad ignorada.

En tercer lugar, la matriz consigue no tributar por las cantidades adquiridas a través de la entidad híbrida porque se considera como una transferencia interna sin relevancia fiscal. De manera que no se consideran esas cantidades como unas rentas pasivas. De esta forma, la entidad matriz consigue adquirir cantidades de dinero sin que tenga que tributar por ellas, obtiene unos beneficios fiscales, un ahorro fiscal que de otra forma no hubiera sido posible.

2.4.1. La operación transnacional de la entidad híbrida inversa

En consonancia a las entidades híbridas, también es posible que la operación se desarrolle de forma contraria, permitiendo ante esa falta de homogeneización en el tratamiento y aprovechamiento la forma jurídica que adopta la entidad en cada Estado, alcanzar ciertos resultados que de otro modo no serían posibles.

Así pues, las entidades híbridas a la inversa son aquellas que desde la perspectiva del país en el que se ha constituido se le considera como persona jurídica, y sobre la que se le aplica una carga impositiva en relación con sus beneficios, y posteriormente al accionista si hay reparto de dividendos, pero que para otro Estado es diferente al considerarla en régimen de transparencia fiscal, gravándola, por lo tanto, a cada uno de los miembros por las rentas atribuidas.

El núcleo de la operación de las entidades híbridas a la inversa se encuentra en la sociedad *holding*, la cual por definición es aquella que está constituida por instrumentos de capital y

deuda, es decir, acciones o participaciones y obligaciones. A su vez, la sociedad matriz realiza un préstamo a favor del *holding*, la cual la utiliza para comprar acciones de otra sociedad americana independiente.

Diseñando la operación con el fin de hacer uso de la misma se obtienen beneficios consistentes normalmente en una disminución de los impuestos. A raíz de un procedimiento estructurado en el que considerado como abusivo o no, se limita a aprovechar el tratamiento otorgado por cada país a la sociedad *holding* sin infringir ninguno de los preceptos legales. Así pues, la operación podría consistir en la constitución de una sociedad *holding*, por ejemplo en EE. UU., ya que lo asimila a una sociedad, y que por parte de una sociedad matriz situada en otro Estado, como España que le otorga un tratamiento bajo la transparencia fiscal.

La operación demuestra ser propia del arbitraje fiscal internacional a consecuencia de su capacidad para aprovechar los diversos tratamientos otorgados por cada Estado. En consonancia, se analiza que el núcleo de la operación es la sociedad *holding* que con el dinero prestado por la matriz compra las acciones de la entidad americana, con base en la cual recibirá unos dividendos que en teoría tendrá que tributar por ellos, pero que, como ha de devolver el préstamo a la sociedad matriz situada en ese otro Estado, al realizar el pago del préstamo se podrá deducir los intereses pagados, y además ante una divergencia en el tratamiento otorgado, porque este Estado la entiende como transparente gravando a los miembros de la matriz por los beneficios que el *holding* había obtenido de la entidad independiente americana, se consigue no ser considerados como intereses recibidos, que tendría que tributar por ellos, sino como dividendos, a los que se le aplicará un crédito fiscal por el método de imputación o se le aplicará el método de exención.

Por consiguiente, ante tal estructura compleja, por un lado, la entidad creadora del *holding* en un tercer Estado consigue obtener unos beneficios fiscales y un ahorro fiscal por medio de su creación en EE. UU. Como EE. UU. considera el *holding* como una sociedad no le hará tributar por los dividendos que ha recibido de las acciones en la sociedad estadounidense, pero a su vez, se deducirá los intereses que debería pagar debido al préstamo que recibe de sociedad constituida en un tercer Estado. Mientras que, por el otro lado, la sociedad creadora del *holding*, consigue no tener que tributar por los intereses que derivan del préstamo, porque los maquea como los dividendos de aquella sociedad a la que le compró acciones.

2.5. INSTRUMENTOS FINANCIEROS HÍBRIDOS

Recurriendo a las normativas tanto fiscales y contables como mercantiles, se regulan los instrumentos de capital y los instrumentos de deuda. Los primeros hacen referencia a los dividendos, aquellos que el pago está supedito a la existencia de un resultado positivo en la empresa, no tienen un plazo de vencimiento y son titularidad de los accionistas. Respecto al segundo grupo, se relacionan con los intereses, los cuales se caracterizan porque su titular tiene derecho a exigirlo y la obligación del deudor de pagarlo en un momento determinado en el tiempo. Además, la cuantía está predeterminada y el pago no está subordinado al resultado de la empresa.

A priori, no deben ser comprendidos como problemáticos para ninguna de las jurisdicciones, aunque esta opinión cambia cuando existen divergencias entre la calificación que cada ordenamiento jurídico otorga al instrumento debido a sus características, dando lugar a los denominados «instrumentos financieros híbridos». Tal y como afirma, entre otros, J. A. Duncan, «es un instrumento financiero que tiene características económicas que son incoherentes, en su totalidad o en parte, con la clasificación que suscita su forma jurídica»[18].

Estos instrumentos se encuentran íntimamente ligados al arbitraje fiscal, donde su uso es cada vez más cotidiano en las operaciones transnacionales formando parte del concepto de innovación financiera. Las operaciones amparadas en los mismos se centran en la obtención de beneficios y ventajas que de otra manera serían inalcanzables. Gracias a su gran flexibilidad a la hora de ser estructurados puede adaptarse a los requisitos que cada normativa establece, así alcanzan recursos bajo unas condiciones que la empresa estándar no es capaz de conseguir. Principalmente, entre sus finalidades se encuentran: conseguir aumentos de capital en un coste de manera eficiente, atender en la máxima medida posible a la demanda de los inversores, cubrirse de posibles, aumentar los flujos de capital y las posibilidades de inversión, es decir, una serie de ventajas y beneficios que de otra manera no serían alcanzables[19].

2.5.1. Los instrumentos financieros híbridos y sus rendimientos generados

El principal interés del uso de estos instrumentos híbridos por parte de las entidades no es ni más ni menos que conseguir aprovechar las diferencias existentes entre las calificaciones que cada Estado otorga a los rendimientos generados por los mismos. De este modo, tratan de obtener un tratamiento especial con grandes ventajas fiscales.

Así, se amparan en las grandes diferencias existentes entre Estados a la hora de clasificarlos, ofreciendo un amplio abanico de posibilidades de arbitraje, al poder existir importantes diferencias en el trato jurídico-fiscal y contable otorgado por cada país, las cuales, finalmente, se traducen en ahorros fiscales a favor de la entidad. De esta manera, bajo este juego de instrumentos se consigue que el capital sea tratado como deuda y viceversa. Tienen una doble vida, es deuda para fines fiscales y capital a fines contables, financieros y de información[20].

Encontrando la esencia de la operación en la posible problemática que surge cuando desde la perspectiva del Estado de la fuente los considera instrumentos de deuda. Por lo que el deudor, podrá deducirse, al ser considerados como gastos ordinarios, el pago de los intereses. Mientras

---

18 Duncan, J. A.: «Ponencia General», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Congreso IFA, Múnich, 2000.

19 García Prats, F. A.: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 977, 2011.

20 Edgar, T.: «The Taxation of Financial Arrangement (TOFA) proposals: a modest and defendable agenda for reform», en *University of New South Wales Law Journal*, núm. 39, 2000.

que, en teoría, es el perceptor el que situado en el Estado de residencia deberá tributar por ellos. Pero, cuando desde la otra perspectiva, el perceptor del pago lo interpreta como un instrumento de capital, por lo que al asimilarlo a un dividendo no tendrá que tributar por estos. De esta manera se alcanza la doble no imposición económica o *double dip effect*.

Tal y como afirmó HELMINEN, «a raíz de las características mixtas que presenta un instrumento híbrido, su clasificación y la de los pagos que generan no resulta clara y, por consiguiente, existe la posibilidad de encontrarnos ante una clasificación inconsistente. En un contexto internacional el rendimiento generado por un instrumento híbrido podrá ser considerado como dividendo en un país como interés en el otro»[21].

Producto de las operaciones que aprovechan las discordancias normativas son, entre otros, los *profit participation loans*, pueden ser comprendidos como un instrumento de deuda porque se trata de un préstamo, pero que, a su vez, tiene características propias de un instrumento de capital, puesto que el monto del interés a ser pagado se encuentra condicionada a la rentabilidad del negocio[22]. O las mismas «acciones preferentes», que son consideradas como fondos propios de la entidad, con derecho a recibir un dividendo, el cual es un rasgo propio de los instrumentos de capital, pero, por el contrario, son distintas a las acciones ordinarias[23], puesto que no tienen derecho a voto, que es exactamente lo que sucede a los acreedores de una entidad que tienen derecho a recibir un interés por el capital prestado.

Por consiguiente, factores como la apertura general de los mercados financieros ha supuesto un empujón decisivo en este terreno, creándose un clima idóneo para la proliferación de la innovación financiera[24].

Son dos los factores relevantes, por un lado, la calificación de los rendimientos generados por estos instrumentos híbridos y, por el otro, los tratamientos que se les ha de aplicar a los mismos, cuya máxima eficacia sería alcanzar la compatibilidad entre normativas jurídicas domésticas o convenidas, internacionales y nacionales a la hora de imponer un tratamiento jurídico a los mismos. Evitando una falta de acuerdo o la existencia de notables discordancias entre países donde el resultado de la operación transnacional fuese indeseable. Bien por recaer en una doble imposición fiscal o en una doble no imposición económica.

---

21 HELMINEN, M.: «Classification of cross border payments on hybrid instruments», en *Bulletin for International Taxation*, 2004, pág. 56.

22 NÚÑEZ CIALLELA, F.: «Instrumentos Financieros Híbridos», *Revista 49*, 2010, pág. 168.

23 MARQUÉS SEVILLANO, J. M. y SANCHÍS ARELLANO, A.: «Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: Naturaleza y cambios tras la crisis financiera», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 17, pág. 58.

24 JIMÉNEZ-BLANCO, J. I.: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional», en SERRANO ANTÓN, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2010, pág. 1.661.

Ahora bien, tanto los Estados como las organizaciones internacionales, como la OCDE, son conscientes de los resultados que provocan estas discordancias y la necesidad de imponer soluciones con carácter inminente.

En primer lugar, la falta de un método o procedimiento estandarizado sobre los criterios a seguir tanto por el Estado de la fuente como por el Estado de residencia para clasificar los rendimientos derivados de los instrumentos híbridos desemboca en la aplicación de medidas unilaterales, las cuales pueden coincidir con las impuestas por otros, o no. Así pues, ante tal divergencia, el problema es que estos métodos pueden variar de país a país, y donde unos por ejemplo le dan una mayor importancia a unas condiciones como el riesgo asumido por el instrumento o las mismas posibilidades de control, otros se pueden centrar más en la subordinación del pago por parte de la entidad. Esto es debido a la no existencia de una lista de atributos determinada.

En segundo lugar, respecto al tratamiento a aplicar, tanto si los Estados como las organizaciones internacionales desean eliminar la posibilidad de que determinadas empresas observen estos híbridos financieros como el camino para obtener ciertos beneficios no solo consiste en tratar de imponer criterios estándar por medio de normas internacionales para que los califiquen bajo la misma forma. Sino que también se trata de armonizar el tratamiento jurídico-legal, fiscal, financiero y contable a los rendimientos que derivan de estos instrumentos. Aunque ambos conceptos caminan a la par.

No obstante, tal y como A. Krahmal indica no es realmente sencillo, ya que, como consecuencia de la aplicación de normas tributarias generales a transacciones particulares y que realmente no son compatibles, surge una discrepancia entre la realidad económica y el tratamiento tributario otorgado[25].

Es cierta la importancia que recae sobre los convenios fiscales entre Estados y sobre el modelo de convenio de la OCDE en general. Si bien es cierto que a pesar de su estrecha relación con las normativas domésticas de los Estados, no siempre es eficaz recurrir a ellos para la regulación del tratamiento de ciertas operaciones transnacionales, teniendo más bien que ser los Estados con sus normas internas los que las regulen. Esto es prácticamente el supuesto de los instrumentos híbridos financieros y los rendimientos que derivan de ellos.

Por un lado, el modelo de convenio de la OCDE no se pronuncia sobre la regulación y tratamiento de estos instrumentos, nada más que en unas simples acotaciones encontradas en alguno de sus Comentarios, como el Comentario 21.1 de su artículo 11 que hace referencia a «instrumentos financieros no tradicionales».

Por otro lado, el MCOCDE sí que pone un mayor interés en el tratamiento entre Estados de los pagos que derivan de estos instrumentos, pero aun así, de manera limitada. Aunque no esta-

[25] Krahmal, A.: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5, 2005, pág. 21.

blece una serie de criterios estándar sobre los que se han de basar los países para determinar de qué tipo se trata. Sino más bien, son los propios países los que, debido a la falta de criterios internacionales homogéneos, llegan al desacuerdo en los tratamientos impuestos.

Finalmente, el mayor problema recae sobre la consideración de si tal rendimiento se considera un interés o un dividendo. El modelo de convenio de la OCDE sí que se pronuncia sobre la calificación de rendimientos de los instrumentos híbridos, aunque brevemente. En sus artículos 10.3 y 11.3, respectivamente, trata con los dividendos e intereses. Aunque limitando su ámbito a la aplicación de los mismos a lo estipulado en tales artículos, tal y como manifiestan en ambos «... *as used in this article...*». Por ello, siguiendo al profesor García Prats, el régimen fiscal doméstico no es necesariamente afectado por la aplicación del convenio fiscal y las calificaciones fiscales. En principio, la calificación del tratado fiscal es solo válida para la determinación de las reglas de asignación que serán aplicables, las condiciones que lo concretan y las consecuencias ahí consagradas[26].

Por todo ello, reafirmando lo comentado, ante la falta de unos establecidos criterios a nivel internacional y la ante la insuficiencia normativa por parte de los convenios fiscales, será el régimen fiscal doméstico el que regule el rendimiento de los instrumentos híbridos estableciendo sus propias normas y criterios. Pero respetando lo marcado en el convenio.

La interacción entre los regímenes domésticos y las disposiciones del convenio son fundamentales para asignar un tratamiento correcto, ya que un tratamiento uniforme no solucionaría todos los problemas que pudieran surgir entre los regímenes domésticos además de los requisitos marcados en los convenios. De todas formas ante la posibilidad de que la operación transnacional pudiese ser doblemente sujeta a gravamen o no desde la perspectiva contraria, consiga exentarse del pago del impuesto alcanzando la doble no imposición, se podría recurrir a la aplicación de medidas anti-abuso y anti-elusión que regulasen dichas irregularidades. Siempre que efectivamente fuesen aplicables, ya que si no lo fuesen, tal vez y a pesar de todo, habría que asumir el resultado alcanzado por la misma teniendo que pensar en otros métodos para su regulación. El cual no sería ni más ni menos que un mero reflejo de la falta de armonización de una serie de necesitados criterios en los que ampararse los Estados para evitar este tipo de situaciones indeseadas.

De todas formas, la conciencia de la necesidad de encontrar tratamientos conjuntos y homogéneos tanto por parte de los Estados como de las organizaciones internacionales, tales como la OCDE, es cada vez mayor. Pronunciamientos vinculantes para solucionar y evitar situaciones de arbitraje fiscal con resultados indeseados para los países, pero que no pueden ser sancionadas las entidades que se benefician de tales lagunas al no infringir el Derecho, y por lo tanto, no ilícitas. Eso sí, por el momento, es conveniente la máxima armonización y cooperación por parte de los Estados, con la finalidad de alcanzar criterios homogéneos en los que basarse.

---

26 García Prats, F. A.: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 983, 2011.

3. MECANISMOS LEGALES PARA LIDIAR CON EL ARBITRAJE FISCAL. ¿SON SUFICIENTES?

Como se observa no es suficiente con el simple deseo de los Estados y organizaciones por querer considerar tales operaciones estructuradas como abusivas, sino que para ello se requiere de una demostración jurídicamente argumentada. Siendo aquí donde se ponen de manifiesto las diferentes perspectivas de la doctrina legal.

De una manera concreta, se observa que, efectivamente, la entidad no vulnera ninguno de los límites propios del Derecho en ninguna de sus operaciones analizadas anteriormente, simplemente se limitan a cumplir con lo establecido en la norma, o más bien, a no infringir ninguno de los preceptos legales, aunque lo que haga realmente sea rodearla por medio de mecanismos para evitar su aplicación.

Como se observa, es cierto que la gran mayoría de consecuencias o efectos que derivan de estas prácticas fiscales no son favorables para los Estados, de hecho normalmente son perjudiciales, pero ¿dónde se encuentra establecido que tal transacción fiscal está restringida? Por lo visto, no es suficiente con alegar la existencia de un régimen fiscal internacional amparándose en la cláusula de sujeción al impuesto, bajo la cual toda operación ha de tributar, ni más ni menos, que una vez. De hecho, estos argumentos son altamente cuestionados por la otra parte de la doctrina legal.

Por todo ello, son los Estados los que han de hacer uso de la variedad de mecanismos y medidas ofrecidas por el Derecho para imposibilitar la práctica de estas operaciones. Estableciendo así un conjunto de actuaciones en el tiempo, que poco a poco vayan reduciendo el campo de actuación de estas entidades, al conseguir regular y, por consiguiente, eliminar las prácticas fiscales consideradas actualmente como abusivas, pero sobre las que actualmente no existe solución definitiva alguna. Al margen de que Estados y organizaciones estén trabajando en ello.

Aunque a todo esto, ¿se conoce cuáles son los mecanismos con los que legalmente cuentan los Estados?, ¿son en teoría suficientes para afrontar un problema de tal magnitud?

El problema, por lo tanto, no es de carácter doméstico, de un Estado en concreto, sino más bien, se puede decir que es de todos y de ninguno. De hecho es una de las claves del éxito de estas operaciones, y es que no incumplen el derecho interno de ninguno de los Estados, pero en cambio consiguen hasta en ocasiones la doble no imposición fiscal, al aprovechar tales discordancias normativas entre los Estados. Por lo que, siguiendo esta idea, los mecanismos internos establecidos por los Estados de carácter unilateral pueden resultar absolutamente ineficaces. Las cláusulas que los países puedan aprobar podrán ser fácilmente susceptibles o evitadas por estas planificaciones fiscales.

El problema, como las organizaciones, en especial la OCDE, está haciendo, hay que comenzar a solucionarlo desde la base, haciendo uso de los mecanismos internacionales ofrecidos por el Derecho, por ello, el aumento de la trasparencia fiscal entre Administraciones y la obligación al intercambio de información entre Estados es una cuestión prioritaria. Puesto que, si no

se conoce bajo qué estructura y qué actuaciones ha llevado en el otro Estado la entidad, cómo se va a controlar y poder exigir a la misma la obligación de tributar en el Estado correspondiente.

Aunque, para comenzar, las dificultades son interpuestas por los mismos Estados al no querer acceder a muchas de estas prácticas, hasta que se convierte más o menos en una obligación ineludible. También, este argumento se encuentra apoyado por cierta parte de la doctrina que consideran que el Estado ha de velar por su propio interés, asegurándose del cumplimiento de su normativa pero sin importarle si la entidad ha cumplido con el otro Estado o no.

De hecho la realización de estas prácticas de manera habitual intima las relaciones entre los Estados y allana el camino para el establecimiento de medidas de carácter multilateral, entendido como el óptimo procedimiento para aplicar un tratamiento conjunto a determinadas operaciones que logren controlarlas.

Existen, por lo tanto, diferentes mecanismos que facilitarían la lucha contra estas operaciones propias del arbitraje fiscal. En primer lugar, son claves los convenios bilaterales para evitar la doble imposición fiscal firmados por los Estados entre sí. Pueden hacer uso de los mismos, estipulando en forma de cláusula la interpretación de algún concepto legal o el establecimiento de forma más exacta, en ocasiones, de en cuál de los Estados se verá obligada a tributar la operación.

Principalmente, sería válido para poner fin, más que para regular, a aquella operaciones como las anteriormente comentadas, arrendamiento financiero o *leasing* que reflejan su éxito en la discrepancias entre algunos Estados sobre el término de la «propiedad» o aquellas cuyo eje se encuentra en las DRC, que aprovechan las diferentes interpretaciones que los Estados hacen sobre el concepto jurídico de la «residencia».

No obstante, está claro que serán los Estados los que deban ponerse de acuerdo sobre dichos criterios y en ocasiones no es realmente fácil, ante la negación de ceder unos u otros o ante los mismos intereses que para un Estado puede suponer ofrecer una interpretación u otra de dichos conceptos legales. Además, a ello sumado la dificultad de que los Estados se pongan de acuerdo entre ellos, y que ante una falta de unanimidad global sobre la interpretación del concepto nunca se eliminará por completo dicha operación transfronteriza del arbitraje fiscal.

Por otro lado, muchas de las verdaderas operaciones del arbitraje fiscal son bastante más complejas y, por supuesto, no se alcanza una solución al problema por medio de la armonización de un simple concepto legal. Se trata más bien de estrategias fiscales, puesto que, a pesar de que se quieran equipar con planificaciones fiscales agresivas[27] o abusivas, el asunto es que no son consideradas de manera directa que vulnere el Derecho, puesto que, en dicho supuesto sí que se calificaría como ilícita automáticamente. Entre estas se encuentran las entidades híbridas que tie-

[27] Comisión Europea: «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva» *(Recommendations to Member States on aggressive tax planning* [C(2012) 8806].

nen éxito a consecuencia del tratamiento diferente que cada Estado otorga, o del mismo modo, los instrumentos financieros híbridos, que dependiendo de la interpretación que el Estado haga de los mismos se les asigna un tratamiento u otro.

No obstante, aunque el nivel de estas operaciones sea altamente sofisticado, su punto clave es el mismo que las anteriores, buscan la contradicción entre dos jurisdicciones.

Por ello, los Estados cada vez son más conscientes de la necesidad de armonizar conceptos jurídicos y homogeneizar los tratamientos impuestos sobre unas estrategias fiscales. Así tratan de reducir en gran medida la cantidad de pérdidas y fugas de ingresos fiscales que pierden anualmente los Estados al no conseguir gravarlos.

Otro de los mecanismos jurídicos en los que se basan son en el papel desarrollado por las organizaciones e instituciones internacionales como la OCDE y la CE, y otras que llevan años ideando planificaciones, publicando informes, trabajos, recomendaciones, etc.[28], sobre medidas que deben adoptar los Estados y la importancia de la armonización de los tratamientos para acabar con las mismas. Muchas de ellas proponen, a su vez, cláusulas multilaterales que los Estados tendrían que implantar en sus ordenamientos jurídicos para regular y posteriormente eliminar el arbitraje fiscal internacional.

Ante este panorama, es cierto que la adopción de mecanismos y medidas multilaterales podría ser tal vez el mecanismo más eficaz para acabar con este tipo de planificaciones fiscales, no obstante, no son pocos los problemas que ello conlleva. En primer lugar, a pesar de los cada vez mayores esfuerzos por armonizar los tratamientos otorgados a ciertas operaciones, existen países que se niegan a adoptar determinadas medidas, hay otros que les resulta ante su logística y recursos establecer ciertos mecanismos de intercambio de información y control de las operaciones, etc. Además y no como menos importante no se puede olvidar que hasta que no estuviesen implantadas dichas medidas en tratados de carácter multinacional, o incluso en los mismos acuerdos o convenios bilaterales, dichas recomendaciones, informes, comunicaciones, no llegan a ser un mecanismo determinante al ser considerado como *soft law* o «legislación blanda», la cual carece de un carácter vinculante para los Estados. Es decir, presentan las características del Derecho, en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes se dirige[29], pero que les falta algo de naturaleza jurídica o vinculante del derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana[30].

---

28 Entre los informes más recientes y relevantes de la OCDE se destacan: *Hybrid mismatch arrangements*, marzo 2012, y *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, julio 2013.

29 Tammes, A. J. P: «Soft Law», en *Essays of International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martines Nijhoff, La Haya, 1983.

30 Checa González, C.: «Globalización económica y principios tributarios» en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22, 2010, pág. 103.

Por consiguiente, como se observa no es tarea fácil ni para los Estados ni para las organizaciones encontrar las soluciones definitorias a los planes minuciosamente diseñados por el contribuyente que aprovechan el fenómeno de la internacionalización económica junto al desarrollo tecnológico para alcanzar beneficiosas oportunidades fiscales[31].

Ahora bien, como se comentaba el problema hay que afrontarlo desde la base, y al margen de los medios que los Estados han de poner por su parte para ello. Los Estados han de ser capaces de estudiar minuciosamente los diferentes tipos de operaciones, con el fin de conocer cuáles son los puntos importantes de esa operación, en qué mecanismos se basan tales operaciones estructuradas para ser capaces de alcanzar dichos beneficios fiscales y, por lo tanto, tratar de regular el uso de los instrumentos o entidades, que son las que realmente hacen posible que el contribuyente obtenga tales beneficios y ventajas fiscales. De este modo, si se consiguiesen regular dichos conceptos que sustentan la entramada operación, a posteriori, las consecuencias que conlleva el arbitraje fiscal disminuirían hasta el punto de la eliminación.

Finalmente, como se analiza, los Estados con la ayuda de dichas organizaciones internacionales cuentan con un gran número de mecanismos existentes para afrontar esta problemática. Ahora bien, requiere de la máxima eficiencia de los mismos para acabar con un problema de tal magnitud como el arbitraje fiscal, y de la continua elaboración de medidas, mecanismos, cláusulas multilaterales, etc., que luchen contra las sofisticadas planificaciones fiscales diseñadas por la «industria financiera» que, como norma general, van un par de pasos por delante que el legislador.

No obstante, me resisto a pensar que desde la perspectiva del Derecho no caben respuestas.

Bibliografía

Avi-Yonah, R. S. [2007]: «International Tax as International Law. An analysis of the International Tax Regime» en *Cambridge University Press*.

Checa González, C. [2010]: «Globalización económica y principios tributarios» en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 22.

Comisión Europea: «Recomendación 6.12.2012 sobre planificación fiscal agresiva», *Recommendations to Member States on Aggressive Tax Planning* [C(2012) 8806].

Duncan, J. A. [2000]: «Ponencia General», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Congreso IFA, Múnich.

Edgar, T. [2000]: «The Taxation of Financial Arrangement (TOFA) proposals: a modest and defendible agenda for reform», en *University of New South Wales Law Journal*, núm. 39.

[31] Hiriani, S. G.: «Special Counsel Foley Tapped to Head Advance Pricing Agreement Program», en *Daily Tax Report*, vol. 53, núm. 17, 2000.

García Prats, F. A. [2011]: «Qualification of Hybrid Financial Instruments in Tax Treaties», en *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, núm. 3, 977.

Greenaway, T. D. [2010]: «International Tax Arbitraje: A Frozen Debate Thaws», en *Tax Notes International*, núm. 25.

Helminen, M. [2004]: «Classification of cross border payments on hybrid instruments», en *Bulletin for International Taxation*.

Hiriani, S. G. [2000]: «Special Counsel Foley Tapped to Head Advance Pricing Agreement Program», en *Daily Tax Report*, vol. 53, núm. 17.

IFA [2004]: Congreso Viena.

Jiménez-Blanco, J. I. [2010]: «El uso de los instrumentos financieros híbridos en la planificación fiscal internacional», en Serrano Antón, F. (dir.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid.

Krahmal, A. [2005]: «International Hybrid Instruments: Jurisdiction dependent Characterization», en *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 5.

Lamagrande, A. J. [1998]: «Los desafíos de la Administración Tributaria frente a la globalización» en *Crónica Tributaria*, núm. 87.

Marqués Sevillano, J. M. y Sanchís Arellano, A.: «Los instrumentos híbridos en los recursos propios de las entidades financieras: Naturaleza y cambios tras la crisis financiera», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 17.

Núñez Ciallela, F. [2010]: «Instrumentos Financieros Híbridos», *Revista 49*.

OCDE [2013]: *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, julio.

– [2012]: *Hybrid mismatch arrangements*, marzo.

Pedrosa López, J. C. [2014]: «El Arbitraje Fiscal Internacional. Un nuevo debate», en *Tribuna Fiscal*, núm. 272, mayo-junio.

Ring, D. [2002]: «One nation among many: Policy implications of cross border transactions» en *Boston College Tax Review*, vol. 44, 79.

Rosembuj, T. [2011]: «La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional. Los productos híbridos y las entidades híbridas», *El Fisco*, Barcelona.

Soley Sanz, J. [2006]: «Diferencias entre el *leasing* operativo y el *leasing* financiero bajo la NIC 17», en *Estrategia Financiera*, núm. 227.

Tammes, A. J. P [1983]: «Soft Law», en *Essays of International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martines Nijhoff, La Haya.

LAS OPERACIONES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO Y EL DERECHO A LA DEDUCCIÓN EN EL IVA

Análisis de la STJUE de 10 de julio de 2014, Asunto C-183/13, Banco Mais

Francisco Javier Sánchez Gallardo
Economista
Inspector de Hacienda del Estado (excedente)

1. SUPUESTO DE HECHO

Según se describe en la sentencia[1], Banco Mais era un banco que realizaba actividades de arrendamiento financiero o *leasing* en el sector del automóvil, así como otras actividades financieras.

La entidad había deducido íntegramente el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) soportado con ocasión de la adquisición de los vehículos utilizados en la realización de las operaciones de arrendamiento financiero, en tanto que cuotas correspondientes a bienes usados exclusivamente en la realización de operaciones generadoras del derecho a la deducción.

En lo que se refiere a bienes y servicios de uso mixto, Banco Mais aplicó una prorrata en cuyo cálculo incluyó el importe total correspondiente a las operaciones de arrendamiento financiero, computando tanto la carga financiera como la parte correspondiente a la recuperación del coste de los bienes arrendados. La prorrata resultante era del 39%.

La Administración tributaria portuguesa entendió que esta forma de proceder no era ajustada a Derecho, debido a que el método utilizado por dicha sociedad para determinar su derecho a deducción había producido una distorsión importante en la liquidación del impuesto. En su opinión, el único importe que había de computarse era el correspondiente a la carga financiera, pero no la parte de las rentas percibidas para compensar el coste de adquisición de los vehículos.

En este punto, quizá sea relevante explicar el régimen de determinación del derecho a la deducción existente en Portugal para las entidades que realizan operaciones generadoras del derecho a la deducción y otras que no lo generan.

---

[1] NFJ054665.

Con carácter general, estas entidades aplican lo que en España denominaríamos como **prorrata general**, calculada conforme a los importes correspondientes a las operaciones generadoras del derecho a la deducción en comparación con el total de las realizadas. Así lo establece el artículo 23.1 de su Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (CIVA en adelante), concretando su apartado 4 el método de cálculo de dicha prorrata.

Por excepción a la regla anterior, los sujetos pasivos pueden optar por deducir el IVA soportado utilizando un criterio de **afectación real** de la totalidad o de una parte de los bienes y servicios adquiridos, previa comunicación a la autoridad fiscal (art. 23.2 de la misma norma). Igualmente, la Administración tributaria puede obligar al uso de este criterio, el de la afectación real, cuando el sujeto pasivo desarrolla actividades económicas diferenciadas o si la aplicación de la deducción «a prorrata» produce «**distorsiones importantes** en la aplicación del impuesto» (art. 23.3 del CIVA).

Según se explica en la sentencia, el argumento de la Administración tributaria portuguesa no se refería a la interpretación del artículo 23.4 del CIVA, que concreta la forma de cálculo de la regla de prorrata, sino a la facultad que asiste a la Administración de exigir al sujeto pasivo que determine el alcance de su derecho a la deducción según la afectación de los bienes y servicios de que se trate, a fin de poner remedio a la importante distorsión en la aplicación del impuesto que, en su opinión, se producía y, en este contexto, el modo de cómputo del volumen de operaciones correspondiente a las operaciones de arrendamiento financiero.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Centrada la discusión en la aplicación del régimen de deducción previsto en los apartados 2 y 3 del CIVA, conforme a la cual en caso de distorsiones importantes en la aplicación del impuesto, podrá obligarse al sujeto pasivo a efectuar la deducción del IVA en función de la **afectación real** de la totalidad o de una parte de los bienes y servicios utilizados, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha referido la polémica a lo dispuesto por el artículo 17.5, tercer párrafo, letra c) de la Sexta Directiva, vigente 173.2 c) de la Directiva 2006/112/CE, que constituye una excepción a la regla general de deducción a prorrata de los gastos mixtos.

Recordemos que, con carácter general, el alcance del derecho a la deducción de las cuotas soportadas por gastos mixtos, es decir, por bienes y servicios utilizados por los sujetos pasivos de IVA indistintamente en la realización de operaciones generadoras del derecho a la deducción y en otras que no lo generan se determina conforme a la regla de prorrata. Así lo establece el artículo 173.1 de la Directiva 2006/112/CE. Para la determinación de la prorrata, se toma en cuenta el volumen correspondiente a unas y otras operaciones (art. 174 de la Directiva 2006/112/CE), con excepciones que no vienen al caso comentar por irrelevantes a estos efectos.

Es importante insistir en esta delimitación conceptual, ya que la controversia suscitada ante el TJUE no venía referida a la inclusión en la prorrata de gastos generales de los importes correspon-

dientes a las operaciones de arrendamiento financiero, sino a la aplicación del criterio de afectación real a estas cuotas cuando la Administración tributaria, amparándose en una regla especial que determina la inaplicación de la norma general de la deducción a prorrata, acude al citado criterio de afectación real. Tanto más es así cuando dicha regla de afectación real se vincula a la existencia de distorsiones en la liquidación del impuesto caso de aplicarse la norma general de deducción a prorrata.

Centrada en estos términos la cuestión, el TJUE apela a la interpretación del Derecho de la Unión conforme a su contexto y objetivos. No existiendo en la norma comunitaria ninguna previsión que permita la concreción de lo que ha de considerarse como afectación real, son los Estados miembros quienes han de establecer las reglas que correspondan [pauta que ya se había establecido en las Sentencias de 18 de diciembre de 2008, Royal Bank of Scotland, Asunto C−488/07 (NFJ031309), y de 12 de septiembre de 2013, Le Crédit Lyonnais, Asunto C−388/11 (NFJ051729)].

Continúa la sentencia indicando que las normas para el cálculo de la prorrata no resultan aplicables a estos efectos, ya que nos encontramos en un ámbito de excepción a la regla general (apartados 25 y 26 de la sentencia). Parece, pues, que los Estados tienen un cierto margen de discrecionalidad a estos efectos. Este margen de maniobra, sin embargo, no es ilimitado, ya que en el ejercicio de esta facultad de establecer excepciones a la regla general, todo Estado miembro está obligado a tener en cuenta la finalidad y la lógica interna de la Directiva, así como sus principios generales [tampoco este razonamiento es nuevo, ya que se había indicado así en las sentencias antes citadas y en la de 8 de noviembre de 2012, BLC Baumarkt, C−511/10 (NFJ049293)].

De la jurisprudencia resulta igualmente que la posibilidad de excepcionar el régimen general de deducción a prorrata se justifica cuando las condiciones establecidas por el Estado de que se trate permiten determinar el derecho a la deducción con más exactitud que como resultaría de aplicarse la regla de prorrata general, procurando la determinación del alcance del derecho a la deducción con la mayor precisión posible.

Con estas premisas, el TJUE dispone lo siguiente:

> «32. A tal efecto, la Sexta Directiva no se opone a que los Estados miembros apliquen, respecto de una operación determinada, un método o un criterio de reparto distinto del método basado en el volumen de negocios, a condición de que el método seleccionado garantice una **determinación de la prorrata de deducción del IVA soportado más precisa que la resultante de aplicar el método basado en el volumen de negocios** (véase, en este sentido, la sentencia BLC Baumarkt, EU:C:2012:689, apartado 24).
>
> 33. A este respecto, procede observar que, si bien es cierto que la realización por un banco de operaciones de arrendamiento financiero en el sector de los automóviles, como las controvertidas en el litigio principal, puede requerir la utilización de determinados bienes o servicios de uso mixto –tales como edificios, consumo de electricidad o ciertos servicios transversales–, no es menos verdad que, con gran frecuencia, tal utilización vendrá ocasionada sobre todo por la financiación y la gestión de los con-

> tratos celebrados por el arrendador financiero (entidad de *leasing*) con sus clientes y no por la puesta a disposición de los vehículos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si así sucede en el litigio principal.
>
> 34. Pues bien, en tales circunstancias, el cálculo del derecho a deducción mediante **la aplicación del método basado en el volumen de negocios**, que tiene en cuenta las cantidades correspondientes a la parte de las rentas abonadas por los clientes que sirve para compensar la puesta a disposición de los vehículos, **conduce a determinar una prorrata de deducción del IVA soportado menos precisa que el método aplicado por la Fazenda Pública**, que se basa exclusivamente en la parte de las rentas que corresponde a los intereses que constituyen la contrapartida de los costes ligados a la financiación y a la gestión de los contratos que soporta el arrendador financiero, ya que estas dos últimas tareas suponen lo esencial de la utilización de los bienes y servicios de uso mixto con vistas a realizar operaciones de arrendamiento financiero en el sector de los automóviles.»

Sobre estos razonamientos, no es de extrañar que el TJUE concluyera que «en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, no se opone a que un Estado miembro obligue a un banco que ejerce actividades de arrendamiento financiero, entre otras actividades, a no incluir, en el numerador y en el denominador de la fracción que sirve para establecer una única y misma prorrata de deducción para la totalidad de sus bienes y servicios de uso mixto, todas las rentas abonadas por sus clientes en el marco de los contratos de arrendamiento financiero, sino a incluir únicamente aquellas que correspondan a los intereses, cuando la utilización de tales bienes y servicios venga ocasionada sobre todo por la financiación y la gestión de dichos contratos, extremo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente.»

La sentencia Banco Mais es suficientemente elocuente como para no precisar de muchas más explicaciones; no obstante, es fundamental tener en cuenta que la misma no se pronuncia en relación con el cómputo, para la determinación de la prorrata, de las operaciones de arrendamiento financiero. Antes bien, y como ya indicamos, la sentencia tiene como base jurídica la posibilidad que asiste a los Estados comunitarios para excepcionar la aplicación de la citada regla de prorrata a las cuotas soportadas por gastos mixtos, su sustitución por un criterio de afectación real de los bienes y servicios adquiridos a la realización de operaciones generadoras del derecho a la deducción y de otras que no lo generan y, en este contexto, el modo en el que han de tomarse en consideración las referidas operaciones de arrendamiento financiero.

Con estas premisas, el TJUE refiere la cuestión a los servicios que realmente presta una entidad que realiza una operación de arrendamiento financiero, que identifica fundamentalmente en la financiación y gestión de la operación, y entiende que la retribución de dichos servicios viene dada por los intereses que incluye en la cuota arrendaticia, no por la parte correspondiente a la recuperación del coste del bien. En la cuantificación del uso real de los bienes y servicios que se usan tanto en estas operaciones, las de arrendamiento financiero, como en otras, se concluye que el cómputo únicamente de los intereses es el criterio que mejor refleja la parte del uso real de los bienes y servicios usados en dichas operaciones y en otras.

3. COMENTARIO CRÍTICO

Estructuraremos el comentario crítico en tres bloques, en los que nos referiremos, respectivamente, (i) al análisis o valoración de la sentencia, (ii) al tratamiento de las operaciones de arrendamiento financiero y, más en general, (iii) al derecho a la deducción por las entidades financieras.

En cuanto al **alcance de la sentencia y su transposición a España**, es fundamental que tengamos en cuenta que la misma, como claramente se indica en su desarrollo, no se refiere al cálculo de la prorrata de deducción ni, menos aún, a la incidencia en ella de las operaciones de arrendamiento financiero. Por el contrario, la sentencia versa sobre la toma en consideración de estas operaciones cuando existe una norma que permite a la autoridad fiscal excepcionar la regla de prorrata para ir a un sistema de deducción en función de la afectación real de los bienes y servicios adquiridos, posibilidad que se condiciona a que el resultado de la aplicación de la regla de prorrata suponga una distorsión importante.

Con estas premisas, la sentencia indica la improcedencia de aplicar las normas para la aplicación de la regla de prorrata y la posibilidad de acudir a otros procedimientos para la determinación del alcance del derecho a la deducción, aunque a condición de que dichos procedimientos conduzcan a un resultado más preciso que el que resultaría de la aplicación de la regla de prorrata. En la concreción de esos procedimientos alternativos es cuando se indica que la toma en consideración del volumen total de las operaciones de arrendamiento financiero puede ser inadecuada, ya que los bienes y servicios adquiridos por la entidad financiera que realiza estas operaciones –diferentes de las soportadas por la adquisición de los vehículos arrendados, cuya deducibilidad plena nunca se ha puesto en tela de juicio– se referirán fundamentalmente a la gestión de los contratos y a su financiación. El criterio usado por la Administración tributaria portuguesa, consistente en computar únicamente la carga financiera a estos efectos, se puede llegar a considerar más preciso y, por tanto, aceptable. Así lo concluye el TJUE, tal y como se indica en el apartado 34 de la sentencia, que se ha transcrito.

En la posible traslación de estos criterios a nuestro país, hemos de tener en cuenta su normativa reguladora, que acude a la regla de prorrata para este tipo de situaciones, sin excepción alguna que pudiera ser equiparable a la contenida en el artículo 23.3 del CIVA portugués.

Bien es cierto que cuando se desarrollan actividades económicas diferenciadas, España, como Portugal, acude a la técnica de los sectores diferenciados de la actividad, pero en lo que se refiere a *inputs* comunes, esto es, a bienes y servicios utilizados indistintamente en la realización de operaciones generadoras del derecho a la deducción y en otras que no lo generan, la norma española dispone su deducción a prorrata, ya sea la del sector diferenciado que corresponda, ya la de *inputs* comunes a los distintos sectores diferenciados de la actividad. Resultando de aplicación la regla de prorrata, la única disposición que la excepciona es la aplicación obligatoria de la prorrata especial en los términos que establece el artículo 103.dos de la Ley del IVA, irrelevante en lo que a bienes y servicios de uso mixto se refiere.

El asunto portugués ilustra lo que quizá cabe considerar como una situación de distorsión importante en la aplicación del tributo –así lo entendían las autoridades portuguesas–, pero salvo

que acudiéramos a las normas generales antiabuso, lo que no parece fácil, a menos que confundamos distorsión con abuso, cabe concluir que la norma española carece de una disposición que permita llegar a una conclusión como la que han obtenido nuestros vecinos.

Vista la cuestión desde otro punto de vista, lo que con ella se ilustra es que la presunción de la que parte la regla de prorrata, que no es otra que la perfecta correlación entre el volumen respectivo de las operaciones que realiza un empresario o profesional y el uso efectivo de los bienes y servicios adquiridos por él, no siempre se cumple. El matiz –importante– es que la posibilidad de excepcionar esta regla en situaciones de distorsión importante se prevé por la norma portuguesa, previsión que no existe en la norma interna.

El segundo ámbito al que la sentencia Banco Mais invita a la reflexión es el tratamiento que depara la norma interna para las operaciones de **arrendamiento financiero**, que en poco se parece al que establece la norma comunitaria y disponen otros países.

A estas operaciones se refiere el artículo 8.dos.5.º de la Ley del IVA, considerándolas como entregas de bienes únicamente cuando el arrendatario se ha comprometido al ejercicio de la opción de compra. En otro caso, se consideran como prestaciones de servicios. Esta distinción conceptual determina el devengo del impuesto y la base imponible de las operaciones, ya que, asumido que la opción de compra es optativa (discúlpese en juego de palabras, pero es el absurdo al que conduce la norma española), como es lo habitual, el devengo del tributo se producirá a medida que las cuotas arrendaticias se hagan exigibles, en tanto que operaciones de tracto sucesivo –art. 75.uno.7.º de la Ley del IVA–, resultando los intereses sujetos y no exentos, en tanto que correspondientes, para cada una de dichas cuotas, a periodos de tiempo previos a la fecha de su devengo –art. 78.dos.1.º de la Ley del IVA–. Con ello se consigue un aplazamiento en el devengo del impuesto, que de otra forma se haría exigible al inicio del contrato, si bien contra la carga de la sujeción y no exención de esta parte de la contraprestación, los intereses, a pesar de su naturaleza claramente financiera.

En la norma comunitaria las operaciones de arrendamiento financiero se consideran como entregas de bienes «cuando en el curso normal de los hechos se adquiera su plena propiedad en el momento del pago del último vencimiento como máximo», tal y como reza el artículo 14.2 b) de la Directiva 2006/112/CE. Tratándose de entregas de bienes, el devengo y, con él, la exigibilidad del impuesto, se producen a la fecha de realización de la entrega, conforme a lo dispuesto por el artículo 63 de la misma directiva, no siendo aplicable la regla correspondiente a las operaciones que dan lugar a pagos continuados o sucesivos, como matiza su artículo 64.1 por si cupiere alguna duda. Con estas premisas, va de suyo que los intereses por aplazamiento resultan exentos, en tanto que propios de la financiación que incorporan estos contratos y correspondientes a periodos de tiempo posteriores al devengo del impuesto.

Huelga decir que un mejor acomodo de la norma interna a la comunitaria exigiría la revisión de la calificación de estas operaciones, pasando a considerarlas como entregas de bienes y dejando exenta la parte de la carga financiera, como, por otra parte, corresponde a su naturaleza. Bien es cierto que ello implicaría el devengo del total del tributo a la fecha en que los bienes objeto del

contrato se pusieran en posesión de los arrendatarios, aunque, en principio, nada se opone a que, en uso de la cierta flexibilidad que establece el artículo 66 de la citada Directiva 2006/112/CE, se aplazase la exigibilidad del tributo hasta la fecha de pago de las cuotas arrendaticias. En cualquier caso, persistiría el problema de la determinación del efecto de estas operaciones en el derecho a la deducción de quien las realiza.

Precisamente a la determinación del **impacto en el derecho a la deducción de la realización de operaciones financieras** se refieren los párrafos segundo a cuarto del artículo 104.dos.2.º de la Ley del IVA, cuya redacción permanece inalterada, como tal, desde la entrada en vigor de la misma, el 1 de enero de 1993.

No parece factible que resumamos en unas breves páginas la intensidad legislativa que se ha producido en estos más de 20 años en lo que al tratamiento de estas operaciones, las financieras, se refiere a los efectos de otros tributos. Tampoco es menester hacer referencia a las numerosas polémicas que se han suscitado en este ámbito. Basten como muestra las relativas a cesiones temporales de deuda pública, sucursales (de cuyo desatino en la solución adoptada por el TJUE ya hemos dado cuenta), intereses moratorios o derivados. Con estas premisas, lo que quizá procede es, de una vez, cumplir con el mandato que ya la Ley 36/2006 (disp. adic. sexta) confería y afrontar, de una manera sistemática y sosegada, el cálculo de la prorrata por parte de las entidades financieras para establecer unas pautas claras y coherentes.

En esta revisión, no solo habría de tenerse en cuenta el impacto de estas operaciones en el derecho a la deducción, sino, como indica la citada disposición adicional, «el régimen aplicable en los impuestos generales sobre ventas a los servicios financieros». Esta referencia es relevante si analizamos la cuestión no ya desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que en sí misma ya es un valor que justifica el esfuerzo, sino también desde la mejora en la competitividad de la economía española, que en este ámbito se enfrenta a la existencia de unas cuotas no deducibles que en otros países no existen. Con esto nos estamos refiriendo a la posibilidad de la renuncia a la exención para las operaciones financieras, que permite la norma de la Unión y que contemplan ya en su ordenamiento la mayor parte de los Estados comunitarios de nuestro entorno. En tiempos en los que mejora de la competitividad se supone que es una prioridad, una llamada de atención a este ámbito se antoja como más que recomendable.

LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN RELACIONADOS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPROBACIÓN POSTERIORES QUE UTILIZAN LA INFORMACIÓN OBTENIDA

Análisis de la RTEAC de 23 de enero de 2014, R. G. 471/2012

Víctor Manuel Sánchez Blázquez
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. SUPUESTO DE HECHO

Un contribuyente que desarrolla una actividad empresarial de solados y pavimentos de madera y que tributa en el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y en el régimen de estimación objetiva por signos, índices o módulos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas recibe el 27 de agosto de 2009 la notificación de un requerimiento procedente de una Unidad de Módulos para que aporte determinada documentación relativa a la actividad que desarrolla y que alcanza, entre otros aspectos, a los vehículos afectos a la actividad. Este requerimiento, según se indica en el mismo, se realiza al amparo de los artículos 29.2 f) y 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y «no supone el inicio de comprobación tributaria alguna».

El 21 de octubre de 2009 el contribuyente aporta la documentación requerida (incluido el permiso de circulación del vehículo afecto a la actividad, en el que consta su potencia fiscal) y se extiende una diligencia, en la que se indica que la misma se formaliza «para en el marco de las competencias atribuidas a las Unidades de Módulos por la Resolución de 19 de febrero de 2004 de la Presidencia de la AEAT (BOE de 2 de marzo), tomar datos de la actividad 505.3 y, en su caso, documentar los hechos, circunstancias y manifestaciones del compareciente acerca de la misma, sin que esta actuación tenga el carácter de comprobación tributaria (...)».

El 17 de marzo de 2010 se notifica al contribuyente una comunicación de inicio de un procedimiento de gestión tributaria de comprobación limitada, que incluye una propuesta de liquidación en relación con el IVA del ejercicio 2008 en la que se regulariza el módulo de potencia

fiscal del vehículo, dado que no se había declarado y se le concede un trámite de alegaciones. La liquidación provisional con la que finaliza dicho procedimiento se notifica el 27 de agosto de 2010.

La liquidación provisional es recurrida ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) que estima la reclamación en una Resolución de 17 de septiembre de 2011, básicamente, al entender que con la aportación por el contribuyente el 21 de octubre de 2009 de la documentación requerida se había iniciado el procedimiento de comprobación limitada que finaliza con la notificación de la liquidación provisional el 27 de agosto de 2010, por lo que se había incumplido su plazo máximo de resolución de seis meses.

Frente a esta resolución del TEAR el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria interpone un recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio que es resuelto de forma estimatoria por el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 23 de enero de 2014 (R. G. 471/2012).

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL

El TEAC fija como criterio en esta resolución que los «requerimientos individualizados de obtención de información que, al amparo de los artículos 93 de la LGT y 30 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1065/2007 (Reglamento General de Gestión e Inspección, RGGI), efectúen las Unidades de Módulos en el ejercicio de sus funciones de control integral de los contribuyentes que tributan en métodos objetivos de tributación, solicitando a los requeridos datos, antecedentes, informes o justificantes en relación con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias, no suponen el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación, incluso cuando la Administración solicite la aportación y/o el obligado tributario aporte documentación acreditativa de la información requerida».

El tribunal sostiene este criterio a partir de varios argumentos que expone de forma sucesiva:

- En primer lugar, porque los artículos 93 y 29.2 f) de la LGT y 30 del RGGI «ponen en evidencia la independencia de los requerimientos de información formulados al amparo del artículo 93 de la LGT, de los procedimientos de comprobación o inspección que ulteriormente, en su caso, se inicien». Destaca el TEAC a este respecto en particular el artículo 30.3 *in fine* del RGGI, según el cual «Los requerimientos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias de la persona o entidad requerida no suponen, en ningún caso, el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación».
- En segundo lugar, porque de lo dispuesto en la Resolución de 19 de febrero de 2004, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de funciones en el ámbito de competencias del Depar-

tamento de Gestión Tributaria «se desprende que (...) si las unidades de módulos lo estiman pertinente y en virtud de las facultades inspectoras contempladas en el (...) artículo 141 c) de la LGT, las citadas Unidades pued(e)n realizar actuaciones de obtención de información relacionadas con la aplicación de los tributos, de acuerdo con lo establecido en los artículo 93 y 94 de dicha ley, pudiendo por tanto requerir información respecto del cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias a los contribuyentes acogidos al régimen de estimación objetiva, quienes quedarán obligados a su aportación sin que dicho requerimiento de información suponga el inicio de procedimiento tributario alguno sino una mera recopilación de información tributaria».

- En tercer lugar, porque «en este tipo de requerimientos individualizados de obtención de información formulados por las unidades de módulos (...) se puede requerir la aportación de documentación de aspectos concretos que incidan en la tributación del contribuyente sin que quede desvirtuada su naturaleza transformando la actuación de obtención de información en otro tipo de procedimiento», lo que tendría su fundamento, básicamente, en dos preceptos. Por un lado, en el artículo 93 de la LGT, según el cual la «información que se está obligado a facilitar a la Administración, dentro de los deberes de colaboración incluye, desde datos, sin más, hasta justificantes de esos datos, y por tanto la Administración puede solicitar la información requiriendo también los justificantes (...)». Y, por otro lado, en el artículo 55 del RGGI, del cual «no solo se infiere que la Administración, puede requerir que se facilite determinada información en el ámbito un requerimiento individualizado de información, sino que dentro de ese mismo ámbito puede exigir tener acceso a los justificantes, directamente si son documentos o justificantes que deban estar a su disposición (incluso sin aviso previo) o bien puede solicitar la aportación de los mismos». En consecuencia, «el órgano (en el caso concreto, la unidad de módulos) está legitimado para solicitar los documentos y justificantes relativos a la información requerida en aras de que la información obtenida no esté basada exclusivamente en las declaraciones del interesado sino basada en documentación y por lo tanto aumentando el grado de fiabilidad».
- En cuarto lugar, porque una vez «obtenidos los datos y los justificantes, de forma legítima, según lo expuesto, pueden ser utilizados unos y otros en procedimientos de regularización, pues no existe norma que prohíba ese uso. Su utilización posterior no interfiere en el requerimiento de información ni en su validez, ni tampoco adelanta el inicio de estos procedimientos al momento de la toma de datos ni al de la aportación de la documentación».

Esta última idea es desarrollada después por el TEAC cuando rechaza de forma expresa la postura sostenida por el TEAR en la resolución recurrida de que con la aportación por el contribuyente de la documentación requerida en contestación al requerimiento de información se habría iniciado el procedimiento de comprobación limitada que finalizó después con una liquidación provisional, para lo cual introduce varios argumentos. Porque fijar «como fecha de inicio del pro-

cedimiento de comprobación o investigación, la fecha de aportación por el obligado tributario interesado de los datos o documentos solicitados en el previo requerimiento, que se circunscribe a actuaciones de obtención de información»:

- Primero, «supondría considerar como iniciado un procedimiento de aplicación de los tributos, pero sin conocer cuál de los procedimientos posibles, de acuerdo con la normativa aplicable, es el iniciado (bien de comprobación limitada, bien un procedimiento inspector)»; lo que tendría gran relevancia al existir diferencias entre ellos en cuanto a los plazos máximos de resolución y las consecuencias de su incumplimiento o a las normas de atribución de competencias «(así, por ejemplo, en función de si se trata de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección, son distintas las reglas de atribución de la competencia territorial si iniciado ya el procedimiento el obligado tributario comunica un cambio de domicilio fiscal)».
- Segundo, también «se desconocería el alcance del procedimiento, tanto en cuanto a periodos impositivos o de liquidación como a conceptos tributarios, salvo que se considerara que instantáneamente quedan incluidos en el alcance todos los periodos y tributos posiblemente afectados por el documento aportado (...). Lo que por otra parte afectaría a la interrupción de la prescripción por todos los periodos y conceptos impositivos en favor de la Administración tributaria (...). A su vez, no podría ya el obligado tributario hacer ingresos extemporáneos ni evitar las sanciones con ello, pues el procedimiento ya se habría iniciado».
- Tercero, «supone dejar en manos del contribuyente la iniciación, o no, (y la fecha concreta) de procedimientos que la Ley General tributaria concibe como procedimientos que se inician en todo caso de oficio» y «se estaría haciendo de peor condición a los contribuyentes cumplidores de sus obligaciones (entre ellas, las de atender en tiempo y forma los requerimientos formulados por la Administración) frente a aquellos contribuyentes que no los atienden e incumplen con dicha obligación».

III. COMENTARIO CRÍTICO

1. PLANTEAMIENTO

La Resolución del TEAC de 23 de enero de 2014 clarifica el régimen jurídico de los requerimientos de obtención de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias, realizados al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 de la LGT, en aquellos supuestos en los que con posterioridad al requerimiento se lleva a cabo un procedimiento de comprobación frente al sujeto inicialmente requerido en el que se utiliza la información obtenida en virtud de dicho requerimiento, lo que da lugar a una liquidación con la que finaliza este procedimiento de comprobación y en la que se regulariza la situación tributaria de aquel.

Desde nuestro punto de vista, estamos en presencia de una resolución importante y que debe destacarse al clarificarse en ella el régimen jurídico de estos requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias por varias razones: en primer lugar, porque estos requerimientos constituyen una novedad introducida por la LGT de 2003, al haberse previsto en el artículo 93 que los «datos, informes, antecedentes y justificantes» a requerir por la Administración tributaria a las «personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como (a) las entidades mencionadas en el apartado 4 de esta ley» (entes sin personalidad) pueden también estar «relacionados con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias»; y no solo se pueden requerir, como preveía el artículo 111 de la anterior LGT, aquellos datos «deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas»; en segundo lugar, porque estos novedosos requerimientos de información plantean diversos interrogantes en cuanto a su régimen jurídico que no están resueltos en su integridad incluso tras el RGGI, en el que se hace una mención de estos requerimientos algo más detallada que en la LGT; y, en tercer lugar, porque no existen en relación con dichos requerimientos demasiados pronunciamientos en la doctrina administrativa y jurisprudencia.

2. LA INDEPENDENCIA DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN RELACIONADOS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LOS EVENTUALES PROCEDIMIENTOS DE COMPROBACIÓN O INVESTIGACIÓN POSTERIORES

El aspecto central decisivo en esta resolución del TEAC es «la independencia de los requerimientos de información formulados al amparo del artículo 93 de la LGT de los procedimientos de comprobación o inspección que ulteriormente, en su caso, se inicien». A partir de las circunstancias del caso particular y de lo resuelto por el TEAR, esta independencia trae como efecto principal, en opinión del TEAC, que la utilización en estos procedimientos de comprobación o inspección posteriores de los datos y los justificantes obtenidos en virtud del requerimiento de información no «adelanta el inicio de estos procedimientos al momento de la toma de datos ni al de la aportación de la documentación».

Desde nuestro punto de vista, se trata de una conclusión esencialmente correcta puesto que los requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias, a partir de su configuración normativa en la LGT y en el RGGI, son una especie de actuaciones autónomas, no insertas en ningún caso en un procedimiento de comprobación o investigación más amplio, ni que ya se hubiera iniciado anteriormente, ni que se iniciaría con dichos requerimientos ni que se podría iniciar con posterioridad. Podría decirse que constituyen un procedimiento, autónomo o independiente, que se iniciaría con el requerimiento y que finalizaría con la contestación al mismo, al menos según la concepción amplia de procedimiento administrativo que está detrás del artículo 100.1 de la LGT. Así es como debe entenderse, en nuestra opinión, la afirmación del TEAC en esta resolución de que el requerimiento de obtención de información relacionado con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias no supone «el inicio de

procedimiento tributario alguno sino una mera recopilación de información tributaria»: esta actuación administrativa que comenzó con el requerimiento finaliza con la obtención o recopilación de la información tributaria requerida.

Si con posterioridad al requerimiento de información se inicia un procedimiento de comprobación o investigación, que es lo que ocurrió en el caso enjuiciado en la resolución del TEAR recurrida ante el TEAC, será entonces cuando se produzca el inicio de dicho procedimiento, que tendría total autonomía procedimental respecto de la previa actuación de obtención de información, puesto que como dispone el artículo 30.3 del RGGI «Los requerimientos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias de la persona o entidad requerida no suponen, en ningún caso, el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación».

Una de las consecuencias básicas de lo anterior se sitúa en relación con el plazo máximo de resolución de dicho procedimiento de comprobación o investigación posterior. Porque dicho plazo máximo de resolución comenzará a computarse con el inicio mismo del procedimiento de comprobación o investigación, sin que sean relevantes a estos efectos las actuaciones conectadas con el previo requerimiento de información.

El TEAR, sin embargo, había entendido que el plazo máximo del procedimiento de comprobación limitada que se inició después del requerimiento de información debía computarse desde la contestación del requerimiento, lo que desde nuestro punto de vista no tiene justificación alguna. En nuestra opinión, si acogiendo la argumentación del TEAR a la que haremos referencia de inmediato las actuaciones realizadas sobrepasaban la mera solicitud de información al haberse llevado a cabo auténticas actividades de comprobación, ello debería haber conducido, en su caso, a considerar iniciado el procedimiento de comprobación con el requerimiento de información y no con la contestación al mismo. Al considerar el TEAR, por el contrario, que el cómputo del plazo máximo debía hacerse desde la contestación del requerimiento, surgen claramente argumentos en contra de tal posición como los que pone de relieve el TEAC al final de su resolución: «supone dejar en manos del contribuyente la iniciación, o no, (y la fecha concreta) de procedimientos que la Ley General tributaria concibe como procedimientos que se inician en todo caso de oficio» y «se estaría haciendo de peor condición a los contribuyentes cumplidores de sus obligaciones (entre ellas, las de atender en tiempo y forma los requerimientos formulados por la Administración) frente a aquellos contribuyentes que no los atienden e incumplen con dicha obligación».

3. LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN RELACIONADOS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS Y LA OBTENCIÓN DE JUSTIFICANTES DE DATOS RELEVANTES PARA LA POSTERIOR REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN TRIBUTARIA DEL SUJETO REQUERIDO

La resolución del TEAR recurrida ante el TEAC constituye un reflejo de la opinión que entiende que deberían existir diferencias entre las actuaciones de obtención de información re-

lacionada con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias y las actuaciones que se realizan en un procedimiento de comprobación o investigación, en un contexto en el que en ambos casos las actuaciones administrativas se realizan frente al mismo sujeto para cuyas obligaciones tributarias son relevantes los datos sobre los que aquellas recaen. Porque con estos requerimientos «no estamos ante un procedimiento de comprobación, por lo que no se podrá comprobar nada» (Lamoca Pérez). Y porque «no parece que [estos requerimientos] puedan tener el mismo alcance que los requerimientos y actuaciones a desarrollar en un procedimiento de inspección» (Sánchez Blázquez).

En este sentido, el TEAR considera que «solicitar información a través de las denominadas diligencias de toma de datos en las que se requiere a los contribuyentes de módulos que aporten información relativa al ejercicio de su actividad, no implica necesariamente el inicio del procedimiento de comprobación». «Ahora bien, si dicho actuar no se limita a la mera toma de datos, sino que por parte de la Oficina gestora además se requiere al contribuyente que aporte documentación justificativa precisa y concreta sobre la base de los datos declarados en la citada toma de datos, considera este Tribunal que las actuaciones de la Oficina gestora sobrepasan la mera solicitud de información, iniciándose con ello un procedimiento de comprobación».

El TEAC, sin embargo, no admite esta idea, lo que hace fundamentalmente a partir de lo dispuesto en el Derecho positivo: según el artículo 93 de la LGT, la «información que se está obligado a facilitar a la Administración, dentro de los deberes de colaboración incluye, desde datos, sin más, hasta justificantes de esos datos, y por tanto la Administración puede solicitar la información requiriendo también los justificantes (...)»; y, del artículo 55 del RGGI «no solo [se] infiere que la Administración, puede requerir que se facilite determinada información en el ámbito un requerimiento individualizado de información, sino que dentro de ese mismo ámbito puede exigir tener acceso a los justificantes, directamente si son documentos o justificantes que deban estar a su disposición (incluso sin aviso previo) o bien puede solicitar la aportación de los mismos».

La literalidad de las normas utilizadas por el TEAC es clara y ampara perfectamente la intepretación sostenida por él. No puede desconocerse tampoco que en otros preceptos de la LGT se han configurado igualmente en gran medida de forma unificada las actuaciones administrativas insertas en las actuaciones de obtención de información y en las actuaciones de los procedimientos de comprobación e investigación. Así se ha hecho tanto desde la perspectiva de las obligaciones tributarias formales de los particulares en sus relaciones con la Administración tributaria que actúa [art. 29 f)], como desde la de las facultades de dicha Administración a emplear frente a aquellos (art. 142, previsto para las «actuaciones inspectoras» en general). Y también se ha seguido el mismo criterio, quizá en coherencia con lo anterior, en el ámbito de las infracciones y sanciones tributarias (art. 203, de modo destacado).

Tan es así que el TEAC llega a considerar que «los requerimientos al amparo del artículo 93 de la LGT pueden ser preparatorios de actuaciones de comprobación futuras». Se estaría en presencia así de una especie de pre-comprobación, de pre-inspección o de preparación previa de

una comprobación o inspección posterior, pero que en la práctica podría no diferenciarse demasiado, al menos en algunos casos, de muchas de las actuaciones a realizar en un auténtico procedimiento de comprobación o investigación.

El Director del Departamento de Gestión Tributaria, en la argumentación de su recurso extraordinario para unificación de criterio, trata de establecer la diferencia existente entre la finalidad perseguida por estos requerimientos de información y la finalidad de las actuaciones insertas en un procedimiento de comprobación o investigación.

Porque la «finalidad del requerimiento es la obtención de información relativa a hechos ocurridos que tienen trascendencia tributaria, no es el abrir un debate contradictorio con el obligado tributario acerca de la calificación jurídico-tributaria de esos hechos y de las consecuencias que de la misma puedan derivar de cara a una posible regularización de su situación tributaria (...). Se trata de una finalidad que auxilia de diversas maneras las labores de comprobación, como son la utilización de la información obtenida en el diseño de las actuaciones de control (...)».

«Sin embargo los procedimientos de comprobación limitada o inspector no solo tienen por objeto fijar los hechos acaecidos, sino también la calificación jurídico-tributaria de los mismos con la intervención activa del obligado tributario, al que se le da la oportunidad de rebatir los argumentos administrativos. Dada la naturaleza de estas operaciones, el contenido de la resolución que se adopte condiciona la posibilidad de realizar regularizaciones futuras de la situación tributaria del interesado, efecto que en ningún caso puede producir la mera contestación a un requerimiento de información».

Desde el punto de vista de la configuración normativa de dos grupos de actuaciones administrativas diferentes, las actuaciones de obtención de información y las actuaciones insertas en un procedimiento de comprobación e investigación, también en nuestra opinión, ese doble grupo de finalidades perseguidas por cada una de esas actuaciones administrativas es, básicamente, correcto. Sin perjuicio de que deba destacarse que también en las actuaciones de obtención de información la calificación jurídico-tributaria de los hechos debe estar de algún modo presente, pues es la que guía la búsqueda e identificación de los hechos cuyo esclarecimiento trata de lograrse con las mismas (no puede olvidarse la «trascendencia tributaria» de los datos requeridos a que se refiere el art. 93 de la LGT), aunque sea en un momento anterior al del procedimiento en el que tales hechos, con su correspondiente calificación jurídico-tributaria, son empleados para llegar a una determinada resolución administrativa que regulariza, en su caso, la situación tributaria del obligado tributario.

Esas actuaciones de obtención de información, por tanto, se dirigen fundamentalmente a recopilar información, que como también destaca el Director del Departamento en su recurso, «puede ser relevante para más de un concepto tributario o incluso para más de un periodo impositivo», con la finalidad fundamental de decidir o no el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación, es decir, con una finalidad de selección de obligados y obligaciones tributarias a comprobar.

4. LA POSIBLE UTILIZACIÓN INADECUADA DE REQUERIMIENTOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN RELACIONADOS CON EL CUMPLIMIENTO DE LAS PROPIAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS

El problema está, según nuestro parecer, en que la Administración tributaria pudiera aprovechar de manera excesiva o desproporcionada la existencia de esta habilitación normativa para unas actuaciones de obtención de información relacionadas con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias, que como revela el propio Derecho positivo puede alcanzar también a la obtención de justificantes acreditativos de datos relevantes para una posible regularización posterior del obligado tributario requerido. Dejando de forma más o menos generalizada para un momento posterior el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación, que se limitaría en gran medida a utilizar los justificantes obtenidos en la anterior actuación de información. De este modo, a través de aquella actuación de obtención de información se podrían haber dado importantes pasos y avances en el esclarecimiento de los hechos relevantes para la liquidación de una obligación tributaria... ¡sin que hubiera transcurrido un solo día del plazo máximo de duración del procedimiento de comprobación que con posterioridad podría iniciarse! Esto podría suceder en un ejercicio inadecuado de la inicial discrecionalidad administrativa en la elección de sus potestades administrativas, de obtención de información y de comprobación o investigación, en una errónea ponderación de los fines perseguidos por unas y otras.

Posiblemente, este no fue el caso enjuiciado por la resolución del TEAR, después recurrida ante el TEAC, que versaba sobre las actuaciones realizadas por las Unidades de Módulos. El requerimiento cuestionado tuvo por objeto el concreto y específico dato de los vehículos afectos a la actividad, cuya acreditación se realizó a través de la simple aportación del permiso de circulación correspondiente, que fue lo utilizado en la regularización del posterior procedimiento de comprobación limitada. Lo que se situaba, además, en el contexto de unas peculiares actuaciones administrativas que expone con cierto detalle el Director del Departamento de Gestión Tributaria en su recurso y entre las que se encuentran, por cierto, otras cualitativamente distintas, en nuestra opinión, aunque tengan también su amparo, parcialmente, en la regulación de los requerimientos de obtención de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias que pueden «efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos» (las denominadas «actuaciones preventivas», anteriores a la finalización de los plazos de cumplimiento de las obligaciones): estos requerimientos «se enmarcan dentro de un programa anual de visitas que se realizan a un gran número de obligados tributarios que aplican regímenes objetivos de tributación. Las visitas –se añade– sirven para proporcionar a los contribuyentes información y asistencia tributaria, permiten depurar su situación censal, posibilitan la toma de datos sobre los parámetros objetivos y variables físicas en los que se basa la tributación en módulos y, en última instancia, sirven para detectar incumplimientos cometidos con anterioridad, recogiéndose los resultados de la visita en una diligencia ajustada a un modelo preestablecido (modelo M1), para su tratamiento informático posterior. Con ello se busca fundamentalmente el efecto disuasorio de futuros incumplimientos que se produce por el hecho de que el contribuyente perciba la proximidad de la Administración

tributaria al desarrollo de su actividad económica, siendo tan importante el efecto perseguido como el número de sujetos en los que conseguir el mismo que es elevado».

Pero esto no excluye que ese uso abusivo o desproporcionado, ajeno a una adecuada ponderación de las finalidades perseguidas por las actuaciones de obtención de información y por las actuaciones insertas en procedimientos de comprobación e investigación, pueda producirse en otros casos. Téngase en cuenta, además, que las actuaciones de obtención de información relacionadas con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias pueden llevarse a cabo no solo «mediante requerimientos para que tales datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria sean remitidos o aportados a la Administración tributaria», sino también «directamente en los locales, oficinas o domicilio de la persona o entidad en cuyo poder se hallen los datos correspondientes» (art. 30.3, párr. 1.º del RGGI). Y dichas actuaciones se pueden realizar «mediante el examen de documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes, correspondencia con trascendencia tributaria, bases de datos informatizadas, programas, registros y archivos informáticos relativos a actividades económicas, así como mediante la inspección de bienes, elementos, explotaciones y cualquier otro antecedente o información que deba de facilitarse a la Administración o que sea necesario para la exigencia de las obligaciones tributarias» (art. 142.1 de la LGT). De un modo semejante, por tanto, al de las actuaciones insertas en los procedimientos de comprobación e investigación.

Además, desde nuestro punto de vista, y precisamente por lo anterior, el propio TEAC ha sido consciente de que el criterio que fija en su resolución debe limitarse al ámbito de las actuaciones de las Unidades de Módulos y no al de cualquier actuación de obtención de información de la Administración tributaria. En este sentido, es relevante que su criterio se fija en relación con los «requerimientos individualizados de obtención de información que, al amparo de los artículos 93» de la LGT y 30 del RGGI «efectúen las unidades de módulos en el ejercicio de sus funciones de control integral de los contribuyentes que tributan en métodos objetivos de tributación, solicitando a los requeridos datos, antecedentes, informes o justificantes en relación con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias». Y no en relación con «los «requerimientos individualizados de obtención de información que, al amparo de los artículos 93» de la LGT y 30 del RGGI «efectúe la Administración tributaria a los obligados tributarios en relación con el cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias», como, por el contrario, solicitaba el Director del Departamento de Gestión Tributaria en su recurso de alzada para unificación de criterio.

Aunque es difícil dar una solución general a esta cuestión, pues depende en gran medida de las circunstancias del caso, sí podría decirse que en la medida en que unas actuaciones de obtención de información se excedieran de la finalidad antes señalada de conocimiento de datos relevantes para la selección de sujetos y obligaciones a comprobar en un *eventual* procedimiento de comprobación o investigación posterior y pasen a ser actuaciones preparatorias de un *cierto* procedimiento de comprobación o investigación que se realizará, se estaría incurriendo en una desviación de poder. Puesto que se estaría ejercitando una potestad (la de los arts. 93 y 94 de la LGT) para una finalidad distinta a la prevista legalmente, aunque sea esta una finalidad amparada por la ley, pero en otras potestades diferentes (las de los procedimientos de comprobación

limitada e inspección, fundamentalmente). Lo que supondría, además, evitar la aplicación de las normas reguladoras de los plazos máximos de resolución de dichos procedimientos de comprobación o investigación, en un evidente supuesto de actuación de la Administración tributaria realizada en fraude de ley.

Además, en estos supuestos, sería el propio requerimiento de obtención de información, en el que pudiera apreciarse la desviación de poder y el fraude de ley mencionados, el que podría ser impugnado directamente por el obligado tributario requerido, sin tener que esperar a la finalización del procedimiento de comprobación o investigación que pudiera realizarse con posterioridad. Porque los requerimientos individualizados de obtención de información, todos y, por tanto, también los relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias, en la medida en que se trata de actuaciones autónomas o independientes, tal como pusimos de relieve con anterioridad, podrán ser objeto de recurso o reclamación autónoma o independiente. Curiosamente, esto es algo que el TEAC silencia en su exposición didáctica inicial acerca de las necesarias diferenciaciones a realizar en el ámbito de la información con trascendencia tributaria (por suministro y por captación, y dentro de esta última, según el objeto o momento en el que se formulen los requerimientos), en la que únicamente menciona la recurribilidad de los requerimientos dirigidos a terceros «por aquel a quien se ha dirigido, pues determina obligaciones a su cargo [art. 227.1 a) de la LGT]».

5. LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN RELACIONADOS CON LAS PROPIAS OBLIGACIONES TRIBUTARIAS COMO ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS QUE NO INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LIQUIDAR Y QUE NO CONSTITUYEN REQUERIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO A EFECTOS DE LOS ARTÍCULOS 27 Y 179.3 DE LA LGT

Existe un último aspecto mencionado en esta resolución que debe destacarse, aunque no tuvo una especial trascendencia en el supuesto enjuiciado por la resolución del TEAR, posteriormente recurrida ante el TEAC. De hecho, solo se menciona al reproducirse la Resolución del TEAC de 26 de abril de 2012 que confirma la idea de que el requerimiento de información no supone el inicio de actuaciones de comprobación y como elemento instrumental en la argumentación empleada para rechazar la postura del TEAR de que la contestación por el obligado tributario al requerimiento de información se habría iniciado el procedimiento de comprobación.

Nos referimos a la idea de gran relevancia en relación con el régimen jurídico de los requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias de que tales requerimientos ni constituyen una actuación interruptiva del plazo de prescripción del derecho a liquidar del artículo 68.1 a) de la LGT ni suponen un requerimiento administrativo previo a efectos del régimen favorable de las regularizaciones espontáneas de los artículos 27 y 179.3 de la LGT.

En nuestra opinión, se trata de una conclusión totalmente correcta. Puesto que de acuerdo a la finalidad antes señalada de las actuaciones de obtención de información de recopilar datos a efectos de la selección de obligados y obligaciones tributarias a comprobar, al realizarse estas actuaciones aún no se ha exteriorizado por la Administración tributaria –lo que es necesario por el debido «conocimiento formal del obligado tributario» de los arts. 27.1, párr. 2.º y 68.1 a) de la LGT– la voluntad administrativa de realizar una actuación orientada realmente, y no como simple posibilidad que puede o no materializarse, a comprobar y liquidar una determinada obligación tributaria que afecta a un sujeto concreto. Como señala con precisión la Resolución del TEAC de 26 de abril de 2012, «la atención de un requerimiento de información puede provocar tanto el inicio de una actuación de comprobación e investigación, como todo lo contrario, que esta no resulte necesaria». En consecuencia, no se estaría ante una actuación realmente «conducente» –en los términos de los arts. 27.1, párr. 2.º y 68.1 a) de la LGT– a la comprobación y liquidación de una obligación tributaria.

Pero precisamente por este motivo, debe llamarse la atención sobre los peligros que podría tener una utilización excesiva, desproporcionada o inadecuada de estas actuaciones de obtención de información relacionada con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias. Puesto que en la medida en la cual se utilicen estos requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias para la obtención de justificantes que de manera directa o indirecta revelan incorrecciones en las autoliquidaciones de los obligados tributarios requeridos se estará dando la oportunidad en la práctica a dichos obligados tributarios de que regularicen su situación tributaria mediante la presentación de autoliquidaciones complementarias con la aplicación del régimen favorable de las regularizaciones espontáneas conforme a los artículos 27 y 179.3 de la LGT. Puesto que hasta el inicio posterior del procedimiento de comprobación o investigación no se producirán los efectos de requerimiento administrativo previo que evitan la aplicación de aquellos preceptos.

De ahí la precaución que debería estar presente en la realización por parte de la Administración tributaria de estas actuaciones de obtención de información relacionada con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias y en la selección de sujetos y supuestos respecto a los que estas actuaciones administrativas se llevarían a cabo. Porque se podrían crear situaciones ventajosas desde la óptica señalada frente a aquellos otros sujetos respecto de los que desde el principio la Administración tributaria se dirije a los mismos a través del inicio de procedimientos de comprobación e investigación (o, en su caso, por medio de requerimientos para la presentación de autoliquidaciones omitidas, véase a este respecto el art. 2 del RD 2063/2004, de 15 de octubre, que aprueba el Reglamento General del Régimen Sancionador Tributario), por lo que entonces no es posible la regularización espontánea con los efectos favorables de los artículos 27 y 179.3 de la LGT, salvo que con posterioridad se produjeran las irregularidades temporales que permiten nuevamente la aplicación del régimen jurídico de estos preceptos.

Bibliografía

CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C. y otros [2004]: *Guía de la Ley General Tributaria*, CISS, Valencia.

ROZAS VALDÉS, J. A. [2004]: en PALAO TABOADA, C. (coord.), *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria*, CEF, Madrid.

LAMOCA PÉREZ, C. [2005]: «Las actuaciones de inspección en la nueva Ley General Tributaria. El procedimiento inspector», *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 2.

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M. [2007]: «Los requerimientos de información relacionados con el cumplimiento de las propias obligaciones tributarias a la luz del Proyecto de Reglamento de Aplicación de los Tributos», *Fiscal mes a mes*, núm. 127.

CONSECUENCIAS DE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DEL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE DATOS

Análisis de la RTEAC de 24 de abril de 2014, R. G. 2787/2011

Javier Bas Soria
Doctor en Derecho
Inspector de Hacienda del Estado

1. PROBLEMÁTICA QUE SE PLANTEA EN LA RESOLUCIÓN: DESLINDE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPROBACIÓN DE GESTIÓN TRIBUTARIA

1.1. LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPROBACIÓN DESARROLLADOS POR LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Una de las novedades creadas por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) fue la tipificación de dos procedimientos tendentes al ejercicio de la facultad de comprobación por los órganos de gestión tributaria: la verificación de datos y la comprobación limitada.

La comparación de los preceptos que disciplinan el ámbito de estos procedimientos (arts. 131 y 136 LGT, respectivamente, para verificación de datos y comprobación limitada) ponen de manifiesto el carácter más intenso de la comprobación limitada frente a la verificación de datos.

El primero de ellos contempla una especie de actuación inspectora abreviada desarrollada por los órganos de gestión tributaria, que se inicia cuando por cualquier circunstancia la Administración entiende que debe proceder a comprobar la situación del contribuyente, realizando para ello las comprobaciones pertinentes. La limitación en este procedimiento no se refiere a las causas por las que se debe iniciar el procedimiento, sino por las actuaciones que pueden llevarse a cabo: pueden solicitar la aportación de libros-registros y documentos justificativos de las anotaciones en estos (sin embargo, no se pueden examinar libros de contabilidad ni justificantes de las anotaciones contables), pueden incluir en su alcance la comprobación de actividades económicas, incluso se puede pedir información a terceros, si bien limitada a solicitar aquella información que debe ser objeto de aportación de forma periódica a la Administración tributaria mediante las declaraciones informativas.

El segundo se ve constreñido legalmente a dirimir controversias de menor nivel entre la declaración presentada (nunca se puede iniciar un procedimiento de verificación de datos en re-

lación con un no declarante) y los datos que ya obran en poder de la Administración o los datos consignados en la propia declaración. La limitación no es ya procedimental, como en la comprobación limitada, sino que se refiere a los supuestos en los que se puede iniciar el procedimiento.

Desde una perspectiva histórica, podemos reconocer que estos procedimientos se corresponden con las facultades liquidatorias que les han ido siendo encomendadas a los órganos de gestión en relación con las autoliquidaciones: la verificación de datos se corresponden con las tradicionales «paralelas» por discrepancias que asumió gestión tributaria como primera función liquidatoria, mientas que la comprobación limitada se corresponde con las funciones de comprobación abreviada que se introdujeron en la Ley 230/1963 con la reforma operada por la Ley 25/1995.

La consecuencia que extrae el legislador por la diferente intensidad de los procedimientos es el efecto de cierre: así, la realización de actuaciones de comprobación limitada impide que los elementos comprobados, determinados por el alcance de las actuaciones, puedan volver a ser comprobados nuevamente por actuaciones posteriores (art. 140 LGT), mientras que los procedimientos de verificación de datos no producen ese efecto de cierre y la Administración podrá volver sobre aquellos aspectos que hayan sido regularizados en un procedimiento de verificación de datos (art. 133.2 LGT).

1.2. LA CONVIVENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPROBACIÓN DESARROLLADOS POR LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Quizá por evitar el efecto de cierre al que nos hemos referido, la Administración mostró al inicio de la aplicación de la LGT preferencia por el procedimiento de verificación de datos sobre el procedimiento de comprobación limitada.

El Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC) ha desarrollado una labor hermenéutica muy destacable a la hora de perfilar los límites del procedimiento de verificación de datos, tal y como resume en el fundamento jurídico segundo de la resolución que ahora analizamos[1], limitándolo a aquellos supuestos en los que se vayan a ventilar discrepancias de los datos en poder de la Administración, sin necesidad de realizar mayores comprobaciones, o aquellos en los que se someten cuestiones jurídicas sencillas, sin que sea necesario realizar un examen jurídico complejo. Este criterio se plasmó en Resolución de 19 de enero de 2012, R. G. 1151/2011 (NFJ045515), reiterada en Resoluciones de 23 de febrero de 2012, R. G. 2498/2010 (NFJ046102), de 25 de octubre de 2012, R. G. 2348/2012, y de 20 de diciembre de 2012, R. G. 1945/2011 (NFJ049680). La vigencia de este criterio se resume en el fundamento jurídico de la resolución que ahora estudiamos, en el que se dice:

> «El procedimiento de verificación de datos, a la vista de su regulación, se agota en el mero control de carácter formal de la declaración presentada y de su coincidencia con

[1] Resolución del TEAC de 24 de abril de 2014 [R. G. 2787/2011 (NFJ054190)].

> los datos provenientes de otras declaraciones o en poder de la Administración (esto es, la actividad dirigida a verificar la exactitud de cuanto el obligado tributario ha declarado, atendiendo para ello a errores aritméticos, materiales o incluso jurídicos evidentes y claramente constatables por la simple contraposición de la declaración-liquidación o declaración y documentos que la acompañan presentadas por el obligado tributario, y, en su caso, considerando los datos en poder de la Administración), coincidiendo con lo que hemos expuesto en el párrafo anterior, permitiendo, por tanto, solo una actividad de comprobación de escasa entidad, tal y como se afirma en la citada Exposición de Motivos, contemplando la propia LGT otros procedimientos (comprobación limitada o inspección) para las comprobaciones que superan ese marco, que podrían haberse iniciado para incluir dentro del mismo el examen del objeto del procedimiento de verificación de datos, tal y como establece el artículo 133.1 e) de la LGT. Ello no significa, como se acaba de señalar, que dentro del procedimiento de verificación de datos no puedan sustanciarse discrepancias jurídicas, pero estas, a la vista de los preceptos de la LGT que regulan el procedimiento, deben ser muy simples, claras, manifiestas o evidentes y deben tener origen, al igual que el resto de las causas previstas en el precepto, en la previa labor administrativa de verificación de los datos declarados por el obligado tributario o su contraste con los que se encuentren en posesión de la Administración tributaria, generalmente a través de procesos informáticos o de carácter similar, esto es, a través de medios internos de verificación claramente automatizados de las declaraciones o autoliquidaciones presentadas por el obligado tributario; cuya presentación se constituye así en requisito imprescindible de este procedimiento.»

La consecuencia que se extraía en las mencionadas resoluciones de haber excedido el procedimiento de verificación de datos su alcance máximo legalmente previsto era la estimación de las reclamaciones difiriendo la calificación del vicio incurrido a los actos que, en su caso, se pudieran producir posteriormente. A estos efectos, debemos recordar que los tribunales económico-administrativos se limitan a pronunciarse sobre la estimación o desestimación de las pretensiones anulatorias de los recurrentes (art. 239.3 LGT) por tratarse de vicios que deben dar lugar a la anulación del acto recurrido, no sobre la calificación de los vicios concurrentes como causas de nulidad o anulabilidad.

En este marco, se plantea la controversia de la que trata la Resolución del TEAC de 24 de abril de 2014.

2. SUPUESTO DE HECHO Y DOCTRINA DEL TRIBUNAL

2.1. EL CONTENIDO DE LA CONTROVERSIA

La resolución del TEAC surge en el marco de un recurso de alzada suscitado por el Director General de Tributos de la Comunidad de Madrid contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (en adelante, TEAR) de Madrid en la que se había estimado la

pretensión anulatoria del recurrente contra una liquidación en la que se había considerado por la Consejería que las obras realizadas en un inmueble no tenían la consideración de rehabilitación, por lo que la transmisión del mismo que se había declarado sujeta al IVA debería haber tributado en realidad por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP y AJD), modalidad Transmisiones Patrimoniales, impuesto que se liquidaba.

El TEAR acordó estimar la resolución y anular la liquidación practicada. Contra dicha resolución se suscitó el recurso de alzada que ahora se analiza.

2.2. LA RESOLUCIÓN DEL TEAC

El TEAC en el fundamento jurídico segundo analiza el alcance del procedimiento de verificación de datos, cuestión a la que ya hemos hecho referencia en el punto 1.2 anterior, resumiendo su doctrina reiterada precedente sobre la concurrencia de vicio anulatorio.

Lo que es novedoso de la resolución son los fundamentos jurídicos tercero y cuarto, donde se analiza la calificación del vicio relativo al alcance del procedimiento de verificación de datos. Concluye el tribunal que un procedimiento de verificación de datos destinado a comprobar un aspecto de la actividad empresarial del recurrente, en concreto, que la actuación sobre un determinado inmueble es o no constitutiva de rehabilitación, es inapropiado desde el origen y que, en consecuencia, incurre en un vicio determinante de nulidad de pleno derecho. Así dice en el fundamento jurídico quinto:

> «En el presente caso nos encontramos con que la Administración ha actuado en el marco de sus competencias, pero ha utilizado el procedimiento de verificación de datos en lugar del procedimiento de comprobación limitada o de inspección, irregularidad que, a tenor de la jurisprudencia expuesta, que inequívocamente impone una interpretación estricta de la concurrencia de las causas que conducen a la nulidad radical, y obliga a ponderar las circunstancias de cada caso concreto, conlleva que se valore si reviste la magnitud o entidad suficiente para merecer el máximo reproche jurídico y ser calificado de nulidad de pleno derecho, esto es, si encuentra encaje en el apartado e) del citado artículo 217.
>
> (...)
>
> Como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero, analizando las circunstancias que concurren en el presente caso, no era viable ni siquiera desde el principio iniciar un procedimiento de verificación de datos para desarrollar la comprobación tal y como esta se comenzó, para constatar que el inmueble adquirido por el obligado tributario iba a destinarse a su inmediata rehabilitación, pues para alcanzar tal consideración es precisa una comprobación que en ningún caso puede llevarse a cabo en el marco de un procedimiento de verificación de datos, sino en el procedimiento de comprobación limitada o inspección; en tanto en cuanto la Administración conocía

ab initio que, a través del procedimiento que iniciaba, se estaba afectando al régimen fiscal o tributario de la actividad económica llevada a cabo por el obligado tributario.

(...)

En el presente caso nos encontramos con que la Administración ha actuado en el marco de sus competencias, pero ha utilizado el procedimiento de verificación de datos en lugar del procedimiento de comprobación limitada o de inspección, irregularidad que, a tenor de la jurisprudencia expuesta, que inequívocamente impone una interpretación estricta de la concurrencia de las causas que conducen a la nulidad radical, y obliga a ponderar las circunstancias de cada caso concreto, conlleva que se valore si reviste la magnitud o entidad suficiente para merecer el máximo reproche jurídico y ser calificado de nulidad de pleno derecho, esto es, si encuentra encaje en el apartado e) del citado artículo 217.»

Debe además destacarse que este pronunciamiento es creador de doctrina, al reiterar el criterio contenido en la Resolución TEAC de 28 de noviembre de 2013 [R. G. 1535/2012 (NFJ052989)].

3. COMENTARIO CRÍTICO

3.1. LOS LÍMITES A LA FACULTAD DE COMPROBACIÓN DE GESTIÓN TRIBUTARIA POR EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE DATOS

La resolución que hemos tenido ocasión de comentar se enmarca en un proceso doctrinal de acotación de las facultades de comprobación de los órganos de gestión tributaria.

Si bien el procedimiento inspector ha estado revestido desde sus orígenes de fuertes garantías procedimentales, el desarrollo de los procedimientos de gestión ha seguido unos cauces propios, derivados de su escasa codificación, sin estar sometido al origen a la rígida formalidad del procedimiento.

Así, la duración máxima de seis meses para los procedimientos de comprobación seguidos por los órganos de gestión tributaria fue introducida por la Ley 1/1998, y la LGT impuso nuevas limitaciones como la obligación de informar al inicio de las actuaciones del procedimiento que se iba a seguir y del alcance que se le iba a dar a este, vedando que las actuaciones se ampliaran o contrajeran al albedrío del funcionario que las llevaba a cabo o que el efecto de cierre del procedimiento se limitara únicamente a aquellos elementos de la obligación tributaria que hubieran sido regularizados, quedando fuera otros que habían sido ampliamente comprobados y en los que no se había observado irregularidad que diera lugar a liquidación.

La cuestión que quedaba pendiente más relevante era la elección del procedimiento a incoar entre verificación de datos y comprobación limitada. La práctica nos muestra que, antes de la intervención de los tribunales económico-administrativos y los órganos jurisdiccionales, la elección se hizo desde una perspectiva más bien formal, atendiendo a que la comprobación se extendiera a

los tributos que gravan de forma específica las actividades económicas o que no lo hacen: la verificación de datos se ha utilizado profusamente en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con excepción de la comprobación de los rendimientos de actividades económicas, y en los impuestos patrimoniales cedidos a las comunidades autónomas; mientras que la comprobación limitada ha sido la norma general en el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA). El caso del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS) resulta especialmente curioso, pues aunque grava generalmente actividades económicas, la limitación al examen de la contabilidad en el procedimiento de comprobación limitada (la base imponible en el IS es el resultado contable corregido por aplicación de las normas del impuesto, art. 10 LIS) ha determinado que la mayoría de comprobaciones que ha realizado la gestión tributaria se hayan desarrollado por el procedimiento de verificación de datos: la comprobación de la aplicación del tipo reducido para empresas de reducida dimensión, los ajustes fiscales al resultado contable en el caso de sanciones administrativas satisfechas por entidades, etc.

Como hemos visto, el TEAC ha sido más exigente, limitando no solo las actuaciones de verificación de datos a los casos en los que la aclaración pretendida se refiera a actividades económicas, sino a otros supuestos en los que existe una discrepancia compleja que exige una comprobación más intensa: sin ánimo de ser exhaustivos, podemos recordar que se han excluido del procedimiento de verificación de datos ciertas discrepancias relativas a la existencia o no de vivienda habitual, a la titularidad jurídica de bienes o derechos, a la aplicabilidad de la reducción por generación de rendimientos en plazo superior a dos años, al cálculo de ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de inmuebles, al reconocimiento o no de la exención de VPO en el ITP, al cálculo de deducciones I+D, al cálculo de la base imponible negativa que puede ser objeto de compensación, etc.

3.2. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

La declaración de nulidad de pleno derecho que realiza el TEAC se basa en dos premisas que son las que debemos examinar más profundamente en este punto: el análisis del vicio concurrente que propone el tribunal para determinar si es causa de nulidad de pleno derecho debe realizarse caso por caso; y la constatación de la falta de idoneidad, ab initio, del procedimiento de verificación de datos en el caso que se estudia es un vicio determinante de la nulidad radical.

Como ya avanzaba el TEAC en la Resolución de 28 de noviembre de 2013 (NFJ052989), cuyo criterio se ratifica en la que ahora comentamos, el análisis de si un vicio es de nulidad de pleno derecho o de nulidad relativa es cuestión que no se puede establecer a priori ni de forma general, pues requiere de un análisis caso por caso, en el que se valore la gravedad de la omisión procedimental, que debe ser total y absoluta para que determine la nulidad, lo que acontece cuando no se ha seguido procedimiento alguno, cuando se ha seguido procedimiento distinto del establecido legalmente o cuando se haya omitido un trámite esencial del mismo de forma que hagan inidentificable el procedimiento legalmente establecido y además tal falta de procedimiento debe traducirse en un menoscabo o lesión de las garantías del interesado que causa indefensión.

Ciertamente es poco grato para el analista que el pronunciamiento no sea de alcance general y que no podamos afirmar que siempre que exista una utilización indebida del procedimiento de verificación de datos el vicio causado sea determinante de nulidad radical. No obstante, establece una pauta que será la que marcará si el vicio es de nulidad absoluta o relativa: cuando el procedimiento, desde el inicio, supera el alcance de la verificación de datos concurrirá un vicio de nulidad absoluta; mientras que parece reservar la nulidad relativa para aquellos casos en los que se inicia un procedimiento de verificación de datos regularmente y solo como consecuencia de los datos recabados en el seno de dicho procedimiento se excede el órgano de gestión de ese contenido máximo, vulneración que además no deberá ser grave y evidente.

Con todo creemos que una cuestión muy relevante puede quedar enmascarada dentro de los pronunciamientos del TEAC: al señalar que el procedimiento de verificación seguido en el caso que examinaba se refería al desarrollo de actividades económicas, se supera la separación puramente formal basada en el tributo a comprobar para y a la que hacíamos referencia en el epígrafe 3.1 anterior. Así, aunque se trata de una comprobación realizada en el ITP, impuesto que, evidentemente, no grava actividades económicas, la cuestión debatida, si se había realizado una rehabilitación o no de un inmueble, exige un examen de la actividad económica realizada por el contribuyente, por lo que se encuentra vedado a su examen por el procedimiento de verificación de datos.

Este criterio es, a nuestro juicio, fácilmente extensible a otros supuestos en los que la comprobación se realiza con una mera contrastación de los datos consignados en la declaración (por lo que en principio se podría regularizar por un procedimiento de verificación de datos) pero que se refieren al desarrollo de actividades económicas. Un ejemplo claro de ello sería la regularización del tipo reducido para las empresas de reducida dimensión o el tipo reducido por mantenimiento de empleo, en los que la Administración comprueba la existencia de personal, incluso negando a socios trabajadores la condición de personal empleado por no concurrir las notas de dependencia y ajenidad, únicamente con los datos obrantes en las declaraciones (la propia del IS y declaraciones informativas), si bien esta calificación incide directamente en un examen del desarrollo de actividades económicas por las entidades (o así lo juzgamos nosotros al referirse a la calificación del personal empleado por la entidad).

3.3. EL ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

La cuestión que deja sin resolver el pronunciamiento del TEAC que estudiamos y que cualquier lector del presente análisis puede haber anticipado es qué efecto tiene la calificación del vicio como nulidad absoluta o relativa si en ambos casos se produce la estimación de la reclamación.

La respuesta a esta importante cuestión no la ofrecemos nosotros, sino el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de abril de 2006 [rec. núm. 58/2004 (NFJ023423], que se pronuncia sobre la misma en su fundamento jurídico tercero en los siguientes términos:

> «La doctrina afirmada en la sentencia de instancia, en el sentido de que es irrelevante el que la anulación de los actos de la Administración sea por causa de anulabilidad, o, por razón de nulidad, es claramente inasumible. En primer término, porque contradice la doctrina de esta Sala sentada, entre otras, en su sentencia de 19 de junio de 2004, sentencia en la que claramente se distinguen los actos anulables y los nulos a efectos de apreciar la interrupción de prescripción que de ellos pueda derivarse; en segundo lugar, porque tal distinción no es irrelevante para el ordenamiento jurídico que considera no convalidables los actos nulos, siendo imprescriptible (en principio) la acción para exigir su anulación. Por el contrario, los actos anulables son convalidables y son susceptibles de impugnación en los plazos (breves) legalmente establecidos.
>
> Pudiera argüirse que aunque sean ciertas esas diferencias las mismas se vuelven irrelevantes cuando de la prescripción se trata. Pero esta tesis carece de fundamento legal si se tiene presente que el artículo 66.1 a) al regular la interrupción de la prescripción se refiere a "cualquier acción administrativa" expresión que pone de relieve que lo trascendente, a efectos de interrumpir la prescripción, es el silencio de la relación jurídica, lo que no se puede afirmar cuando el acto de la Administración es meramente anulable, como es el caso.
>
> No es ocioso recordar que este tratamiento jurídico no es diferente al que consagra el artículo 1.973 del Código Civil a efectos de interrupción de la prescripción y que establece la capacidad interruptiva de la prescripción en términos claramente genéricos, llegando también a utilizar la expresión "cualquier", como el precepto citado de la LGT, por lo que el efecto interruptivo no se supedita al éxito de la reclamación sino a la ausencia de silencio en la relación jurídica que prescribe.»

Al negarse por esta doctrina jurisprudencial eficacia interruptiva de la prescripción a la actuación administrativa que desemboca en un acto nulo de pleno derecho, queda por resolver si el procedimiento de impugnación seguido para obtener dicha declaración de nulidad debe considerarse interruptivo de la prescripción o no. A nuestro juicio, sería extensible la misma doctrina sentada en relación con la caducidad, que niega efectos interruptivos de la prescripción a los recursos promovidos para obtener su declaración [Resolución del TEAC de 26 de octubre de 2010, R. G. 4337/09 (NFJ047347)], por lo que carecerían de efectos interruptivos de la prescripción también los recursos y reclamaciones seguidos para obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo.

Nos hace dudar el TEAC de si esta será la dirección que se tome, pues en el presente caso, si tal fuera el criterio a adoptar, junto con la declaración de nulidad de pleno derecho hubiera debido declarar la prescripción del derecho a liquidar, pues respecto de un hecho imponible devengado en 2004 no se han producido más actos potencialmente interruptivos de la prescripción que un procedimiento de liquidación nulo de pleno derecho, que como hemos visto carece de efectos interruptivos de la prescripción, y sendos procedimientos económico-administrativos seguidos en primera y segunda instancia, de resultas de los cuales se ha declarado la nulidad de pleno derecho del acto liquidado.

SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

Rafael Enric Herrando Tejero
Inspector de Hacienda del Estado
Profesor del CEF

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 11 de noviembre de 2013 (BOE de 26 de noviembre)]

Extracto

Desarrollamos a continuación el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 11 de noviembre de 2013 (BOE de 26 de noviembre).

A lo largo del dictamen, estructurado en ocho partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de Gestión Tributaria, Inspección de los Tributos y Recaudación.

Palabras claves: IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

ENUNCIADO

I. PLANTEAMIENTO

A partir de la información que se recoge en las páginas siguientes, deberá usted elaborar un dictamen que aborde los aspectos tributarios, civiles y mercantiles que puedan derivarse de la misma.

El dictamen se estructura en las ocho partes que se citan a continuación.

Para elaborar su dictamen deberá tener en cuenta la información de carácter general contenida en el punto III y la contenida en cada una de las partes.

- **Parte 1.ª** Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria o expresamente contemplados en las otras partes de informe.
- **Parte 2.ª** Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos.
- **Parte 3.ª** Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades.
- **Parte 4.ª** Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- **Parte 5.ª** Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales.
- **Parte 6.ª** Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- **Parte 7.ª** Aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria.
- **Parte 8.ª** Aspectos relacionados con los procedimientos de Recaudación.

II. NOTAS

Para la redacción del dictamen se tendrán en cuenta los siguientes criterios y consideraciones:

- La fecha del dictamen es la del día de hoy: 25 de abril de 2014.
- Se considerará que la normativa sustantiva y procedimental que ha estado vigente en todos los ejercicios ha sido la misma, y es la que está vigente a fecha de hoy.
- Igualmente, y si ello es necesario para la resolución de alguna cuestión del dictamen, se considerará que en el resto de países existe una legislación idéntica a la vigente en España.

- Cada apartado del dictamen es independiente y autónomo, debiéndose hacer abstracción del resto de apartados en orden a la contestación a las cuestiones que en cada uno de ellos se plantea.
- En cada apartado del dictamen se expresan las cuestiones a las que debe responder el opositor, sin perjuicio de que se pueda abordar también cualquier otra cuestión que considere relevante.
- En ninguno de los apartados es necesario realizar las operaciones matemáticas relativas a las liquidaciones tributarias.

III. INFORMACIÓN BÁSICA COMÚN A TODOS LOS APARTADOS

Mienésimopc, SA es una entidad dedicada a la fabricación y venta de ordenadores personales.

En relación con la fabricación, la entidad desarrolla dos tipos de actividades diferenciadas:

- Por una parte, fabrica, directamente, determinado tipo de componentes, a cuyo efecto importa determinadas materias primas que somete a los tratamientos tecnológicos apropiados para conformar determinados elementos del *hardware*.
- Por otra, importa componentes que solo se pueden adquirir en el exterior, dado el desarrollo tecnológico preciso para su fabricación.
- En su planta de Madrid integra ambos tipos de componentes, integración de la que resulta el producto que finalmente se pone a la venta.

En relación con la venta, la entidad dispone de tres puntos de venta propios, situados en locales anexos a sendas grandes superficies, a fin de lograr una mejor visualización de sus productos y una mayor accesibilidad por parte de los potenciales clientes.

Parte 1.ª Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe

El 23 de abril de 2014, el Jefe de la Oficina Técnica de la Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) de Madrid practica liquidación a Mienésimopc, SA, resultante de un acta de disconformidad, por el concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), ejercicio 2009, con una deuda a ingresar de 156.483,53 euros, de los cuales 148.325,63 euros corresponden a la cuota y 8.157,90 euros a intereses de demora. Esta liquidación es notificada el 25 de abril. Al mismo tiempo se le notifica la incoación de un procedimiento sancionador.

El motivo principal de la regularización es que la Inspección no considera acreditada la prestación efectiva de los servicios facturados a Mienésimopc, SA por AsistantComputer, SL.

Mienésimopc, SA pretende interponer reclamación económico-administrativa contra la anterior liquidación, solicitando la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

A tal efecto, ofrecerá la constitución de garantías sobre los siguientes bienes:

a) La finca n.º 8.108 del Registro de la Propiedad n.º 2 de Móstoles, consistente en un edificio industrial. Aporta nota simple del folio registral de este inmueble, que figura inscrito a nombre de Promotora Inmobiliaria del Henares, SL, y gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo de 350.000 euros. Aporta asimismo escritura pública de compraventa otorgado entre Promotora Inmobiliaria del Henares, SL y Mienésimopc, SA el 21 de abril de 2014, presentada en el Registro de la Propiedad, y pendiente de inscripción. En dicha escritura se hace constar que el pago del precio queda aplazado por un año, y se estipula expresamente la resolución del contrato en caso de falta de pago. Aporta asimismo un certificado de tasación, en el que se valora el inmueble en 550.000 euros.

b) Una pintura al óleo de Antonio López, propiedad del administrador único de la sociedad, valorado en 160.000 euros.

A su escrito de alegaciones adjuntará copia de la denuncia presentada por la Fiscalía de Ciudad Real contra AsistantComputer, SL por la presunta comisión de un delito continuado de falsedad documental. En dicha denuncia se hace constar que la citada entidad se dedicaba habitualmente a la emisión de facturas por la prestación de servicios inexistentes. Entre las entidades receptoras de aquellas facturas la denuncia cita a Mienésimopc, SA, que las habría adquirido para deducirse cuotas del IVA y gastos en el Impuesto sobre Sociedades (IS) de forma fraudulenta. Mienésimopc, SA alega sin embargo el carácter manifiestamente infundado de la imputación penal realizada por el Fiscal.

Preguntas:

- **Primera.** ¿A qué órgano debe dirigirse la reclamación económico-administrativa? ¿Dónde debe presentarse y en qué plazo? ¿Es hábil el sábado a efectos de presentación de la reclamación económico-administrativa?
- **Segunda.** ¿En qué consiste el trámite de puesta de manifiesto del expediente?
- **Tercera.** En relación con los bienes ofrecidos por la reclamante, razone si son admisibles para garantizar la suspensión, en qué forma habrían de constituirse las garantías, qué documentación adicional debe aportar la reclamante para que pueda concederse la suspensión.
- **Cuarta.** ¿Qué efectos tendría la inscripción de la condición resolutoria en el Registro?
- **Quinta.** ¿Debe realizar alguna actuación la Delegación Especial de la AEAT de Madrid con respecto a los dos procedimientos citados (el inspector y el sancionador) a la vista de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal?

Parte 2.ª Procedimiento de Inspección

El 31 de enero de 2013 la Inspección de Hacienda recibe una denuncia pública en la que el denunciante comunica que la entidad Mienésimopc, SA ni factura ni declara las ventas que realiza a un cliente denominado Éxito 2020, SL.

Con fecha 5 de marzo de 2013 se notifica a la entidad Mienésimopc, SA, en su domicilio fiscal, el inicio de actuaciones inspectoras de carácter general respecto al IS de los ejercicios 2008, 2009, 2010 y 2011 y al IVA ejercicios 2010 y 2011, citando a la entidad Mienésimopc, SA para que comparezca en las oficinas de la Inspección el 20 de marzo de 2013.

La entidad Mienésimopc, SA no tiene ejercicio partido.

El 20 de marzo, la entidad Mienésimopc, SA comparece en las oficinas de la Inspección aportando la documentación solicitada en la comunicación de inicio de actuaciones, firmándose una diligencia de constancia de hechos en la que se fija el 5 de mayo de 2013 como fecha para continuar las actuaciones inspectoras en las oficinas de la entidad Mienésimopc, SA.

El 3 de mayo el representante de la entidad Mienésimopc, SA recibe una llamada telefónica de la Inspección posponiendo la visita a otra fecha que se les comunicará, por encontrarse de baja el Inspector al haber tenido un accidente. La entidad Mienésimopc, SA constata que tal y como ya había sido avisada, el día 5 de mayo no comparece la Inspección en sus oficinas.

El 15 de noviembre la inspección comparece en el domicilio social de la entidad Mienésimopc, SA al objeto de continuar las actuaciones inspectoras siendo recibida por el representante legal al que solicita que le aporte, en relación con los ejercicios 2008 al 2011, la facturación correspondiente al cliente Éxito 2020, SL para comprobar si están declaradas las ventas. El representante legal manifiesta que respecto de las diferencias de facturación no declaradas en el IS e IVA, la entidad Mienésimopc, SA ha presentado el 20 de octubre de 2013 declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo [previstas en el art. 27 de la Ley General Tributaria (LGT)] por el IS 2009 a 2011 e IVA 2010 y 2011 y que respecto al ejercicio 2008 no ha presentado declaraciones extemporáneas puesto que lo considera prescrito.

La Inspección, concluidas sus comprobaciones e investigaciones, obtenidas las pruebas oportunas y habiéndose cumplido el trámite de audiencia previo a la firma de las actas notificó a la entidad Mienésimopc, SA el lugar, fecha y hora para la formalización de las mismas. El día señalado la entidad Mienésimopc, SA no comparece a la firma ni da explicación o justificación alguna.

Se solicita explicación motivada de las siguientes cuestiones:

Primera. El denunciante remite un escrito a la Inspección solicitando que le informen si finalmente la entidad Mienésimopc, SA (entidad denunciada) ha sido objeto de actuación inspectora y, de haberlo sido, cuál ha sido el resultado de la misma (cuotas, intereses, sanciones...). Así

mismo solicita que le pongan de manifiesto el expediente para, en su caso, hacer alegaciones incriminatorias o interponer un recurso en relación con el resultado de las mismas.

Segunda. ¿Podría la Inspección haber iniciado la visita inspectora mediante personación en el domicilio fiscal de la entidad sin previa comunicación por escrito del inicio de actuaciones?

Tercera. ¿Qué efectos producen las declaraciones extemporáneas presentadas al amparo del artículo 27 de la LGT por las que se declaran las ventas hechas a Éxito 2020, SL que no fueron declaradas ni en IS ni en IVA en los ejercicios 2009 a 2011?

Cuarta. ¿Es válida la afirmación del contribuyente de que el ejercicio 2008 está prescrito a efectos del IS, a fecha 15 de noviembre de 2013?

Quinta. La falta de comparecencia del obligado tributario a la firma del acta implica que:

a) No se formalice ningún acta.

b) Se formalice un acta de conformidad, ya que en el trámite de audiencia previo a la firma de las actas no manifestó nada en contra.

c) Se formalice un acta de disconformidad y se le notifique dándole un plazo de 15 días para formular las alegaciones que considere oportunas.

Sexta. Las liquidaciones derivadas de las actuaciones de comprobación e investigación de alcance parcial tendrán:

a) Siempre carácter de provisionales.

b) Siempre carácter de definitivas.

c) Podrán ser provisionales o definitivas dependiendo de que existan elementos de la obligación tributaria cuya comprobación con carácter definitivo hubiera o no sido posible.

Parte 3.ª Impuesto sobre Sociedades

En relación con la declaración del IS de la sociedad Mienésimopc, SA, responda en informe motivado cuáles son las implicaciones en la base imponible y en la cuota de los hechos que se exponen a continuación, indicando si es necesario, o no, practicar algún ajuste al resultado contable del ejercicio 2013, y en su caso de 2014.

Mienésimopc, SA en los ejercicios anteriores realizó los apuntes contables y los ajustes extracontables de conformidad con la normativa vigente en cada periodo impositivo.

Primero. La sociedad Mienésimopc, SA adquiere durante el año 2011 el 100 % de una sociedad París, SA, por un importe de 22.000.000 de euros.

Ambas sociedades tienen su ejercicio coincidente con el año natural.

París, SA es una sociedad residente en Francia, que no cotiza en un mercado regulado.

Los valores de los fondos propios de París, SA al cierre de los ejercicios recogidos en los balances formulados o aprobados por el órgano competente son los siguientes:

	31-12-2010	31-12-2011	31-12-2012	31-12-2013
Fondos propios (€)	20.000.000	15.000.000	14.000.000	13.000.000

Mienésimopc, SA, en sus declaraciones por el IS de los ejercicios 2011 y 2012, había imputado pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de París, SA por un total de 6.000.000 de euros.

Segundo. Durante el ejercicio 2013 Mienésimopc, SA ha contabilizado, en la cuenta 641 del Plan General de Contabilidad (PGC), 800.000 euros brutos que ha satisfecho a un directivo, en concepto de un primer pago de la indemnización estipulada por cese de su relación laboral formalizada el día 1 de julio de 2013.

Del anterior importe, 600.000 euros se encuentran exentos en la renta personal del directivo, en aplicación de lo establecido en el artículo 7 e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

En enero de 2014 se contabiliza y paga el resto de la indemnización, no exenta de IRPF, por importe bruto de 500.000 euros.

Dicho directivo no ha trabajado nunca para otra entidad que forme parte del mismo grupo de sociedades, de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio.

Tercero. El inmovilizado material del activo no corriente de Mienésimopc, SA está formado por los siguientes elementos:

Código	Cuenta
210	Terrenos
211	Construcciones
213	Maquinaria

.../...

Código	Cuenta
.../...	
216	Mobiliario
217	Equipos para procesos de información
218	Elementos de transporte

Todos ellos forman parte del balance de la entidad desde el 1 de enero de 2011.

Mienésimopc, SA no cumple los requisitos para ser considerada empresa de reducida dimensión (art. 108.1 del TRLIS).

El criterio de amortización contable utilizado por la entidad ha sido el resultado de aplicar los coeficientes de amortización lineal establecidos en las tablas de amortización oficialmente aprobadas sobre el valor de adquisición de dichos elementos.

Cuarto. Al cierre del ejercicio 2013 Mienésimopc, SA presenta los siguientes datos:

Resultado antes de impuestos	5.000.000 €
Gastos financieros netos del ejercicio	3.000.000 €
Beneficio operativo	4.000.000 €

El importe de los gastos financieros figura contabilizado en la cuenta de explotación de Mienésimopc, SA.

Quinto. La cuenta 760 «Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio» está integrada por las siguientes partidas:

- Dividendos procedentes de la sociedad anónima Software, SA, por importe de 500.000 euros íntegros de retenciones, en la que Mienésimopc, SA participa en un 1 % de su capital social desde 2009.
- Dividendos procedentes de la sociedad anónima Hardware, SA, por importe de 1.000.000 de euros íntegros de retenciones, en la que Mienésimopc, SA participa en un 10 % de su capital social desde 2010.

Explicar la repercusión que en la cuota del impuesto supondrá la integración en contabilidad de las anteriores partidas de dividendos, teniendo en cuenta que ambas sociedades son residentes en España y tributan en el régimen general del IS.

Parte 4.ª Impuesto sobre el Valor Añadido e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En relación con cada uno de los apartados siguientes se solicita que emita opinión razonada sobre la trascendencia a los efectos del IVA y, en su caso, de otros impuestos indirectos, de los hechos relatados, con especial referencia a la sujeción al impuesto, hecho imponible, posibles exenciones, sujeto pasivo de cada operación y, en su caso, base imponible, tipo impositivo, lugar de realización del hecho imponible y deducibilidad de las cuotas soportadas.

Primero. El 26 de diciembre de 2013 la entidad Mienésimopc, SA vendió una parcela de terreno, incluida en el Plan General de Ordenación Urbana del correspondiente ayuntamiento, que había adquirido con la intención de construir en ella una nueva planta.

En la escritura de venta, las partes califican la venta del terreno como de parcela rústica al no haberse aprobado el Plan Especial necesario y previo para urbanizar la finca.

Por otra parte, requerido al efecto, el ayuntamiento en el que se encuentra enclavado el terreno ha certificado que no ha emitido nunca una licencia para urbanizar o edificar respecto de la finca transmitida.

La entidad adquirente del terreno tenía como porcentaje de deducción aplicable en 2013 el 99%.

Segundo. La entidad Mienésimopc, SA está estudiando la posibilidad de establecerse en el mercado portugués.

Con el fin de conocer el entorno legal en el que ha de desenvolverse en Portugal, Mienésimopc, SA ha contratado los servicios de una firma de abogados portuguesa; dicha firma no dispone de establecimiento permanente en el territorio de aplicación del IVA español.

Una vez concluido el estudio legal, la entidad portuguesa ha facturado a Mienésimopc, SA 15.000 euros por los servicios de asesoramiento jurídico prestados.

Tercero. Mienésimopc, SA vendió 20 ordenadores a la empresa Redondo, SL durante el primer trimestre del año.

Al finalizar el mismo, y vencido el plazo para el cobro, Redondo, SL no atendió el pago de las facturas enviadas.

En el mes de mayo de dicho año, se ha dictado auto de concurso de la entidad Redondo, SL.

Cuarto. Mienésimopc, SA tiene contratado el servicio de limpieza de sus instalaciones con la entidad Todolimpia, SL, quien le factura mensualmente los servicios prestados.

El día 1 de enero Todolimpia, SL ha comunicado a Mienésimopc, SA que se ha acogido al régimen especial del criterio de caja.

Parte 5.ª Aduanas e Impuestos Especiales

Ante la minoración de la demanda de sus productos en España, la empresa inicia contactos con varios clientes establecidos en China y consigue un contrato de venta de ordenadores del modelo MMX. Este modelo incorpora una pantalla de alta definición que solo se fabrica en Japón.

Dado el elevado coste de la pantalla, la empresa con objeto de diferir el pago de los aranceles (10 % ad valórem) y del IVA vincula la mercancía al régimen de depósito aduanero, y efectúa su despacho a consumo a medida que las pantallas se incorporan al proceso productivo.

El contrato firmado con su cliente chino le obliga a suministrar a principios del próximo mes de mayo 200 ordenadores modelo MMX. Las siguientes entregas de 100 ordenadores cada una deben efectuarse a principio de los meses de junio, julio y agosto. Siguiendo las recomendaciones de su representante aduanero, la empresa Mienésimopc, SA ha solicitado la autorización de un régimen de perfeccionamiento activo sistema suspensión, modalidad estricta para importar de Japón 600 pantallas de alta definición, siendo el producto compensador que figura en la autorización el ordenador modelo MMX. El coeficiente de rendimiento de la transformación es del 90 %.

Para incrementar sus beneficios la empresa decide aceptar la oferta de uno de sus clientes chinos, para importar desde China una partida de 200 bolsos de piel de alligatorsinensis (Aligator de China), valorados en 500 euros cada uno.

Esta especie está incluida en el Anexo A del Reglamento (CE) 338/1997 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestre mediante el control de su comercio y en el Apéndice I del Convenio de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 3 de marzo de 1973 (Convenio CITES).

Se pide:

1. Sabiendo que la empresa Mienésimopc, SA disponía en sus almacenes de 200 ordenadores del modelo MMX, ¿podría haber solicitado otra modalidad de perfeccionamiento activo?
2. ¿Es necesario solicitar el perfeccionamiento activo o la empresa podría efectuar la fabricación de los ordenadores en el depósito aduanero? Justifique su respuesta.
3. ¿Qué carga financiera soporta la importación de las pantallas de alta definición acogidas al régimen de perfeccionamiento activo?

4. En el supuesto de que existiese un acuerdo preferencial entre China y la Unión Europea (UE) y el importador chino quisiese beneficiarse del régimen preferencial, y el acuerdo preferencial contienen una cláusula de *Non Draw-Back*, ¿qué debe hacer la empresa Mienésimopc, SA? ¿Y la empresa china?
5. Para evitar los controles a la importación derivados de la aplicación del Convenio de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, la empresa decide declarar esta importación como efectos personales. Califique las posibles infracciones cometidas por la empresa y las posibles sanciones aplicables conforme a la legislación vigente.

Parte 6.ª Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Primero. El actual administrador de Mienésimopc, SA, don AA, de 62 años, se jubiló el pasado 1 de diciembre de 2013 de su anterior trabajo en una reconocida multinacional, al aceptar la oferta de la empresa de indemnizarle con una cantidad superior a la que legalmente le correspondía, y jubilarse en ese momento en vez de esperar a cumplir los 65 años. La empresa había suscrito un seguro colectivo para cubrir sus compromisos por pensiones, siendo las contribuciones imputadas a don AA por este seguro en los 4 años transcurridos desde su suscripción de 2.500 euros, realizando aportaciones personales por otros 2.500 euros. En este momento, don AA opta por el cobro de prestaciones mensuales, por las cuales en este año percibió 250 euros.

Esta circunstancia coincide también con la resolución de un viejo litigio con la empresa, que le adeudaba 30.000 euros del año 1994, cuyo reconocimiento obtuvo en 2011 mediante una sentencia favorable firme, abonándole la empresa en 2013 las cantidades adeudadas.

Además, don AA, en previsión de que este momento llegara, había invertido parte de sus ahorros de manera que ahora percibe de una mutualidad de previsión social con la que había suscrito un seguro de jubilación en 1986 un importe de 10.000 euros. Don AA había satisfecho primas a dicha mutualidad, desde 1986 a 1995, por importe de 7.200 euros de las cuales solamente 4.000 euros fueron objeto de reducción o minoración en la base imponible, pero sin que ahora pueda acreditar suficientemente esta circunstancia.

Finalmente, cabe destacar que en el año de su contratación por la citada multinacional, fue incluido en un plan de opciones de compra sobre acciones de su empresa, con las siguientes condiciones:

- En el año 2008, le entregaron 20.000 opciones (A) sobre otras tantas acciones de su empresa con un descuento del 20 % sobre el precio de cotización a ejercitar solo a partir del cuarto año. Esta oferta solo alcanzaba a un colectivo determinado de empleados integrado por directivos, mandos intermedios y comerciales de la empresa, y fue aprobada tanto por la comisión de retribuciones como por la junta general. En la fecha de ejercicio puede optar por percibir una acción por cada opción

que ejercite abonando el precio de ejercicio u obtener una liquidación monetaria «por diferencias» entre ambos valores.

- Adicionalmente, le entregaron en el ejercicio 2009 10.000 opciones (B) de compra con las mismas condiciones, pero en este caso las opciones se concedieron a todos los empleados de la empresa para celebrar el vigésimo aniversario de la misma, considerado como un acontecimiento de carácter extraordinario.

Este año 2013 ha ejercitado las siguientes opciones, obteniendo en todos los casos las correspondientes acciones:

- En abril, 5.000 opciones de las entregadas en 2008.
- En mayo, todas las opciones del centenario entregadas en 2009.
- En diciembre, el resto de las opciones entregadas en 2008.

Segundo. Por otro lado, la sociedad Mienésimopc, SA se plantea una serie de dudas con relación al límite determinante de la obligación de retener a cuenta del IRPF en 2013, en el caso de los siguientes tres trabajadores de la empresa:

- Trabajador soltero que convive con su hijo de 19 años de edad, fruto de su anterior matrimonio, y su actual pareja.
- Empleado casado, conviviendo con un menor en régimen de acogimiento permanente. La única pensión del cónyuge es una pensión por incapacidad permanente absoluta percibida de la Seguridad Social por importe de 15.000 euros.
- En este tercer caso, se trata de un empleado que no quiere revelar a la empresa cuál es su situación personal y familiar.

Se pide:

A la vista de los hechos anteriormente descritos, la compañía Mienésimopc, SA le solicita un dictamen sobre las consecuencias que las operaciones descritas en el punto primero tienen en la declaración del IRPF de don AA.

También se solicita respuesta para las dudas que se han planteado en el punto segundo.

Parte 7.ª Procedimientos de Gestión

Primero. Los días 10 y 13 de noviembre de 2011 se intenta notificar mediante correo certificado en el domicilio fiscal de Mienésimopc, SA, con resultado «ausente de reparto», el acuerdo

de inclusión obligatoria en el sistema de dirección electrónica habilitada (DEH), y asignación de la misma para la práctica de notificaciones por la AEAT.

El 4 de diciembre de 2011 se publica en la sede electrónica de la AEAT citación para notificación por comparecencia. La sociedad no comparece.

El 14 de marzo de 2012 la Administración de la AEAT emite a la sociedad un requerimiento para que aporte determinada documentación relativa a la autoliquidación de IVA del cuarto trimestre de 2008 iniciando un procedimiento de verificación de datos. Este acto se pone el 16 de marzo a disposición de la entidad en el buzón electrónico asociado a su DEH, sin que la sociedad acceda su contenido.

El 1 de agosto de 2012 la oficina gestora dicta propuesta de liquidación provisional, que el mismo día se pone a disposición de la entidad en el buzón electrónico asociado a su DEH, sin que la sociedad acceda a su contenido.

El 15 de octubre de 2012 la Administración practica liquidación provisional, que el 16 de octubre pone a disposición de la entidad en el buzón electrónico. La entidad accede al contenido el 17 de octubre de 2012.

La sociedad está disconforme con la liquidación practicada.

Se pide:

1. En relación con la inclusión en el sistema de DEH:

a) Validez de la comunicación de inclusión efectuada por la Administración.

b) Fecha de inclusión y efectos que produce.

2. ¿Qué alegaciones podría formular la sociedad en relación con las actuaciones de la Administración respecto del inicio, tramitación y terminación del procedimiento de verificación de datos?

3. Procedimientos y fecha límite de la que dispone la sociedad para manifestar su disconformidad con la liquidación practicada.

Motivar todas las respuestas con el apoyo normativo oportuno.

Segundo. La sociedad Mienésimopc, SA es propietaria de un local que ha arrendado a la sociedad XX durante el año 2012.

Mienésimopc, SA presenta la declaración del IS correspondiente al año 2012 el último día del plazo establecido por la Ley (el ejercicio económico de Mienésimopc, SA coincide con el año natural), con un resultado a ingresar por importe de 2.000 euros. En dicha declaración incluye los

ingresos por el arrendamiento del inmueble a la sociedad XX por importe de 24.000 euros. Sin embargo, no ha repercutido ni ingresado el IVA correspondiente.

Por su parte, la sociedad XX tampoco ha practicado retenciones a cuenta por los pagos efectuados a Mienésimopc, SA por este concepto.

Por recomendación de su asesor fiscal, la sociedad XX, y con el fin de evitar responsabilidades por incumplimiento de sus obligaciones tributarias, presentó el 10 de septiembre de 2013 declaración extemporánea de retenciones a cuenta por los pagos efectuados durante 2012 por importe de 5.040 euros, importe que previamente ha exigido a Mienésimopc, SA.

Mediante escrito presentado el 15 de septiembre de 2013 Mienésimopc, SA solicita la devolución de las retenciones satisfechas a la sociedad XX.

El 20 de febrero de 2014, la AEAT dicta acuerdo estimatorio en relación con la devolución solicitada. Dicho acuerdo es puesto a disposición de la entidad en el buzón electrónico asociado a su DEH, accediendo la entidad a la misma el 22 de marzo de 2014. Con fecha 25 de marzo de 2014, se ordena el pago del importe solicitado.

Se pide:

1. Procedimiento que debe instar Mienésimopc, SA para solicitar la devolución de las retenciones satisfechas a la sociedad XX correspondientes a 2012. Plazo para instar el procedimiento y órgano competente para tramitar y resolver la solicitud.
2. En el procedimiento instado por Mienésimopc, SA, ¿puede la Administración regularizar el IVA que Mienésimopc, SA no ha repercutido en el arrendamiento del local?
3. ¿Procede incluir en la resolución del procedimiento liquidación de intereses de demora? En caso afirmativo indicar las fechas a tener en cuenta para el cómputo de los mismos.

Motivar todas las respuestas con el apoyo normativo oportuno.

Parte 8.ª Procedimientos de Recaudación

Mienésimopc, SA tiene en perspectivas ampliar su actividad, encontrándose en negociaciones en la actualidad con la entidad PCVerde, SA, cuyo objeto social es la actividad de reciclaje de componentes electrónicos.

PCVerde, SA desarrolla su actividad en un local situado en Madrid, en pleno centro comercial de la capital, en régimen de arrendamiento, teniendo en plantilla desde el momento de su constitución, en el año 2006, a los mismos cinco empleados.

Durante las negociaciones mantenidas, la dirección de PCVerde, SA ha puesto de manifiesto a Mienésimopc, SA que antes de finalizar el año 2014, está previsto instar la disolución y liquidación de la mercantil, a la vista de su situación económica y de la falta de financiación por parte de las entidades bancarias que le permita seguir con su actividad, situación que ha determinado un grave endeudamiento de la entidad, muy especialmente con la Hacienda Pública, como consecuencia del ejercicio de su actividad durante los últimos dos años.

Mienésimopc, SA, a pesar de las dificultades económicas descritas, considera el negocio de PCVerde estratégico y totalmente viable a la vista de la tendencia general existente en relación con las actividades de conservación del medio ambiente, por lo que se plantea dos formas de actuación para hacerse con el mismo:

a) Adquirir el control de PCVerde, mediante la compra del número de acciones imprescindibles a tal efecto. Inmediatamente después se iniciarían negociaciones con las entidades bancarias a efectos de obtener la financiación necesaria para la continuidad de la actividad, asumiendo el riesgo de que estas no prosperasen y no pudiesen superarse finalmente las dificultades preexistentes, en cuyo caso se iniciarían las correspondientes actuaciones de liquidación de la mercantil.

b) Formalizar la adquisición de la titularidad y ejercicio de la actividad económica de PCVerde.

Mienésimopc, SA se dirige a Vd. solicitando, con la información que se ha descrito, una primera opinión profesional sobre las ventajas e inconvenientes que pueden ofrecer una y otra opción desde el punto de vista, exclusivamente, de la responsabilidad que la entidad asumiría en relación con las deudas tributarias de PCVerde en caso de optar por una u otra línea de acción, en previsión de que llegasen a concretarse cualquiera de los escenarios descritos, con indicación expresa de los mecanismos que la norma tributaria pudiese contener, a utilizar por parte de Mienésimopc, SA, de cara a valorar la eventual contingencia fiscal en cada uno de dichos escenarios.

SOLUCIÓN

PARTE 1.ª ASPECTOS JURÍDICOS, CIVILES Y MERCANTILES, Y AQUELLOS OTROS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA NO EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LAS OTRAS PARTES DEL INFORME

Primera. El artículo 235.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) establece que el escrito de interposición se dirigirá al órgano administrativo que haya dictado el

acto reclamable, que lo remitirá al tribunal competente en el plazo de un mes junto con el expediente correspondiente, al que se podrá incorporar un informe si se considera conveniente.

En el caso que nos ocupa, el escrito de interposición deberá dirigirse al Jefe de la Oficina Técnica de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid.

Cabe señalar que, de conformidad con lo regulado en el artículo 229 de la LGT, al provenir el acto a impugnar de un órgano periférico de la AEAT (en este caso, la Oficina Técnica de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid), y dado que la cuantía de la reclamación es superior a 150.000 euros (el acto a impugnar es una liquidación correspondiente al IVA, ejercicio 2009, cuyo importe asciende a 156.483,53 €, de los cuales 148.325,63 € corresponden a la cuota y 8.157,90 € a intereses de demora), el reclamante puede optar entre dos posibilidades:

1.º Acudir al Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) en primera instancia para luego, y en su caso, recurrir ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en segunda instancia, mediante el recurso de alzada ordinario contemplado en el artículo 241 de la LGT.

2.º Impugnar directamente el acto ante el TEAC en única instancia.

Por lo que se refiere al lugar de presentación de la reclamación económico-administrativa, es de aplicación lo preceptuado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), de aplicación supletoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.2 de la LGT. En concreto, el artículo 38.4 de la LRJAP-PAC dispone que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.

b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las comunidades autónomas, a la de cualquier administración de las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, a los ayuntamientos de los municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.

c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca.

d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibili-

dad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

Por lo que se refiere al plazo para la presentación de la reclamación económico-administrativa, el apartado 1 del artículo 235 de la LGT dispone que la reclamación económico-administrativa en única o primera instancia se interpondrá en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado.

Dado que el enunciado indica que la liquidación correspondiente al IVA, ejercicio 2009, fue notificada el 25 de abril de 2014, el plazo para la presentación de la reclamación económico-administrativa comenzará el 26 de abril de 2014 y finalizará el 25 de mayo de 2014.

Ahora bien, el artículo 48 de la LRJAP-PAC regula el cómputo de los plazos, estableciendo en su apartado 1 que cuando el último día del plazo sea inhábil (a estos efectos, se consideran días inhábiles los domingos y los declarados festivos), se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Los días inhábiles serán tanto los días feriados del lugar donde se ubique el órgano administrativo al que se dirige la reclamación, como los propios del domicilio o residencia del reclamante. Dado que el día 25 de mayo de 2014 es domingo, el plazo para la presentación de la reclamación económico-administrativa finalizará el 26 de mayo de 2014, es decir, el primer día hábil siguiente.

Por lo que se refiere a la pregunta de si el sábado es un día hábil a efectos de presentación de la reclamación económico-administrativa, la respuesta debe ser afirmativa, ya que el artículo 48 de la LRJAP-PAC únicamente considera como días inhábiles los domingos y los declarados festivos.

Segunda. Por lo que se refiere al trámite de puesta de manifiesto del expediente, el artículo 236.1 de la LGT establece que el tribunal, una vez recibido y, en su caso, completado el expediente, lo pondrá de manifiesto a los interesados que hubieran comparecido en la reclamación y no hubiesen formulado alegaciones en el escrito de interposición o las hubiesen formulado pero con la solicitud expresa de este trámite, por plazo común de un mes en el que deberán presentar el escrito de alegaciones con aportación de las pruebas oportunas.

Una vez el expediente es puesto de manifiesto al interesado promotor de la reclamación, se abre el periodo correspondiente para formalizar el escrito en el que aquel puede reseñar los hechos y los fundamentos de derecho en los que base sus pretensiones. Este trámite, si no se ha renunciado a él (lo que se hace implícitamente si con la interposición se formalizan ya las alegaciones sin reserva posterior del trámite o de articulación de prueba), reviste un carácter esencial y, por ello, su omisión determina la anulabilidad, toda vez que produce indefensión para los interesados, por lo que es procedente la retroacción y reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dé cumplimiento al mismo, so pena de contrariar el artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978.

La prueba tiene por objeto constatar y demostrar la exactitud y veracidad de los hechos que sirvan luego de presupuesto a la resolución que, en su caso, haya de adoptarse. La relación entre el

escrito de alegaciones y la prueba no puede ser puesta en duda dado que, en virtud del criterio de concentración procedimental, el reclamante ha de aportar las pruebas junto con el propio escrito de alegaciones. A este respecto, el artículo 214 de la LGT señala que será de aplicación lo previsto en los artículos 105 a 108 de la LGT, que recuerdan la incumbencia de la carga de la prueba y la posibilidad de designar de modo concreto los elementos de prueba que obren en poder de la Administración tributaria. Específicamente, y en relación con la vía económico-administrativa, el artículo 236 de la LGT establece las especialidades reguladas en la LGT sobre prueba en este procedimiento de revisión, señalando que las pruebas testificales, periciales y las consistentes en declaración de parte se realizarán mediante acta notarial o ante el Secretario del tribunal o el funcionario en quien el mismo delegue, que extenderá el acta correspondiente.

Tercera. El artículo 233 de la LGT regula la suspensión de los actos recurridos en la vía económico-administrativa, disponiendo que la ejecución del acto impugnado quedará suspendida automáticamente a instancia del interesado si se garantiza el importe de dicho acto, los intereses de demora que genere la suspensión y los recargos que procederían en caso de ejecución de la garantía, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Las garantías necesarias para obtener la suspensión automática a la que se refiere el apartado anterior serán exclusivamente las siguientes:

a) Depósito de dinero o valores públicos.

b) Aval o fianza de carácter solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución.

c) Fianza personal y solidaria de otros contribuyentes de reconocida solvencia para los supuestos que se establezcan en la normativa tributaria.

Cuando el interesado no pueda aportar las garantías necesarias para obtener la suspensión a que se refiere el apartado anterior, se acordará la suspensión previa prestación de otras garantías que se estimen suficientes. A este tipo de suspensión alude el artículo 44 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa (RGRVA).

Por otra parte, el artículo 40 del RGRVA regula la solicitud de suspensión, estableciendo que la suspensión deberá solicitarse en escrito independiente e ir acompañada por los siguientes documentos:

a) Aquellos que el solicitante estime procedentes para justificar la concurrencia de los requisitos necesarios para su concesión.

b) Una copia de la reclamación interpuesta.

c) La imposibilidad de aportar las garantías previstas para la suspensión automática. En este sentido, la Resolución de 21 de diciembre de 2005 considera justificada

la imposibilidad de aportar garantías establecidas para la suspensión automática cuando se aporten los siguientes documentos:

- Certificado de la imposibilidad de obtener aval o fianza solidaria expedido, dentro del mes anterior a la fecha de presentación de la solicitud, por dos entidades de crédito, y siempre que una de ellas sea aquella con la que el contribuyente opera habitualmente.
- Copia certificada del libro mayor de tesorería en el que se refleje la insuficiencia de saldo disponible para constituir un depósito en efectivo, cuando el solicitante esté obligado a llevar contabilidad.
- Declaración del solicitante de no ser titular de valores públicos.

d) La naturaleza y características de las garantías que se ofrecen, así como los bienes y derechos sobre los que deben constituirse.

e) La valoración actualizada de los bienes y derechos sobre los que se constituirá la garantía ofrecida, realizada por una empresa o profesional debidamente inscrito en el Registro de tasadores oficiales o, si no lo hubiere, por perito con titulación suficiente.

De conformidad con el artículo 44.2 del RGRVA, la competencia para la tramitación y resolución de la suspensión con otras garantías distintas de las automáticas corresponde al órgano de recaudación y no al tribunal económico-administrativo.

El artículo 45 del RGRVA regula la constitución de las garantías, según el cual la garantía ofrecida deberá ser constituida dentro del plazo de dos meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acuerdo de concesión, cuya eficacia estará condicionada a su formalización.

Dicha garantía deberá ser objeto de aceptación, en su caso y según su naturaleza, por el órgano de recaudación que dictó la resolución de concesión.

Transcurrido el plazo de dos meses sin que la garantía se hubiese formalizado, y siempre que la solicitud de suspensión se hubiese presentado en periodo voluntario de ingreso, el periodo ejecutivo se iniciará el día siguiente al de la finalización del plazo concedido para la formalización de la garantía, y deberá iniciarse el procedimiento de apremio en los términos previstos en el artículo 167.1 de la LGT, exigiéndose el ingreso del principal de la deuda y el recargo del periodo ejecutivo.

Cuarta. Al lado de la hipoteca, la llamada condición resolutoria o pacto de *lex commisoria* del artículo 1.504 del Código Civil (CC) es el medio de garantía más usualmente pactado en las ventas de bienes inmuebles en que el precio queda aplazado. La función más importante que esta cláusula se halla llamada a desempeñar es la de garantizar la posesión del comprador en las ventas de inmuebles en las que el precio se aplaza. Así, en la que podíamos denominar «fase preventiva de la garantía», la función que la condición resolutoria desempeña es muy similar a la de la hipoteca. Sin embargo, las cosas no son así en la llamada «fase ejecutiva»: mientras la hipoteca tutela

el interés del vendedor al cobro del precio aplazado también cuando entra en ejecución (a través de su función de realización del valor), la condición resolutoria, en su fase ejecutiva, pone de manifiesto la frustración del fin negocial, ya que su consecuencia es la devolución de las prestaciones objeto del negocio y la consiguiente recuperación por el vendedor de la finca que había enajenado.

Para que la facultad resolutoria –y la consiguiente restitución de prestaciones– perjudique siempre a terceros, es preciso su inscripción en el Registro de la Propiedad. Así lo establece –además del último inciso del citado art. 1.124 del CC– el artículo 11 de la Ley Hipotecaria (LH), a cuyo tenor la expresión del aplazamiento de pago, conforme al artículo 10, no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

La condición resolutoria explícita, siempre que cumpla con los requisitos del artículo 11 de la LH, se asimila a la hipoteca, en los términos establecidos en el artículo 7.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRLITP y AJD).

Quinta. El artículo 180 de la LGT regula el principio de no concurrencia de sanciones tributarias, disponiendo en su apartado 1 que si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal.

El artículo 305 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal (modificada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre), regula el delito de fraude a la Hacienda Pública, disponiendo que el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada periodo impositivo o de declaración, y si estos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

De los datos del enunciado se desprende que Mienésimopc, SA ha deducido en el IVA, ejercicio 2009, cuotas de IVA soportado correspondientes a facturas falsas que le ha proporcionado una empresa inexistente (AsistantComputer, SL), por importe de 148.325,63 euros. Dicha conducta estaría encuadrada en el supuesto delictivo del artículo 305 del Código Penal, consistente

en el delito de fraude a la Hacienda Pública, dada su cuantía (superior a 120.000 €) y el hecho de que las facturas que justifican las cuotas de IVA soportado son falsas, al no corresponder a servicios realmente prestados.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir por la Delegación Especial de la AEAT de Madrid, a la vista de la denuncia presentada por el Ministerio Fiscal, el artículo 32 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen sancionador tributario (RGRST), regula las actuaciones en supuestos del delito previsto en el artículo 305 del Código Penal disponiendo que, en el supuesto de que la Administración tributaria considere que la conducta del obligado tributario pudiera ser constitutiva del delito tipificado en el artículo 305 del Código Penal, se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido y procederá de conformidad con lo dispuesto en este artículo.

Cuando la circunstancia prevista en el apartado anterior se aprecie durante la tramitación del procedimiento sancionador, y los actos de liquidación ya hayan sido dictados, el órgano, equipo o unidad que instruya dicho procedimiento (sancionador) suspenderá su tramitación y trasladará las actuaciones de comprobación y las del procedimiento sancionador, junto con el correspondiente informe, al jefe del órgano administrativo competente, por medio de su superior jerárquico. Asimismo, se suspenderá la ejecución de la liquidación hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial.

A efectos de lo dispuesto en este artículo, se entenderá por órgano administrativo competente el que, según la normativa de organización aplicable, tenga atribuidas las funciones de apreciación de la existencia de hechos constitutivos de delito contra la Hacienda Pública. En los procedimientos de inspección, el jefe del órgano administrativo competente será el inspector-jefe correspondiente.

A la vista de la documentación recibida y de los informes que haya considerado oportuno solicitar, el jefe del órgano administrativo competente, si aprecia la existencia de un posible delito, deberá remitir el expediente al delegado especial o central o al director del departamento correspondiente, según de quien dependa el órgano actuante.

El jefe del órgano administrativo competente podrá ordenar completar el expediente con carácter previo a decidir sobre su remisión o no al delegado o al director del departamento correspondiente.

Si el jefe del órgano administrativo competente no aprecia la existencia de un posible delito devolverá el expediente al órgano que se lo hubiera remitido o a otro distinto para que lo ultime en vía administrativa.

Una vez recibida la documentación, el delegado o el director de departamento competente acordará, previo informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico, la remisión del expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal, o la devolución del mismo, según aprecie o no la posible existencia de delito.

Concluido el proceso penal o devuelto el expediente por el Ministerio Fiscal, se estará a lo dispuesto en el artículo 180.1 y en la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria continuará el procedimiento de comprobación e iniciará o continuará el procedimiento sancionador de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados.

PARTE 2.ª PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN

Primera. El artículo 114 de la LGT regula la denuncia pública, estableciendo que mediante la denuncia pública se podrán poner en conocimiento de la Administración tributaria hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias o tener trascendencia para la aplicación de los tributos. La denuncia pública es independiente del deber de colaborar con la Administración tributaria regulado en los artículos 93 y 94 de la LGT.

Recibida una denuncia, se remitirá al órgano competente para realizar las actuaciones que pudieran proceder. Este órgano podrá acordar el archivo de la denuncia cuando se considere infundada o cuando no se concreten o identifiquen suficientemente los hechos o las personas denunciadas.

Se podrán iniciar las actuaciones que procedan si existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados y estos son desconocidos para la Administración tributaria. En este caso, la denuncia no formará parte del expediente administrativo.

No se considerará al denunciante interesado en las actuaciones administrativas que se inicien como consecuencia de la denuncia ni se le informará del resultado de las mismas. Tampoco estará legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones en relación con los resultados de dichas actuaciones.

Segunda. El artículo 177 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGIT), regula la iniciación de oficio del procedimiento de inspección disponiendo que, cuando se estime conveniente para la adecuada práctica de las actuaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 del RGGIT, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147.2 de la LGT, el procedimiento de inspección podrá iniciarse sin previa comunicación mediante personación en la empresa, oficinas, dependencias, instalaciones, centros de trabajo o almacenes del obligado tributario o donde exista alguna prueba de la obligación tributaria, aunque sea parcial. En este caso, las actuaciones se entenderán con el obligado tributario si estuviese presente y, de no estarlo, con los encargados o responsables de tales lugares.

Tercera. El artículo 150.2 de la LGT dispone que la interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada.

   En estos supuestos, se entenderá interrumpida la prescripción por la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado tras la interrupción injustificada. El obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse.

b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y periodo objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de la LGT.

De los datos del enunciado se desprende que se ha producido una interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna por más de seis meses, por causas no imputables al obligado tributario, por el periodo de tiempo comprendido entre el 20 de marzo de 2013 y el 15 de noviembre de 2013. Dicha interrupción injustificada tiene como efecto que no se considere interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta el 20 de septiembre de 2013, entendiéndose interrumpida la prescripción por la realización de actuaciones con posterioridad a dicha fecha. En el caso que nos ocupa, la primera actuación inspectora realizada con posterioridad a la interrupción injustificada es la comparecencia de 15 de noviembre de 2013.

Por otra parte, el segundo efecto que produce la interrupción injustificada del procedimiento inspector es que los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento (5 de marzo de 2013) hasta la reanudación de las actuaciones (15 de noviembre de 2013) que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y periodo objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de la LGT.

El enunciado nos indica que la entidad Mienésimopc, SA presentó en fecha 20 de octubre de 2013 declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo por el IS 2009 a 2011 e IVA 2010 y 2011, por lo que procederá aplicar el correspondiente recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo del artículo 27 de la LGT.

Cuarta. La interrupción injustificada tiene como efecto que no se considere interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta el 20 de septiembre de 2013, entendiéndose interrumpida la prescripción por la realización de actuaciones con posterioridad a dicha fecha.

El plazo para la presentación de la declaración-liquidación correspondiente al IS del ejercicio 2008 finalizó el 25 de julio de 2009, por lo que el mismo se encuentra prescrito a la fecha de reanudación de las actuaciones (15 de noviembre de 2013). El resto de obligaciones tributarias y periodos no se encuentran prescritos, dado que desde la fecha límite para la presentación de las correspondientes declaraciones y/o autoliquidaciones y el 15 de noviembre de 2013 no ha transcurrido el plazo de prescripción contemplado en el artículo 66 de la LGT (cuatro años):

Concepto	Periodo	Fecha inicio prescripción (*)	Fecha reanudación actuaciones	Prescripción
IS	2008	26-07-2009	15-11-2013	SÍ
IS	2009	26-07-2010	15-11-2013	NO
IS	2010	26-07-2011	15-11-2013	NO
IS	2011	26-07-2012	15-11-2013	NO
IVA	1T/2010	21-04-2010	15-11-2013	NO
IVA	2T/2010	21-07-2010	15-11-2013	NO
IVA	3T/2010	21-10-2010	15-11-2013	NO
IVA	4T/2010	31-01-2011	15-11-2013	NO
IVA	1T/2011	21-04-2011	15-11-2013	NO
IVA	2T/2011	21-07-2011	15-11-2013	NO
IVA	3T/2011	21-10-2011	15-11-2013	NO
IVA	4T/2011	31-01-2012	15-11-2013	NO

(*) El artículo 67.1 de la LGT señala como inicio del cómputo del plazo de prescripción el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la declaración o autoliquidación.

La presentación de la declaración-liquidación correspondiente al Impuesto sobre Sociedades deberá efectuarse dentro de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 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 (TRLIS).

La presentación de las autoliquidaciones correspondientes al IVA deberá efectuarse dentro de los 20 primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente periodo de liquidación trimestral, excepto para la liquidación del cuarto trimestre del año, en cuyo caso el periodo de presentación son los 30 primeros días de enero, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido (RIVA).

En consecuencia, sí que resulta válida la afirmación del contribuyente, en el sentido de que el ejercicio 2008 está prescrito a efectos del IS, a fecha 15 de noviembre de 2013.

Quinta. El artículo 188 del RGGIT regula la tramitación de las actas de disconformidad, disponiendo en su apartado 1 que cuando el obligado tributario no comparezca en la fecha seña-

lada para la firma de las actas, se formalizará un acta de disconformidad, en la que se hará constar el derecho del obligado tributario a presentar las alegaciones que considere oportunas dentro del plazo de los 15 días, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que se haya producido la negativa a suscribir, se haya suscrito o, si no se ha comparecido, se haya notificado el acta.

En consecuencia, la respuesta correcta a la cuestión Quinta es la letra c).

Sexta. El artículo 190 del RGGIT regula las clases de liquidaciones derivadas de las actas de inspección, estableciendo lo siguiente:

1.º Las liquidaciones derivadas de un procedimiento de inspección tendrán carácter definitivo o provisional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 de la LGT, y en este artículo.

2.º Las liquidaciones derivadas de las actuaciones de comprobación e investigación de alcance parcial tendrán siempre el carácter de provisionales.

En consecuencia, la respuesta correcta a la cuestión Sexta es la letra a).

PARTE 3.ª IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Primero. El fondo de comercio financiero se define como la diferencia entre el precio de adquisición de las participaciones en entidades no residentes y el patrimonio neto de la entidad participada a la fecha de la adquisición, en la parte que no pueda imputarse a bienes y derechos concretos de la entidad participada.

El artículo 12.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el TRLIS, dispone que el fondo de comercio financiero será fiscalmente deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteava parte de su importe (para los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011 a 2015, el límite anual máximo es la centésima parte de su importe).

No obstante lo anterior, cabe señalar que dicha deducción no será de aplicación a las adquisiciones de valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, realizadas a partir de 21 de diciembre de 2007.

Por otra parte, el artículo 12.3 del TRLIS regulaba las pérdidas por deterioro de valores representativos del capital o fondos propios de entidades no cotizadas, estableciendo que la deducción en concepto de pérdidas por deterioro de los valores representativos de la participación en el capital de entidades que no coticen en un mercado regulado no podrá exceder de la diferencia positiva entre el valor de los fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio, debiendo tenerse

en cuenta las aportaciones o devoluciones de aportaciones realizadas en él. Este mismo criterio se aplicaba a las participaciones en el capital de entidades del grupo, multigrupo y asociadas en los términos de la legislación mercantil.

La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, deroga el apartado 3 del artículo 12 del TRLIS, de tal forma que la pérdida por deterioro de valor de participaciones en entidades, cotizadas o no cotizadas, tiene la consideración de gasto no deducible fiscalmente [art. 14.1 j) del TRLIS], con efectos para los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013.

Por lo que se refiere al ejercicio 2013, la sociedad habrá contabilizado una pérdida por deterioro de valor contable, por importe de 1.000.000 de euros (la diferencia de fondos propios al inicio y al cierre del ejercicio) que no será fiscalmente deducible, en aplicación del artículo 14.1 j) del TRLIS, por lo que procede efectuar un ajuste extracontable positivo de 1.000.000 de euros.

Por otra parte, por lo que se refiere al régimen transitorio, la Ley 16/2013 introduce una disposición transitoria cuadragésima primera, según la cual la reversión del deterioro que haya resultado fiscalmente deducible se efectuará en los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2013, en la base imponible del periodo impositivo en el que el valor de los fondos propios exceda al cierre del valor de los fondos propios al inicio.

No procede revertir, en el ejercicio 2013, el deterioro de valor que ha sido deducido fiscalmente en los ejercicios 2011 y 2012 (por importes de 5.000.000 € y 1.000.000 €, respectivamente), dado que el valor de los fondos propios a 31 de diciembre de 2013 (13.000.000 €) es inferior a su valor a 1 de enero de 2013 (14.000.000 €).

Segundo. La Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, añade la letra i) al apartado 1 del artículo 14 del TRLIS, con efectos desde el 1 de enero de 2013, según el cual no serán deducibles los gastos que excedan, para cada perceptor, del importe de 1.000.000 de euros o, en caso de resultar superior, del importe que esté exento por aplicación del artículo 7 e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF), aun cuando se satisfaga en varios periodos impositivos, derivados de la extinción de la relación laboral o de la relación mercantil del artículo 17.2 e) de la LIRPF. A estos efectos, se computarán las cantidades satisfechas por otras entidades que formen parte de un mismo grupo de sociedades en las que concurran las circunstancias previstas en el artículo 42 del Código de Comercio.

Para el ejercicio 2013, el enunciado nos indica que se ha contabilizado en la cuenta 641 «Indemnizaciones» del PGC la cantidad de 800.000 euros, importe que resulta fiscalmente deducible, al no exceder de 1.000.000 de euros. En consecuencia, no procede efectuar ajuste extracontable alguno.

Para el ejercicio 2014, el enunciado nos indica que se ha contabilizado la cantidad de 500.000 euros en la cuenta 641 «Indemnizaciones». De dicha cantidad, 200.000 euros serán fiscalmente deducibles, mientras que el resto (300.000 €) no resultarán fiscalmente deducibles, al exceder de 1.000.000 de euros. En consecuencia, procede efectuar un ajuste extracontable positivo de 300.000 euros.

Tercero. La disposición adicional undécima del TRLIS regulaba la libertad de amortización para elementos del inmovilizado material nuevo, disponiendo que las inversiones en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, puestos a disposición del sujeto pasivo en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, podrán ser amortizadas libremente. La deducción no estará condicionada a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, elimina la libertad de amortización regulada en la disposición adicional undécima del TRLIS. Esta derogación se acompaña de una limitación temporal en la base imponible respecto de las cantidades pendientes de aplicar a la fecha de la entrada en vigor del citado real decreto-ley (31 de marzo de 2012), procedentes de periodos impositivos en que se haya generado el derecho a la aplicación de la libertad de amortización.

En el supuesto de que la entidad Mienésimopc, SA se hubiera acogido a la libertad de amortización contemplada en la disposición adicional undécima del TRLIS, habrá registrado el correspondiente ajuste extracontable negativo, el cual va a revertir en los siguientes periodos impositivos.

Ahora bien, en el supuesto de que la entidad de referencia tuviera cantidades pendientes de aplicar, correspondientes a la libertad de amortización, a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (31 de marzo de 2012), deberemos tener en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria trigésima séptima del TRLIS, que regula un régimen transitorio para la libertad de amortización pendiente de aplicar, en el siguiente sentido:

1.º Los sujetos pasivos que hayan realizado inversiones hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, a las que resulte de aplicación la disposición adicional undécima de esta ley, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, y por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, y tengan cantidades pendientes de aplicar, correspondientes a la libertad de amortización, podrán aplicar dichas cantidades en las condiciones allí establecidas.

2.º No obstante, en los periodos impositivos que se inicien dentro del año 2012, 2013, 2014 o 2015, los sujetos pasivos que hayan realizado inversiones hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, a las que resulte de aplicación la disposición adicional undécima de esta ley, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, en periodos impositivos en los que no hayan cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 108 del

TRLIS, y tengan cantidades pendientes de aplicar, podrán aplicar las mismas con el límite del 40 % de la base imponible previa a su aplicación y a la compensación de bases imponibles negativas a que se refiere el artículo 25 de esta ley.

3.º En los periodos impositivos que se inicien dentro del año 2012, 2013, 2014 o 2015, los sujetos pasivos que hayan realizado inversiones hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, a las que resulte de aplicación la disposición adicional undécima de esta ley, según redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, en periodos impositivos en los que no hayan cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 108 de esta ley, y tengan cantidades pendientes de aplicar, podrán aplicar las mismas con el límite del 20 % de la base imponible previa a su aplicación y a la compensación de bases imponibles negativas a que se refiere el artículo 25 de esta ley.

Por otra parte, cabe señalar que la amortización contable del inmovilizado material correspondiente a los periodos impositivos 2013 y 2014 para entidades que no sean empresas de reducida dimensión, se deducirá de la base imponible hasta el 70 % de aquella que hubiera resultado fiscalmente deducible. La amortización contable que no sea deducible fiscalmente se deducirá de forma lineal durante un plazo de diez años u, opcionalmente, durante la vida útil del elemento patrimonial, a partir del primer periodo impositivo que se inicie a partir del año 2015.

Cuarto. El artículo 20 del TRLIS, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que introduce diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, y por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, regula la limitación en la deducibilidad de gastos financieros, disponiendo que los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 % del beneficio operativo del ejercicio.

A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el periodo impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refiere la letra h) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIS.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 %, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6.000.000 de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIS.

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de 1.000.000 de euros.

Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los periodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.

El gasto financiero neto del ejercicio 2013 asciende a 3.000.000 de euros, importe superior al límite contemplado en el apartado 1 del artículo 20 del TRLIS, es decir, el 30 % del beneficio operativo (1.200.000 €). Por lo tanto, en el ejercicio 2013 la entidad Mienésimopc, SA podrá deducir gastos financieros netos por cuantía de 1.200.000 euros, mientras que el exceso (1.800.000 €) podrá deducirse en los periodos impositivos que concluyan en los 18 años inmediatos y sucesivos, conjuntamente con los del periodo impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.

Quinto. El artículo 30 del TRLIS regula la deducción para evitar la doble imposición interna, estableciendo que cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España se deducirá el 50 % de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios.

La base imponible derivada de los dividendos o participaciones en beneficios será el importe íntegro de estos.

La deducción a que se refiere el apartado anterior será del 100 % cuando los dividendos o participaciones en beneficios procedan de entidades en las que el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea igual o superior al 5 %, siempre que dicho porcentaje se hubiere tenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

Para los dividendos procedentes de la sociedad anónima Software, SA, cuyo importe asciende a 500.000 euros, procede aplicar una deducción del 50 %, ascendiendo la misma a 75.000 euros (500.000 × 30 % × 50 %).

En cambio, para los dividendos procedentes de la sociedad anónima Hardware, SA, cuyo importe asciende a 1.000.000 de euros, procede aplicar una deducción del 100 %, al cumplirse los requisitos del porcentaje de participación, superior al 5 %, y de tenencia de la participación, superior a un año, ascendiendo la misma a 300.000 euros (1.000.000 × 30 % × 100 %).

Por lo que se refiere a la repercusión que en la cuota del impuesto supondrá la integración en contabilidad de las anteriores partidas de dividendos (lo cual supondrá que la entidad habrá contabilizado los dividendos percibidos en la cuenta 760 «Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio»), es la siguiente:

Sociedad Software, SA:

Base imponible	500.000 €
Cuota íntegra	150.000 €
Deducción artículo 30.1 del TRLIS	–75.000 €
Cuota íntegra ajustada	75.000 €

Sociedad Hardware, SA:

Base imponible	1.000.000 €
Cuota íntegra	300.000 €
Deducción artículo 30.1 del TRLIS	–300.000 €
Cuota íntegra ajustada	0 €

PARTE 4.ª IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO E IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Primero. El artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), regula el hecho imponible, señalando que estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, entendiéndose realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, entre otras, las transmisiones o cesiones de uso a terceros de la totalidad o parte de cualesquiera de los bienes o derechos que integren el patrimonio empresarial o profesional de los sujetos pasivos.

El artículo 5 de la LIVA dispone que se reputarán empresarios o profesionales, entre otros, las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario.

La venta de la parcela de terreno efectuada por la entidad Mienésimopc, SA constituye una operación sujeta al IVA, al tratarse de una entrega de bienes efectuada por una sociedad mercantil.

Por otra parte, el artículo 20.Uno. 20.º de la LIVA dispone que estarán exentas del impuesto, entre otras, las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables, incluidas las construcciones de cualquier naturaleza en ellos enclavadas, que sean indispensables para el desarrollo de una explotación agraria, y los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.

A estos efectos, se consideran edificables los terrenos calificados como solares por la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y demás normas urbanísticas, así como los demás terrenos aptos para la edificación por haber sido esta autorizada por la correspondiente licencia administrativa.

El artículo 20.Dos de la LIVA establece que la exención relativa al número 20.º del apartado Uno podrá ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y, en función de su destino previsible, tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones.

Se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales.

La venta de la parcela de terreno constituye una operación sujeta y exenta del IVA, al encuadrarse en el supuesto contemplado en el artículo 20.Uno.20.º de la LIVA, sin que quepa la posibilidad de renunciar a la exención, dado que el adquirente no tiene derecho a la deducción total del impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones (el enunciado indica que el adquirente tenía como porcentaje de deducción aplicable en 2013 el 99%).

El sujeto pasivo de la operación de venta de la parcela de terreno, de acuerdo con el artículo 84.Uno.1.º de la LIVA, será la entidad Mienésimopc, SA, es decir, quien realiza la entrega del bien, en este caso, la parcela de terreno.

Por último, cabe señalar que el artículo 4.Cuatro de la LIVA señala que las operaciones sujetas al IVA no estarán sujetas al concepto «transmisiones patrimoniales onerosas» del ITP y AJD.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las entregas y arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución o transmisión de derechos reales de goce o disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando estén exentos del impuesto, salvo en los casos en que el sujeto pasivo renuncie a la exención en las circunstancias y con las condiciones recogidas en el artículo 20.Dos de la LIVA.

En consecuencia, la venta de la parcela de terreno quedará sometida a tributación por la modalidad «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» (TPO) del ITP y AJD. Además, al realizarse la transmisión en escritura pública, se ha de tributar por la cuota fija de la modalidad documentos notariales del concepto «Actos Jurídicos Documentados» (AJD) (0,30 € por pliego o 0,15 € por folio), de conformidad con lo establecido en el artículo 31.1 del TRLITP y AJD, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Por la transmisión del terreno no se devenga la cuota variable de documentos notariales, de la modalidad AJD, por ser incompatible TPO con dicha cuota.

Segundo. El artículo 69 de la LIVA regula el lugar de realización de las prestaciones de servicios, disponiendo en su apartado Uno que las prestaciones de servicios se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto, entre otros, cuando el destinatario sea un empresario o profesional que actúe como tal y radique en el citado territorio la sede de su actividad económica, o tenga en el mismo un establecimiento permanente o, en su defecto, el lugar de su domicilio o residencia habitual, siempre que se trate de servicios que tengan por destinatarios a dicha sede, establecimiento permanente, domicilio o residencia habitual, con independencia de dónde se encuentre establecido el prestador de los servicios y del lugar desde el que los preste.

La prestación de servicios efectuada por la firma de abogados portuguesa se entiende localizada en el territorio de aplicación del impuesto español, dado que el destinatario del servicio (Mienésimopc, SA) es un sujeto pasivo del IVA cuya sede de actividad económica radica en el territorio de aplicación del impuesto (TAI) español.

El artículo 84.Uno.2.º de la LIVA dispone que serán sujetos pasivos del impuesto los empresarios o profesionales para quienes se realicen las operaciones sujetas al impuesto, cuando las mismas se efectúen por personas o entidades no establecidas en el TAI.

Dado que la firma de abogados portuguesa no dispone de establecimiento permanente en el TAI español, el sujeto pasivo de la operación será el destinatario del servicio, es decir, la entidad Mienésimopc, SA.

La base imponible de la operación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.Uno de la LIVA, estará constituida por el importe de la contraprestación satisfecha por el destinatario del servicio, es decir, 15.000 euros, mientras que el tipo impositivo será el general del 21 % (art. 90 de la LIVA), al tratarse de una operación para la cual no está prevista la aplicación de los tipos impositivos reducidos contemplados en el artículo 91 de la LIVA.

Tercero. El devengo del IVA, de conformidad con lo establecido en el artículo 75.Uno.1.º de la LIVA, se produce con la puesta a disposición del adquirente de los 20 ordenadores, hecho que se produce en el primer trimestre de 2013.

Por otra parte, el artículo 80 de la LIVA regula la modificación de la base imponible, disponiendo en su apartado Tres que la misma podrá reducirse cuando el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto no haya hecho efectivo el pago de las cuotas repercutidas y siempre que, con posterioridad al devengo de la operación, se dicte auto de declaración de concurso. La modificación, en su caso, no podrá efectuarse después de transcurrido el plazo máximo fijado en el número 5.º del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (dicho plazo es de un mes a contar desde la fecha de publicación del auto de declaración de concurso).

El artículo 24 del Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el RIVA, desarrolla el artículo 80 de la LIVA, señalando que, en los supuestos de modificación de la base imponible, el sujeto pasivo estará obligado a expedir y remitir al destinatario de las ope-

raciones una nueva factura en la que se rectifique o, en su caso, se anule la cuota repercutida, en la forma prevista en el artículo 15 del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre. Deberá expedirse y remitirse asimismo una copia de dicha factura a la administración concursal y en el mismo plazo.

La modificación de la base imponible cuando se dicte auto judicial de declaración de concurso del destinatario de las operaciones sujetas al impuesto se ajustará a las normas que se establecen a continuación:

a) Quedará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

   1.º Las operaciones cuya base imponible se pretenda rectificar deberán haber sido facturadas y anotadas en el libro registro de facturas expedidas por el acreedor en tiempo y forma.

   2.º El acreedor tendrá que comunicar por vía electrónica, a través del formulario disponible a tal efecto en la sede electrónica de la AEAT, en el plazo de un mes contado desde la fecha de expedición de la factura rectificativa, la modificación de la base imponible practicada, y hará constar que dicha modificación no se refiere a créditos garantizados, afianzados o asegurados, a créditos entre personas o entidades vinculadas, ni a operaciones cuyo destinatario no está establecido en el TAI ni en Canarias, Ceuta o Melilla, en los términos previstos en el artículo 80 de la LIVA.

      A esta comunicación deberá acompañarse la copia de las facturas rectificativas, en las que se consignarán las fechas de expedición de las correspondientes facturas rectificadas, que se remitirán a través del registro electrónico de la AEAT.

b) En caso de que el destinatario de las operaciones tenga la condición de empresario o profesional:

   1.º Deberá comunicar por vía electrónica, a través del formulario disponible a tal efecto en la sede electrónica de la AEAT, la circunstancia de haber recibido las facturas rectificativas que le envíe el acreedor, y consignará el importe total de las cuotas rectificadas incluidas, en su caso, el de las no deducibles, en el mismo plazo previsto para la presentación de la declaración-liquidación a que se refiere el número siguiente. El incumplimiento de esta obligación no impedirá la modificación de la base imponible por parte del acreedor, siempre que se cumplan los requisitos señalados en el párrafo a).

   2.º Además de la comunicación a que se refiere el número anterior, en la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se hayan recibido las facturas rectificativas de las operaciones, el citado destinatario deberá

hacer constar el importe total de las cuotas rectificadas como minoración de las cuotas deducidas.

3.º Las cuotas rectificadas deberán hacerse constar, con carácter general, en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a los periodos en que se hubiera ejercitado el derecho a la deducción de las cuotas soportadas.

4.º La rectificación o rectificaciones deberán presentarse en el mismo plazo que la declaración-liquidación correspondiente al periodo en que se hubieran recibido las facturas rectificativas.

En el caso de que el destinatario de las operaciones se encuentre en concurso, las obligaciones previstas en los números anteriores recaerán en el mismo o en la administración concursal, en defecto de aquel, si se encontrara en régimen de intervención de facultades y, en todo caso, cuando se hubieren suspendido las facultades de administración y disposición.

Cuarto. El régimen especial del criterio de caja (RECC), de carácter opcional, fue introducido por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y tiene efectos desde el 1 de enero de 2014.

Se encuentra regulado en los artículos 163 decies a 163 sexiesdecies de la LIVA, así como en los artículos 61 septies a 61 undecies del RIVA.

Será aplicable a los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones en el año inmediato anterior sea inferior a 2.000.000 de euros.

El artículo 163 terdecies de la LIVA regula el contenido del RECC, disponiendo que:

1.º En las operaciones a las que sea de aplicación este régimen especial, el impuesto se devengará en el momento del cobro total o parcial del precio por los importes efectivamente percibidos o, si este no se ha producido, el devengo se producirá el 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que se haya realizado la operación.

A estos efectos, deberá acreditarse el momento del cobro, total o parcial, del precio de la operación.

2.º La repercusión del impuesto en las operaciones a las que sea de aplicación este régimen especial deberá efectuarse al tiempo de expedir y entregar la factura correspondiente, pero se entenderá producida en el momento del devengo de la operación determinado conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

Por otra parte, el artículo 163 quinquiesdecies de la LIVA regula las operaciones afectadas por el régimen especial del criterio de caja, estableciendo que el nacimiento del derecho a la deducción de los sujetos pasivos no acogidos al régimen especial del criterio de caja, pero que sean destinatarios de las operaciones incluidas en el mismo, en relación con las cuotas soportadas por

esas operaciones, se producirá en el momento del pago total o parcial del precio de las mismas, por los importes efectivamente satisfechos o, si este no se ha producido, el 31 de diciembre del año inmediato posterior a aquel en que se haya realizado la operación.

Lo anterior será de aplicación con independencia del momento en que se entienda realizado el hecho imponible.

A estos efectos, deberá acreditarse el momento del pago, total o parcial, del precio de la operación.

En consecuencia, al acogerse Todolimpia, SL al régimen especial del criterio de caja, ello implicará que Mienésimopc, SA no se podrá deducir el IVA soportado hasta que no efectúe el pago de los servicios prestados, mientras que Todolimpia, SL no tendrá que efectuar el ingreso del IVA repercutido hasta que no cobre por los servicios prestados.

PARTE 5.ª ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES

1. Además de las disposiciones aplicables a todos los regímenes aduaneros, el régimen de perfeccionamiento activo se regula, a nivel comunitario, en los artículos 114 a 129 del Reglamento CEE n.º 2913/1992, del Consejo, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario (CAC), así como en los artículos 536 a 550 del Reglamento CEE n.º 2454/1993, de la Comisión, de 2 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación del CAC (RACA).

La razón de ser de este régimen aduanero (perfeccionamiento activo), cuya característica fundamental consiste en la introducción de mercancías no comunitarias en el territorio aduanero de la UE para ser transformadas y posteriormente exportadas, estriba en la eliminación del obstáculo arancelario, así como de cualquier otra medida restrictiva de carácter comercial, que grava normalmente la importación de mercancías, permitiendo así que las industrias comunitarias salgan al exterior con productos competitivos, en el mercado libre, tanto en precio como en calidad.

El régimen de perfeccionamiento activo puede definirse como aquel que permite introducir en el territorio aduanero comunitario mercancías no comunitarias, para que sufran una o varias operaciones de perfeccionamiento y para ser exportadas posteriormente de dicho territorio aduanero en forma de productos compensadores.

Las características fundamentales de este régimen son, por tanto:

- Se introducen en la UE mercancías no comunitarias.
- Se eliminan los derechos de importación correspondientes a tales mercancías.

- Esas mercancías (u otras equivalentes) han de someterse a operaciones de perfeccionamiento (reparación, elaboración, montaje...).
- Los productos compensadores resultantes de tales operaciones han de ser exportados.

En cuanto a la forma de disfrutar del beneficio arancelario, pueden darse dos sistemas, el de suspensión y el de reintegro. El sistema de suspensión es aquel que permite introducir en el territorio aduanero de la UE, para que sufran una o varias operaciones de perfeccionamiento, mercancías no comunitarias destinadas a ser reexportadas fuera del territorio aduanero de la UE en forma de productos compensadores, sin que las mercancías estén sujetas a derechos de importación ni a medidas de política comercial.

Dentro de dicho sistema de suspensión, pueden darse varias modalidades:

1. Estricta o pura. Consiste en que primero se importan las mercancías, después se llevan a cabo las operaciones de perfeccionamiento y finalmente se exporta el producto compensador obtenido. En esta modalidad solo se aplica el principio de identidad, que exige que los productos compensadores sean obtenidos a partir de las mercancías importadas.
2. Compensación por equivalencia. El producto compensador se obtiene no a partir de las mercancías importadas expresamente para ser objeto de la transformación o perfeccionamiento, sino a partir de otras mercancías equivalentes.
3. Exportación anticipada. Consiste en que el producto compensador obtenido a partir de mercancías equivalentes se exporta con anterioridad a la importación de las mercancías no comunitarias. La exportación de dicho producto compensador genera el derecho a importar con franquicia arancelaria mercancías no comunitarias equivalentes a las utilizadas para la importación del producto compensador exportado.
4. Tráfico triangular. Es una subespecie de la modalidad de exportación anticipada, única en la que puede darse, que supone que las mercancías no comunitarias que van a importarse con franquicia arancelaria lo van a ser por un Estado miembro distinto de aquel por el que se realizó la exportación anticipada.

Dado que la entidad Mienésimopc, SA disponía en sus almacenes de 200 ordenadores del modelo MMX, podía haber optado por el régimen de perfeccionamiento activo, sistema suspensión, en su modalidad de exportación anticipada (anteriormente analizada).

2. Además de las disposiciones aplicables a todos los regímenes aduaneros, el régimen de depósito aduanero se regula, a nivel comunitario, en los artículos 98 a 113 del CAC, así como en los artículos 524 a 535 del RACA.

El régimen de depósito aduanero va a permitir almacenar en un depósito aduanero mercancías no comunitarias, sin que estén sujetas a derechos de importación ni a medidas de política comercial.

Las mercancías vinculadas al régimen de depósito aduanero podrán ser objeto de manipulaciones usuales destinadas a garantizar su conservación, a mejorar su conservación o su calidad comercial o a preparar su distribución o su reventa. Todas las manipulaciones, con el fin de ser admisibles, deberán ser previamente autorizadas por las autoridades aduaneras, que fijarán las condiciones en las que se podrán efectuar.

Por otra parte, el Código Aduanero establece que, cuando exista una necesidad económica y ello no comprometa la vigilancia aduanera, las autoridades aduaneras podrán admitir qué mercancías no comunitarias sean sometidas en los locales del depósito aduanero a operaciones de perfeccionamiento al amparo del régimen de perfeccionamiento activo o a operaciones de transformación al amparo del régimen de transformación bajo control aduanero.

El régimen de depósito aduanero podrá ultimarse, entre otros, mediante la inclusión de las mercancías en otro régimen aduanero como, por ejemplo, el régimen de perfeccionamiento activo.

3. El artículo 88 del CAC dispone que las autoridades aduaneras podrán supeditar la inclusión de las mercancías en el régimen de perfeccionamiento activo a la constitución de una garantía para asegurar el pago de la deuda aduanera que pueda nacer respecto de estas mercancías.

El artículo 74.2 del CAC establece que cuando, en cumplimiento de las disposiciones relativas al régimen aduanero para el que se declararon las mercancías, las autoridades aduaneras exijan la constitución de una garantía, solo se podrá conceder el levante de dichas mercancías para el régimen aduanero considerado una vez que se haya constituido dicha garantía.

Como excepciones a la obligación de constituir estas garantías, el CAC señala que:

1.º Cuando el deudor o la persona que pueda convertirse en deudor sea una Administración pública, no se exigirá garantía alguna.

2.º Cuando el importe que deba garantizarse no exceda de 500 euros, las autoridades aduaneras podrán no exigir la constitución de garantía.

Según el artículo 192 del CAC, cuando la normativa aduanera exija la constitución de una garantía con carácter obligatorio, las autoridades aduaneras fijarán el importe de dicha garantía en un nivel equivalente:

- Al importe exacto de la deuda aduanera de que se trate, si dicho importe puede determinarse de forma cierta en el momento en que se exija la garantía.
- Al importe más elevado, estimado por las autoridades aduaneras, de la deuda aduanera que ya existe o que pueda originarse en los demás casos.

La garantía prestada no podrá liberarse mientras la deuda aduanera para la que se prestó no se haya extinguido o mientras pueda originarse. En cuanto la deuda aduanera se haya extinguido o ya no pueda originarse, deberá liberarse inmediatamente la garantía.

Por lo que se refiere a la posibilidad de exigir intereses compensatorios, ello solo sería posible en el caso de que naciera una deuda aduanera en relación con los productos compensadores (los ordenadores del modelo MMX) o con las mercancías de importación incluidas en el régimen de perfeccionamiento activo (las pantallas de alta definición), en cuyo caso se devengarían intereses compensatorios sobre el importe de los derechos de importación del periodo de que se trate, que tratan de eliminar la ventaja financiera que se pueda derivar de la correcta utilización de un régimen.

4. En el comercio internacional es habitual la suscripción de acuerdos entre países y territorios en los que, a veces junto con otras medidas, se suelen contemplar algunas cuyo objetivo es, o bien incrementar el volumen de los intercambios comerciales dentro de una misma área, o bien conceder facilidades especiales para el acceso de los productos originarios de esos países.

La UE no es, naturalmente, ninguna excepción y son bastantes los acuerdos bilaterales suscritos entre la UE y terceros países o grupos de países terceros, como también lo son los acuerdos unilaterales (autónomos) adoptados por la UE en beneficio de un país o grupo de países determinados, especialmente con la finalidad de favorecer el desarrollo económico de las áreas más deprimidas.

Según el artículo 27 del CAC, las normas de origen preferencial establecerán las condiciones de adquisición del origen de las mercancías para beneficiarse de las medidas arancelarias preferenciales contenidas en los acuerdos que la UE haya celebrado con determinados países o las que se contengan en los acuerdos adoptados autónomamente por la UE a favor de determinados países o grupos de países.

Normalmente, los efectos prácticos de estos acuerdos consisten en la reducción o eliminación de los derechos arancelarios a la importación de mercancías originarias de los países con los que se han suscrito acuerdos o de los países beneficiarios de los acuerdos autónomos adoptados por la UE.

Para la determinación del beneficio arancelario preferencial, en razón del origen de la mercancía, habrá que estar a lo dispuesto en los correspondientes acuerdos. En ellos, y para evitar la obtención del beneficio por parte de mercancías originarias de Estados ajenos a los acuerdos, se contienen unas reglas para definir cuáles van a ser los productos que van a beneficiarse del acuerdo.

La regla de *Non Draw-Back*, contenida en muchos acuerdos preferenciales, consiste en prohibir todo reintegro o exención de los derechos de aduana aplicables a las materias no originarias que van a ser objeto, dentro del área de aplicación del acuerdo preferencial, de una transformación suficiente para conferir al producto obtenido el origen del país en el que tal transformación ha tenido lugar.

Por lo tanto, todas las materias no originarias utilizadas en la fabricación de productos originarios para los que se expida un certificado de origen o cualquier otra prueba del origen preferencial no se beneficiarán del reintegro o de la exención de los derechos de aduana en cualquiera de sus formas.

Por ejemplo, si se introducen en la UE mercancías no comunitarias, en régimen de suspensión, para ser objeto de una operación de perfeccionamiento activo que atribuya origen comunitario al producto compensador resultante de tal operación de perfeccionamiento y, posteriormente, este

producto compensador se reexporta con destino a un país, pretendiendo beneficiarse en el mismo de la preferencia de un acuerdo bilateral suscrito con la UE, será condición indispensable, para que pueda expedirse el certificado de origen de la UE que, previamente, sean despachadas a libre práctica, abonando, por tanto, los derechos arancelarios a la importación en la UE, las mercancías no comunitarias introducidas para ser objeto de la mencionada operación de perfeccionamiento activo.

Para poder acogerse al régimen preferencial acordado en un acuerdo bilateral suscrito entre la UE y un país o un grupo de países o al régimen preferencial contenido en un acuerdo autónomamente adoptado por la UE será preciso, con carácter general, la presentación, ante las autoridades aduaneras de importación correspondientes, de un certificado de origen, en los términos y condiciones contenidos en los mencionados acuerdos, y utilizando el modelo de certificado aprobado en cada reglamento o protocolo de origen.

En la mayor parte de los acuerdos bilaterales suscritos por la UE, el modelo de certificado de origen que debe utilizarse, para acreditar el origen de modo que el país de importación aplique la preferencia convenida, es el certificado de circulación EUR-1.

No obstante, debe destacarse que en la mayor parte de los acuerdos se prevé que, en los términos, casos y condiciones previstos en cada acuerdo preferencial, estos certificados de origen puedan ser sustituidos por una diligencia en la factura. Estas diligencias en factura no son expedidas o cumplimentadas por las autoridades aduaneras sino por los propios exportadores, lo que hace mucho más fácil la gestión y simplifica los procedimientos.

Para que un exportador pueda sustituir el certificado de origen por una diligencia en factura deberá obtener la oportuna autorización por parte de las autoridades aduaneras de su propio país, que la podrán denegar en el supuesto de que el solicitante no cumpla con los requisitos de regularidad que tales autoridades le exijan.

Los acuerdos preferenciales suelen prever también que cualquier exportador pueda sustituir el certificado de origen por una diligencia en factura, siempre que el valor de cada expedición de productos originarios no supere la cantidad prevista en el correspondiente acuerdo.

Por lo tanto, y resumiendo:

1.º La empresa Mienésimopc, SA deberá despachar a libre práctica, abonando por tanto los derechos arancelarios a la importación en la UE, las mercancías no comunitarias introducidas para ser objeto de la mencionada operación de perfeccionamiento activo.

2.º La empresa china deberá acreditar el origen comunitario de los productos compensadores (los ordenadores del modelo MMX), mediante un certificado de origen (en la mayor parte de los acuerdos bilaterales suscritos por la UE, el modelo de certificado de origen que debe utilizarse, para acreditar el origen de modo que el país de importación aplique la preferencia convenida, es el certificado de circulación EUR-1), si bien cabe la posibilidad de sustituir el referido certificación

de origen por una diligencia en la factura, en los términos, casos y condiciones previstos en cada acuerdo preferencial.

5. El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (más conocido como Convenio CITES) persigue preservar la conservación de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio.

Fue firmado en Washington el 3 de marzo de 1973 por 21 países entrando en vigor en 1975. Actualmente se han adherido 178 países, denominados Partes, es decir, casi todos los países del mundo forman parte de la Convención. La adhesión de España al Convenio CITES se efectuó mediante el Instrumento de 16 de mayo de 1986.

El Convenio CITES establece una red mundial de controles del comercio internacional de especies silvestres amenazadas y de sus productos, exigiendo la utilización de permisos oficiales para autorizar su comercio. Por tanto, la protección se extiende a los animales y plantas, vivos o muertos, sus partes, derivados o productos que los contengan; es decir, también se protegen las pieles, marfiles, caparazones, instrumentos musicales, semillas, extractos para perfumería, etc., elaborados a partir de especímenes de especies incluidas en el Convenio.

El objetivo es asegurar que el comercio internacional de especímenes de animales y plantas de origen silvestre sea sostenible y no ponga en peligro su supervivencia. Esto supone esencialmente prohibir el comercio de las especies en peligro de extinción y regular el comercio de las especies amenazadas o en peligro de estarlo.

El Convenio establece la necesidad de obtener permisos de exportación en el país de origen y de importación en el de destino previos al intercambio de los ejemplares. También se contempla la emisión de certificaciones para las excepciones previstas en el Convenio. El objetivo es que toda mercancía objeto de comercio internacional se encuentre perfectamente documentada y se conozca su origen, destino y motivo por el que se comercializa.

El Convenio CITES protege a más de 33.000 especies que están recogidas en tres apéndices que se revisan periódicamente. De ellas aproximadamente 28.000 son de plantas (85%) y 5.000 son de animales (15%):

- Apéndice I: incluye las especies de animales y plantas sobre las que pesa un mayor peligro de extinción. El comercio de estas especies capturadas o recolectadas en sus hábitats naturales está prohibido y solo se permite bajo circunstancias excepcionales, por ejemplo, para la investigación científica. En este caso, puede autorizarse el comercio concediendo un permiso de exportación (o certificado de reexportación) y un permiso de importación.
- Apéndice II: incluye las especies que, si bien en la actualidad no se encuentran en peligro de extinción, podrían llegar a estarlo a menos que se controle estrictamente su comercio. Incluye también especies de apariencia similar a otras incluidas en los

Apéndices CITES a fin de garantizar un mejor control de las protegidas. El comercio de animales y plantas, capturados o recolectados en el medio silvestre, y nacidos en cautividad o reproducidos artificialmente, está permitido si se cumplen ciertos requisitos. En estos casos es necesario un permiso de exportación o un certificado de reexportación.

- Apéndice III: incluye las especies sujetas a reglamentación dentro del territorio de un país Parte el cual necesita la cooperación de los otros países para impedir o restringir su explotación. Se precisa un permiso de exportación CITES cuando el espécimen es originario del país que ha solicitado la inclusión de esa especie en el apéndice III, o un certificado de origen expedido por la autoridad administrativa CITES del país exportador, o reexportador, en el resto de los casos.

Además, el Convenio permite la posibilidad de aplicar legislaciones nacionales más estrictas, como es el caso aplicado por la UE. Aunque la UE no es Parte como tal del Convenio CITES, sus disposiciones se vienen aplicando desde 1982, fecha en que entró en vigor la primera legislación comunitaria que aplicaba la Convención. Esta se aplica por igual en todos los Estados miembros y no nacionalmente debido, principalmente, a los siguientes motivos:

- La reglamentación de comercio exterior es competencia exclusiva de la UE.
- La Unión Aduanera supone la ausencia de controles fronterizos sistemáticos entre los Estados miembros.
- Existe una política comunitaria sobre medio ambiente y legislación sobre la protección y la conservación de especies autóctonas en la UE.

En la actualidad, la aplicación en la UE, y por tanto en España, del Convenio CITES se lleva a cabo mediante el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, y mediante un Reglamento de ejecución más detallado: el Reglamento (CE) 865/2006 de la Comisión de 4 de mayo de 2006, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 338/97.

Estos reglamentos representan la voluntad de la UE de uniformizar la aplicación del Convenio CITES entre los Estados miembros y en sus actividades comerciales con terceros países, todo ello con el fin de garantizar suficiente protección a las especies de fauna y flora silvestre a través del control de su comercio. Esto supone, en muchos casos, medidas comerciales más estrictas y las hacen extensivas a diversas especies no protegidas por el propio Convenio CITES. Así, la UE exige determinados documentos para la importación que el Convenio CITES no exige, y puede prohibir o restringir la importación de ciertas especies y/u orígenes, aun cuando el país de origen o de procedencia haya autorizado su exportación.

Las especies se clasifican en el Reglamento (CE) 338/97 en cuatro anexos en función del grado de protección que se les aplica en orden decreciente: A, B, C y D. Los anexos que recogen las diferentes especies protegidas se actualizan aproximadamente cada uno o dos años y se publican en un Reglamento de la UE. El último publicado es el Reglamento (UE) 1158/2012, de

la Comisión, de 27 de noviembre, que modifica el Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio.

Las características principales de los anexos de la reglamentación de la UE son:

- Anexo A: incluye todas las especies incluidas en el apéndice I del Convenio CITES, algunas especies del apéndice II del CITES, algunas especies del apéndice III del CITES y algunas especies que no están en CITES.
- Anexo B: incluye las demás especies del apéndice II del CITES, algunas especies del apéndice III del CITES y algunas especies no CITES.
- Anexo C: incluye las restantes especies del apéndice III del CITES que no se han incluido previamente en los anexos A o B, excepto ciertas especies del apéndice III para las que los Estados miembros de la UE han formulado una reserva.
- Anexo D: no tiene equivalente en los apéndices del Convenio y en él se incluyen especies para las que se desea controlar el nivel de importación en la UE, ya que podrían cumplir los requisitos necesarios para su inclusión en alguno de los otros anexos. La mayoría son especies no CITES, así como aquellas del apéndice III para las que los Estados miembros de la UE han formulado una reserva.

La reglamentación de la UE aplica condiciones de importación más estrictas para las especies de los anexos A y B que para las correspondientes de los apéndices I y II de la Convención. Por ello, se requieren permisos de importación los cuales se conceden cuando se estima que el comercio para dicha especie del país concernido es sostenible. Además, existen requisitos adicionales para el alojamiento y el transporte de especímenes vivos y se aplican restricciones más exhaustivas para el comercio interno de especies del anexo A.

En el caso de las especies de los anexos C y D se requiere presentar una notificación de importación en el momento de su entrada en la UE.

Aunque los reglamentos de la UE en materia CITES son de aplicación directa en los Estados miembros, ciertas disposiciones deben ser transpuestas mediante la adopción de legislación nacional en los temas que son soberanía de cada Estado miembro, como las sanciones.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando (LORC) regula la tipificación del delito de contrabando, disponiendo en su apartado 2 b) que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) número 338/1997, del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos.

El apartado 6 del artículo 2 de la LORC dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en

la acción u omisión en ellos descritas concurran las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.

En el presente caso, de los datos del enunciado se desprende que se ha cometido el delito de contrabando tipificado en el apartado 2 b) del artículo 2 de la LORC, dada la cuantía de la importación realizada (superior a 50.000 €) y el hecho de que la especie en cuestión está incluida en el anexo A del Reglamento (CE) 338/1997 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestre mediante el control de su comercio y en el apéndice I del Convenio de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 3 de marzo de 1973 (Convenio CITES).

Por otra parte, el artículo 3 de la LORC regula la penalidad, señalando que:

1.º Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos, imponiéndose las penas en su mitad superior.

2.º Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente:

a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.

b) Adicionalmente, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando.

El artículo 5 de la LORC regula el comiso, señalando que toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso, entre otros, de las mercancías que constituyan el objeto del delito.

Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la AEAT, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de la LORC, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

PARTE 6.ª IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El artículo 7 e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), declara exenta la indemnización por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

De lo anterior se desprende que la indemnización por despido exenta es únicamente la obligatoria, de tal forma que si la indemnización es pactada o fijada de mutuo acuerdo no gozará de exención. Debe considerarse pactada y sometida al IRPF una indemnización recibida en virtud de baja incentivada. Ahora bien, por lo que se refiere al Plan de Bajas Voluntarias Incentivadas, amparado en el correspondiente Expediente de Regulación de Empleo autorizado por la autoridad laboral competente, las indemnizaciones a que da lugar este están exentas en el importe que no exceda de los 20 días de salario por año trabajado, indemnización máxima que fija la legislación laboral en estos casos.

El artículo 17.2 a) 5.ª de la LIRPF dispone que tendrán la consideración de rendimientos del trabajo las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador.

De los datos del enunciado se desprende que las contribuciones imputadas al don AA por el seguro colectivo ascienden a 2.500 euros, mientras que las aportaciones personales realizadas por el trabajador ascienden a otros 2.500 euros, lo que suma en total 5.000 euros. En consecuencia, solo deberá tributar por el IRPF a partir del momento en que las cuantías percibidas excedan de 5.000 euros.

Por otra parte, el artículo 14.2 de la LIRPF regula las reglas especiales de imputación temporal en el IRPF, estableciendo en su apartado a) que cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al periodo impositivo en que aquella adquiera firmeza.

El apartado b) del artículo 14.2 de la LIRPF establece que cuando por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente los rendimientos derivados del trabajo se perciban en periodos impositivos distintos a aquellos en que fueron exigibles, se imputarán a estos, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo

alguno. Cuando concurran las circunstancias previstas en el párrafo a) anterior, los rendimientos se considerarán exigibles en el periodo impositivo en que la resolución judicial adquiera firmeza. La autoliquidación se presentará en el plazo que media entre la fecha en que se perciban y el final del inmediato siguiente plazo de declaraciones por el impuesto.

En consecuencia, aplicando los preceptos anteriormente transcritos, los 30.000 euros deberían imputarse al ejercicio 2011, es decir, el periodo impositivo en que la sentencia adquiere firmeza pero, dado que por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, los referidos rendimientos se han percibido en un periodo impositivo (2013) distinto a aquel en que fue exigible (2011), los importes no satisfechos se imputarán al periodo 2011, mediante la presentación de una autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno.

El artículo 17.2 a) 4.ª de la LIRPF dispone que tendrán la consideración de rendimientos del trabajo las prestaciones percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, cuyas aportaciones hayan podido ser, al menos en parte, gasto deducible para la determinación del rendimiento neto de actividades económicas, u objeto de reducción en la base imponible del impuesto.

En el supuesto de prestaciones por jubilación e invalidez derivadas de dichos contratos, se integrarán en la base imponible en el importe de la cuantía percibida que exceda de las aportaciones que no hayan podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible del impuesto, por incumplir los requisitos subjetivos previstos en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 51 o en la disposición adicional novena de la LIRPF.

Por otra parte, la disposición transitoria segunda de la LIRPF regula el régimen transitorio aplicable a las mutualidades de previsión social, disponiendo que las prestaciones por jubilación e invalidez derivadas de contratos de seguro concertados con mutualidades de previsión social cuyas aportaciones, realizadas con anterioridad a 1 de enero de 1999, hayan sido objeto de minoración al menos en parte en la base imponible, deberán integrarse en la base imponible del impuesto en concepto de rendimientos del trabajo.

La integración se hará en la medida en que la cuantía percibida exceda de las aportaciones realizadas a la mutualidad que no hayan podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible del impuesto de acuerdo con la legislación vigente en cada momento y, por tanto, hayan tributado previamente.

Si no pudiera acreditarse la cuantía de las aportaciones que no hayan podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible, se integrará el 75 % de las prestaciones por jubilación o invalidez percibidas.

El enunciado del supuesto nos indica que don AA había satisfecho primas a una mutualidad de previsión social, desde 1986 a 1995, por importe de 7.200 euros, de las cuales solamente 4.000 euros fueron objeto de reducción o minoración en la base imponible, pero sin que ahora pueda acreditar suficientemente esta circunstancia, por lo que procede la integración en la base

imponible del impuesto, en concepto de rendimientos del trabajo, del 75 % de las prestaciones por jubilación percibidas, es decir, 7.500 euros (10.000 × 75 %).

El artículo 42.1 de la LIRPF regula las rentas en especie, estableciendo que constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

No obstante, la letra a) del apartado 2 del artículo 42 de la LIRPF dispone que no tendrá la consideración de rendimientos del trabajo en especie la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades, en la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Por otra parte, el artículo 43 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF (RIRPF), desarrolla la letra a) del apartado 2 del artículo 42 de la LIRPF, señalando que se exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Que la oferta se realice dentro de la política retributiva general de la empresa o, en su caso, del grupo de sociedades y que contribuya a la participación de los trabajadores en la empresa.

2.º Que cada uno de los trabajadores, conjuntamente con sus cónyuges o familiares hasta el segundo grado, no tengan una participación, directa o indirecta, en la sociedad en la que prestan sus servicios o en cualquier otra del grupo, superior al 5 %.

3.º Que los títulos se mantengan, al menos, durante tres años.

El incumplimiento de dicho plazo motivará la obligación de presentar una autoliquidación complementaria, con los correspondientes intereses de demora, en el plazo que medie entre la fecha en que se incumpla el requisito y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al periodo impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

Dado que las opciones de compra de acciones no son negociables (intransmisibles ínter vivos), el beneficiario de las mismas nada podrá hacer con ellas sino esperar a la fecha de su ejercicio, en que se obtiene el rendimiento del trabajo en especie (es decir, en el ejercicio 2013), a calcular por diferencia entre el valor entonces de las acciones adquiridas (valor de cotización) y el coste de la opción (precio pactado que paga por ellas). La no sujeción opera sobre los primeros 12.000 euros anuales, en concepto de «mínimo exento», es decir, la retribución en especie que se ponga de manifiesto con motivo de la entrega de acciones a los trabajadores a un precio inferior al valor de mercado estará en todo caso no sujeta hasta 12.000 euros anuales, tributando en su caso por el exceso que se pudiera poner de manifiesto.

Por otra parte, es importante señalar que, en la medida en que la norma exige que se trate de trabajadores en activo, no podrán beneficiarse de la no sujeción los beneficiarios que, en el momento de la entrega de las acciones, no mantengan una relación laboral con la sociedad. En consecuencia, no podrán beneficiarse de la no sujeción los rendimientos en especie derivados de las 15.000 opciones de compra (A) entregadas en 2008 y ejercitadas en diciembre de 2013, dado que don AA se jubiló el 1 de diciembre de 2013 y, en consecuencia, no tenía la consideración de trabajador en activo en el momento en que obtiene la renta en especie.

La cuestión más controvertida en relación con la interpretación de los requisitos establecidos en el artículo 43.2 del RIRPF se refiere a qué debe entenderse por «política retributiva general de la empresa». Es decir, si el cumplimiento de este requisito exige la necesidad o no de incluir a todos los trabajadores de la plantilla de la empresa.

La referencia que el RIRPF realiza a «política retributiva general» no exige que la entrega de acciones tenga que realizarse a la totalidad de los trabajadores. Lo que la ley pretende es evitar que la entrega de acciones y, por tanto, la aplicación de la no sujeción, se realice de forma arbitraria o discrecional, a voluntad de una o varias personas, sin contar con el debido encaje dentro de la «política retributiva general» de la empresa. En este sentido, cabe concluir que el término «política retributiva general» debe entenderse como el conjunto de criterios objetivos y debidamente prefijados, adoptados por los correspondientes órganos de dirección de la empresa, en virtud de los cuales se determine en qué condiciones, importes y a qué empleados podría ser de aplicación este tipo de esquema retributivo.

En consecuencia, cabe concluir que podrán beneficiarse de la no sujeción los rendimientos en especie derivados, por un lado, de las 5.000 opciones de compra (A) entregadas en 2008 y ejercitadas en abril de 2013 y, por el otro, de las 10.000 opciones de compra (B) entregadas en 2009 y ejercitadas en mayo de 2013, siempre que se cumpla el resto de requisitos legal y reglamentariamente establecidos.

Por otra parte, el artículo 18 de la LIRPF regula los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo, disponiendo en su apartado 2 que los rendimientos íntegros del trabajo se reducirán en un 40 % cuando tengan un periodo de generación superior a dos años y no se obtengan de forma periódica o recurrente.

El artículo 11.3 del RIRPF establece que, a los efectos de la reducción prevista en el artículo 18.2 de la LIRPF, se considerará rendimiento del trabajo con periodo de generación superior a dos años y que no se obtiene de forma periódica o recurrente, el derivado de la concesión del derecho de opción de compra sobre acciones o participaciones a los trabajadores, cuando se ejerciten transcurridos más de dos años desde su concesión.

En el supuesto planteado, procede aplicar la reducción del 40 % contemplada en el artículo 18.2 de la LIRPF, dado que el ejercicio de las opciones de compra se produce transcurridos más de dos años desde su concesión [las opciones de compra (A) se conceden en 2008 y las (B) en 2009, mientras que el ejercicio de dichas opciones se produce en 2013].

Ahora bien, esta reducción es limitada, dado que la cuantía del rendimiento sobre la que se aplicará la reducción del 40 % no podrá superar el importe que resulte de multiplicar el salario medio anual del conjunto de los declarantes en el IRPF por el número de años de generación del rendimiento (la cuantía del salario medio anual del conjunto de declarantes del IRPF asciende a 22.100 €).

No obstante, este último límite se duplicará siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Las acciones o participaciones adquiridas deberán mantenerse, al menos, durante tres años, a contar desde el ejercicio de la opción de compra.
- La oferta de opciones de compra deberá realizarse en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa.

En consecuencia, para el rendimiento del trabajo en especie derivado del ejercicio de opciones de compra (A), el límite ascenderá a 110.500 euros (22.100 € por 5 años de generación del rendimiento), sin que proceda duplicar el referido límite, dado que la oferta de opciones de compra no se realiza en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa.

Por el contrario, para el rendimiento del trabajo en especie derivado del ejercicio de opciones de compra (B), el límite ascenderá a 176.800 euros (22.100 € por 4 años de generación del rendimiento por dos), dado que la oferta de opciones de compra se realiza en las mismas condiciones a todos los trabajadores de la empresa.

También se solicita respuesta para las dudas que se han planteado en el punto Segundo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 80 del RIRPF, la retención a practicar sobre los rendimientos del trabajo será el resultado de aplicar a la cuantía total de las retribuciones que se satisfagan o abonen el tipo de retención que corresponda de los siguientes:

1.º Con carácter general, el tipo de retención que resulte según el artículo 86 del RIRPF.

2.º El determinado conforme con el procedimiento especial aplicable a perceptores de prestaciones pasivas regulado en el artículo 89 A) del RIRPF.

3.º El 42 % para las retribuciones que se perciban por la condición de administradores y miembros de los consejos de administración, de las juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos.

4.º El 21 % para los rendimientos derivados de impartir cursos, conferencias, coloquios, seminarios y similares, o derivados de la elaboración de obras literarias, artísticas o científicas, siempre que se ceda el derecho a su explotación.

5.º El 15 % para los atrasos que corresponda imputar a ejercicios anteriores.

El tipo de retención variable es el aplicable con carácter general a las rentas del trabajo, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 82 a 86 del RIRPF, y basándose en:

- Las retribuciones totales estimadas a percibir.
- Las circunstancias personales y familiares.
- La aplicación de la deducción por inversión en vivienda habitual.

Por otra parte, el artículo 81 del RIRPF regula el límite cuantitativo excluyente de la obligación de retener, que viene determinada por la cuantía de la retribución a percibir que, a su vez, varía dependiendo de las circunstancias personales y familiares concurrentes en el contribuyente perceptor de los rendimientos, que se clasifica teniendo en cuenta los dos parámetros siguientes:

A) Situación del contribuyente, que podrá ser una de las tres siguientes:

1.ª Contribuyente de unidad familiar monoparental (integrada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro), que reúna las siguientes características:

- Soltero, viudo, divorciado o separado legalmente.
- Con descendientes, alguno de los cuales debe ser menor de 18 años o incapacitado porque, si no, no existiría unidad familiar a estos efectos.
- Con derecho a la reducción establecida en el artículo 84.2.4.ª de la LIRPF, para las unidades familiares monoparentales, lo que ocurrirá cuando no exista convivencia del padre y la madre.

2.ª Contribuyente casado y no separado legalmente, cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 1.500 euros anuales, excluidas las exentas.

3.ª Contribuyente en otras situaciones, que incluye los tres supuestos siguientes:

- Contribuyente casado y no separado legalmente, cuyo cónyuge obtenga rentas anuales superiores a 1.500 euros, excluidas las exentas.
- Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente:
  - Sin descendientes.
  - Con descendientes, pero sin tener derecho a la reducción prevista en el artículo 84.2.4.ª de la LIRPF debido a que existe convivencia del padre y la madre (parejas de hecho).
- Los contribuyentes que no manifiesten estar en ninguna de las dos situaciones primeras. Así, por ejemplo, aquellos contribuyentes que estando solteros,

viudos, separados legalmente o divorciados, tuvieran descendientes a su cargo mayores de 18 años y que, por tanto, no pudiesen formar con estos una unidad familiar ni, en consecuencia, acogerse a la reducción prevista en el artículo 84.2.4.ª de la LIRPF, característica de las unidades familiares monoparentales.

B) Número de hijos y otros descendientes, debiendo aclarar a estos efectos que se computan como tales aquellos que dan derecho al mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de la LIRPF.

A estos efectos, el artículo 58 de la LIRPF dispone que dan derecho al mínimo por descendientes aquellos que sean menores de 25 años (o discapacitados, cualquiera que sea su edad), que convivan con el contribuyente y que no obtengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros.

Pues bien, basándose en los dos parámetros a que acabamos de referirnos (situación del contribuyente y número de hijos y descendientes), el artículo 81.1 del RIRPF establece que no se practicará retención sobre los rendimientos del trabajo cuya cuantía total anual no supere los importes que se indican a continuación:

Situación del contribuyente	Número de hijos y otros descendientes		
	0 – Euros	1 – Euros	2 o más – Euros
1.ª Contribuyente soltero, viudo, divorciado o separado legalmente	–	13.662	15.617
2.ª Contribuyente cuyo cónyuge no obtenga rentas superiores a 1.500 euros anuales, excluidas las exentas	13.335	14.774	16.952
3.ª Otras situaciones	11.162	11.888	12.519

Los importes previstos en el cuadro anterior se incrementarán en 600 euros en el caso de pensiones o haberes pasivos del régimen de Seguridad Social y de Clases Pasivas y en 1.200 euros para prestaciones o subsidios por desempleo.

Por lo que se refiere al trabajador soltero que convive con su hijo de 19 años de edad, fruto de su anterior matrimonio, y su actual pareja, se encuadraría en la situación 3.ª, dado que no existiría unidad familiar monoparental a estos efectos.

En este caso, el límite excluyente de la obligación de retener, siempre que el hijo de 19 años no obtenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, asciende a 11.888 euros (situación 3.ª con un descendiente).

Por lo que se refiere al empleado casado, que convive con un menor en régimen de acogimiento permanente, el enunciado nos indica que la única pensión del cónyuge es una pensión por incapacidad permanente absoluta percibida de la Seguridad Social por importe de 15.000 euros.

La pensión por incapacidad permanente absoluta percibida de la Seguridad Social constituye una renta exenta del IRPF, según dispone el artículo 7 f) de la LIRPF. En consecuencia, dado que el cónyuge no obtiene rentas superiores a 1.500 euros, excluidas las exentas, se encuadraría en la situación 2.ª. Por lo que se refiere al menor que convive en régimen de acogimiento permanente, el artículo 58 de la LIRPF dispone que se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable.

Por lo tanto, en este caso, el límite excluyente de la obligación de retener, siempre que el menor no obtenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, asciende a 14.774 euros (situación 2.ª con un descendiente).

Por último, por lo que se refiere al empleado que no quiere revelar a la empresa cuál es su situación personal y familiar, se encuadraría en la situación 3.ª (otras situaciones), por lo que el límite excluyente de la obligación de retener asciende a 11.162 euros (situación 3.ª sin descendientes).

PARTE 7.ª PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN

Primero. 1. El artículo 27 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos regula las comunicaciones electrónicas, estableciendo en su apartado 6 que, reglamentariamente, las Administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

El artículo 4 del Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la AEAT, establece que estarán obligados a recibir por medios electrónicos las comunicaciones y notificaciones administrativas que en el ejercicio de sus competencias les dirija la AEAT, entre otras, las entidades que tengan la forma jurídica de sociedad anónima (entidades con número de identificación fiscal que empiecen por la letra A).

El artículo 5 del Real Decreto 1363/2010 regula la comunicación de la inclusión en el sistema de dirección electrónica habilitada, disponiendo que la AEAT deberá notificar a los sujetos obligados su inclusión en el sistema de DEH. Dicha notificación se efectuará por los medios no electrónicos y en los lugares y formas previstos en los artículos 109 a 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

A estos efectos, el artículo 112 de la LGT regula la notificación por comparecencia estableciendo que, cuando no sea posible efectuar la notificación al interesado por causas no imputa-

bles a la Administración tributaria e intentada al menos dos veces en el domicilio fiscal, se harán constar en el expediente las circunstancias de los intentos de notificación.

En este supuesto se citará al interesado para ser notificados por comparecencia por medio de anuncios que se publicarán, por una sola vez para cada interesado, en la sede electrónica del organismo correspondiente, en las condiciones establecidas en los artículos 10 y 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

La AEAT publicará por este medio los anuncios correspondientes a las notificaciones que deba practicar, en ejercicio de las competencias que le corresponden en aplicación del sistema tributario estatal y aduanero y en la gestión recaudatoria de los recursos que tiene atribuida o encomendada. Mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda se determinarán las condiciones, fechas de publicación y plazos de permanencia de los anuncios en la sede electrónica de la AEAT.

En todo caso, la comparecencia deberá producirse en el plazo de 15 días naturales, contados desde el siguiente al de la publicación en la sede electrónica. Transcurrido dicho plazo sin comparecer, la notificación se entenderá producida a todos los efectos legales el día siguiente al del vencimiento del plazo señalado.

De los datos del enunciado se desprende que el acuerdo de inclusión obligatoria en el sistema de DEH se intentó notificar mediante correo certificado en el domicilio fiscal de Mienésimopc, SA, los días 10 y 13 de noviembre de 2011, con el resultado de «ausente de reparto», mientras que en fecha 4 de diciembre de 2011 se publica en la sede electrónica de la AEAT citación para notificación por comparecencia, no compareciendo la sociedad en el plazo establecido, por lo que la notificación del acuerdo de inclusión se entiende producida el día 20 de diciembre de 2011, es decir, el día siguiente al del vencimiento del plazo de quince días naturales, contados desde el día siguiente al de la publicación en la sede electrónica.

Por consiguiente, cabe concluir que la notificación del acuerdo de inclusión en el sistema de DEH fue practicada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112 de la LGT, por lo que la misma resulta válida.

Por lo que se refiere a la fecha de inclusión en el sistema de DEH, será de la recepción de la notificación de inclusión en el sistema de DEH, es decir, el 20 de diciembre de 2011.

El artículo 115 bis del RGAT establece que, transcurrido un mes desde la publicación oficial del acuerdo de asignación, y previa comunicación del mismo al obligado tributario, la Administración tributaria correspondiente practicará, con carácter general, las notificaciones en la dirección electrónica.

Por lo que se refiere a los efectos que produce la inclusión, el artículo 5 del Real Decreto 1363/2010 dispone que cuando se practique la notificación de la inclusión en el sistema de DEH, por medios electrónicos y no electrónicos, se entenderán producidos todos los efectos a partir de la primera de las notificaciones correctamente efectuada.

Mienésimopc, SA estará obligada a recibir por medios electrónicos todas las comunicaciones y notificaciones que efectúe la Agencia Tributaria de esta forma en sus actuaciones y procedimientos tributarios, aduaneros y estadísticos de comercio exterior y en la gestión recaudatoria de los recursos de otros entes y Administraciones públicas que tiene atribuida o encomendada. Por tanto, la notificación electrónica pasa a ser la forma habitual de notificación de las actuaciones de la Agencia Tributaria.

2. El artículo 104 de la LGT regula los plazos de resolución y los efectos de la falta de resolución expresa, disponiendo que el plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de ley o venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo, este será de seis meses.

Dado que las normas reguladoras del procedimiento de verificación de datos no fijan plazo máximo de resolución, el mismo será de seis meses, a contar desde la fecha de notificación del acuerdo de inicio.

El vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento.

Producida la caducidad, esta será declarada, de oficio o a instancia del interesado, ordenándose el archivo de las actuaciones.

Dicha caducidad no producirá, por sí sola, la prescripción de los derechos de la Administración tributaria, pero las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción ni se considerarán requerimientos administrativos a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 27 de la LGT.

Por otra parte, el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, regula la práctica de la notificación por medios electrónicos, disponiendo en su apartado 3 que, cuando existiendo constancia de la puesta a disposición transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

Habiendo transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición del acto objeto de notificación (inicio del procedimiento de verificación de datos) en el buzón electrónico asociado a su dirección electrónica habilitada en el servicio de notificaciones electrónicas, sin que Mienésimopc, SA accediera a su contenido, de acuerdo con el artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, la notificación se entendió rechazada, teniéndose por efectuado el trámite de la notificación y siguiéndose el procedi-

miento. La notificación, en este caso, se entiende practicada con fecha 26 de marzo de 2012, por lo que el procedimiento de verificación de datos debería concluir el 25 de septiembre de 2012.

Por otra parte, el apartado 5 del artículo 28 de la Ley 11/2007 dispone que producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dicho acceso. En consecuencia, la liquidación provisional por la que termina el procedimiento de verificación de datos se notifica en fecha 17 de octubre de 2012, es decir, una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses, por lo que el procedimiento de verificación de datos ha caducado.

En consecuencia, la entidad Mienésimopc, SA podría alegar la caducidad del procedimiento de verificación de datos instado por la AEAT, al haber transcurrido en exceso el plazo máximo de resolución del procedimiento, si bien ello no impide que la Administración tributaria pueda iniciar de nuevo otro procedimiento de verificación de datos, dado que todavía no ha prescrito el derecho a comprobar el IVA del cuarto trimestre de 2009.

3. El artículo 227 de la LGT regula los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa señalando que, en materia de aplicación de los tributos son reclamables, entre otras, las liquidaciones provisionales o definitivas.

Por otra parte, el artículo 222 de la LGT regula el objeto y naturaleza del recurso de reposición, disponiendo que los actos dictados por la Administración tributaria susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición, el cual deberá interponerse, en su caso, con carácter previo a la reclamación económico-administrativa.

En consecuencia, contra la liquidación provisional podrá interponerse, bien el recurso de reposición, o bien directamente la reclamación económico-administrativa.

El plazo para la interposición del recurso de reposición o de la reclamación económico-administrativa es de un mes a contar desde la notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 223.1 y 235.1 de la LGT, siendo dicho plazo improrrogable, de acuerdo con lo dispuesto en dicho artículo en relación con lo dispuesto en el artículo 49.1 de la LRJAP-PAC.

En consecuencia, dado que la notificación de la liquidación provisional se produce en fecha 17 de octubre de 2012, el plazo comenzará el 18 de octubre de 2012 y finalizará el 17 de noviembre de 2012.

Segundo.1. La obligación de practicar retenciones a cuenta de una obligación principal (IS del perceptor de la renta) es independiente de la obligación de contribuir que le incumbe al perceptor de la renta (Mienésimopc, SA), siendo por tanto dos obligados tributarios diferentes: por un lado, el retenedor (la sociedad XX) y, por otro, el sujeto pasivo perceptor de la renta (Mienésimopc, SA).

Ahora bien, tal y como señala el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 27 de febrero de 2007 y 5 de marzo de 2008, en el caso de que se hubieran satisfecho rentas sin haberse sometido a la correspondiente retención, si el sujeto pasivo perceptor de las rentas sometidas a retención (en

este caso, Mienésimopc, SA) ya presentó su declaración correspondiente al IS, incluyendo como retenciones soportadas las efectivamente practicadas, no se puede exigir al retenedor (la sociedad XX) el importe de las retenciones que debería haber practicado, por cuanto se produciría un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, y ello por cuanto supone una duplicidad en el cobro, la primera al sujeto pasivo del IS (Mienésimopc, SA), que se dedujo una menor cantidad en concepto de retenciones (por lo que, o bien pagó más o bien se le devolvió menos de lo que le correspondería), y otra al retenedor (la sociedad XX), por el concepto de retenciones a cuenta del IRPF.

En estos casos, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo se exigirá al retenedor el interés de demora, cuya naturaleza es indemnizatoria (art. 26 de la LGT). Siguiendo el criterio más beneficioso para el contribuyente, se exigirán intereses de demora por el periodo de tiempo que media entre la finalización del plazo para presentar e ingresar la autoliquidación de retenciones (por parte del retenedor) hasta la fecha en que comience el plazo para presentar la autoliquidación correspondiente al impuesto personal del perceptor de la renta (1 de julio del año siguiente al considerado para el IS).

Además, y siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo se impondrá al retenedor, en su caso, la sanción que corresponda por la infracción tipificada en el artículo 191 de la LGT, siendo la base de la sanción el importe de las cantidades que debió retener y no lo hizo. El ingreso posterior efectuado por el perceptor en su declaración personal (Mienésimopc, SA) no excluye las sanciones correspondientes, por lo que no puede ser considerado un recargo del artículo 27 de la LGT. Se trata de ingresos efectuados por terceros, que podrían ser considerados como ingresos a cuenta de la liquidación final por retenciones, pero que amén de no haberse realizado por el propio obligado tributario, no identifican ni el concepto retenciones, ni el periodo al que se refieren por lo que no excluyen las sanciones.

El artículo 221.4 de la LGT dispone que cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de la LGT.

A estos efectos, el artículo 120.3 de la LGT dispone que cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente.

El procedimiento para la rectificación de autoliquidaciones se encuentra desarrollado reglamentariamente en los artículos 126 a 129 del RGAT.

Por lo que se refiere al plazo para instar el procedimiento, el artículo 126.2 del RGAT dispone que la solicitud solo podrá hacerse una vez presentada la correspondiente autoliquidación (en nuestro caso, la autoliquidación se presentó en fecha 10 de septiembre de 2013) y antes de que haya prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación o el derecho a solicitar la devolución correspondiente. A estos efectos, el artículo 67.1 c) de la LGT dispone que el plazo de prescripción del derecho a solicitar las devoluciones de ingresos indebidos comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso indebido. Dado que el ingreso indebido fue efectuado en fecha 10 de septiembre de 2013, el derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos prescribirá el 10 de septiembre de 2017.

Por lo que se refiere al órgano competente para tramitar y resolver la solicitud de rectificación de la autoliquidación, el artículo 129.4 a) del RGAT establece que la resolución del procedimiento corresponderá al órgano que, según la normativa de organización específica, fuera competente respecto del obligado tributario que presentó la autoliquidación cuya rectificación se solicita (la sociedad XX).

2. No es posible, dado que el objeto del procedimiento de rectificación de autoliquidaciones instado por Mienésimopc, SA es la devolución de un ingreso indebido (5.040 euros, junto con los correspondientes intereses de demora). A tal efecto, el artículo 128 del RGAT establece que el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones finalizará mediante resolución en la que se acordará o no la rectificación de la autoliquidación.

La Administración deberá iniciar un procedimiento de gestión o inspección tributaria para regularizar el IVA que Mienésimopc, SA no ha repercutido en el arrendamiento del local.

3. Sí que procede reconocer intereses de demora a favor de Mienésimopc, SA, a tenor de lo dispuesto en el artículo 120.3 de la LGT, que establece que cuando la rectificación de una autoliquidación origine la devolución de un ingreso indebido, la Administración tributaria abonará el interés de demora en los términos señalados en el apartado 2 del artículo 32 de la LGT.

El artículo 32.2 de la LGT dispone que con la devolución de ingresos indebidos la Administración tributaria abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de la LGT, sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido (10 de septiembre de 2013) hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución (25 de marzo de 2014).

En el caso de que hubieran existido dilaciones en el procedimiento por causa imputable al interesado, las mismas no se tendrían en cuenta a efectos del cómputo del periodo a que se refiere el párrafo anterior.

Por otra parte, el artículo 128.2 del RGAT establece que cuando se reconozca el derecho a obtener una devolución, se determinará el titular del derecho y el importe de la devolución, así como los intereses de demora que, en su caso, deban abonarse. La base sobre la que se aplicará el tipo de interés tendrá como límite el importe de la devolución reconocida (en este caso, la devolución reconocida asciende a 5.040 €).

PARTE 8.ª PROCEDIMIENTOS DE RECAUDACIÓN

Por lo que se refiere a la opción a), es decir, adquirir el control de PCVerde, mediante la compra del número de acciones imprescindibles a tal efecto, cabe señalar que el artículo 43.1 g) de la LGT dispone que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria, entre otras personas

o entidades, las que tengan el control efectivo, total o parcial, directo o indirecto, de las personas jurídicas o en las que concurra una voluntad rectora común con estas, cuando resulte acreditado que las personas jurídicas han sido creadas o utilizadas de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública y exista unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial. La responsabilidad se extenderá a las obligaciones tributarias y a las sanciones de dichas personas jurídicas. Este supuesto de responsabilidad subsidiaria se introdujo por Ley 36/2006, de Medidas para la prevención del fraude fiscal, con fecha de entrada en vigor 1 de diciembre de 2006.

Para que resultara de aplicación el supuesto de responsabilidad subsidiaria contemplado en la letra g) del apartado 1 del artículo 43 de la LGT, no bastaría el hecho de que Mienésimopc, SA tuviera el control de PCVerde, SA, sino que resultaría necesario acreditar la utilización de esta sociedad de forma abusiva o fraudulenta para eludir la responsabilidad patrimonial universal frente a la Hacienda Pública, así como la existencia de unicidad de personas o esferas económicas, o confusión o desviación patrimonial.

A la vista de los datos del enunciado, no parece que resulte aplicable el supuesto de responsabilidad subsidiaria a que se refieren los párrafos anteriores.

Por otra parte, en el supuesto de que la entidad PCVerde finalmente se disolviera y liquidara, resultaría de aplicación el artículo 40 de la LGT, que regula la sucesión de personas jurídicas (también conocida como sucesión impropia).

En este caso, dado que se trata de la sucesión de una persona jurídica (PCVerde, SA) en la que se limita la responsabilidad de los socios, el apartado 1 del referido artículo dispone que las obligaciones tributarias pendientes de las sociedades y entidades con personalidad jurídica disueltas y liquidadas en las que la ley limita la responsabilidad patrimonial de los socios, partícipes o cotitulares se transmitirán a estos, que quedarán obligados solidariamente hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que les corresponda y demás percepciones patrimoniales recibidas por los mismos en los dos años anteriores a la fecha de disolución que minoren el patrimonio social que debiera responder de tales obligaciones, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 42.2 a) de la LGT.

En cuanto al importe de las deudas que se transmiten a los socios, son las devengadas hasta el momento de la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, aunque no se encuentren liquidadas y, dentro de ellas, tanto las cuotas, como los intereses, los recargos por extemporaneidad y los recargos del periodo ejecutivo

Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Por lo que se refiere a la opción b), es decir, formalizar la adquisición de la titularidad y ejercicio de la actividad económica de PCVerde, cabe señalar que el artículo 42.1 c) de la LGT dispone

que serán responsables solidarios de la deuda tributaria, entre otras personas o entidades, las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio.

El procedimiento para declarar y exigir la responsabilidad solidaria será el previsto en el artículo 175 de la LGT.

El presupuesto de hecho de esta responsabilidad va a ser no solo la sucesión en la titularidad de las explotaciones, sino también en su ejercicio. De esta manera se incluyen los supuestos de sucesión de hecho, en los que los deudores, de manera fraudulenta, eluden el pago del tributo mediante la concatenación de diferentes personas en el ejercicio de la actividad.

En relación con el alcance de la responsabilidad, esta se extenderá a las obligaciones tributarias derivadas del ejercicio de la actividad por el anterior titular, entre las que se incluirán las derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar y las sanciones, salvo que se hubiera solicitado la certificación regulada en el artículo 175.2 de la LGT. En consecuencia, el alcance de la responsabilidad ascenderá a: cuota e intereses de demora, recargo de extemporaneidad y sanciones que deriven del ejercicio de explotaciones.

A estos efectos, el artículo 175.2 de la LGT dispone que el que pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas, y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria contemplada en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 42 de la LGT tendrá derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la Administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La Administración tributaria deberá expedir dicha certificación en el plazo de tres meses desde la solicitud. En tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en la misma. Si la certificación se expidiera sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilitara en el plazo señalado, el solicitante quedará exento de la responsabilidad a la que se refiere dicho artículo.

La certificación por adquisición de explotaciones o actividades económicas viene regulada en el artículo 125 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, el cual dispone que:

1.º No producirán efecto las certificaciones, cualquiera que sea su contenido, si la fecha de presentación de la solicitud para su expedición resultase posterior a la de adquisición de la explotación o actividad económica de que se trate.

2.º Cuando no se haya solicitado la certificación a que se refiere el artículo 175.2 de la LGT, la responsabilidad alcanzará a las deudas y responsabilidades liquidadas o pendientes de liquidación y a las sanciones impuestas o que puedan imponerse.

CONTABILIDAD

ANÁLISIS FINANCIERO-ECONÓMICO DE LOS *LEVERAGED BUYOUTS*

Antonio Serrano Acitores

Profesor Doctor en Derecho Mercantil.
Universidad Rey Juan Carlos

Este trabajo ha obtenido el **1.er Premio *Estudios Financieros* 2014** en la modalidad de **Contabilidad**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Mario Alonso Ayala, don Oriol Amat Salas, don Jorge J. Pérez Ramírez, doña Flavia Rodríguez Ponga Salamanca y don Fernando Ruiz Ruiz.

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

Extracto

Las adquisiciones apalancadas de empresa o LBOs, en tanto que operaciones dinamizadoras de nuestra economía, implican la adquisición de una sociedad Target por parte de uno o más compradores (generalmente, operadores de *private equity* que actúan como patrocinadores financieros de la operación apoyados por potentes equipos directivos) a un vendedor mediante una mezcla de financiación con fondos propios aportados por los patrocinadores financieros y financiación con deuda concedida por varias entidades financieras.

La figura que analizamos presenta evidentes componentes tanto económicos como financieros que resultan esenciales de entender para poder estructurar una operación de este tipo.

En consecuencia, el presente trabajo tiene por objeto analizar, en primer lugar, el concepto, la naturaleza jurídica y principales características de un LBO, así como su tipología, para a continuación estudiar los aspectos financiero-económicos más relevantes en sede de una adquisición apalancada de empresa.

Palabras claves: *leveraged buyout*, LBO y adquisición apalancada de empresas.

Fecha de entrada: 30-04-2014 / Fecha de aceptación: 10-07-2014

FINANCIAL AND ECONOMIC ANALYSIS OF LEVERAGED BUYOUTS

Antonio Serrano Acitores

Abstract

Leveraged buyouts or LBOs, as dynamizing transactions of our economy, entail the acquisition of a Target Company by one or more buyers (usually private equity operators acting as financial sponsors of the transaction, supported by powerful management teams) to a seller through a financial mixture of equity contributed by the financial sponsors and loan financing granted by financial entities.

The matter at hand arises, therefore, economic and financial issues which need to be thoroughly understood so as to better structure a transaction of this kind.

Thus, the purpose of this paper is to analyze, firstly, the concept, legal nature and main features of an LBO, as well as its typology, and, secondly to study the most relevant financial and economic matters within this type of acquisitions.

Keywords: leveraged buyout, LBO and company acquisition.

Sumario

1. Introducción
2. Concepto y naturaleza jurídica de los *leveraged buyouts*
3. Notas características
4. Tipos
5. La valoración de la sociedad *Target*, el apalancamiento financiero y el papel del EBITDA
6. La financiación de la adquisición
   - 6.1. Aspectos generales
   - 6.2. Deuda *senior*
   - 6.3. Deuda *mezzanine*
   - 6.4. Otros tipos de financiación
   - 6.5. Acuerdo entre acreedores, cobertura de riesgos y capital social
7. El plan de negocio
8. Bloqueo de dividendos
9. Control sobre la sociedad *Target* y la *Newco*
10. Certidumbre de la financiación
11. Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Durante la primera década de este siglo, y especialmente, a partir del año 2004, el mercado de fusiones y adquisiciones en España no solo creció cuantitativamente, incrementándose extraordinariamente el número de operaciones, sino también cualitativamente en cuanto a la complejidad financiera y jurídica de las mismas.

Uno de los principales factores que determinó esta evolución fue, sin duda alguna, el capital riesgo (*private equity*). A través de las entidades de capital riesgo las adquisiciones apalancadas de sociedades o *leveraged buyouts* (también conocidas por su acrónimo inglés LBOs) cobraron un destacado protagonismo en nuestro mercado contribuyendo, junto a otros elementos, al desarrollo de una economía más competitiva, innovadora y dinámica.

La expansión de estas operaciones en los últimos años ha estado relacionada con otros factores especialmente importantes, entre ellos, la búsqueda de instrumentos de adquisición de empresas que ofrecieran rentabilidades adecuadas (*search for yield*) en un contexto de bajos tipos de interés y baja apreciación del riesgo, el desarrollo de los mercados de transferencia de riesgos y la aparición de nuevos intermediarios, como los *hedgefunds* y los vehículos de *Collateral Debt Obligations* (CDOs), aspectos que han coadyuvado, en general, a aumentar la liquidez de los mercados financieros, entendida como la facilidad para encontrar contraparte con un bajo coste, favoreciendo la financiación de operaciones de adquisición fuertemente apalancadas[1].

No obstante, no podemos olvidar que desde agosto de 2007 nuestra economía ha pasado de un periodo de extraordinario crecimiento a sufrir una fuerte desaceleración llegando hasta la recesión como consecuencia, entre otros elementos, de la crisis financiera internacional, del vaticinado «pinchazo de la burbuja inmobiliaria» y de los desajustes macro-económicos con expresión en la deuda soberana. Estas circunstancias han generado un clima de desconfianza en los mercados financieros con efectos, a su vez, en los mercados bursátiles, todo lo cual ha llevado, además, a las entidades financieras a restringir la concesión de préstamos y créditos, dificultando, sin duda, las compraventas apalancadas pues aproximadamente el 75 % del precio de este tipo de operaciones se financia con deuda.

Sin perjuicio de lo anterior, las adquisiciones apalancadas han sido y seguirán siendo un elemento instrumental relevante para nuestra economía. Desde el punto de vista puramente económico se dice que los LBOs facilitan las reorganizaciones empresariales, fomentan la eficiencia de los directivos de las sociedades objetivo y son una vía de solución a los problemas de sucesión empresarial. Al aumentar las ofertas posibles por una empresa, permitirá generar más valor para el accionista de la sociedad

[1] Manzano Frías, M. C.: «La evolución de las operaciones de *leveraged buy out* y su financiación: posibles implicaciones para la estabilidad financiera», *Estabilidad financiera*, número 13, Madrid, 2007, págs. 33 y ss.

adquirida, y el endeudamiento que recae sobre la misma impondrá una mayor disciplina de gestión en empresas antes sobrecapitalizadas, habiéndose señalado también que en casos de exclusión bursátil de la sociedad adquirida vía operaciones de LBO, la posición de las firmas de *private equity* permite unificar los intereses de la propiedad y la gestión, reduciendo costes y mejorando la administración en un marco de reestructuración de empresas. En todo caso, solo en la medida en que las reformas realizadas y en curso del sistema financiero y el apoyo económico de la Unión Europea determinen una mayor solvencia de las entidades de crédito, financiándose adecuadamente en los mercados mayoristas, situándolas en mejor posición para conceder crédito y superando la restricción financiera, volverán a desarrollarse nuevamente operaciones como las adquisiciones apalancadas de empresas.

En este sentido, las mejoras macroeconómicas experimentadas recientemente en nuestro país unidas al nuevo fenómeno de la desintermediación bancaria (a través del *shadow banking* o *direct lending*[2]) parecen haber despertado al mercado de las adquisiciones, siendo claro ejemplo de ello la compra de Ono por parte de Vodafone en marzo de 2014.

Por otra parte, y centrando ya el objeto de nuestro trabajo, la figura que analizamos presenta evidentes componentes tanto económicos como financieros que resultan esenciales de entender para poder estructurar una operación de este tipo.

En efecto, la adjetivación de una operación de adquisición de empresas con el calificativo de «apalancada» implica la necesidad de analizar algunos de los fundamentos económicos y financieros básicos sobre los que se asientan los LBOs.

No obstante, excede del propósito de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de los principios de *corporate finance* que tienen impacto en este tipo de operaciones[3]. Por ello, a continuación se tratan aquellas materias que constituyen las bases económico-financieras para poder comprender las adquisiciones apalancadas de empresas[4].

De este modo, en primer lugar, se analizará el concepto, la naturaleza jurídica y principales características de un LBO, así como su tipología, para a continuación estudiar los aspectos financiero-económicos más relevantes en sede de una adquisición apalancada de empresa.

---

2 La financiación directa, *direct lending* o *shadow banking*, permite a las empresas financiarse mediante negociaciones bilaterales con los agentes especializados en este mercado. Normalmente, los proveedores son fondos de inversión alternativa, fondos de deuda –como el que acaban de constituir Muzinich y Arcano–, o fondos institucionales con dinero destinado a esta actividad, aunque también algunos bancos –como Bankinter en consorcio con Mutua Madrileña y Banca March– han creado divisiones especializadas en este tipo de financiación flexible, segregando esta actividad de la tradicional. *Vid*. Medina, J.: «Financiación: alternativas y oportunidades», *Expansión*, 26 de marzo de 2014; y Badía, D.: «Muzinich y Arcano lanzan un fondo de 200 millones para pymes españolas», *Expansión*, 7 de abril de 2014.

3 Si se desea una mayor información de carácter financiero, recomendamos Mascareñas, J.: *Fusiones y adquisiciones de empresas*, 4.ª edic., McGraw-Hill, Madrid, 2005, o a Brealey, R.; Myers, S. y Allen, F.: *Principios de finanzas corporativas*, 8.ª edic., McGraw-Hill, Madrid, 2006.

4 *Vid.* Rosenbaum, J. y Pearl, J.: *Investment Banking. Valuation, leveraged buyouts and mergers & acquisitions*, Wiley Finance, Nueva Jersey, 2009.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS *LEVERAGED BUYOUTS*

Uno de los procedimientos para adquirir una compañía consiste en financiar parte del precio de la compra a través de recursos ajenos.

En este sentido, una adquisición apalancada o *leveraged buyout* se puede definir como aquella compraventa en la que el comprador adquiere una sociedad (en adelante, la «sociedad *Target*») o una participación mayoritaria en la misma, a través de la financiación de una parte significativa de su precio de compra mediante el uso de deuda, y que pretende amortizar con cargo a los recursos patrimoniales y flujos de caja esperados por la propia sociedad *Target*[5].

En efecto, una transacción típica de adquisición apalancada implica la adquisición de una sociedad *Target* por parte de uno o más compradores (generalmente, operadores de *private equito* que actúan como patrocinadores financieros de la operación) a un vendedor mediante una mezcla de financiación con fondos propios aportados por los patrocinadores financieros y financiación con deuda concedida por varias entidades financieras (generalmente conocidas como proveedores de deuda o entidades financiadoras).

Los LBOs se enmarcan, sin duda alguna, dentro de la institución de la compraventa de empresas. No obstante, mucho se ha discutido acerca de si este tipo de compraventa tiene naturaleza mercantil o civil.

A pesar de que para algunos autores[6] se trata de operaciones cuya naturaleza jurídica se encuadra fundamentalmente dentro de la compraventa civil, creemos, con la doctrina[7] y jurisprudencia[8] mayoritaria, que los LBOs tienen carácter mercantil.

Las razones fundamentales que nos llevan a reafirmar el carácter mercantil de este tipo de adquisiciones son las siguientes:

---

5 Serrano Acitores, A.: «La problemática de la asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas por operadores de capital riesgo», *Asocia*, Madrid, 2007, págs. 6 y ss.

6 Segura de Lassaletta, R.: «Las operaciones de adquisición apalancada. Cuestiones generales», en la obra colectiva *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: entidades y operaciones*, coordinada por Trías Sagnier, M., Marcial Pons, Madrid, 2006, págs. 141 y ss.

7 Así lo consideran los maestros Garrigues, Uría, Langle y Paz-Ares, entre otros muchos.

8 En el orden jurisprudencial es clásica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1881 en la que se declara que «la cesión o traspaso de un establecimiento de comercio, con todos sus géneros, por un precio, debe ser considerado con arreglo al artículo 359 [hoy 325] del Código de Comercio como compraventa mercantil, y mucho más resultando que los adquirentes se dedicaron desde entonces al ejercicio habitual del comercio». Dicha doctrina sobre la naturaleza mercantil de la compraventa de empresa ha sido reafirmada por Sentencias posteriores como las de 11 de noviembre de 1927, de 10 de febrero de 1936, de 4 de abril de 1941 y de 13 de marzo de 1943, entre otras.

1. Es evidente el ánimo de lucro del comprador.
2. El objeto de la compra, esto es, la empresa, está singularmente vinculado a la actividad comercial.
3. Los compradores habituales en los LBOs suelen ser entidades de capital riesgo, teniendo, por tanto, la inversión realizada carácter transitorio. Así, en el correspondiente contrato de compraventa se regularán plazos y condiciones de salida de la sociedad *Target*, ya sea a través de la venta de la sociedad adquirida mediante ventas privadas[9] o mediante una oferta pública de venta en bolsa y, de este modo, materializar las plusvalías latentes generadas.
4. Al pretender la entidad de capital riesgo comprar una empresa para luego revenderla y adquirir una serie de plusvalías, el LBO quedaría claramente enmarcado en la definición dada a la compraventa mercantil por el artículo 325 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se aprueba el Código de Comercio (en adelante, CCom) a cuyo tenor «será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

3. NOTAS CARACTERÍSTICAS

Las adquisiciones apalancadas se caracterizan por las siguientes notas:

1. Sea de naturaleza civil o mercantil, lo que está claro es que tanto la normativa recogida en los artículos 1.445 y siguientes del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil (en adelante, CC) como la recogida en los artículos 325 y siguientes del CCom, se muestra claramente inoperante para regular operaciones ciertamente complejas.

   En efecto, si bien de la definición que hemos dado de la operación, esta podría parecer sencilla, lo cierto es que suelen dar lugar a transacciones verdaderamente complicadas y a una variedad de jerga esotérica para describirlas.

   En este sentido, y a la luz del artículo 1.255 del CC, sobre autonomía de la voluntad, se ha ido configurando una instrumentación jurídica estandarizada tan sofisticada (no solo en España sino también en el extranjero) que algunos han calificado de «fruto de la fantasía y la alquimia societaria»[10].

---

[9] Se trata de los *secondary buyouts*, es decir, aquellas operaciones en la que habiéndose producido un primer *buyout*, la entidad de capital riesgo inicial, que por su propia naturaleza realiza inversiones de carácter temporal, vende su participación y da entrada a otra entidad de capital riesgo, manteniéndose generalmente, sin embargo, la participación en el proyecto de los directivos.

[10] Segura de Lassaletta, R., *op. cit.*, pág. 141.

2. Son operaciones basadas en prácticas anglosajonas por lo que muchos de los términos empleados en las mismas son vocablos en inglés.

3. Una parte importante de la adquisición está financiada con deuda o recursos ajenos. Así, la estructura financiera de un LBO típico en España consistiría en un 20-40 % de fondos propios (*equity*), un 30-70 % de deuda bancaria preferente (*senior*) y un 10-30 % de deuda subordinada (*mezzanine*)[11].

4. Se trata de operaciones en las que interviene una multiplicidad de sujetos. Así, además de comprador y vendedor, participan todas las entidades encargadas de financiar la operación y, en su caso, directivos o empleados bien de la sociedad *Target* o bien ajenas a la misma.

5. Como consecuencia de la nota (4) anterior y debido a la complejidad de los LBOs, intervienen tantos asesores legales y financieros como partes haya en la operación.

6. La forma más frecuente de articular la adquisición consiste en constituir (o comprar[12]) una sociedad vehículo (en adelante, «Newco») que será la que obtenga la financiación de las entidades de crédito y adquiera las acciones o participaciones de la sociedad *Target*. De este modo, el comprador limita su responsabilidad frente a terceros al patrimonio de *Newco* y de la sociedad *Target*.

7. La sociedad *Target* soporta el coste financiero de la adquisición pues, o bien garantiza con sus activos el repago de la deuda, o bien la repaga mediante los flujos de caja libres que la referida sociedad *Target* pueda generar.

   Ahora bien, el hecho de que el repago de la financiación para adquirir la sociedad *Target* se realice con cargo a los recursos generados por la propia sociedad *Target*, y al mismo tiempo se utilice de una u otra forma el patrimonio de esta para garantizar la devolución de la deuda y sus intereses, exige analizar en cada caso la compatibilidad de la estructura de la operación con la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones propias prevista en el artículo 143.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) para las sociedades de responsabilidad limitada y en el artículo 150 de la LSC para las sociedades anónimas.

8. Las principales razones para concertar operaciones de este tipo son fundamentalmente las siguientes:

   a) Situaciones de desinversión por parte de grupos de sociedades que pretenden deshacerse de una rama de actividad o de una filial.

---

11 Serrano Acitores, A.: «¿Cómo se financian los LBOs? El contrato de financiación *senior*», *Directorio Financiero Contable de las revistas Estrategia Financiera y Partida Doble*, La Ley, Madrid, 2009, págs. 18-31.

12 Son numerosas las gestorías que tienen ya constituidas sociedades vehículos (generalmente, sociedades limitadas) sin actividad para venderlas a los patrocinadores financieros y ahorrar así un valioso tiempo que permitirá cerrar antes la operación.

b) La liquidación o escisión de una sociedad.

c) La más habitual, que es la venta de una sociedad de carácter familiar.

9. Una empresa que sea buena candidata a un LBO debe cumplir los siguientes requisitos:

a) Generación estable y predecible de caja para hacer frente al servicio de la deuda[13].

b) Empresa estable o de lento crecimiento: relacionado con el punto anterior, la empresa no debe ser de rápido crecimiento, porque esto implica la necesidad de disponer de liquidez que la alimente y, por tanto, no se puede utilizar para devolver la deuda.

c) Equipo experimentado y estable.

d) Bajo endeudamiento: la empresa debe tener un *ratio* de endeudamiento pequeño, es decir, su capacidad de endeudamiento debe estar infrautilizada. Así podrá endeudarse para ser adquirida mediante un LBO.

e) Posibilidad de reducir costes: por ejemplo, reducir el número de empleados, reducir los gastos de capital, reducir costes administrativos, establecer mejores controles sobre costes operativos, etc.

f) Existencia de activos no estratégicos: la posible venta de estos activos proporcionará liquidez para devolver la deuda.

g) Es recomendable que los directivos sean socios de la empresa: cuanto mayor sea la implicación de los directivos en el capital social de la empresa, más se implicarán en su gestión y más seguros estarán los acreedores de que su deuda será satisfecha.

h) Pocas necesidades de capital de trabajo y programa de inversiones poco exigente: cuanto menores sean las inversiones en activo fijo y circulante, más flujos de caja libre estarán disponibles para hacer frente al servicio de la deuda.

10. Para que esta operación tenga éxito se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Equipo de directivos consistente, a poder ser con experiencia en este tipo de operaciones.

b) Grupo de accionistas-patrocinadores fuertes (normalmente un capital riesgo o *private equity*).

---

[13] El servicio de la deuda está formado por los gastos financieros más la amortización financiera. Por tanto, la generación de caja debe ser suficiente para hacer frente a estos conceptos y con un riesgo económico (que mide la variabilidad de los flujos de caja libres de la empresa) bajo para evitar que en algún periodo haya escasez de fondos.

c) Selección de un sector industrial atractivo y fragmentado, listo para someterse a procesos de consolidación.

d) Estructura de capital simplificada, preferiblemente con un único grupo de accionistas dado que, posteriormente, será necesario complicar la estructura con nuevas emisiones, lo que implicará la necesidad de contentar a todas las partes.

11. Una vez ejecutado el LBO, se producen cambios en diferentes estructuras. Así, se modifican:

a) La estructura de la propiedad: con el LBO se produce un cambio en el accionariado de la sociedad *Target*. En efecto, *Newco* e indirectamente los promotores del LBO (un *private equity,* o los directivos, o una combinación de ambos) pasarán a ser los nuevos socios de la sociedad *Target*.

Asimismo, en ocasiones también se convertirán en socios de la sociedad *Target* los prestamistas, principales y subordinados, quienes suelen quedarse con la opción de asistir a los consejos de administración y decidir sobre el equipo directivo.

En consecuencia, el poder de los prestamistas es elevado ya que siguen de cerca las actividades de los directivos y pueden influir en decisiones estratégicas.

En cualquier caso, a la hora de configurar la estructura de propiedad lo ideal es intentar conseguir que cada uno de los nuevos socios tenga un fuerte incentivo para conseguir aumentar el valor de la empresa.

b) La estructura del activo: el cambio en la estructura accionarial afecta a las decisiones estratégicas de cuáles son los negocios en los que se debe permanecer. Los nuevos accionistas, en la búsqueda de la rentabilidad y el aumento de valor, reflexionan sobre cuáles son las áreas de negocio que mayor valor aportan y cuáles no.

Una vez se identifican las áreas de elevado valor añadido, cabe decidir sobre el futuro del resto de áreas.

Frecuentemente, los accionistas deciden salir de esas áreas de negocio generando así un flujo de caja que sirve para realizar inversiones en las áreas clave y acometer la amortización de la deuda.

c) La estructura organizativa: la presión de hacer frente a las obligaciones de la deuda y de los intereses, obliga a los directivos a optimizar la estructura organizativa buscando la reducción de costes y la mejora de flujos de tesorería.

Los principales factores organizativos empleados son:

- Reducción del tamaño del equipo asesor.
- Acortamiento de las líneas de autoridad y comunicación.

- Centralización de las decisiones estratégicas y descentralización de las operativas.
- Modificación de los sistemas de incentivos, haciéndolos depender de la productividad alcanzada.
- Dotación de fluidez y flexibilidad al sistema informativo de gestión.

d) La estructura financiera: al producirse un aumento en el endeudamiento cambia la estructura del pasivo de las sociedades implicadas en el LBO.

12. Tal y como ya se ha indicado, la operación es realizada generalmente por una entidad de capital riesgo y, por tanto, la inversión tiene carácter transitorio. Así, los compradores pretenden aumentar el valor de la empresa adquirida y venderla en un plazo de entre tres y siete años, materializando las plusvalías generadas.

13. Las principales ventajas que ofrece un LBO para el adquirente son, entre otras, las siguientes:

a) Le permite llevar a cabo la compraventa con una aportación mínima de fondos propios.

b) Los intereses de la deuda se consideran gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades[14].

c) Siempre que se lleve a cabo una reorganización y una expansión adecuada de la sociedad *Target* permite generar unas plusvalías a medio plazo bastante considerables (una TIR del 20 % o superior).

14. Sin embargo, no podemos obviar los inconvenientes y riesgos que puede suponer un LBO, a saber:

a) El eventual fracaso financiero como consecuencia de una elección errónea de la sociedad *Target*.

---

14 Ahora bien, a este respecto se ha de tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público ha modulado dicha deducibilidad. En efecto, el mencionado real decreto-ley modifica a través de su artículo 1 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 y limita la deducibilidad de los gastos financieros. Así, con la nueva norma no serán deducibles en el año los gastos financieros que excedan del 30 % del resultado (EBITDA) del ejercicio, siendo en todo caso deducible la cantidad de un millón de euros. Eso sí, los gastos que no fueran deducibles en el año sí lo serán en periodos futuros, con un máximo de dieciocho años. Asimismo, el reciente Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad ha restringido aún más esta posibilidad al haber adoptado como medida de carácter indefinido, la modificación de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros, haciéndola extensiva a todas las empresas en general, sin circunscribirse a su pertenencia a un grupo mercantil.

b) La falta de terceros interesados en la compra de la sociedad *Target* (o de la participación mayoritaria) propiedad del operador de capital riesgo cuando este desee desinvertir.

c) La problemática que genera la prohibición de asistencia financiera en este tipo de operaciones.

4. TIPOS

En función de los sujetos adquirentes en la operación podemos distinguir los siguientes tipos de LBO:

1. *Management buyout* (MBO): en este caso la adquisición de la sociedad *Target* la llevan a cabo los directivos de la propia sociedad *Target*, bien solos o bien apoyados por parte de uno o varios patrocinadores financieros.

   Las ventajas principales son:

   a) Se aprovecha la oportunidad de adquirir el negocio a un precio más favorable que para otros inversores.

   b) Los directivos de la propia compañía son los que tienen un mayor conocimiento de la empresa.

2. *Management buyin* (MBI): aquí la adquisición de la sociedad *Target* la ejecuta un equipo profesional externo a la sociedad *Target*, normalmente seleccionado por parte del patrocinador o patrocinadores financieros.

   Estos supuestos suelen darse cuando los prestamistas no quieren apoyar financieramente a los directivos de empresas pobremente dirigidas y que deseen adquirirlas, al suponer que fracasarán en su intento de mejorar la gestión de las mismas. Preferirán, pues, a un nuevo equipo directivo, conocido por las entidades financieras que soportan la operación[15].

3. *Buy in management buyout* (BIMBO): en este supuesto protagonizan la compra de la sociedad *Target* tanto directivos de la sociedad *Target* como profesionales ajenos a la misma.

4. *Leveraged employee buyout* (LEBO): la adquisición de la sociedad *Target* es llevada a cabo por los propios empleados.

[15] De hecho, es habitual que las entidades financieras se dediquen a buscar grupos de ejecutivos que puedan levantar determinadas empresas mal gestionadas.

Presenta la ventaja de la transformación del espíritu y los ánimos de los empleados, puesto que pasarán a trabajar para ellos mismos, lo que implica un aumento de la lealtad y devoción al trabajo, reflejándose en poco tiempo en los resultados.

5. *Institutional buyout* (IBO): en este tipo de adquisiciones un inversor institucional participa mayoritariamente en la inversión.
6. *Owners buyout* (OBO): en él uno de los socios de la sociedad *Target* ejecuta la compra de la participación de los demás socios.
7. *Leveraged take-overbids*: se trata de los LBOs sobre sociedades cotizadas. También son conocidos como operaciones *public to private* o P2P debido a que después de la adquisición se excluye a la sociedad *Target* de cotización.
8. *Secondary buyout* (SBO): es aquella operación en la que un fondo de *private equity* compra a otro fondo de *private equity* su participación en una empresa previamente adquirida por este.

Por otra parte, es posible distinguir otras modalidades de LBO, a saber[16]:

1. Por el objeto de los LBOs, podemos distinguir entre adquisiciones apalancadas de activos (*assets* LBOs) y adquisiciones apalancadas de acciones o participaciones (*stocks* LBOs).

   La elección de uno u otro tipo de LBO dependerá de las ventajas fiscales (por ejemplo, compensar bases imponibles negativas o evitar la doble imposición) y contables (revalorización de activos y actualización de balances).
2. En función de la estructura financiera y de cómo esté garantizada la misma podemos distinguir entre adquisiciones apalancadas garantizadas (*secured* LBOs), si los activos de la sociedad *Target* son utilizados para garantizar el pago de la financiación, y adquisiciones apalancadas no garantizadas (*unsecured* LBOs), si la financiación no se encuentra respaldada con garantías sobre los activos de la sociedad *Target*.

   Ahora bien, en la práctica esta distinción no tiene trascendencia, puesto que los LBOs emplean una combinación de financiación garantizada y no garantizada[17].
3. También puede distinguirse entre LBOs amistosos y hostiles, en función de si todos los socios de la sociedad *Target* han acordado enajenar su participación en dicha sociedad o de si alguno de ellos se ha opuesto a la operación.

---

16 Se trata de la clasificación esbozada por Candelario Macías, I. y Leyva Saavedra, J.: «El lease-back y el leveraged buy-out: modernas técnicas financieras», *RCyT.* CEF, núm 203, Madrid, 2000.

17 Tortuero, J.: «Las entidades de capital riesgo, sus operaciones típicas y la prohibición de asistencia financiera», *Revista Española de Capital Riesgo*, número 2, Madrid, 2007, pág. 12.

Finalmente, no debemos olvidar una modalidad especial conocida como *leveraged build up* (LBU) y que no es otra cosa que la adquisición de una empresa para que actúe de catalizadora en un proceso de adquisición e integración de empresas que pretenda una rápida expansión, utilizando endeudamiento significativo en el proceso de compra[18].

5. LA VALORACIÓN DE LA SOCIEDAD *TARGET*, EL APALANCAMIENTO FINANCIERO Y EL PAPEL DEL EBITDA

Los patrocinadores financieros, a la hora de decidir si finalmente invierten en la sociedad *Target* y, en consecuencia, ejecutan la operación de LBO, tendrán que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

1. La valoración de la sociedad *Target*: la valoración de empresas se utiliza, entre otras cosas, para determinar el valor intrínseco de una compañía con la finalidad de establecer una decisión de inversión. Por ello, la determinación del valor intrínseco debe recoger el valor propio de la compañía medido a través de la capacidad de la misma de generar dinero para los propietarios de las acciones o participaciones.

   Por lo que se refiere al supuesto concreto de las adquisiciones apalancadas de empresas, varios han sido los métodos utilizados por los analistas para valorar la sociedad *Target*. Así:

   a) Numerosos expertos suelen valorar los LBOs aplicando el método de múltiplos de transacciones comparables con respecto a los ingresos. Ahora bien, este método aporta un valor aproximado que sirve solo de referencia, pero no aporta un análisis exhaustivo del valor del LBO, pues no incorpora las características de los flujos de caja que componen el verdadero valor de la empresa.

   b) Por este motivo, también es común aplicar el método de descuento de flujos de caja (DFC) con el objetivo de analizar la estructura del LBO y su capacidad de hacer frente a la deuda implícita en la operación. Asimismo, es frecuente utilizar este método por los patrocinadores financieros según los diversos precios de adquisición barajados.

   c) En ocasiones, y como tasa de descuento de los flujos de caja libres estimados, se suele utilizar el coste del capital medio ponderado. Sin embargo, este método salvo que su cálculo se prevea de forma dinámica, presenta numerosas dudas ya que la estructura financiera del LBO varía de año en año.

[18] Mascareñas, J.: «La compra de empresas mediante apalancamiento financiero», *Fusiones y adquisiciones de empresas*, 4.ª edic., McGraw-Hill, Madrid, 2005, págs. 207 y 208.

d) Finalmente, y como consecuencia de las deficiencias señaladas en los métodos anteriores, el método que goza de mayor aceptación entre los expertos para valorar un LBO es el del cálculo del valor actual ajustado (o «VAA»). Este método se basa en el DFC, es decir, parte del cálculo de la capacidad de la empresa de generar caja. Igual que en el DFC, las variables clave que hay que determinar son la evolución de los ingresos y de los márgenes, las inversiones necesarias y la política de amortizaciones.

El flujo de caja libre indicará los recursos financieros que se pueden repartir los accionistas/socios y los acreedores. A partir del flujo de caja libre se halla el flujo de caja libre de deuda restando la devolución de la deuda de cada uno de los años. Si el flujo de caja libre de deuda es positivo, nos indica que la empresa puede soportar la estructura financiera planteada; si es negativo, deberá reducir el nivel de deuda.

Así, el método de valoración del VAA obtiene el valor de la empresa a través de la suma del valor que tendría la empresa sin deuda (VU o *Value Unleveraged*)[19] y del valor de la desgravación fiscal (VAF o Valor del Ahorro Fiscal también conocidos como VEF o Valor del Escudo Fiscal).

Por otra parte, en la valoración del LBO se debe prestar especial atención al riesgo. Este análisis consiste en proyectar los flujos de caja que se espera que genere la compañía y corroborar que son suficientes para pagar los intereses de la deuda y la amortización del principal. En este análisis se establecen diferentes supuestos cambiando el horizonte, el tipo de interés y el porcentaje de deuda aplicable.

2. El apalancamiento financiero: una de las preguntas que surgen al tratar los LBOs es por qué es interesante endeudarse fuertemente para llevar a cabo la adquisición de la sociedad *Target*.

La respuesta se obtiene entendiendo la figura del apalancamiento financiero así como las ventajas que de este se pueden derivar siempre y cuando se dé como condición previa una serie de presupuestos económico-financieros.

El término de apalancamiento financiero evoca aquellas reestructuraciones financieras que consisten en un notable incremento de los recursos ajenos de la empresa, generalmente bajo forma de endeudamiento bancario aunque también cabe su plasmación en emisiones de bonos u otros instrumentos[20].

Nosotros únicamente nos vamos a centrar en una de sus manifestaciones, a saber, las adquisiciones apalancadas de empresas.

---

19 De este modo, una vez hallado el VAA, debemos restar la deuda para obtener el valor de las acciones/participaciones (o fondos propios).

20 González-Gallarza Granizo, R.: «La financiación de adquisiciones y otras formas de apalancamiento financiero», en la obra colectiva *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, coordinada por Sánchez Álvarez, M. M., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, págs. 457 a 485.

De este modo, conviene, en primer lugar, que entendamos desde un punto de vista económico-financiero por qué se utiliza el apalancamiento para adquirir empresas[21].

Pues bien, el apalancamiento financiero es el efecto que se produce en la rentabilidad de la empresa como consecuencia del empleo de deuda en su estructura de financiación[22]. En definitiva, se trata del incremento de rentabilidad que experimentan los fondos propios a medida que se incorpora más deuda en la empresa.

El impacto del apalancamiento financiero ha de analizarse teniendo en cuenta: (i) por un lado, la relación entre la deuda y los capitales propios, y, (ii) por otro, el efecto de los gastos financieros sobre el margen ordinario.

El apalancamiento financiero es positivo cuando mediante el uso de deuda es posible incrementar la rentabilidad financiera de una inversión. Esta deuda genera un coste financiero (intereses), pero si la inversión genera un ingreso mayor que los intereses a pagar, el excedente pasa a aumentar el beneficio de la empresa.

Así:

Rendimiento del activo > coste de deuda = apalancamiento financiero positivo

El mercado inmobiliario constituye un buen ejemplo de la utilidad de este concepto: los inversores adquieren una vivienda, pagan una pequeña parte y el resto lo financian a un tipo de interés relativamente bajo (pongamos, en torno al 4 % anual).

Por ejemplo: un ahorrador que adquiere un piso por 100.000 euros, paga 20.000 euros y los 80.000 euros restantes los financia mediante hipoteca. Al año, vende la vivienda por 150.000 euros y devuelve la hipoteca, pagando 3.000 euros en concepto de intereses. Si hubiese adquirido la vivienda exclusivamente con fondos propios, la rentabilidad hubiera sido del 50 % –obtuvo 50.000 € de beneficio–, pero al financiar 80.000 euros mediante préstamo bancario, a los 20.000 realmente aportados por el ahorrador se le obtienen 47.000 euros de beneficio (150.000 € – – 80.000 € – 3.000 € – 20.000 €), es decir, una rentabilidad del 135 %. Y al ahorrador le quedan, además, otros 80.000 euros para seguir invirtiendo.

Igual ocurre a la hora de adquirir una empresa: al no financiarse toda la inversión con fondos propios, el beneficio que recibe en función de lo invertido es mayor (siempre que el activo genere ingresos superiores al coste de los intereses), y, por lo tanto, la rentabilidad también.

---

21 Si se quiere profundizar en el estudio del apalancamiento financiero recomendamos la lectura de Ross, S. A.; Westerfield, R. W. y Jordan, B. D.: «Apalancamiento financiero y política de estructura de capital», *Fundamentos de finanzas corporativas*, McGraw-Hill, Madrid, 2006, págs. 536 a 570; y Brealey, R.; Myers, S. y Allen, F.: «Es importante la política de endeudamiento», *Principios de finanzas corporativas*, 8.ª edic., McGraw-Hill, Madrid, 2006, págs. 481 a 508.

22 López Lubián, F. J.: «El apalancamiento financiero», *Diario ABC,* 25 de enero de 1998.

A cambio, existe un coste mayor en la operación (el tipo de interés), que incrementa el riesgo de que finalmente haya beneficio. Además, al aumentar el endeudamiento, hay mayor riesgo de insolvencia. Por último, la incertidumbre es mayor, pues no se conoce realmente la futura evolución de las rentas generadas por los activos.

En definitiva, el uso apropiado del apalancamiento es una vía para mejorar y aumentar la rentabilidad sobre los recursos propios de la compañía y, por ende, para crear un valor adicional para los inversores o accionistas. Ahora bien, a fin de que este tipo de operación financiera sea exitosa, resulta vital gestionar con acierto la cantidad de deuda asumida, manteniendo una actitud proactiva que se base en el conocimiento del negocio y en las perspectivas sobre su evolución futura. Para ello, tanto los inversores como los directivos tendrán que no solo diferenciar claramente entre la especulación y la gestión empresarial sino además adoptar decisiones de aspectos tan relevantes como la naturaleza de la deuda (moneda nacional o divisa), jerarquía de la misma (si es subordinada o no), coste real de la deuda, naturaleza del tipo de interés (si es fijo o variable), las garantías exigidas en su caso, así como la actitud ante el riesgo.

A la luz de lo anterior, un patrocinador financiero, por lo general, tratará de maximizar el importe de financiación de deuda y minimizar el importe de aportación de fondos propios utilizados para la adquisición de la sociedad *Target*.

Esto se debe a que la cantidad a pagar en la amortización de la deuda no fluctúa en referencia al valor del negocio. Aumentos (o reducciones) del valor del negocio en una salida se ven por tanto «magnificados» con relación al nivel original de aportación de fondos propios.

La siguiente tabla utiliza ejemplos para ilustrar el efecto del apalancamiento, asumiendo una venta a los tres años de realizada la adquisición de la sociedad *Target*, un tipo de interés del 10%, y diferentes escenarios que implican apalancamientos tanto reducidos como elevados y retornos bajos y altos a la salida.

En cada caso, la totalidad de la deuda y los intereses se pagan de los ingresos brutos de venta. Las cifras de porcentaje del retorno subrayan el aumento del retorno que puede generar el apalancamiento cuando una empresa tiene un buen comportamiento, así como el riesgo de grandes pérdidas cuando no lo tiene.

	Valor de salida bajo		**Valor de salida alto**	
	Apalancamiento bajo	**Apalancamiento alto**	**Apalancamiento bajo**	**Apalancamiento alto**
Precio inicial pagado	100	100	100	100
Financiación inicial con fondos propios	80	40	80	40
Financiación inicial con deuda	20	60	20	60

.../...

	Valor de salida bajo		Valor de salida alto	
	Apalancamiento bajo	Apalancamiento alto	Apalancamiento bajo	Apalancamiento alto
.../...				
Ingresos brutos de venta	100	100	400	400
Devolución de la financiación de la deuda e intereses	26	78	26	78
Importe retornado como porcentaje de la financiación original con fondos propios	92,50 %	55,00 %	467,50 %	810 %
Importe retornado como múltiplo de la financiación original con fondos propios	0,9x	0,6x	4,7x	8,1x
TIR	–2,57 %	–18,07 %	67,21 %	100,41 %

3. El EBITDA: es otro de los grandes protagonistas en las operaciones de LBO. EBITDA es el acrónimo de *earnings before interests, taxes, depreciation and amortization* y no es otra cosa que el beneficio operativo, es decir, la cifra que se obtiene a partir del estado de resultados o estado de pérdidas y ganancias de una empresa. Así, representa el margen o resultado bruto de explotación de la empresa antes de deducir los intereses (carga financiera), las amortizaciones o depreciaciones y el Impuesto sobre Sociedades.

   Aunque no se trata de un concepto contable formalmente reconocido, el EBITDA es, con carácter general, una medida aceptada de los beneficios, y utilizada por los patrocinadores financieros y las entidades financiadoras en las operaciones de adquisiciones apalancadas porque excluye la depreciación y la amortización (que no son partidas de efectivo o caja) e intereses y pagos impositivos (que fluctúan en función de cómo opta por financiarse la propia sociedad *Target*). Por lo tanto, el EBITDA ofrece una representación más fiel de los flujos de caja libres y las «ganancias» de la sociedad *Target* que el beneficio de explotación o el EBIT.

   De este modo, tanto los patrocinadores financieros como las entidades financiadoras estarán muy centrados en el EBITDA histórico de la sociedad *Target*, en concreto, en el periodo correspondiente a los últimos doce meses para el cual se disponga de cifras.

   Como estamos viendo, el nivel de apalancamiento depende de forma resumida de dos factores:

   a) La capacidad de generar caja del negocio y la visibilidad o recurrencia de esta.

   b) Activos con los que cuenta el negocio, sobre todo si son «vendibles», lo que permite incrementar el apalancamiento.

Ahora bien, en sentido estricto, el importe de financiación de deuda ofrecido para una adquisición viene, en definitiva, determinado por los niveles de deuda que pueden soportar los beneficios/flujos de caja de la sociedad *Target*, y no por el valor de los activos de la misma (aunque las entidades financiadoras obtendrán garantías sobre los activos de la sociedad *Target* para proteger su posición frente a una insolvencia).

Por ello, las entidades financiadoras típicamente calcularán el volumen de deuda como un múltiplo sobre la cifra más reciente de EBITDA disponible de la sociedad *Target* (en una base de doce meses) a fin de establecer múltiplos de apalancamiento con respecto a la deuda *senior*, con respecto a la deuda total y con respecto a la deuda cuyos intereses sean pagaderos en efectivo (denominada *cash paydebt*, en contraposición de aquella deuda cuyos intereses sean capitalizables).

La siguiente tabla de fuentes y usos ilustra la forma en la que las entidades financiadoras examinarán la sociedad *Target* en función del efectivo necesario al cierre de la operación y la información financiera de que dispongan.

Uso de los fondos		**Fuentes de los fondos**		
			Importe	**% Cap.**
Precio de adquisición	90	Deuda *senior*	40	40,0 %
Costes de la transacción	10	Deuda *mezzanine*	20	20,0 %
		Deuda PIK	10	10,0 %
		Deuda total	70	70,0 %
		Fondos propios	30	30,0 %
Total usos	**100**	**Total fuentes**	**100**	**100,0 %**
Datos financieros		**Estadísticas crediticias**		
Datos financieros		Deuda senior/EBITDA		3,6x
EBITDA pro forma	11,0	Devolución total *cash paydebt*/EBITDA...		5,5x
Gastos pro forma por intereses deuda *senior*	2,8	Deuda total/EBITDA		6,4x
Gastos pro forma por intereses *cash paydebt*	5,2	EBITDA/Gastos intereses deuda *senior* ..		3,9x
Precio de adquisición/EBITDA	8,2x	EBITDA/Gastos intereses *cash paydebt* ..		2,1x
		Fondos propios como % de la capitalización total		30,0 %

Pues bien, siendo esto así, conviene tener presente que generalmente se suele prestar a nivel de deuda *senior* entre tres y cuatro veces el EBITDA de la sociedad *Target*, aunque en épocas de exuberancia puede ser un múltiplo más alto[23].

6. LA FINANCIACIÓN DE LA ADQUISICIÓN

6.1. ASPECTOS GENERALES

Un aspecto fundamental de los LBOs es la financiación. De hecho, el calificativo de «apalancada» (o «*leveraged*» en su versión inglesa) se debe a que la adquisición de la empresa se financia en una parte muy elevada con deuda.

A la hora de configurar la estructura de financiación en un LBO existen dos modelos básicos, la estructura basada en fondos propios (que posee una mayor financiación propia que ajena) y la estructura basada en el endeudamiento (que a diferencia de la anterior tiene una mayor financiación ajena que propia).

En la estructura de financiación basada en fondos propios, se incorporará una parte importante de deuda subordinada, dando una mayor flexibilidad al prestatario que la deuda *senior* (debido a las cláusulas de protección). Esta estructura permite también una mayor flexibilidad a la institución compradora a la hora de realizar adquisiciones, porque la capacidad de decisión no está restringida por los prestamistas. Sin embargo, se renuncia a los beneficios del apalancamiento cuando el endeudamiento es más bien pequeño.

Por el contrario, la estructura de financiación basada en el endeudamiento permite la utilización inmediata del apalancamiento y su impulso para aumentar el rendimiento de la inversión. A cambio, el patrocinador pierde flexibilidad al realizar las sucesivas adquisiciones, dado que

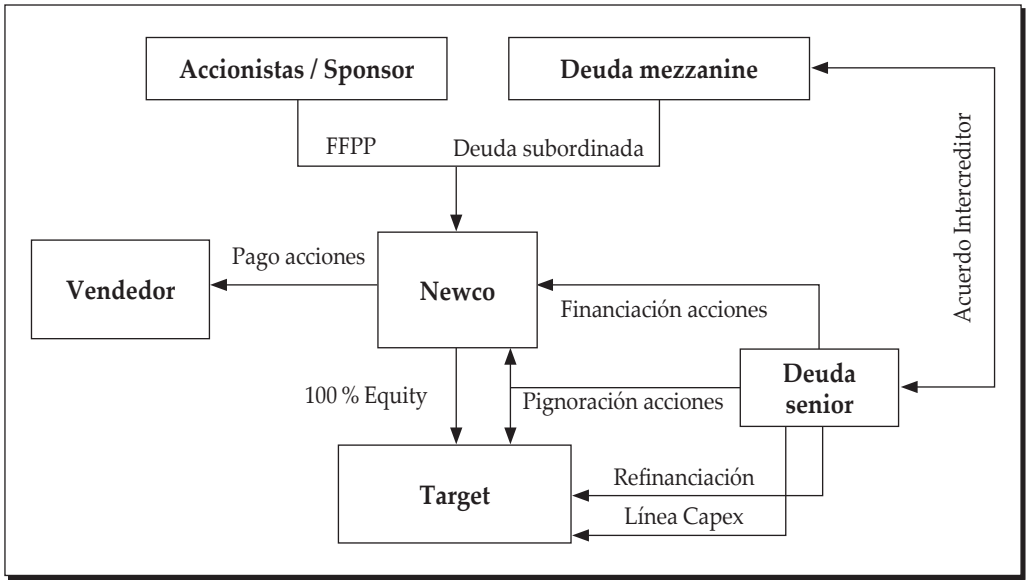
---

23 Así lo narraba Manzano Frías en el año 2007 (época de *boom* de operaciones de LBO): «como indicadores del grado de apalancamiento de estas operaciones, cabe mencionar la ratio de la deuda en relación con el indicador de rentabilidad EBITDA (*earnings before interests, taxes, depretiation and amortization*). Esta se situó algo por encima del 5 % en 2006, frente al 4 % en 2002, fecha en la que esta ratio comenzó a experimentar una tendencia creciente [véase *Standard and Poors* (2006)]. Por otro lado, en 2006 el porcentaje de préstamos sobre el mismo indicador de rentabilidad se situaba en Estados Unidos en torno al 5,2 %, y en Europa en torno al 5,5 %. Según algunos estudios [véase *Goldman Sachs* (2007)], parece que esta ratio es mayor para los préstamos procedentes de operaciones de LBO que para el total de préstamos de unas características parecidas (otros *leveraged loans*).
Los precios medios de la empresa objetivo en las operaciones de LBO han experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años, derivado, en medida difícil de cuantificar, tanto de la revalorización de los negocios como consecuencia de la mejora en la eficiencia y de la explotación de las economías de escala en la empresa objetivo como de la fuerte competencia entre fondos de capital riesgo para encontrar proyectos de inversión rentables en un marco de condiciones de financiación muy holgadas. Así, los precios medios de adquisición han aumentado, hasta suponer nueve veces el EBITDA en Estados Unidos, mientras que en Europa se situaban en niveles algo más bajos: en torno a siete veces esta medida de rentabilidad». Manzano Frías, M. C., *op. cit*., págs. 42 y ss.

ahora deberá contar con el prestamista en el momento de tomar decisiones, pudiendo necesitar la autorización de este para efectuar la compra.

Como vemos, tanto un modelo como otro presentan ventajas e inconvenientes, utilizándose uno u otro en función de las necesidades de los compradores. Ahora bien, lo cierto es que tratándose de LBOs y debido a lo que su propio nombre significa, lo más frecuente es utilizar la estructura de financiación basada en el endeudamiento.

Como se comprenderá fácilmente, excede del propósito de este trabajo analizar en detalle los contratos de financiación y su contenido específico toda vez que existen ya múltiples trabajos de calidad sobre la materia[24]. Ahora bien, ello no obsta para que demos unas breves pinceladas sobre las características de la deuda (combinada con los fondos propios) utilizada por los patrocinadores financieros para adquirir el control de la sociedad *Target*. Así, el esquema clásico de un LBO desde el punto de vista de la financiación sería básicamente el siguiente:

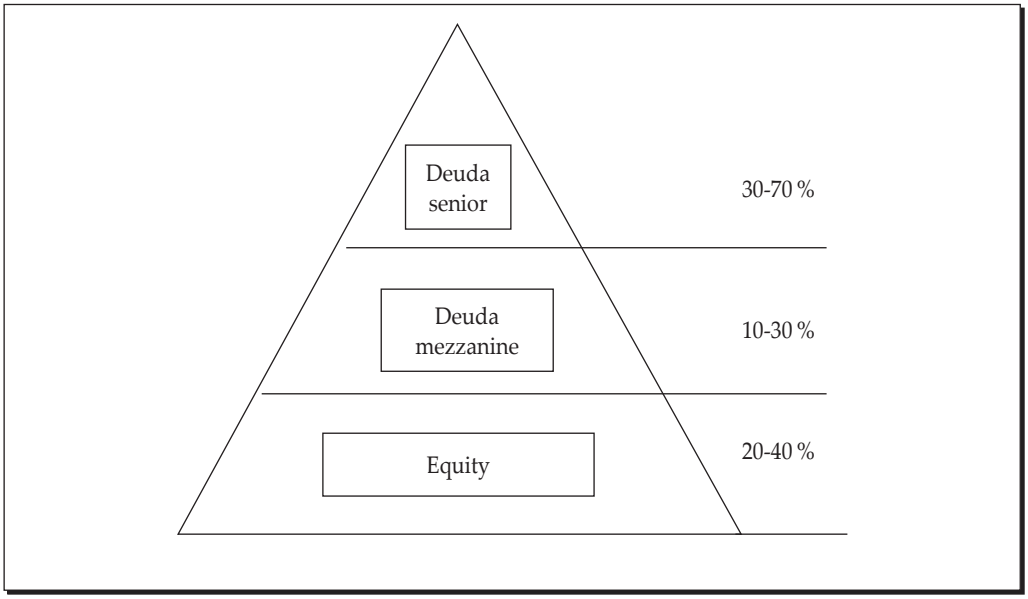


Por otra parte, según se refleja en el gráfico siguiente, la estructura financiera de un LBO típico en España consistiría en un 20-40 % de fondos propios (*equity*), un 30-70 % de deuda bancaria preferente (*senior*) y un 10-30 % de deuda subordinada (*mezzanine*)[25].

---

24 De Muns Ynzenga, A. y Saavedra Ortiz, J. J.: «Operaciones de financiación sindicada», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, número 10, 2012, págs. 161-200; y Martín Baumeister, B.: *El contrato de financiación sindicada*, Civitas, Madrid, 2013.

25 No obstante, desde que comenzó la crisis económica y financiera en agosto de 2007 se ha generado un clima de desconfianza en los mercados financieros que ha llevado a las entidades financieras a restringir la concesión de préstamos



El hecho de representar a los diferentes financiadores en distintos escalones de una pirámide no es casual sino que lo que se pretende reflejar con ello es otra de las características de los LBOs: la jerarquización de la deuda, el hecho de que unos financiadores tienen preferencia sobre otros a la hora de recuperar las cantidades aportadas en la operación, junto con los rendimientos que en cada caso correspondan[26].

En cualquier caso, la estructura ideal de financiación de deuda para cualquier operación particular dependerá de una serie de factores, entre ellos:

1. El tamaño de la operación.
2. El sector de negocio de la sociedad *Target*.
3. La previsibilidad de los flujos de caja y el grado de estacionalidad de la sociedad *Target*.

y créditos lo que en nuestro caso, ha supuesto que las entidades financieras a fin de no asumir riesgos innecesarios (i) ya no financian porcentajes tan elevados de la operación (ii) han aumentado sus márgenes para obtener mayores beneficios y (iii) se han vuelto más exigentes con el otorgamiento de las garantías sobre los activos de la sociedad *Target*. Esto no hace sino (i) complicar las adquisiciones apalancadas pues el pago del precio de las mismas depende en gran medida de las cantidades que las entidades financiadoras estén dispuestas a aportar; y (ii) obligar a los patrocinadores financieros a aportar un mayor porcentaje de *equity*.

26 Erlaiz Cotelo, I.: «Las operaciones de Leveraged Buy Out (LBO)», en la obra colectiva *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, dirigida por Álvarez Arjona, J. M. y coordinada por Erlaiz Cotelo, I., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, págs. 533 y ss.

4. El nivel de flexibilidad operativa (especialmente en relación con futuras enajenaciones y adquisiciones) y la flexibilidad de salida necesaria.
5. Los requisitos de gasto de capital.
6. La capacidad de la sociedad *Target* de cumplir los tipos de pactos financieros habitualmente exigidos por las entidades financiadoras para dicho producto de financiación de deuda concreto.

A continuación, se enuncian las características básicas de cada una de las modalidades de deuda utilizadas en una operación de LBO.

6.2. DEUDA *SENIOR*

La deuda principal o *senior* consiste en una financiación de carácter preferente otorgada por un sindicato de entidades financieras en virtud de la cual los acreedores tienen derecho a cobrar el principal y los intereses con prioridad respecto al resto de financiadores del LBO.

La deuda *senior* se caracteriza, además, por las siguientes notas:

1. Su pago está garantizado por los flujos de caja esperados y por los activos de la sociedad *Target* que serán hipotecados y pignorados según el caso.
2. Es la deuda más barata pues los márgenes habituales para el acreedor oscilan entre un EURIBOR más 2 % y un EURIBOR más 4 %[27].
3. Suele cubrir aproximadamente entre un 30 y un 70 % de los recursos financieros totales del LBO.
4. Tiene una duración aproximada entre cinco y diez años, siendo posible pactar la amortización anticipada por parte del prestatario a cambio, generalmente, de una comisión de cancelación anticipada.
5. Es una deuda dividida generalmente en los siguientes tramos:
    a) Tramo de financiación de la adquisición.
    b) Tramo de refinanciación de la deuda existente de la sociedad *Target*.
    c) Tramo para financiar las necesidades de circulante de la sociedad *Target*. Este tramo se articula a través de una línea *revolving*.
    d) Tramos puente.

[27] *Vid*. nota 25 anterior.

e) Tramo capex (*capital expenditures*) para financiar inversiones en activos fijos de la sociedad *Target*.

f) Tramo para financiar futuras adquisiciones permitidas de la sociedad *Target*.

6.3. DEUDA *MEZZANINE*

La deuda *mezzanine*, tal y como indica su significado (entreplanta), es la parte de financiación que se encuentra entre la deuda *senior* y el capital social.

Los prestamistas subordinados o *mezzanine* son entidades de capital riesgo, compañías de seguros, fondos de inversión, fondos de deuda o fondos de pensiones que se agrupan bajo el mando de un banco de inversión con el fin de completar la financiación para realizar la adquisición de la compañía.

La deuda *mezzanine* se caracteriza, además, por las siguientes notas:

1. Se trata de deuda subordinada. Así, no se producirá la devolución del principal al acreedor *mezzanine* si no ha sido previamente cobrada en su integridad la deuda *senior*.
2. Su pago está garantizado mediante hipotecas y prendas de segundo rango sobre los activos de la sociedad *Target*.
3. El tipo de interés es más elevado que el de la deuda *senior* debido a que están sometidos a un riesgo de cobro más elevado. Así, los márgenes habituales para el acreedor *mezzanine* oscilan entre un EURIBOR más 5% y un EURIBOR más 14%[28]. Por ello, al inversor se le proporcionará un rendimiento superior al que obtendría mediante la deuda *senior*, con un riesgo inferior al que representa la adquisición de *equito* (en efecto, tiene menos riesgo que los fondos propios de la compañía porque antes de repartir los dividendos se deben pagar los intereses de la deuda *mezzanine*).
4. Este tipo de financiación es adecuado cuando existen limitaciones para acceder a la deuda tradicional o cuando la dilución derivada de las ampliaciones de capital no es aceptable.
5. Suele cubrir aproximadamente entre un 10 y un 30% de los recursos financieros totales del LBO.
6. Dependiendo de las circunstancias, puede proporcionar una financiación adicional a la deuda *senior* equivalente a dos o tres veces los flujos de tesorería de la empresa.
7. Permite estructuras más flexibles y agresivas que hacen posible la financiación de compañías o proyectos con mayor riesgo.

[28] *Vid*. nota 25 anterior.

8. Los proveedores de la deuda *mezzanine* van más allá que los de la deuda *senior*, ya que incorporan una visión de inversor industrial. Así, es habitual exigir un observador en el órgano de administración de la sociedad *Target*, lo que refuerza aún más el interés industrial de la financiación. Dicho observador puede asistir con voz pero sin voto a las reuniones del órgano de administración o de la junta general de socios.
9. Tiene una duración aproximada entre ocho y diez años. Así, al ser superior el plazo de la deuda *mezzanine* que el de la deuda *senior* se facilita la preferencia de cobro a este último pues los derechos del *mezzanine* devienen líquidos y exigibles después de los del *senior*.

Las ventajas de utilizar deuda *mezzanine* en lugar de otro tipo de financiación son:

1. No se amortiza el principal hasta el final de la vida del préstamo.
2. Menos dilución que una ampliación de capital (con excepciones).
3. Enfoque de capital: el retorno no solo se obtiene mediante el pago de intereses, sino vía crecimiento de la empresa y, por tanto, del valor de la acción/participación.
4. El proveedor del *mezzanine* apoya, por tanto, la gestión de la compañía.

De este modo, una empresa con las siguientes características es la candidata ideal a la financiación mediante deuda *mezzanine*:

1. Capacidad de generar *cash flow*.
2. Fuerte posicionamiento en el mercado.
3. Oportunidades de crecimiento en el sector.
4. Buena trayectoria de rentabilidad.
5. Equipo directivo de gran experiencia.

Por tanto, resulta evidente que la deuda *mezzanine* huye de negocios *start-up* o similares.

Por otra parte, dentro del amplio abanico de posibilidades que existen de financiación mediante *mezzanine*, pueden distinguirse las siguientes modalidades:

1. Deuda *bullet*: la deuda *bullet* es un tipo de préstamo cuya amortización del principal se realiza al final de la vida del mismo. Durante la vida del préstamo tan solo se pagan los intereses.
2. Préstamo con prima de cancelación anticipada: el préstamo con prima de cancelación anticipada posibilita la amortización del préstamo antes de su vencimiento.

En la deuda *senior* o principal se suele cobrar un porcentaje sobre la cantidad anticipada, en razón del quebranto financiero que supone una alteración del calendario de amortización. En este tipo de deuda, sin embargo, sucede lo contrario: se prima en el caso de que se amortice anticipadamente.

3. Préstamo *pay if you can* o PIYC: en este tipo de préstamos el pago de los intereses se realiza cuando se supera un determinado nivel de *cash flow*. Es un préstamo muy útil para compañías pertenecientes a sectores cíclicos.

4. *Payment in kind notes* o PIK: se trata de una modalidad de deuda *mezzanine* que se caracteriza por encontrarse subordinada contractual y estructuralmente y llevar aparejada una opción para el tenedor para ser pagada con bonos o con acciones, acumulando efectivo y principal de la deuda. En ella, el principal y los intereses acumulados se amortizan al final de la vida del préstamo.

5. Deuda convertible, canjeable y *warrants* (*equito kicker*): a nivel *mezzanine*, también suele ser habitual la utilización de la figura del *equito kicker*. Su funcionamiento consiste en que a fin de diluir el riesgo, el financiador o financiadores del LBO piden además a los adquirentes acciones convertibles en preferentes o *warrants* para adquirir acciones ordinarias de la sociedad *Target*.

   Así, podemos distinguir las siguientes manifestaciones de esta figura: la deuda convertible, la deuda canjeable y los *warrants*.

   En primer lugar, los bonos convertibles son un instrumento de renta fija (bono) que cuenta con la posibilidad de ser convertido (si el tenedor del bono quiere) en un número determinado de acciones nuevas dentro de un plazo y a un precio determinados:

Bono convertible = bono simple + *warrant*

   Por su parte, los bonos canjeables son instrumentos de renta fija que pueden ser canjeados por acciones ya existentes de una compañía diferente de la emisora de los bonos. La opción de compra tiene como subyacente las acciones de una compañía que no tiene por qué ser la misma que la emisora del bono.

Bono canjeable = bono simple + opción de compra

   Finalmente, por lo que se refiere a los *warrants*, se trata de una opción de compra sobre acciones de nueva emisión de una compañía, a diferencia de la opción de compra, que se realiza sobre acciones ya existentes de la compañía. Por tanto, el *warrant* provoca un incremento del capital de la sociedad; mientras que la opción de compra, no. El *warrant* es un contrato que compromete a la empresa que lo emite a entregar una acción nueva al poseedor del mismo a cambio de una cantidad prevista en el contrato.

6. Bonos de alto rendimiento: la financiación entresuelo, *mezzanine* o subordinada en ocasiones está basada en los bonos de alto rendimiento (*high yield bonds)*, también conocidos como bonos basura (*junk bonds*), que se identifican en el mercado por su carácter subordinado, falta de garantía y alto rendimiento para compensar el riesgo.

   Los bonos de alto rendimiento son obligaciones de baja calidad crediticia, es decir, que están clasificados como no-inversión por, al menos, una de las agencias independientes de calificación o *rating*.

   Las principales características de los bonos de alto rendimiento son:

   a) Plazo: suele ser menor que el de los bonos de mayor calificación, debido a que se comprometen a pagar un tipo de interés superior (alrededor de un 2,5 % por encima del de la deuda principal o un 4 % por encima del interés interbancario).

      El plazo suele ser de cinco años y suelen llevar incorporada una cláusula de amortización anticipada cuando así lo desee el emisor.

   b) Tamaño: la emisión se suele dividir en partes con diferentes amortizaciones y de diferentes clases, a saber, bonos cupón cero, bonos subordinados y pagarés.

   c) Cláusulas de protección: no suelen ser tan restrictivas como las de la deuda principal y se refieren a (i) significativas restricciones sobre los dividendos y otros pagos hasta que mejore el *ratio* de endeudamiento de la empresa; y (ii) a restricciones sobre un endeudamiento adicional hasta que el *ratio* de endeudamiento y la cobertura de intereses alcancen unos valores determinados.

   d) Volatilidad: suelen estar respaldados por una menor cantidad de activos y de fondos propios que la deuda *senior*, por lo que son más flexibles a las fluctuaciones en el valor de mercado de las acciones de la empresa.

   El riesgo implícito en este tipo de bonos se descompone en:

   a) Tipo de interés libre de riesgo (es fijo).

   b) Riesgo de interés: variación del precio del bono como consecuencia de una alteración en el valor de los tipos de interés.

   c) Riesgo de impago: riesgo de que el emisor sea incapaz de hacer frente al pago de la deuda.

   d) Riesgo de reinversión: riesgo de que el dinero procedente de los cupones se reinvierta a un tipo de interés inferior al rendimiento del propio bono.

   e) Riesgo de iliquidez: mayor o menor dificultad de negociarlo en los mercados de valores.

6.4. OTROS TIPOS DE FINANCIACIÓN

Adicionalmente a lo anterior, es frecuente utilizar otros tipos de financiación en el contexto de un LBO. En particular, merecen ser mencionados los siguientes:

1. Deuda *second lien*: se trata de un híbrido entre la deuda *senior* y la deuda *mezzanine* pues tiene la misma preferencia de cobro que la deuda *senior*, pero está subordinada a ella en lo que a garantías se refiere.
2. Préstamos participativos: de acuerdo con el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica son aquellos que reúnen las siguientes características:

    a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

    b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario solo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que este no provenga de la actualización de activos.

    c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes.

    d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil[29].

3. Titulizaciones[30]: las titulizaciones son transacciones en las que derechos de crédito u otros activos de una sociedad *Target* se emplean para respaldar una emisión

---

29 Para un estudio en detalle de la figura del préstamo participativo recomendamos: Broseta Pont, M.: «Régimen de los Préstamos Participativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 14, abril-junio 1984; Bustos Contell, E.: «Préstamo Participativo Instrumento de Financiación de las Pymes», *Aeca*, Madrid, 2002; García Mandaloniz, M.: «Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación», *Revista de Derecho Mercantil*, número 247, 2003; García Villaverde, R.: «Créditos Participativos», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 9, 1997; Martínez Sanchiz, J. A.: «Préstamos y créditos participativos y subordinados», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVIII, enero de 1989; y Palá Laguna, E.: «Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 70, abril-junio 1998.

30 Como señala Lamo Cárcamo las operaciones de titulización pueden definirse como un método de financiación en virtud del cual una entidad transforma un activo o un derecho de cobro no negociable en valores de renta fija homo-

de deuda en mercados de capitales (habitualmente en forma de bonos cotizados y con calificación crediticia).

Lo cierto es que solo sociedades *target* con flujos de caja muy estables y predecibles son aptas para una titulización. Las titulizaciones permiten elevados grados de apalancamiento a márgenes relativamente reducidos pero consumen mucho tiempo y son caras de ejecutar, además de conducir a una financiación a largo plazo con elevados costes de pagos anticipados y escasa flexibilidad comercial. Una titulización, por lo general, tendría que ser objeto de una financiación puente al cierre de la adquisición mediante el empleo de deuda bancaria proporcionada por las entidades financiadoras en términos sustancialmente similares a aquellos que se emplearían en una financiación de deuda *senior*. Por tanto, a efectos prácticos, es imposible coordinar simultáneamente el cierre de una titulización con el cierre de una adquisición.

6.5. ACUERDO ENTRE ACREEDORES, COBERTURA DE RIESGOS Y CAPITAL SOCIAL

A efectos de que se respete la jerarquía y preferencia de las distintas fuentes de financiación, es bastante frecuente que *Newco* y las distintas entidades financieras que conceden la deuda *senior* y la deuda *mezzanine* firmen un acuerdo entre acreedores (*intercredit or agreement*) en virtud del cual se pacta el orden de prioridad en los pagos de *Newco* y las reglas de ejecución de las garantías otorgadas para asegurar el repago de la financiación concedida a *Newco*.

Por otra parte, la fluctuación al alza de los tipos de interés así como de los tipos de cambio puede perjudicar seriamente a los receptores de la financiación. A efectos de disminuir su exposición a esos riesgos se ha ido articulando una serie de mecanismos entre los que podemos destacar los siguientes:

1. *Caps*: se establece un techo o tope máximo a los tipos de interés que los financiadores podrán cobrar.
2. Derivados financieros: se cubren los riesgos financieros mediante opciones, futuros o permutas financieras (*swaps*), siendo lo más frecuente utilizar los contratos marco ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) o CMOF (Contrato Marco de Operaciones Financieras)[31].

---

géneos, estandarizados y, por consiguiente, susceptibles de negociación en mercados de valores organizados. Se trata, por tanto, de transformar en un valor negociable (y, por tanto, en algo líquido y susceptible de fácil negociación) un activo ilíquido. Para más información véase el estudio realizado por Lamo Cárcamo, J. M.: «Operaciones de titulización», en la obra colectiva *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros* coordinada por Saavedra Ortiz, J. J. y Serrano Acitores, A., Bosch, Barcelona, diciembre de 2011, págs. 121 y ss.

31 Vega Vega, J. A.: *El contrato de permuta financiera (SWAP)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2002, págs. 22 y ss.; Cazorla González-Serrano, L.: «El contrato de Swap o permuta financiera», en la obra colectiva *Operaciones*

Finalmente, no debemos olvidar la financiación con *equity* de una parte de la operación. Así, entre el 20 y el 40 % del importe total de los recursos económicos del LBO suelen aportarse en forma de fondos propios (*equity*), generalmente, a través de un aumento de capital en *Newco* por parte de los adquirentes[32].

En efecto, las entidades financiadoras esperan ver un nivel mínimo de financiación de fondos propios entre las fuentes totales de financiación de la operación. El importe preciso será un punto importante de negociación entre el patrocinador financiero y las entidades financiadoras, y el método para el cálculo de este porcentaje (y la correspondiente redacción en la carta de mandato y en los contratos de financiación) deberá ser previsto con precisión a fin de evitar sorpresas inesperadas en el cierre de la operación a la hora de aportarse por el patrocinador financiero la financiación de los fondos propios.

7. EL PLAN DE NEGOCIO

Habrá de elaborarse un plan de negocio detallado para la sociedad *Target* en el que se describa su comportamiento financiero histórico reciente y se emplee dicho comportamiento como base para predicciones sobre el crecimiento futuro de la misma a lo largo de los próximos diez años más o menos. Dichas previsiones se basarán en premisas relativas a variables financieras futuras, incluyendo el crecimiento de las ventas, los ahorros en costes, la fiscalidad y los tipos de interés.

Los patrocinadores financieros, a la hora de tomar su decisión de aportar fondos propios en la adquisición de la sociedad *Target*, normalmente modelizarán diversos escenarios de crecimiento cuyo éxito representará el «recorrido al alza de los fondos propios» en la empresa (e igualmente su «riesgo de fondos propios» de que dichos escenarios[33] no tengan lugar).

Ejemplos de dichos tipos de escenarios incluyen la entrada en nuevos mercados geográficos o de productos, la construcción de nuevas tiendas, importantes reestructuraciones de plantilla u operativas para reducir costes, la renegociación de los contratos de suministro o de otros contratos de especial relevancia (para mejorar las condiciones financieras de la sociedad *Target*), negociación de nuevos contratos o acuerdos (para ofrecer flujos de ingresos adicionales a la sociedad *Target*) y adquisiciones de otros negocios similares a fin de aumentar los ingresos y el beneficio.

---

mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros coordinada por Saavedra Ortiz, J. J. y Serrano Acitores, A., Bosch, Barcelona, diciembre de 2011, págs. 577 y ss.; y Alonso Ledesma, C. y Alonso Ureba, A. (dirs.) y De la Orden de la Cruz, M.ª C.; Muñoz Pérez, A. F. y Palá Laguna (coords.), *Estudios Jurídicos sobre Derivados Financieros*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2013.

32 *Vid.* nota 25 anterior.

33 Los escenarios, en definitiva, constituyen la base de su decisión de invertir, en vista de los retornos que esperan (y necesitan) lograr.

Por otra parte, el plan de negocio también es de gran importancia para las entidades financiadoras a la hora de decidir si se procede o no con la operación. De este modo:

1. El patrocinador financiero y las entidades financiadoras acordarán un conjunto de casos base de previsiones financieras. Se entregará a las entidades financiadoras un modelo financiero de caso base acordado que refleje dichas previsiones[34] como condición previa a la financiación y se utilizará para establecer los *ratios* financieros que deben cumplir los financiados y que serán incluidos en los contratos de financiación[35].
2. Se pedirá a *Newco* (a través de *representations&warranties*) que responda de la exactitud de la información financiera histórica contenida en el caso base acordado (que constituye el punto de partida de las previsiones) y que las previsiones en el caso base acordado son adecuadas y se basan en premisas razonables.
3. El patrocinador financiero y las entidades financiadoras trabajarán con los asesores contables y financieros encargados de la *due diligence* fiscal y financiera a fin de asegurarse de que las premisas del modelo (por ejemplo, en relación con la deducibilidad de intereses, tipos de gravamen de la sociedad *Target* y las bases de cálculo del EBITDA) están justificadas por los informes correspondientes.
4. Finalmente, las entidades financiadoras también preverán hipótesis de trabajo «a la baja» (por ejemplo, si se reducen las ventas o no se logran ahorros de costes), la probabilidad de dichos escenarios y la capacidad de la sociedad *Target* de cubrir la financiación de la deuda en caso de que sucedan[36].

---

34 A la hora de llegar a una conclusión sobre el comportamiento financiero previsto de la sociedad *Target*, las entidades financiadoras inevitablemente necesitarán confiar en la capacidad de los patrocinadores financieros y del equipo directivo que respaldan para lograr cierto nivel de mejoras en las ventas y el comportamiento operativo (y, por lo tanto, del EBITDA) de la sociedad *Target*. Sin embargo, las previsiones con las que se sienten cómodas las entidades financiadoras serán más conservadoras que aquellas pretendidas por los patrocinadores financieros, y las entidades financiadoras evitarán exponerse a riesgos de fondos propios en la sociedad *Target* en relación con la devolución de la deuda (aunque cuando la deuda intermedia incluya *warrants*, estos últimos proporcionarán a los prestamistas intermedios una participación en el recorrido al alza de los fondos propios en el negocio).

35 A la hora de acordar este caso base, las entidades financiadoras tendrán en cuenta la capacidad de la sociedad *Target* de cubrir y devolver la financiación de la deuda a lo largo de su vida y, en concreto, el importe de deuda que es probable quede pendiente a la fecha final de devolución y que deberá ser financiado mediante una nueva línea crediticia. Históricamente, las operaciones de adquisición apalancada estaban estructuradas para eliminar (o al menos casi completamente) cualquier riesgo de refinanciación para las entidades financiadoras. No obstante, en el mercado de los años 2004 a 2007 y debido a la fuerte posición negociadora que ostentaban en esta época los patrocinadores financieros era mayor el número de transacciones que incluían cierto riesgo de refinanciación para las entidades financiadoras. Sin embargo, desde el año 2008 las entidades financiadoras, gracias a las turbulencias en los mercados, han recuperado poder negociador y están volviendo a limitar su exposición a este tipo de riesgos.

36 Estos casos a la baja constituirán parte importante del proceso de aprobación del comité interno de riesgo de las entidades financiadoras encargadas de asegurar la financiación a la hora de comprometerse en la operación. Se incluirán varios escenarios a la baja en la memoria informativa elaborada para la sindicación de la financiación de la deuda.

8. BLOQUEO DE DIVIDENDOS

Es un principio básico de los LBOs que el patrocinador financiero no reciba un retorno en efectivo por su aportación de fondos propios hasta que la financiación de la deuda para la adquisición haya sido devuelta. Ciertas excepciones ocasionales que se tratan a continuación deberán ser consideradas caso por caso[37]:

1. Comisión al cierre de la operación (*up front fee*): normalmente el patrocinador financiero obtendrá una cuantiosa comisión al cierre de la adquisición. Normalmente, las entidades financiadoras no plantearán mayor problema a esta comisión siempre que tal importe se refleje de manera adecuada en el flujo de fondos entregados al cierre y en el modelo de caso base acordado.
2. Comisiones de gestión (*management fees*): el patrocinador financiero puede tratar de cobrar una comisión anual de seguimiento (que no esté vinculada a ningún servicio específico prestado al grupo de la sociedad *Target* por parte del patrocinador financiero). Estarán sujetas a un techo anual.
3. Servicios de asesoría: el patrocinador financiero normalmente tratará de obtener capacidad para cobrar por servicios de asesoramiento que ofrezca a la sociedad *Target* (por ejemplo, en relación con una adquisición propuesta). A menudo se limitarán por referencia a un porcentaje del valor de la transacción.
4. Enajenaciones planificadas: el plan de negocio del patrocinador financiero puede contemplar ciertas operaciones específicas de generación de efectivo en el periodo posterior al cierre (por ejemplo, el *sale and lease back* de propiedades inmobiliarias[38] o la enajenación de divisiones no fundamentales de la sociedad *Target*). El patrocinador financiero negociará duramente para que parte de los ingresos procedentes de dichas operaciones se utilicen para financiar un dividendo, aunque esto, por lo general, encontrará amplia resistencia por parte de las entidades financiadoras que preferirán que primero se cobre la deuda pendiente.

---

37 Normalmente, los proveedores de deuda permitirán el pago de importes mínimos a los patrocinadores financieros para que puedan hacer frente a gastos administrativos y de otro tipo derivados de las actividades a desarrollar en el contexto del LBO. Los proveedores de deuda, por lo general, tienen mucho interés en que dichos importes sean reducidos pero no representan un retorno sobre la financiación de fondos propios para el patrocinador financiero y, por lo tanto, no deberían, en definitiva, ser objeto de polémica.

38 Por ejemplo, esto es lo que se hizo en el contexto de la operación de *public to private* de Cortefiel. Así, en el año 2006 las empresas de capital riesgo PAI, Permira y CVC, propietarias de Cortefiel tras una OPA de adquisición y una OPA de exclusión llevadas a cabo en el año 2005 decidieron vender la totalidad de sus activos inmobiliarios sitos en España, Portugal, Francia, Bélgica, Alemania y Marruecos a un consorcio liderado por GE Real Estate y del que formaban parte los grupos AXA, Urbas, GMP y Coperfil por un importe superior a los 300 millones de euros.
Muchos de dichos activos inmobiliarios fueron tomados en arrendamiento por el Grupo Cortefiel en una operación de *sale and lease back*.

5. Flexibilidad general: en ciertos casos, el patrocinador financiero tratará de negociar la capacidad general de pago de dividendos (o de recibir un retorno sobre su aportación de fondos propios por otros medios, como por ejemplo mediante la devolución de parte del *equito* con una reducción de capital con devolución de aportaciones o incluso con la devolución de los préstamos participativos). Tal flexibilidad estará sujeta a estrictas condiciones, entre las cuales pueden incluirse:

    a) El requisito de un sustancial desapalancamiento de la sociedad *Target* (no permitiéndose dividendos a menos que el apalancamiento sea inferior a cierto *ratio* que tenga en cuenta el pago propuesto).

    b) La ausencia de incumplimientos bajo la financiación en el momento del pago de los dividendos.

    c) Ausencia de pagos hasta varios años después del cierre de la operación de LBO (independientemente de la situación financiera de la sociedad *Target*).

6. Pagos únicos: independientemente de si los documentos de deuda permiten repartos de dividendos, según lo establecido en el apartado anterior, los patrocinadores financieros, por lo general tratarán de obtener un dividendo adicional mediante:

    a) La solicitud expresa a las entidades financiadoras de renunciar a uno de sus derechos bajo los contratos de financiación (también conocido como *waiver*), en particular al de prohibir el reparto de dividendos, cuando el patrocinador financiero piense que el comportamiento de la sociedad *Target* y el grado de desapalancamiento logrado signifiquen que el sindicato de entidades financiadoras accederá al pago de un dividendo.

    b) O, cuando sea posible, sacando partido de la fortaleza de los mercados de deuda para recapitalizar (*recap*) la sociedad *Target* y utilizar la deuda adicional bien para repartir un dividendo o bien para reducir el capital de la misma con devolución de aportaciones.

9. CONTROL SOBRE LA SOCIEDAD *TARGET* Y LA *NEWCO*

Al hablar de control, nos estamos refiriendo tanto al control sobre la sociedad *Target* como al control sobre la sociedad que efectivamente ejecutará la adquisición, es decir, el control sobre *Newco*. Así:

1. Control de la *sociedad Target:* los LBOs implican que el patrocinador financiero pague para adquirir el control de la sociedad *Target*. Normalmente, esto no es un problema en el contexto de una adquisición privada (entendiendo por esta la adquisición de una sociedad no cotizada), que por lo general supondrá la adquisición de

la totalidad (o al menos de un paquete mayoritario) de acciones o participaciones por parte de una *Newco*, de una sociedad *Target*.

No obstante, la situación se complica en el contexto de la adquisición de una sociedad cotizada. En efecto, en estos casos el patrocinador financiero y las entidades financiadoras deberán acordar un umbral para la condición de aceptación de la oferta que sea inferior al 100 % de las acciones en la sociedad *Target* pues de lo contrario harían prácticamente imposible la operación.

A la hora de acordar este umbral (y el grado de flexibilidad del patrocinador financiero para renunciar a él) las entidades financiadoras deberán entender el nivel de control adquirido sobre la sociedad *Target*, la capacidad de expulsar a cualesquiera accionistas minoritarios existentes en la sociedad *Target* una vez se alcance el umbral (*squeeze-out*), las implicaciones de la consolidación fiscal, la influencia del goteo de dividendos, el impacto sobre el paquete de avales y garantías y/o la rebaja de deuda.

2. Control de *Newco:* las entidades financiadoras esperarán que el patrocinador financiero tenga completo control de *Newco* (y, por lo tanto, de la sociedad *Target* con efecto a partir del cierre de la adquisición) en todo momento hasta que se devuelva la financiación de la deuda. A tales efectos, puede comprobarse el control de diversas maneras:

    a) La capacidad de controlar directa o indirectamente un porcentaje mínimo de votos en una junta de socios de *Newco*.

    b) La capacidad de designar directa o indirectamente la mayoría de los miembros del órgano de administración de la misma.

    c) O por otros medios dirigir sus operaciones o políticas financieras.

    En este sentido, no debemos olvidar los indicios que nos proporciona el artículo 42 del CCom al señalar que se presume que existe control cuando una sociedad dominante se encuentre en relación con la sociedad controlada o dependiente en alguna de las siguientes situaciones: (i) posea la mayoría de los derechos de voto; (ii) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; (iii) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o (iv) 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.

    Tal es la importancia de la figura del control que, en la financiación, un cambio del mismo en *Newco* implicará la amortización anticipada de la misma. Ahora bien, no es menos cierto que las entidades financiadoras concederán en este aspecto al patrocinador financiero un cierto grado de flexibilidad para que este pueda sindicar su aportación de fondos propios al tiempo que aseguran que retenga cierto grado de control de gestión y de riesgo económico en la operación con el cual las entidades financiadoras se sientan cómodas.

10. CERTIDUMBRE DE LA FINANCIACIÓN

Es de suma importancia para todas las partes interesadas que las circunstancias bajo las cuales se requiera a *Newco* cerrar la adquisición de la sociedad *Target* se correspondan con las circunstancias en las cuales las entidades financiadoras hayan de poner a disposición la financiación de la deuda. Tanto los patrocinadores financieros como los vendedores esperarán que la financiación de la deuda sea proporcionada todo ello como consecuencia de la cláusula conocida como de *certain funds*[39] prevista en la financiación, en relación tanto con adquisiciones privadas como con las adquisiciones de sociedades cotizadas. En principio, esto supone que las entidades financiadoras deberán proporcionar la financiación a la misma una vez se hayan satisfecho las condiciones suspensivas iniciales (*conditions precedent*) a menos que:

1. Sea ilegal para ellas hacerlo.
2. *Newco* no pueda pagar cualquier suma adeudada por ella o devenga insolvente.
3. Tenga lugar una manifestación falsa o un incumplimiento de un compromiso en relación con ciertas manifestaciones y compromisos, (limitados) en la medida en que tengan relación con la *Newco* pero no con la sociedad *Target.*
4. Tenga lugar un cambio de control.

11. CONCLUSIONES

Como resultado de nuestro estudio, se realiza ahora una exposición ordenada y resumida de las principales premisas y conclusiones alcanzadas en este trabajo de investigación:

1. Las adquisiciones apalancadas de empresa o LBO, en tanto que operaciones dinamizadoras de nuestra economía, implican la adquisición de una sociedad *Target* por parte de uno o más compradores (generalmente, operadores de *private equity* que actúan como patrocinadores financieros de la operación apoyados por potentes equipos directivos) a un vendedor mediante una mezcla de financiación con fondos propios aportados por los patrocinadores financieros y financiación con deuda concedida por varias entidades financieras.
2. La estructura financiera de un LBO típico en España consistiría en un 20-40 % de capital (*equity*), un 30-70 % de deuda bancaria preferente (*senior*) y un 10-30 % de

[39] Tal y como señala el glosario *on line* de la *Revista Española de Capital Riesgo* se trata de aquella estipulación por la cual una entidad financiera pone a disposición del prestatario durante un determinado periodo el dinero necesario para acometer una adquisición, salvo supuestos de insolvencia del prestatario u otros que puedan acordarse.

deuda subordinada (*mezzanine*). Ahora bien, no podemos olvidar que desde que comenzara la crisis económica y financiera en agosto de 2007 se ha generado un clima de desconfianza en los mercados financieros que ha llevado a las entidades financieras a restringir la concesión de préstamos y créditos lo que en nuestro caso, ha supuesto que las entidades financieras a fin de no asumir riesgos innecesarios (i) ya no financian porcentajes tan elevados de la operación (ii) han aumentado sus márgenes para obtener mayores beneficios y (iii) se han vuelto más exigentes con el otorgamiento de las garantías sobre los activos de la sociedad *Target*. Esto no hace sino (i) complicar las adquisiciones apalancadas pues el pago del precio de las mismas depende en gran medida de las cantidades que las entidades financiadoras estén dispuestas a aportar; y (ii) obligar a los patrocinadores financieros a aportar un mayor porcentaje de *equity*.

3. Una empresa que sea buena candidata a un LBO debe cumplir los siguientes requisitos: (i) generación estable y predecible de caja para hacer frente al servicio de la deuda; (ii) empresa estable o de lento crecimiento; (iii) equipo experimentado y estable; (iv) capacidad de endeudamiento infrautilizada; (v) posibilidad de reducir costes; (vi) existencia de activos no estratégicos que puedan ser objeto de venta; (vii) posibilidad de que los directivos sean socios de la empresa para incentivarlos en su trabajo; y (viii) existencia de pocas necesidades de capital de trabajo y programa de inversiones poco exigente.

4. Los LBOs presentan evidentes componentes tanto económicos como financieros que cualquier asesor financiero o jurídico implicado en este tipo de transacciones debe conocer a fin de poder estructurar y preparar la documentación que dará forma a la operación.

5. En efecto, una operación de adquisición de empresas cuyo nombre viene aderezado por el calificativo «apalancada» obliga a conocer cuestiones como los métodos de valoración de empresas, la importancia del EBITDA o el funcionamiento del apalancamiento financiero.

6. Finalmente, no conviene olvidar que a la hora de abordar un LBO, habrá de elaborarse un plan de negocio detallado para la sociedad *Target* en el que se describa su comportamiento financiero histórico reciente y se emplee dicho comportamiento como base para predicciones sobre el crecimiento futuro de la misma a lo largo de los próximos diez años más o menos. Dichas previsiones se basarán en premisas relativas a variables financieras futuras, incluyendo el crecimiento de las ventas, los ahorros en costes, la fiscalidad y los tipos de interés y serán determinantes para que las entidades financieras concedan la financiación suficiente para implementar la operación.

Bibliografía

Alonso Ledesma, C. y Alonso Ureba, A. (dirs.) y De la Orden de la Cruz, M.ª C.; Muñoz Pérez, A. F. y Palá Laguna (coords.) [2013]: *Estudios Jurídicos sobre Derivados Financieros*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, Navarra.

Badía, D. [2014]: «Muzinich y Arcano lanzan un fondo de 200 millones para pymes españolas», *Expansión*, 7 de abril.

Brealey, R.; Myers, S. y Allen, F. [2006]: *Principios de finanzas corporativas*, 8.ª edic., McGraw-Hill, Madrid.

Broseta Pont, M. [1984]: «Régimen de los Préstamos Participativos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 14, abril-junio.

Bustos Contell, E. [2002]: «Préstamo Participativo Instrumento de Financiación de las Pymes», *Aeca*, Madrid.

Candelario Macías, I. y Leyva Saavedra, J. [2000]: «El lease-back y el leveraged buy-out: modernas técnicas financieras», *RCyT*. CEF, núm. 203, Madrid.

Cazorla González-Serrano, L. [2011]: «El contrato de Swap o permuta financiera», en la obra colectiva *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros* coordinada por Saavedra Ortiz, J. J. y Serrano Acitores, A., Bosch, Barcelona, diciembre.

De Muns Ynzenga, A. y Saavedra Ortiz, J. J. [2012]: «Operaciones de financiación sindicada», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, número 10.

Erlaiz Cotelo, I. [2006]: «Las operaciones de Leveraged Buy Out (LBO)», en la obra colectiva *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos regulatorios, mercantiles, financieros, fiscales y laborales*, dirigida por Álvarez Arjona, J. M. y coordinada por Erlaiz Cotelo, I., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

García Mandaloniz, M. [2003]: «Participación y/o subordinación en los instrumentos de financiación», *Revista de Derecho Mercantil*, número 247.

García Villaverde, R. [1997]: «Créditos Participativos», *Revista de Derecho de Sociedades*, número 9.

González-Gallarza Granizo, R. [2008]: «La financiación de adquisiciones y otras formas de apalancamiento financiero», en la obra colectiva *Estudios jurídicos sobre operaciones de reestructuración societaria*, coordinada por Sánchez Álvarez, M. M., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Lamo Cárcamo, J. M. [2011]: «Operaciones de titulización», en la obra colectiva *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros* coordinada por Saavedra Ortiz, J. J. y Serrano Acitores, A., Bosch, Barcelona, diciembre.

López Lubián, F. J. [1998]: «El apalancamiento financiero», *Diario ABC*, 25 de enero.

Manzano Frías, M. C. [2007]: «La evolución de las operaciones de leveraged buy out y su financiación: posibles implicaciones para la estabilidad financiera», *Estabilidad financiera*, número 13, Madrid.

Martín Baumeister, B. [2013]: *El contrato de financiación sindicada*, Civitas, Madrid.

Martínez Sanchiz, J. A. [1989]: «Préstamos y créditos participativos y subordinados», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXVIII, enero.

MASCAREÑAS, J. [2005]: «La compra de empresas mediante apalancamiento financiero», *Fusiones y adquisiciones de empresas*, 4.ª edic., McGraw-Hill, Madrid.

– [2005]: *Fusiones y adquisiciones de empresas*, 4.ª edic., McGraw-Hill, Madrid.

MEDINA, J. [2014]: «Financiación: alternativas y oportunidades», *Expansión*, 26 de marzo.

PALÁ LAGUNA, E. [1998]: «Algunas cuestiones en torno a la figura del préstamo participativo y su nuevo régimen jurídico», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 70, abril-junio.

ROSENBAUM, J. y PEARL, J. [2009]: *Investment Banking. Valuation, leveraged buyouts and mergers & acquisitions*, Wiley Finance, Nueva Jersey.

ROSS, S. A.; WESTERFIELD, R. W. y JORDAN, B. D. [2006]: «Apalancamiento financiero y política de estructura de capital», *Fundamentos de finanzas corporativas*, McGraw-Hill, Madrid.

SEGURA DE LASSALETTA, R. [2006]: «Las operaciones de adquisición apalancada. Cuestiones generales», en la obra colectiva *Régimen jurídico y tributario del capital riesgo en España: entidades y operaciones*, coordinada por TRÍAS SAGNIER, M., Marcial Pons, Madrid.

SERRANO ACITORES, A. [2007]: «La problemática de la asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas por operadores de capital riesgo», *Asocia*, Madrid.

– [2009]: «¿Cómo se financian los LBOs? El contrato de financiación *senior*», *Directorio Financiero Contable de las revistas Estrategia Financiera y Partida Doble*, La Ley, Madrid.

TORTUERO, J. [2007]: «Las entidades de capital riesgo, sus operaciones típicas y la prohibición de asistencia financiera», *Revista Española de Capital Riesgo*, número 2, Madrid.

VEGA VEGA, J. A. [2002]: *El contrato de permuta financiera (SWAP)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

CONTABILIDAD

LA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN: ASPECTOS CONTABLES

Sofía Ramos Sánchez

José Luis Mínguez Conde

Departamento de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Valladolid

Extracto

Nuestro ordenamiento ha asistido a una eclosión normativa del derecho concursal desde comienzos del segundo milenio, tras un letargo de muchas décadas. La legislación mercantil, la fiscal y la contable deben cumplir con el cometido de regular las situaciones de estrés financiero de las empresas.

Ahora contamos con un conjunto normativo capaz de resolver de forma global la casi siempre traumática liquidación de unidades económicas. El presente trabajo analiza los aspectos doctrinales de la legislación actual relativos a la liquidación de la empresa, con especial atención a la regulación emitida por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Palabras claves: liquidación, criterios de valoración y contabilidad.

Fecha de entrada: 02-06-2014 / Fecha de aceptación: 04-06-2014

THE COMPANY IN LIQUIDATION: COMMERCIAL, TAX AND ACCOUNTING ISSUES

Abstract

Our legal system has generated a growing number of legal standards on bankruptcy since the beginning of the second millennium, after many decades of stagnation. Business, tax and accounting law must regulate the situations of financial distress of companies.

Now we have a set of regulations able to globally face winding ups, which are almost always traumatic. This paper analyzes the doctrinal aspects of current legislation on company winding ups, paying special attention to regulations issued by Spanish Accounting and Auditing Institute.

Keywords: business liquidation, valuation rules and accounting.

RCyT. CEF, núms. 377-378 (agosto-septiembre 2014)

Sumario

1. Introducción
2. Pronunciamientos normativos
3. Escenarios causantes de dudas significativas
4. Breve referencia a los aspectos mercantiles y fiscales de la liquidación de sociedades
   4.1. Aspectos mercantiles de la liquidación
   4.2. Aspectos fiscales de la liquidación
5. Resolución del ICAC de 18 de octubre de 2013
   5.1. Alcance y ámbito de aplicación
   5.2. Criterios específicos
   5.3. Normas de registro y valoración de la empresa en liquidación
6. Cuentas anuales de la empresa en liquidación
   6.1. Cuentas anuales de la entidad en concurso
7. Conclusiones

Bibliografía

Apéndice normativo

1. INTRODUCCIÓN

Establece el Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) en el Plan General de Contabilidad (PGC) que las cuentas anuales han de formularse tomando como referencia un conjunto de principios y criterios que asumen que la actividad de la empresa continuará. En caso contrario, excepcionalmente, se aplicarán normas lo más adecuadas posible a efectos de determinar el valor patrimonial de la empresa tras la cancelación de pasivos y realización de activos.

Nada se dice en el PGC acerca de cuáles son los criterios más acertados, en caso de que quiebre el principio de empresa en funcionamiento.

No solo el auditor, a la hora de emitir una opinión, sino también la propia empresa en el momento de formular sus cuentas anuales, se enfrentan a un problema crucial: establecer aquellos criterios valorativos que permitan conocer cuál es el patrimonio de la entidad bajo el prisma de la liquidación.

Aunque el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha publicado una resolución intentando aclarar la cuestión, en un momento en el que los procedimientos concursales proliferan de forma creciente, la asignación definitiva de cifra a determinadas partidas de las cuentas anuales arroja dificultades nada desdeñables.

Es en este trabajo desde donde se espera clarificar el proceso de formulación, o en su caso reformulación, de unas cuentas anuales que no pueden elaborarse bajo el principio de empresa en funcionamiento. Situación esta que forzosamente desorienta a quienes están familiarizados con unos elementos de las cuentas anuales, tales como los activos y pasivos, que se definen teniendo en cuenta el futuro, tanto en lo relativo para la obtención beneficios o rendimientos en el caso de los primeros, como para desprenderse de recursos en el caso de los segundos.

En cualquier caso, no ha sido una vertiente de la contabilidad especialmente difundida la valoración de los elementos de las cuentas anuales en el caso de que la entidad fracase, y se vea abocada a la aplicación de un marco normativo basado en valores de liquidación.

2. PRONUNCIAMIENTOS NORMATIVOS

Publicando la Resolución de 19 de julio de 2013 veía la luz la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, evidenciando la preocupación del ICAC por dar respuesta a una situación repetida, por desgracia, con demasiada asiduidad. Pero esta resolución no despejaba, porque tampoco era su cometido, las

dudas existentes acerca de los criterios a aplicar cuando el principio de empresa en funcionamiento deja de ser el idóneo.

Referentes de aplicación, pocos. El Financial Accounting Standards Board (FASB) en su Accounting Standards Updates 2013-07 denominado *Liquidation Basis of Accounting* establece un conjunto de criterios para la empresa en liquidación, pero resultan, por decirlo de alguna forma, demasiado atrevidos en algunos aspectos, para su aplicación en el contexto de las NIC-NIIF, por lo que su ejemplo no es aplicable en nuestro país, ni en la Unión Europea, como afirma Barroso (2013b, pág. 26) «los principios del FASB no son compatibles».

El MCC del PGC se desarrolla sobre la base de los principios contables, siendo el primero de ellos el de empresa en funcionamiento. La fundamental advertencia de que la aplicación de los principios y criterios contables contenidos en el PGC *no tienen el propósito de determinar el patrimonio neto para su reparto, ni el importe resultante en caso de liquidación*, pone de manifiesto que el objetivo pretendido es otro.

Sin detallar más sobre la imposibilidad de poder presuponer que la actividad de la empresa continuará, y dejando para otras normativas un pormenorizado desarrollo, el PGC señala que la *empresa aplicará las normas de valoración que resulten más adecuadas para reflejar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio resultante, debiendo suministrar en la memoria de las cuentas anuales toda la información significativa sobre los criterios aplicados*. Pero cuáles son estas normas de valoración que resultan más adecuadas cuando el principio de empresa en funcionamiento no resulta de aplicación, es la cuestión que el ICAC resuelve con la resolución al respecto publicada.

Puede afirmarse que la *Resolución de 18 de octubre de 2013, del ICAC, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento* llena un vacío existente en nuestro derecho contable, ya que ninguna otra disposición, ni siquiera internacional, ha servido de referente válido. Era por lo tanto totalmente necesario, más en una época de crisis, que el ICAC estableciese mediante resolución una serie de criterios, acordes con el ordenamiento contable vigente, que paliase las dudas existentes sobre las cuentas anuales de la empresa que inicia su liquidación.

3. ESCENARIOS CAUSANTES DE DUDAS SIGNIFICATIVAS

Los administradores, o quien en su caso se responsabilice de la formulación de cuentas anuales, pueden encontrarse ante diferentes escenarios que permitan poner en duda la continuidad de la empresa.

La norma de registro y valoración (NRV) 23.ª «Hechos posteriores al cierre del ejercicio» del PGC, señala, respecto del principio de empresa en funcionamiento, que las cuentas anuales *no se formularán sobre la base de dicho principio si los gestores, aunque sea con posterioridad*

al cierre del ejercicio, determinan que tienen la intención de liquidar la empresa o cesar en su actividad o que no existe una alternativa más realista que hacerlo. Indicando en la memoria el conjunto de incertidumbres que han llevado a la no aplicación de este principio.

No obstante, la propia introducción de la Resolución del ICAC, a modo orientativo, detalla una serie de situaciones al respecto y las divide en tres grupos que resultan bastante ilustrativos. Así, se alude al ámbito financiero, a factores de carácter operativo y legales.

Los condicionantes financieros corresponden básicamente a situaciones de desequilibrio financiero y/o económico, capital circulante insuficiente, flujos de efectivo de explotación negativos, ratios con valores desfavorables, pérdidas de explotación, etc.

Los operativos describen situaciones tales como intenciones del consejo de administración o gerencia de liquidar la empresa, o acontecimientos que supongan la pérdida de mercados clave entre otros.

Los legales se refieren a incumplimientos en los requerimientos de capital, litigios que pongan a la entidad en graves apuros, concurso de acreedores o cambios normativos que hagan inviable continuar con el desarrollo del objeto social.

En cualquier caso el periodo de evaluación del principio de empresa en funcionamiento debe abarcar doce meses al menos, según lo dispuesto por la normativa de auditoría, y aclarado en la Consulta 1 del BOICAC 92 (NFC046105), siendo este uno de los aspectos «menos conocidos de la normativa contable española» según Barroso (2013a, pág. 9).

4. BREVE REFERENCIA A LOS ASPECTOS MERCANTILES Y FISCALES DE LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES

En las líneas que siguen, se analizan los aspectos más significativos, tanto de índole fiscal como puramente mercantil, y que afectan de forma sustancial a la elaboración de las cuentas anuales cuando el principio de empresa en funcionamiento es de imposible aplicación.

4.1. ASPECTOS MERCANTILES DE LA LIQUIDACIÓN

Frente al PGC, el ordenamiento mercantil siempre ha previsto la posibilidad de que la empresa se encuentre en un proceso de liquidación (Bueno Martín, I. y Latorre Atance, A., 2014). Así, recoge el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) que para que se abra el periodo de liquidación de la empresa es necesaria la toma del acuerdo de disolución de la misma (art. 371 del TRLSC), siendo requisito indispensable que este acuerdo sea adoptado por la junta general con las mayorías recogidas en el TRLSC para los casos de modificación estatutaria.

La apertura del proceso de la liquidación trae consigo el cese de los administradores extinguiéndose su poder de representación de la sociedad –aunque con la obligación de colaborar en el proceso de la liquidación de la sociedad si son requeridos por los liquidadores– y el nombramiento de los liquidadores (art. 374 del TRLSC).

Si la junta que adopta el acuerdo de disolución no nombra a los liquidadores, los administradores quedarán convertidos en los liquidadores de la sociedad, salvo disposición contraria en los estatutos (art. 376 del TRLSC). El cargo de liquidador se ejercerá por tiempo indefinido (art. 378 del TRLSC).

El TRLSC recoge también cuáles son las funciones y operaciones de los liquidadores. Estas vienen enumeradas en los artículos 383 y siguientes, comenzando sus obligaciones con la de formular un inventario y un balance a la fecha de disolución en el plazo máximo de tres meses desde esta.

A los liquidadores les corresponde continuar con las operaciones pendientes, cobrar los créditos y pagar las deudas. Mientras duran las operaciones de liquidación, los deberes de los liquidadores son: deber de llevanza de la contabilidad así como custodiar los libros y toda la documentación; deber de enajenar los bienes sociales; y deber de informar periódicamente a los socios y acreedores del estado de la liquidación.

Al finalizar las operaciones de liquidación, los liquidadores deberán elaborar un balance final de liquidación junto con un informe completo de cómo se han realizado las operaciones del proceso así como un proyecto de división del activo resultante entre los socios.

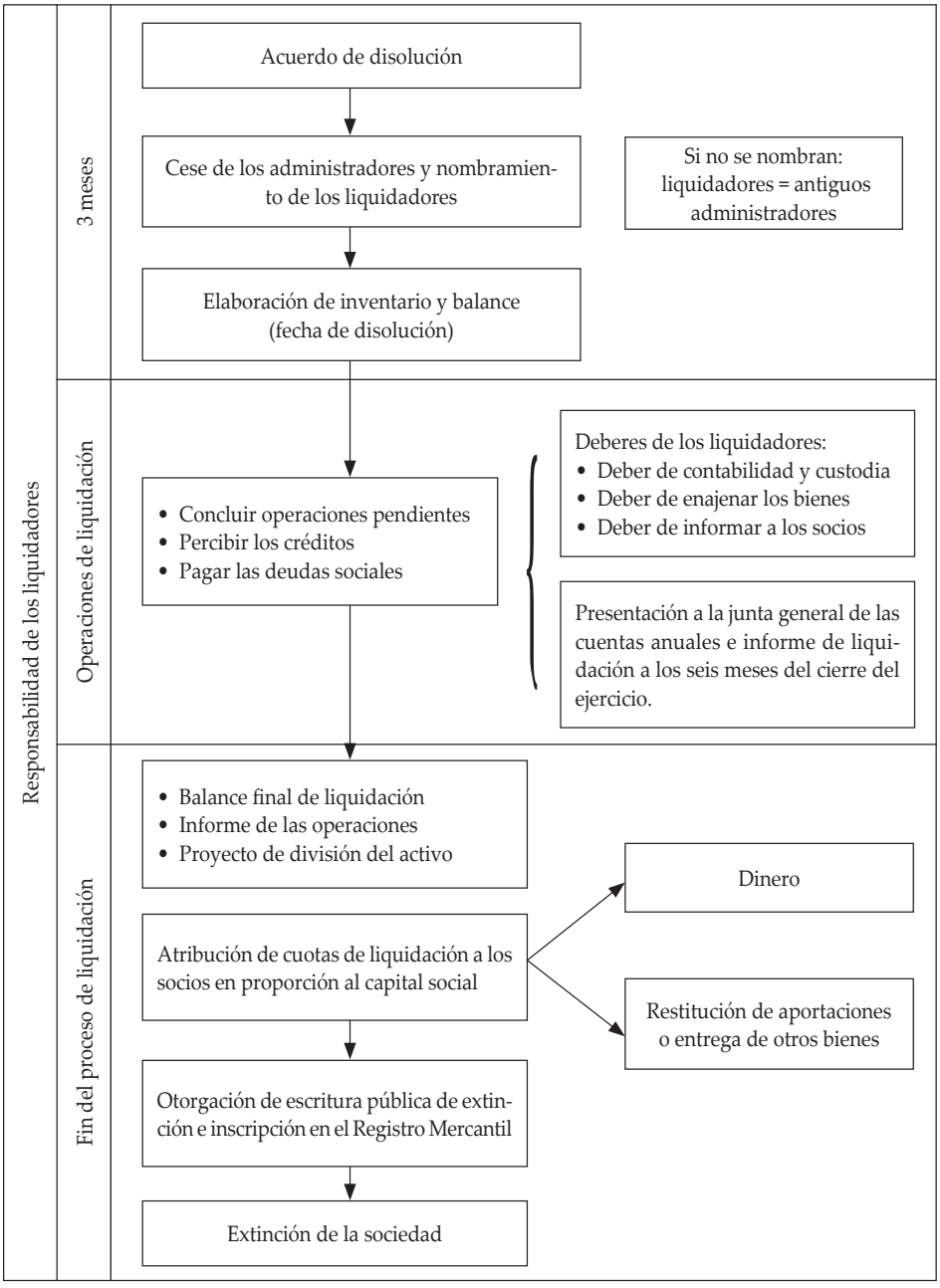
Si estas operaciones se prolongasen por un plazo superior al previsto para la elaboración de las cuentas anuales, los administradores presentarán a la junta general, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, las cuentas anuales y un informe con todos los pormenores sobre el estado de la liquidación.

Una vez finalizada la liquidación y siempre que se hayan satisfecho a los acreedores el importe de sus créditos, los liquidadores procederán a la división del patrimonio social, atribuyendo a los socios su cuota de liquidación, normalmente, en proporción a su participación en el capital social. Esta cuota, en principio, otorgará el derecho a percibir dinero, si bien, y siempre que estuviera contenido en los estatutos, esta puede consistir en la restitución de aportaciones no dinerarias o en la entrega de otros bienes que subsistieran a las operaciones de liquidación, valorados estos a valor real.

El proceso culmina con el otorgamiento de escritura pública de extinción de la sociedad por parte de los liquidadores así como la inscripción de esta en el Registro Mercantil en la que se transcribirá tanto el balance final de liquidación como las cuotas atribuidas a cada socio, depositando en el mismo acto los libros y documentos de la sociedad extinguida. Lo que no finaliza es la responsabilidad de los liquidadores puesto que estos serán responsables frente a los socios y acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado durante el desempeño de su cargo.

En el siguiente cronograma hemos representado las distintas fases del proceso de liquidación de una sociedad.

Proceso mercantil de liquidación societaria



Fuente: elaboración propia.

4.2. ASPECTOS FISCALES DE LA LIQUIDACIÓN

Como consecuencia de la apertura del proceso de liquidación y hasta que la sociedad queda extinguida definitivamente, se producen una serie de operaciones con efectos fiscales. Estas operaciones no solo afectan al Impuesto sobre Sociedades (IS) o al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), impuestos vinculados a la actividad empresarial, sino también a otros que afectan a la sociedad o directamente a sus socios, como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) o el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

Así las cosas, y siendo imposible abarcar todas las posibles situaciones que, con referencia a los mencionados impuestos, puede producirse en el seno social, no en sus socios, como consecuencia de la liquidación, aportaremos algunas notas que nos han parecido interesantes[1].

4.2.1. Impuesto sobre Sociedades (IS)

Con la liquidación de la sociedad se producirán una serie de beneficios y pérdidas contables que deberán ser corregidas, mediante los ajustes necesarios, como consecuencia de la aplicación de los preceptos recogidos en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), y que deberán integrarse en la base imponible (art. 10.3 del TRLIS).

Así, el artículo 15 del TRLIS indica que, para el caso de disolución, la sociedad integrará en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los bienes transmitidos y su valor contable en el ejercicio en el que se realicen las operaciones por las que se producen esas rentas.

Por su parte, en el artículo 20 del TRLIS se apunta que, en el ejercicio en el que se produzca la extinción de la sociedad, será deducible la totalidad de los gastos financieros devengados en el ejercicio, así como los que no se hayan podido deducir en los ejercicios anteriores como consecuencia de la aplicación del límite del 30 % del beneficio operativo (beneficio de explotación más/menos las partidas que se indican en el mencionado artículo) y siempre que hubiesen superado el millón de euros.

Si como consecuencia de la liquidación, se venden activos que hayan estado sujetos a la reinversión de beneficios extraordinarios recogida en el artículo 42 del TRLIS y no hayan transcurrido los cinco años preceptivos de mantenimiento o tres para el caso de bienes muebles (salvo para el caso de vida útil inferior), se deberá regularizar la situación además de pagar los correspondientes intereses de demora, aspectos que analizan Villar y Tello (2009).

[1] Para un estudio pormenorizado de los distintos impuestos que pueden afectar a las operaciones de liquidación tanto sobre la sociedad como sobre sus socios, personas físicas o jurídicas, se puede consultar a Villar y Tello (2009).

Según la disposición adicional vigésimo segunda del TRLIS, los activos por impuestos diferidos correspondientes a dotaciones por deterioro de créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el sujeto pasivo, así como las correspondientes a dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, se convertirán en un crédito exigible frente a la Administración tributaria, si la sociedad es objeto de liquidación. Se puede optar por solicitar su abono, compensar con otras deudas de naturaleza tributaria, o bien canjearse por deuda pública. La conversión en crédito se produce en el momento en que se presenta la autoliquidación del impuesto.

En cuanto a los requisitos formales relativos al impuesto, mientras que la sociedad no se haya dado de baja fiscalmente (una vez presentada en la Administración tributaria una copia simple de la escritura de extinción de la sociedad presentada en el Registro Mercantil) se mantiene la obligación de realizar los pagos a cuenta y liquidar el IS.

4.2.2. Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)

Según el artículo 4 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA) estarán sujetas a este impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

El artículo 7.1 de la LIVA recoge las operaciones no sujetas a este impuesto, dentro de las cuales se encuentra la transmisión de los elementos patrimoniales que formen parte del patrimonio empresarial o profesional y que constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios. Mucho se ha escrito sobre las condiciones a cumplir para que la transmisión en bloque de unos elementos patrimoniales se considere que se ajusta a la definición de unidad económica autónoma. Y múltiples han sido las interpretaciones por parte de los Tribunales de Justicia y por la Dirección General de Tributos, si bien es cierto que entrar en una exposición más exhaustiva sobre el tema excedería del propósito de este artículo[2]. Por tanto, partiendo de la existencia de unidad económica, la transmisión de esta a otro sujeto pasivo no estaría sujeta al IVA.

Por su parte, el artículo 8.2 de la LIVA indica que para el caso de liquidación o disolución se considera entrega de *bienes las aportaciones no dinerarias efectuadas por los sujetos pasivos del Impuesto de elementos de su patrimonio empresarial o profesional a sociedades o comunidades de bienes o a cualquier otro tipo de entidades y las adjudicaciones de esta naturaleza* y con independencia de que se tribute también por el ITPAJD.

---

[2] En Ramos (2013) se puede encontrar un estudio sobre la definición de unidad económica, así como la evolución del término a lo largo del tiempo y la interpretación dada de este término por parte de los Tribunales de Justicia y por la Dirección General de Tributos.

Así pues, cuando se transmita en bloque la actividad empresarial la sociedad podrá acogerse a la no sujeción al IVA, mientras que cuando se vendan los elementos patrimoniales o se atribuyan a los socios, sin que cumplan la condición de unidad económica, se estará sujeto al IVA a excepción de lo recogido en el artículo 20 de la LIVA sobre las exenciones del impuesto, como la de los terrenos rústicos o las segundas entregas de edificaciones.

En lo que respecta a los aspectos formales, durante el proceso de liquidación todas las operaciones pendientes que realice la sociedad siguen sujetas a las reglas del IVA además de la venta de los bienes con las excepciones que hemos comentado.

5. RESOLUCIÓN DEL ICAC DE 18 DE OCTUBRE DE 2013

La *Resolución de 18 de octubre de 2013, del ICAC, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento*, establece un marco normativo de especialidades aplicables a tal situación.

La Resolución se estructura en seis normas:

- Primera: Objetivo y ámbito de aplicación.
- Segunda: Criterios específicos de aplicación del Marco Conceptual de la Contabilidad a la empresa en liquidación.
- Tercera: Normas de registro y valoración de la empresa en liquidación.
- Cuarta: Normas de elaboración de las cuentas anuales de la empresa en liquidación.
- Quinta: Normas de elaboración de las cuentas anuales consolidadas de la empresa en liquidación.
- Sexta: Nueva aplicación del principio de empresa en funcionamiento.

A continuación se examinan las principales aportaciones de esta Resolución a nuestro ordenamiento contable.

5.1. ALCANCE Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Resolución delimita el marco de información financiera aplicable cuando no se puede adoptar el principio de empresa en funcionamiento. La liquidación es un proceso de finiquito, realizando activos, cancelando pasivos y cesando la actividad. Esta norma hace explícito su alcance con el objetivo de establecer el marco de información financiera aplicable a la empresa en liquidación; paso necesario y previo para poder describir los principios y criterios valorativos a utilizar en estas situaciones de estrés financiero.

No se incluyen los cambios de forma jurídica ni las combinaciones de negocios en las que una empresa se extingue, ejemplos estos en los que la empresa sigue funcionando aunque sea tras una modificación estructural. También, en el caso de que la liquidación conste en el objeto social, como cuando una empresa tiene una duración determinada debido a que se constituye para realizar una obra o servicio, no se quiebra el principio de empresa en funcionamiento, excepto si se acuerda la liquidación antes de la fecha de finalización de su objeto social o no haya una alternativa más realista que hacerlo.

Caen fuera del alcance de la Resolución las empresas declaradas en concurso de acreedores, salvo si se ha determinado la liquidación antes de la fase destinada al efecto. Lo mismo sucede cuando se liquida un grupo enajenable de elementos.

El abanico de situaciones en las que la sociedad de capital no va a poder aplicar el principio de empresa en funcionamiento puede ser resumido en dos categorías. Cuando es el órgano de administración quien estima la imposibilidad de formular las cuentas anuales bajo el principio de empresa en funcionamiento, o cuando es una prescripción de índole legal la que lo impone.

Así, la Resolución se aplicará obligatoriamente a cualquier entidad que aplicando el marco general de información financiera *haya acordado la apertura de la liquidación o cuando los responsables de la entidad, aunque sea con posterioridad al cierre del ejercicio, determinan que tienen la intención de liquidar la empresa o cesar en su actividad o cuando no exista una alternativa más realista que hacerlo*.

5.2. CRITERIOS ESPECÍFICOS

La situación de la empresa en liquidación es radicalmente diferente a la de aquella que no presenta dudas sobre su continuidad. El estrés financiero de una empresa en liquidación se incrementa de forma aguda, de tal forma que las transacciones forzadas sobre activos son más comunes en estas situaciones. Es por ello que se hace necesario contar con un marco de información financiera de la empresa en liquidación que haga que las cuentas anuales muestren la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. Sin que el principio de conservación de la norma jurídica deje de estar presente, por lo que salvo el principio de empresa en funcionamiento los demás seguirán siendo de obligada aplicación.

Las especialidades contempladas en el marco de información financiera establecidas por la Resolución se dirigen al objetivo de valorar los diferentes elementos patrimoniales, para mostrar la imagen fiel de unas operaciones que pretenden realizar los activos, cancelar las deudas y, en su caso, repartir el patrimonio que resulte de ello. Considera esta norma, con buen criterio, que una liquidación es una situación forzada, y por ende el plazo para recuperar los activos es inferior al que cabría esperar, debiendo procederse a la corrección valorativa, si no baja, de buena parte de ellos. Derivado de las peculiaridades de esta situación, el escenario de liquida-

ción también puede acarrear la aparición de pasivos hasta entonces inexistentes, que deben ser valorados y registrados.

En cuanto a los criterios de valoración, el ICAC deja claro, como no podía ser de otra forma, que el criterio del *valor en uso ya no será relevante y los criterios del valor neto realizable y valor actual, tal y como se definen estos conceptos en el MCC, deberán aplicarse considerando el escenario de liquidación*.

Llegado a este estado de la cuestión, el concepto de «valor de liquidación de los activos», adquiere su máxima trascendencia. Es definido como *el importe que se podría obtener, en las circunstancias específicas en las que se encuentre la empresa, por su venta u otra forma de disposición minorado en los costes necesarios para llevarla a cabo*. Podríamos considerar que se trata de un valor neto realizable adaptado a condiciones de urgencia. Solo, en algún caso, se puede asimilar al valor razonable menos los costes de venta.

5.3. NORMAS DE REGISTRO Y VALORACIÓN DE LA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN

La aplicación de criterios diferentes a los establecidos en el marco general ha de ser, en la medida de lo posible, una excepción. No obstante, el ambiente que rodea a la empresa que no puede aplicar el principio de empresa en funcionamiento es de por sí de una excepcionalidad única, por lo que los criterios de registro y valoración aplicables están llenos de, llamémoslo así, rarezas contables. Por consiguiente, la idea de *conservación de la norma jurídica* está presente en la Resolución, aunque en ocasiones ha de ser contemplada con las reservas necesarias. El resto de principios, en especial el de devengo, seguirán con su aplicación en la medida de lo posible, no procediendo el registro anticipado de los gastos inherentes a la liquidación. Pero la determinación de la imagen fiel de patrimonio de la empresa pasa por valorar sus elementos a valor de liquidación. Cuestión esta la más controvertida, a nuestro entender, de la Resolución del ICAC.

Respecto del proceso valorativo que nos aproxima a la liquidación, la Resolución indica que *cuando la continuidad de la empresa ya no es la hipótesis sobre la que se formulan las cuentas anuales, parece razonable considerar que, bajo la restricción que impone el binomio coste-beneficio de la información financiera, y el elevado nivel de incertidumbre que rodea el proceso de «liquidación», los activos que se venían valorando al coste menos correcciones de valor y, en su caso, amortizaciones, deberían pasar a valorarse por el menor importe entre su valor en libros y la mejor estimación de su valor de liquidación*. Pero el valor de liquidación en la mayoría de los casos estará sujeto a una holgura que puede ser significativa, primero porque es un valor estimado, y segundo, porque la estimación se ha de llevar a cabo analizando el proceso de cese de la actividad y las circunstancias que le revisten, pudiendo depender de lo forzada de la situación, y por ende diferir de forma significativa del valor recuperable. Así, que la Norma tercera de la Resolución se basa tanto en el principio del devengo como en el valor de liquidación.

En cuanto a los pasivos, la valoración de los mismos no difiere de los criterios ya establecidos en el marco general de información financiera, aunque contemplando la realista posibilidad de aparición de obligaciones consustanciales a la liquidación.

En ocasiones puede suceder que la imposibilidad de aplicación del principio de empresa en funcionamiento deba ser tratado como un hecho posterior al cierre, es decir, que determinadas circunstancias inexistentes, o de las que no se tenía conocimiento, hacen su aparición tras el mismo. Pueden plantearse entonces dos situaciones, cuando aún no se han formulado las cuentas anuales; en cuyo caso se formularán estas conforme al marco de información financiera de la Resolución y, cuando ya se han formulado pero no han sido aprobadas; en cuyo caso será preceptiva su reformulación. En cualquier caso se informará en la memoria de cuál ha sido el marco de información financiera aplicado para la formulación de las cuentas anuales.

A continuación, aunque de forma somera, hemos querido resaltar algunos de los aspectos más llamativos de los criterios de registro y valoración que la norma tercera de la Resolución prescribe:

- *Activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta*: respecto a este tipo de activos cabe destacar que sus posibles correcciones valorativas derivadas de los test por deterioro se realizarán atendiendo al valor de liquidación, no siendo válido ya el referente proporcionado por el importe recuperable. Además las provisiones asociadas a costes de desmantelamiento y rehabilitación habrán de ser revisadas por cuanto las estimaciones iniciales pueden haber cambiado de forma significativa, alterando el valor de los diferentes elementos. También entra dentro de lo posible que este tipo de provisiones puedan aflorar ante la nueva situación de la empresa.

  Puede darse el caso de que carezca de sentido mantener elementos agrupados en unidades generadoras de efectivo, debido a que resulte más probable la enajenación individualizada de dichos elementos. En este caso el valor asignado al posible fondo de comercio de cada unidad podría ser nulo.

  En cuanto a los grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta, se valorarán por el menor importe entre el valor contable y el de liquidación; previa valoración individualizada conforme a los criterios de la Resolución.

- *Las deudas a coste amortizado* no ven alterado su vencimiento por el mero hecho de que el principio de empresa en funcionamiento no resulte de aplicación[3], lo que trae causa de que el grado de exigibilidad no se vea alterado, ni tampoco su clasificación en balance. Si no fuere así, por prescripción normativa o contractual, la correcta clasificación se sitúa en el pasivo corriente, siendo entonces valorados por su valor de reembolso.

[3] Aunque en el caso de liquidación concursal sí se produce el vencimiento anticipado de créditos concursales aplazados.

El principio de devengo, vigente durante el proceso de liquidación, producirá el registro de los correspondientes gastos financieros derivados de la contabilización de las deudas a coste amortizado, junto con aquellos gastos que originados por cláusulas contractuales graven la demora en el pago de la obligación.

- En cuanto a las *inversiones en empresas del grupo multigrupo y asociadas*, debido a que el valor de liquidación podría ser inferior al importe recuperable, podría ser necesario el practicar las correspondientes correcciones valorativas.
- Las *existencias* también deberán ser objeto de deterioro valorativo teniendo en cuenta su valor de liquidación.
- Respecto del *impuesto sobre beneficios*, deberá analizarse la posibilidad de que los activos por impuesto diferido puedan ser aplicados, por la obtención de ganancias fiscales, ya que de no ser así procederá su baja en balance. También prescribe la Resolución que *el requisito de la probabilidad se entenderá cumplido cuando la empresa tenga pasivos por impuestos diferidos (asimilables a estos efectos a las ganancias fiscales) con los que compensar los activos, salvo que el plazo de reversión del citado pasivo supere el plazo previsto por la legislación fiscal para poder aplicar los activos*.
- Las *provisiones* que figuran en el balance de situación de la empresa en liquidación requieren especial atención. Por un lado, en el momento en el que la empresa decide que la aplicación del principio de empresa en funcionamiento no es posible y el cese de la actividad es la alternativa más realista, pueden aflorar provisiones que hasta ese momento no existían, derivadas del registro de indemnizaciones originadas por la rescisión anticipada de arrendamientos, o por la cancelación de contratos con el personal, por ejemplo. Por otro, es más que probable que provisiones ya existentes requieran de nuevas estimaciones.
- Las *retribuciones a largo plazo al personal* contabilizadas como provisiones derivadas de las futuras prestaciones definidas, tales como planes de pensiones, se mantendrán hasta que el promotor desaparezca, con las oportunas correcciones producidas como consecuencia del proceso de cese en la actividad.
- *Ingresos y gastos por operaciones pendientes*: antes de finalizar las operaciones inherentes a la liquidación, la empresa realizará todavía operaciones de tráfico, las cuales se registrarán conforme al marco general de información financiera. Los gastos derivados de suministros o personal, por ejemplo, se seguirán contabilizando conforme al principio del devengo. Advirtiendo la Resolución de que no se debe producir el registro anticipado de gastos de liquidación, sin perjuicio de la dotación a las provisiones que correspondan.
- En lo referente a *subvenciones, donaciones y legados*, suele ser frecuente que el cese de la actividad produzca su devolución. Realmente, a nuestro juicio, no creemos que lo estipulado por la Resolución suponga especialidad alguna, ya que la aplicación del propio marco general de información financiera resuelve esta cuestión. En

definitiva, si la liquidación de la empresa provoca la restitución de una subvención recibida, el importe que figure en el patrimonio neto, pendiente de imputar a resultados, deberá registrarse como pasivo, y si existiesen diferencias con el importe a reintegrar, estas figurarán como gasto de explotación.

Trataremos de ilustrar algunos de los casos planteados por la norma con un ejemplo práctico.

5.3.1. Ejemplo

La sociedad San, SA ha tomado el 31 de diciembre de 2013 (fecha de cierre de su ejercicio social) el acuerdo de disolución, para abrir el proceso de liquidación, por discrepancias entre los socios que hacen imposible su gestión, nombrando a los liquidadores en el mismo acto. En cumplimiento de las obligaciones legales, los liquidadores han procedido a realizar el balance de liquidación extracontable en la mencionada fecha. Para ello, han elaborado un balance a 31 de diciembre de 2013 previo al de liquidación, en el que se ha procedido a realizar las operaciones de cierre contable, es decir, a regularizar los ingresos y gastos, a imputar las amortizaciones hasta la fecha, a regularizar las existencias, etc., siguiendo el principio de empresa en funcionamiento. Los liquidadores esperan liquidar la empresa en los próximos meses.

Balance en 31 de diciembre de 2013 (previo a la liquidación)

Activo		2013	Patrimonio neto y pasivo		2013
A) ACTIVO NO CORRIENTE	**Inform.**		**A) PATRIMONIO NETO**	**Inform.**	
II. Inmovilizado material			**A-1) Fondos propios**		
1. Terrenos y construcciones	1	2.800.000	**I. Capital .....**	9	800.000
2. Inst. técnicas, maq., utillaje, ...	2	150.000	**III. Reservas .....**		1.960.000
IV. Inversiones en empresas del grupo l/p			**VII. Resultado del ejercicio .....**	10	154.000
1. Instrumentos de patrimonio ...	3	80.000	**A-2)Ajustes por cambio de valor**		1.400
V. Inversiones financieras a largo plazo			**A-3) Subvenciones , donaciones y legados .....**	2	5.600
5. Otros activos financieros	4	28.000	**B) PASIVO NO CORRIENTE**		
VI. Activos por impuesto diferido	6	17.400	**II. Deudas a largo plazo**		

.../...

Activo		2013	Patrimonio neto y pasivo		2013
.../...					
B) ACTIVO CORRIENTE			3. Acreedores arrend. financiero	11	33.290
II. Existencias			**IV. Pasivo por impuestos diferidos**	12	10.200
1. Mercaderías	5	20.000	**C) PASIVO CORRIENTE**		
III. Deudores comerciales y otras ctas. a cobrar			**III. Deudas a corto plazo**		
1. Clientes por ventas	6	181.500	3. Acreedores arrend. financiero .	11	30.065
3. Deudores varios	7	43.500	**V. Acreedores comerciales y otras ctas. a pagar**		
6. Otros créditos Adm. Públicas	8	47.600	1. Proveedores	13	281.950
VII. Efectivo y otros activos líquidos equiv.			3. Acreedores varios	14	13.395
1. Tesorería		7.000	5. Pasivos por impuesto corriente	15	67.800
2. Otros activos líquidos equivalentes		25.000	6. Otras deudas con las Adm. Públicas	16	42.300
TOTAL ACTIVO		**3.400.000**	**TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO .....**		**3.400.000**

Información sobre el balance:

1. La partida «Terrenos y construcciones» recoge, por un lado, unos terrenos en un polígono industrial adquiridos en 2009 por 2.000.000 de euros donde la sociedad tenía pensado construir el nuevo edificio de fábrica. Dada la situación de crisis económica se decidió esperar. El resto de la partida se corresponde con el valor en libros del edificio de fábrica adquirido hace ya 18 años.
2. Dentro de la partida «Inst. técnicas, maq., utillaje, ...» se encuentra una máquina adquirida mediante un contrato de arrendamiento financiero cuya opción de compra se tenía pensado ejercer al finalizar el mismo, en diciembre de 2015. La opción de compra es de 2.000 euros que se ejercería junto con el pago de la última cuota. La vida útil de la máquina se estimó en 10 años. El resumen del contrato firmado el 31 de diciembre de 2011 es el siguiente:

Año	Cuotas anuales	Amortización del principal	Intereses
2012	31.971,94	27.757,15	4.214,79
2013	31.971,94	28.888,02	3.083,92
2014	31.971,94	30.064,97	1.906,98
2015	31.971,94	31.289,86	655,56
Total	**127.887,77**	**118.000,00**	**9.861,24**

El valor en libros de la máquina es de 96.000 euros.

El 1 de enero de 2013 se adquirieron instalaciones por valor de 50.000 euros al contado consiguiendo para su financiación una subvención (a fondo perdido siempre que las instalaciones se mantuvieran al menos durante cinco años) de un organismo oficial del 20 % de la inversión. La vida útil de la instalación se estimó en 5 años. En caso del incumplimiento de las condiciones previstas para la concesión de la subvención, se abonará además, un 5 % en concepto de interés de demora.

El resto del saldo se corresponde con un inmovilizado cuyo valor de adquisición fue de 30.000 euros y que se encuentra amortizado en 16.000 euros.

3. Los «Instrumentos de Patrimonio» se corresponden con la participación del 100 % en la sociedad Ta, SA adquirida en la constitución de esta por su valor nominal. La sociedad no cotiza en bolsa.

4. En esta partida de «Otros activos financieros» se recoge un derivado adquirido en febrero de este ejercicio para cubrir el riesgo de tipo de cambio futuro (considerado como una cobertura de flujos de efectivo) para una futura compra de mercaderías a dos años por 26.000 euros. Al cierre del ejercicio su valor razonable se incrementó en 2.000 euros.

5. Las mercaderías se corresponden con 10.000 unidades adquiridas a 20 euros.

6. A los clientes se les concede un plazo medio de pago de 1 mes. Dentro de ellos se encuentra un crédito de 58.000 euros que venció en noviembre y por el que se dotó el correspondiente deterioro. El método de estimación de insolvencias es el individualizado. Dado que no han transcurrido al cierre los seis meses necesarios para su admisión como gasto fiscal (art. 15 del TRLIS), en la estimación del IS se ha contabilizado el correspondiente activo por impuesto diferido por importe de 17.400 euros.

7. Los «Deudores varios» están formados por derechos de cobro de distinto vencimiento pero que ninguno supera los cuatro meses y sobre los que no se tienen dudas de que se van a cobrar.

8. El saldo de «Otros créditos Adm. Públicas» está compuesto por un derecho de cobro frente a la Hacienda Pública por IVA pendiente de recuperar.

9. El capital social está formado por 8.000 acciones de 100 euros de nominal cada una de ellas. Estas acciones corresponden por partes iguales a cuatro socios.
10. El resultado del ejercicio se ha obtenido aplicando el Marco General de Información Financiera. El resultado contable antes de impuestos ha sido de 220.000 euros y los pagos a cuenta de 12.000 euros.
11. El saldo de estas cuentas corresponde a las deudas por el contrato de arrendamiento financiero, incluida en el largo plazo la opción de compra.
12. El pasivo por impuesto diferido está formado, por un lado, por el impuesto diferido de la subvención pendiente de aplicar (2.400 €); por otro, por el impuesto diferido como consecuencia del ajuste de la contabilidad de cobertura (600) y el resto corresponde a la diferencia de criterios entre el ámbito fiscal y contable con respecto al contrato de arrendamiento financiero.
13. Los proveedores conceden un plazo medio de pago de 4 meses.
14. Acreedores varios con vencimiento en el mes de marzo.
15. Estimación del pago del IS (30 % de gravamen) determinado sobre el beneficio contable antes de quebrar el principio de empresa en funcionamiento.
16. Deudas con la Administración Pública en concepto de IRPF y Seguridad Social.

Los liquidadores consideran que no van a poder liquidar la empresa antes del plazo establecido por la legislación mercantil para la formulación de las cuentas anuales por lo que deciden redactar estas cuentas anuales aplicando la Resolución.

Partiendo del mencionado balance, y aplicando los criterios contenidos en la Resolución sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, obtendremos el nuevo balance.

Como norma general, y como consecuencia de la no aplicación del principio de empresa en funcionamiento, se deberá realizar una nueva valoración de los elementos patrimoniales que permita mostrar la imagen fiel de las operaciones tendentes a realizar el activo, cancelar las deudas y, en su caso, repartir entre los socios el patrimonio resultante. Esto implicará corregir o dar de baja a aquellos activos que dejen de cumplir con la definición de tales y, por tanto, su importe no se pueda recuperar. Para ello, deja de ser relevante el valor en uso que va a ser sustituido por el valor de liquidación.

Información para la liquidación:

1. Se ha pedido a un experto la valoración de los terrenos y del edificio.

   El valor razonable de los terrenos es de 2.100.000 euros y los costes de venta de 50.000 euros si bien el experto indica que si urge su venta el valor máximo que se podrá alcanzar es de 1.950.000 euros.

El valor razonable del edificio asciende a 1.100.000 euros y los costes de venta de 38.000 euros, indicando que en caso de que se desee deshacerse de él, el valor máximo neto sería de 900.000 euros.

2. Con respecto a la máquina adquirida mediante contrato de arrendamiento financiero, se ha conseguido un comprador que se subrogará en el contrato. El precio pactado con él es de 30.645 euros. La operación se formalizará en enero.

   Los liquidadores consideran que se podrá vender el resto del inmovilizado material por 60.000 euros.

3. El valor teórico de las acciones calculado sobre el balance de la sociedad es del 250 %, estimando los liquidadores que podrán venderse por este valor.

4. Las existencias de mercaderías tienen un valor de reposición de 21.000 euros, si bien, el valor de liquidación es de 19.000 euros.

5. La sociedad se había acogido en el ejercicio 2011 a una deducción por reinversión de beneficios extraordinarios por un importe de 10.000 euros. El interés de demora se estima en el 5 % anual.

6. Los liquidadores han estimado por indemnizaciones y demás gastos inherentes a la liquidación 10.000 euros.

Elaboración del balance aplicando el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento

Normas de registro y valoración de la empresa en liquidación

A. Inmovilizado material, inmaterial e inversiones inmobiliarias

Como la decisión de liquidación se ha tomado coincidiendo con el cierre contable no deberemos hacer ningún ajuste con respecto a la amortización.

Pero por el contrario, al cambiar el escenario por la no aplicación del principio de empresa en funcionamiento, la búsqueda de una valoración del patrimonio que muestre la imagen fiel de las operaciones obliga a utilizar unos criterios de valoración distintos: el importe recuperable estará basado únicamente en el valor de liquidación de los activos, dejando a un lado el valor en uso e incluso el valor razonable puesto que la empresa se encuentra en una situación de transacción forzada de venta, premisa contraria a la propia definición del valor razonable.

Esta valoración de los activos a valor de liquidación tiene las siguientes consecuencias sobre el balance:

i. Terrenos:

El experto estima que los terrenos tienen un valor razonable neto (valor razonable menos costes de venta) de 2.100.000 – 50.000 = 2.050.000 euros, si bien, cuando la transacción se vuelve forzada, urgente, entonces el valor máximo que se podrá obtener por su venta (valor de liquidación) será de 1.950.000 euros. Este valor de liquidación es el que se tomará como referencia para realizar el test por deterioro:

- Valor en libros del terreno: 2.000.000 euros.
- Importe recuperable (valor de liquidación) del terreno: 1.950.000 euros.
- Como el Valor en libros > Importe recuperable (valor de liquidación) → deterioro de valor de 50.000 euros.
- Luego el nuevo valor en libros del terrenos será: 2.000.000 – 50.000 = 1.950.000 euros.

ii. Construcciones:

Su valor en libros es de 800.000. El experto estima dos valoraciones: el valor razonable neto, fruto de una transacción en condiciones de independencia entre las partes, y otro menor, que será el de liquidación al que le afectará la urgencia de venta. Este último será el que utilizaremos, al igual que en el caso anterior, como importe recuperable para realizar el test por deterioro.

- Valor en libros de la construcción (valor inicial – amortizaciones – deterioro): 800.000 euros.
- Importe recuperable (valor de liquidación) de la construcción: 900.000 euros.
- Como el Valor en libros < Importe recuperable (valor de liquidación) → no existe deterioro de valor.

iii. Máquina:

La máquina se adquirió mediante un contrato de arrendamiento financiero, comprometiéndose la sociedad, como es norma general, a pagar unas cuotas de forma irrevocable. Los contratos de arrendamiento financiero suelen tener una cláusula de cancelación anticipada con coste muy elevado que hace que el empresario se decante, si el contrato lo permite, por la subrogación del contrato por parte de otro empresario.

Por tanto, la valoración dada a la máquina, descontadas las deudas pendientes, es de: 30.645 euros.

Para la sociedad, la máquina tendría un valor descontadas las deudas de:

120.000 (máq.) – 12.000 × 2 (Amort. acumda.) – 33.290 (deudas a l/p) – 30.065 (deudas a c/p) = 32.645 €

Por consiguiente, como el valor de liquidación es inferior al valor contable, por la diferencia se debería dotar el correspondiente deterioro entre ambos valores, 2.000 euros.

iv. Instalaciones:

La sociedad había adquirido unas instalaciones financiadas en parte por un organismo público, con la obligación de mantenerlas durante 5 años. Dado que esto no va a ser posible, se debe reintegrar la subvención al organismo correspondiente. Por tanto, procede transformar dicha subvención en una deuda a corto plazo por el importe total de la misma. La diferencia será los gastos de explotación. Además, deberá imputar gastos por los intereses de demora.

En consecuencia, daríamos de baja a la subvención pendiente de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias (5.600 €). Lo mismo procede con el pasivo por diferencias temporarias imponibles (2.400 €), y reconoceríamos una deuda con la Administración Pública por subvenciones a reintegrar de 10.000 euros. La diferencia (2.000 €), según regula la Resolución, será gasto de explotación del ejercicio. Además, deberán reconocerse los intereses de demora (0,05 × 10.000 = 500 €) como gasto y como mayor importe de la deuda con el organismo público correspondiente.

v. Resto del inmovilizado:

Las instalaciones anteriores junto con el resto del inmovilizado tienen un valor en libros de:

- Valor en libros de las instalaciones: 50.000 – 50.000/5 = 40.000 euros.
- Valor en libros del resto de inmovilizado: 30.000 – 16.000 = 14.000 euros.
- Valor de liquidación: 60.000 euros.
- Como el Valor en libros < Importe recuperable (valor de liquidación) → no existe deterioro de valor.

B. Inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas

Indica la norma que estas también estarán sujetas a deterioro, para lo cual el importe recuperable será su valor de liquidación. Estas acciones, al corresponder al 100 % del capital de otra sociedad, figurarán en balance por su valor de adquisición, que según se indica fue a valor nominal y los únicos cambios en su valoración que les puede afectar son los posibles deterioros.

- Valor en libros de los instrumentos de patrimonio en empresas del grupo: 100 % × × 80.000 = 80.000 euros.
- Valor de liquidación: 250 % × 80.000 = 200.000 euros.
- Como el Valor en libros < Importe recuperable (valor de liquidación) → no existe deterioro de valor.

C. Instrumentos financieros a largo plazo

En esta partida indica el enunciado que se encuentra recogido un instrumento de cobertura de flujos de efectivo. La valoración de estos instrumentos bajo el principio de empresa en funcionamiento es que la parte de la ganancia o la pérdida del instrumento de cobertura que se haya determinado como cobertura eficaz se reconocerá transitoriamente en el patrimonio neto, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias en el ejercicio o ejercicios en los que la operación cubierta prevista afecte al resultado.

Dado que la cobertura deja de ser eficaz si valoramos la empresa bajo el prisma de la liquidación, deberán llevarse los resultados directamente a la cuenta de pérdidas y ganancias, deshaciendo igualmente los ajustes que al efecto se hayan realizado sobre el patrimonio neto.

Entonces, eliminaremos el ajuste por cambio de valor, 1.400 euros, y el pasivo por diferencias temporarias imponibles, 600 euros, e imputaremos un resultado financiero por 2.000 euros, recogiendo la variación de valor de la cobertura directamente en la cuenta de pérdidas y ganancias.

D. Existencias

El valor de reposición es el referente habitual de las mercaderías cuando se aplica el principio de empresa en funcionamiento. Pero para el caso de la empresa en liquidación, se tomará según la Resolución el valor de liquidación de los activos. Por tanto:

- Valor en libros de las mercaderías: 20.000 euros.
- Valor de liquidación: 19.000 euros.
- Como el Valor en libros > Importe recuperable (valor de liquidación) → deterioro de valor de las existencias por 1.000 euros.

E. Impuesto sobre beneficios

La Resolución indica que los activos por impuestos diferidos deberán darse de baja siempre que no resulte probable disponer de ganancias fiscales, lo que asimila esta a pasivos por impuestos diferidos. Suponemos que se refiere concretamente a activos por impuestos diferidos por deducciones pendientes de aplicar, así como activos por impuestos diferidos por bases imponibles negativas de ejercicios anteriores que den derecho a deducciones en futuros ejercicios. Puesto que, en nuestro caso, el activo por impuesto diferido surge como consecuencia de un deterioro de clientes, y contempla la LIS que este, se convierte en un crédito frente a la Hacienda Pública, entonces consideramos que no será preciso eliminar su importe, sino que deberá reclasificarse, en su caso, como un crédito frente a la Administración Pública.

Por otro lado, la sociedad se acogió en el ejercicio 2011 a una deducción por reinversión de beneficios extraordinarios por importe de 10.000 euros. Al incumplir con la normativa sobre el mantenimiento de la inversión, se debe reintegrar a la Administración Pública el importe total más los intereses de demora correspondientes. El importe de la deducción deberá considerarse como un gasto excepcional, y recogerse como una diferencia permanente positiva en la liquidación del IS. Los intereses de demora serán gasto financiero deducible. Asimismo, hasta que se haga efectiva la devolución se recogerá una deuda para con la Administración Pública por el importe de la deducción incorrecta más los intereses de demora.

F. IVA

Como vimos en los aspectos fiscales se mantienen los derechos de cobro frente a la Administración Pública por este concepto, pudiendo solicitar su abono, compensarlo con otras deudas tributarias o convertirlo en deuda pública.

G. Clientes por operaciones de tráfico y otros deudores

Respecto a estas partidas, dado su próximo vencimiento no deberá realizarse comparación alguna con ningún valor, salvo que se tenga información sobre algún posible cobro fallido.

H. Tesorería y otros activos líquidos equivalentes

Para que la empresa tenga clasificada alguna inversión como activo líquido equivalente debe cumplirse que desde el momento en que se materializa tal inversión hasta su vencimiento no transcurran más de tres meses y siempre que no exista riesgo significativo de cambios de valor y formen parte de la política de gestión normal de la tesorería de la empresa, por tanto, no procederá ajuste alguno como consecuencia de la liquidación.

I. Proveedores y acreedores comerciales

Deberán realizarse los pagos en los plazos previstos.

J. Otras deudas con las Administraciones Públicas

Deberá hacerse efectivo el pago en concepto de IRPF y de Seguridad Social en los plazos correspondientes (42.300 €).

Además, aparecerán como nuevas deudas con las Administraciones Públicas, por un lado, la restitución del importe de la subvención junto con sus intereses de demora (10.000 € +

+ 0,05 × 10.000), y por otro, la devolución de la deducción incumplida por reinversión de beneficios extraordinarios y los intereses de demora de tres años (10.000 € + 0,05 × 10.000 × 3).

K. Provisiones por la liquidación de la empresa

Nos indica el enunciado que los liquidadores han estimado por indemnizaciones y demás gastos 10.000 euros como consecuencia de la liquidación. Estos gastos deberán figurar en una provisión en el balance cuya denominación podría ser «Provisión por liquidación» la cual hemos incluido en el corto plazo puesto que se espera liquidar la empresa durante el ejercicio siguiente:

Balance en 31 de diciembre de 2013 de SAN, SA «en liquidación»

Activo	Explic.	2013	Patrimonio neto y pasivo	Explic.	2013
A) ACTIVO NO CORRIENTE			**A) PATRIMONIO NETO**		
II. Inmovilizado material			**A-1) Fondos propios**		
1. Terrenos y construcciones	A.i/A.ii	2.750.000	**I. Capital**		800.000
2. Inst. técnicas, maq., utillaje, ...	A.iii/A.iv/A.v	148.000	**III. Reservas**		1.960.000
IV. Inversiones en empresas del grupo l/p			**VII. Resultado del ejercicio**	L	98.500
1. Instrumentos de patrimonio ..	B	80.000	**B) PASIVO NO CORRIENTE**		
V. Inversiones financieras a largo plazo			**II. Deudas a largo plazo**		
5. Otros activos financieros	C	28.000	3. Acreedores arrend. financiero		33.290
VI. Activos por impuesto diferido	E	17.400	**C) PASIVO CORRIENTE**		
B) ACTIVO CORRIENTE			**II. Provisiones por liquidación** ..	K	10.000
II. Existencias			**III. Deudas a corto plazo**		
1. Mercaderías	D	19.000	3. Acreedores arrend. financiero		30.065
III. Deudores comerciales y otras ctas. a cobrar			**V. Acreedores comerciales y otras ctas. a pagar**		

.../...

Activo	Explic.	2013	Patrimonio neto y pasivo	Explic.	2013
.../...					
1. Clientes por ventas	G	181.500	1. Proveedores	I	281.950
3. Deudores varios	G	43.500	3. Acreedores varios	I	13.395
6. Otros créditos Adm. Públicas	F	47.600	5. Pasivos por impuesto corriente	L	55.500
VII. Efectivo y otros activos líquidos equiv			6. Otras deudas con las Adm. Públicas	J	64.300
1. Tesorería	H	7.000			
2. Otros activos líquidos equivalentes	H	25.000			
TOTAL ACTIVO		**3.347.000**	**TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO .....**		**3.347.000**

L. El resultado del ejercicio se habrá obtenido de la siguiente manera:

Resultado contable antes de impuestos (previo acuerdo de liquidación)	220.000 €
Pérdida por deterioro del terreno	(50.000) €
Pérdida por deterioro de la maquinaria	(2.000) €
Gastos de explotación por subvención e intereses de demora	(2.500) €
Pérdidas por deterioro de existencias	(1.000) €
Gastos excepcionales por la deducción reinversión e intereses	(11.500) €
Gastos por indemnizaciones y otros	(10.000) €
Ingresos financieros por la variación de la cobertura contable	2.000 €
Resultado contable antes de impuestos (sociedad en liquidación)	145.000 €

En este momento nos parece necesario realizar una **serie de precisiones**:

La norma del IS no recoge el valor de liquidación como referente para valorar los activos en caso de venta, sino que considera para el asunto el valor de mercado. Si el valor de liquidación es superior al de mercado (situación que consideramos que no será la habitual, por ser una opera-

ción realizada en términos forzosos), no existiría ningún tipo de problema a la hora de computar el beneficio o pérdida como mayor o menor, según el caso, beneficio fiscal. El problema surge cuando el valor de mercado es superior al valor de liquidación. En este caso, y más concretamente a la hora de imputar pérdidas, los liquidadores deben considerar la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto por parte de la Administración Pública sobre algunos bienes como espacios naturales protegidos, viviendas de protección oficial, etc. Asimismo, deberán tener en cuenta la aplicación, por parte de la Administración Pública, del valor de mercado a la hora de computar esas posibles pérdidas, y por tanto los liquidadores deberían considerarlo como una diferencia permanente a la hora de la liquidación.

En cualquier caso, nos parecería razonable que para mayor seguridad de los liquidadores se realizara una consulta vinculante a la Administración sobre si el valor de liquidación, avalado por informes de expertos, va a ser admitido por ella como valor de mercado.

El esquema de la liquidación del IS considerando que todas las valoraciones contables son admitidas en el ámbito fiscal será el siguiente:

Resultado contable antes de impuestos	145.000
+/– Diferencias permanentes	+10.000
+/– Diferencias temporales	
Por los clientes de dudoso cobro	+58.000
Por el arrendamiento financiero	+12.000
Base imponible previa	225.000
– Bases imponibles de ejercicios anteriores	–
Base imponible	225.000
× tipo de gravamen	× 0,3
Cuota íntegra	67.500
– Deducciones y bonificaciones	–
Cuota líquida	67.500
– Retenciones y pagos a cuenta	–12.000
Cuota diferencial	55.500

Para la obtención del resultado del ejercicio además del impuesto corriente se tendrán que tener en cuenta tanto el impuesto diferido del contrato de arrendamiento financiero que no va a

poder revertir, como el que corresponde al deterioro de los clientes que va a ser un derecho de cobro frente a la Administración cuando se presente la liquidación definitiva:

- Por el contrato de arrendamiento financiero:

	2012
Gasto contable (amortización contable)	12.000,00
Gasto fiscal (2 amortización contable por exceder del límite fiscal la amortización del principal)	24.000,00
Diferencia	–12.000,00
30 % de la diferencia	– 3.600,00
Diferencia acumulada	–3.600,00
Pendiente de imputar por sup. límite (art. 115 del TRLIS)	3.757,15

  Como se acogió a la diferencia de valoración entre el ámbito fiscal y contable en el ejercicio 2012 por el arrendamiento financiero, y no va a ser posible su reversión, puesto que se produciría a partir del ejercicio 2017, deberá dar de baja al pasivo frente a un impuesto diferido (reversión del gasto).

- Por el deterioro de clientes surgirá, como ya se había calculado en el balance previo, un activo por impuesto diferido que se convertirá en un derecho de cobro frente a la Administración tributaria cuando se presente su liquidación definitiva.

Por tanto, del resultado contable antes de impuestos habrá que detraer el impuesto corriente (coincidente con la cuota líquida del IS) además de sumarle el impuesto diferido por la reversión del pasivo por diferencias temporarias del arrendamiento financiero del ejercicio 2012 y sumarle también el impuesto diferido por el nacimiento del activo por diferencias temporarias por el deterioro de clientes (30 % × 58.000 €).

Resultado después de impuestos: 145.000 – 67.500 + 3.600 + 17.400 = 98.500 euros.

6. CUENTAS ANUALES DE LA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN

Los estados contables a elaborar por la empresa en liquidación se determinan por la legislación mercantil en el TRLSC, encargada de regular lo que la Resolución denomina «liquidación ordinaria», y en la Ley Concursal (LC) en lo relativo a la denominada «liquidación concursal».

En cualquier caso, desde el momento en que la empresa ha acordado su disolución, o cuando es obligada a iniciar la liquidación, las operaciones que todavía se realicen, incluidas las inherentes a la realización del activo, cancelación del pasivo y reparto, en su caso, del patrimonio resultante, deben tener su reflejo contable. No se extingue en ningún caso la obligación de llevanza de la contabilidad, es más, incluso es preceptivo en algunos casos la elaboración de estados contables adicionales no contenidos en el PGC. Podemos afirmar que la norma mercantil salvaguarda el derecho de información de los terceros relacionados con la empresa, con más razón si cabe ante una situación en que es probable que la demanda del conocimiento de las cifras contables se incremente. De hecho la LC establece no pocas referencias a la contabilidad, como puede verse en el estudio de MÍNGUEZ (2005).

El propio TRLSC en sus artículos 383 y 390.1 prescribe, respectivamente, que los liquidadores elaborarán un inventario y un balance inicial, como muy tarde a los tres meses de haberse iniciado la liquidación, y un balance final que será aprobado por la junta general de accionistas. Todo esto, aparte de que estos liquidadores quedan obligados por su condición *a llevar la contabilidad de la sociedad, así como llevar y custodiar los libros, la documentación y correspondencia de esta*, según el artículo 386.

En buena lógica y, quizá a mayor abundamiento, el artículo 388, en su segundo apartado obliga a que *si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación*.

Esta misma norma continúa indicando cuál es el requisito formal con el que finaliza la liquidación: obliga a la inscripción registral de escritura pública de extinción societaria en su artículo 396. En tal inscripción figurará el balance final de liquidación, y además los liquidadores *depositarán en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida*.

Todo lo anterior no deja otra opción que seguir aplicando el marco general de información financiera a las cuentas anuales de la empresa que no pueda aplicar el principio de empresa en funcionamiento, salvo por las especialidades establecidas en la Resolución; ya que como la misma reconoce, *el derecho mercantil español no se decanta por una ruptura del sistema de información contable una vez acordada la disolución*.

Entre ellas cabe destacar la eximente de formular las cuentas anuales cuando la liquidación finalice antes del plazo para su aprobación, o si acordada la disolución en un ejercicio, o se abra la fase de liquidación en un concurso, las operaciones acaban antes del cierre de ese ejercicio.

En cualquier caso las cuentas anuales de la empresa en liquidación no se formulan a efectos comparativos, o lo que es lo mismo, no hay que adaptar las cuentas anuales del ejercicio anterior a los criterios del marco de información financiera de la Resolución.

El balance, como el resto de documentos integrantes de las cuentas anuales, de la empresa que no pueda aplicar el principio de empresa en funcionamiento se regirá por las normas de ela-

boración contenidas en el PGC. No obstante, se matiza que la clasificación de los activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta no se realizará conforme a lo establecido en el marco general de información financiera, los elementos inmovilizados, materiales o intangibles, así como las inversiones inmobiliarias no se reclasificarán al activo corriente. Cuestión diferente es si debe mantenerse la clasificación de activos no corrientes mantenidos para la venta en el activo corriente del balance, diferenciando estos del resto de activos no corrientes.

La cuenta de pérdidas y ganancias se elaborará con la única peculiaridad de que las operaciones interrumpidas no tendrán aplicación, ya que se considera que la totalidad de la empresa es en sí misma una actividad interrumpida desde el momento en que el principio de empresa en funcionamiento no es de aplicación.

El estado de flujos de efectivo recogerá dentro de los flujos de explotación los derivados de la liquidación de los activos vinculados a la actividad principal de la empresa, y englobará en los flujos procedentes de la inversión los que produzca la liquidación de los activos no corrientes mantenidos para la venta.

La memoria soportará el bagaje informativo relativo a la situación tan excepcional que vive una empresa en liquidación. Por lo que deberá quedar claro el desglose informativo relativo a los criterios valorativos aplicados, como expresa la Resolución en la nota relativa a los «Aspectos críticos de la valoración y estimación de la incertidumbre», informará *de los eventos o condiciones que a juicio de la dirección originan que no pueda aplicarse el principio de empresa en funcionamiento, junto con una referencia expresa a que las cuentas anuales se han formulado aplicando el marco de información financiera* preceptivo cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento. No será necesario incorporar los desgloses no significativos debidos a la propia situación de liquidación, como por ejemplo los relativos a criterios de clasificación de activos no corrientes mantenidos para la venta o los concernientes a identificación de actividades interrumpidas.

En lo referente a la información que se solicita en la memoria de los administradores, se entenderá que se hace, en su caso, respecto de quienes deban formular las cuentas anuales de acuerdo con la legislación mercantil.

Se informará necesariamente, en la nota 2 de la memoria normal, relativa a las bases de presentación de las cuentas anuales, en el apartado 4, las causas que hacen que las cuentas anuales del ejercicio no resultan comparables con las del precedente. Así como que la aplicación de resultados se efectúa conforme a la normativa aplicable a la liquidación y división del patrimonio empresarial, que prohíbe la distribución a socios de resultado alguno hasta que los acreedores hayan sido satisfechos.

La memoria informará en cualquier caso sobre el desarrollo del proceso de liquidación y de la estimación de los valores de liquidación de los activos.

La obligación de auditoría persiste para las cuentas anuales formuladas bajo los principios de liquidación para aquellas sociedades que venían siendo auditadas o que incumplen los requisitos re-

cogidos en el artícuo 263 del TRLSC. El auditor realizará su trabajo siguiendo las normas técnicas de auditoría, pudiendo considerar el incluir un párrafo de énfasis en su informe, llamando la atención sobre la nota de la memoria en la que se informa de que las cuentas anuales se han elaborado sin poder aplicar el principio de empresa en funcionamiento (Resolución de 20 de diciembre de 2013, del ICAC, por la que se publica la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, publicada por Resolución de 31 de mayo de 1993).

6.1. CUENTAS ANUALES DE LA ENTIDAD EN CONCURSO

La LC regula las obligaciones contables de la entidad en concurso. Las cuentas anuales del deudor concursado deben formularse y, en su caso, ser auditadas, por los administradores; aunque bajo supervisión de la administración concursal. Solo en el supuesto de suspensión, dado que el artículo 40 establece que si el concurso es calificado de necesario, *se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales*, las obligaciones contables recaerían sobre estos últimos. Por lo tanto, la contabilidad no sufre ningún menoscabo en su bagaje informativo. De hecho la LC da una gran importancia a la rendición de cuentas, claro ejemplo de ello es que el concursado no puede presentar propuesta anticipada de convenio si hubiera incumplido el deber de depósito de cuentas anuales en cualquiera de los tres ejercicios anteriores al concurso.

De hecho el artículo 152 menciona que la liquidación irá acompañada de una serie de informes y finalizará con una *completa rendición de cuentas*.

Cosa distinta son los plazos. Estos pueden sufrir modificaciones derivadas del proceso, ya que en tanto la administración concursal no confeccione el inventario inicial y la lista de acreedores, las cuentas anuales del ejercicio anterior a la declaración del concurso, previa autorización de esta administración, pueden no formularse hasta que dicho requisito se cumpla; posteriormente habrá un plazo de un mes para hacerlo. Acabado este plazo de prórroga, las cuentas serán aprobadas por la junta en el plazo máximo de tres meses y posteriormente depositadas en el Registro Mercantil, prescribe el artículo 46 de la LC.

Por lo tanto, y como se reconoce en la introducción de la Resolución del ICAC, la cuestión pendiente era delimitar el marco de información financiera aplicable a este tipo de situaciones y que condujese a afirmar que las cuentas anuales ofrecen la imagen fiel del patrimonio.

7. CONCLUSIONES

La liquidación de una sociedad puede traer consecuencias en distintos ámbitos como los mercantiles, fiscales, contables, laborales, etc. A diferencia de los otros, en nuestro derecho contable no existía una regulación específica para los casos de liquidación, sino que, salvo prueba en contrario, se consideraba que la gestión de la empresa continuaría en el futuro, sin que exis-

tiesen unos criterios a aplicar en el supuesto de que la empresa entrara en una situación de crisis financiera o de gestión. Con la *Resolución de 18 de octubre de 2013, del ICAC, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento* se establece el marco de información financiera aplicable a estos casos, aunque consideramos que se podría haber aprovechado la ocasión para aproximar las distintas normativas, evitando las divergencias entre ellas.

Así, hemos encontrado disparidad de criterios entre el ámbito fiscal y el contable como es el caso de las diferencias que puedan surgir como consecuencia de la aplicación del valor de liquidación en el entorno contable cuando este no coincida con el valor de mercado aplicado en el contexto fiscal, lo que puede producir una inseguridad jurídica en cuanto a la liquidación del impuesto y la responsabilidad posterior de los liquidadores.

Una de las divergencias encontradas entre los ámbitos mercantil y contable surge como consecuencia de que la normativa mercantil obliga a los liquidadores a formular, en el plazo de tres meses, un inventario y un balance referidos a la fecha de liquidación «balance inicial de liquidación», y cuando finaliza el proceso de liquidación, un «balance final de liquidación». Estos balances son considerados por la Resolución «documentos extracontables» y por tanto no sujetos a ningún marco de información financiera de forma expresa, ni el general ni el específico de la empresa en liquidación. Esto, a nuestro entender, puede perjudicar tanto a los socios como a los acreedores por tener información patrimonial en documentos con el mismo nombre aunque con distinto marco de referencia y de valoración.

La normativa contable solo contempla la posibilidad del reconocimiento de nuevos pasivos como consecuencia del nacimiento de nuevas obligaciones al quebrar el principio de empresa en funcionamiento. Por otro lado, la normativa mercantil considera la posible aparición de pasivos o incluso activos nuevos en el proceso de liquidación, o posteriormente. En este mismo sentido, el FASB sí reconoce la aparición de nuevos activos como consecuencia de la liquidación, aunque este caso no está contemplado ni en las NIC, ni en la normativa europea. Quizás en un futuro se contemple la aparición en el proceso de liquidación de posibles activos como por ejemplo las marcas, que deban aflorar cuando se redactan las cuentas anuales bajo los criterios de la Resolución.

Bibliografía

Barroso Rodríguez, C. [2013a]: «Principios de liquidación: el gran desconocido de la contabilidad española», *Revista contable*, n.º 12, págs. 8-13.

– [2013b]: «La Resolución del ICAC sobre principios de empresas en liquidación y las diferencias potenciales que podrían surgir con las NIIF-UE», *Revista contable*, n.º 17, págs. 8-29.

Bueno Martín, I. y Latorre Atance, A. [2014]: *Resolución de 18 de octubre del ICAC, información financiera y empresa en funcionamiento*, La Ley, págs. 1-9.

Mínguez Conde, J. L. [2015]: «Referencias contables en la Ley Concursal 22/2003», *Revista Mercantil & Contable*, n.º 22, págs. 40-43.

RAMOS SÁNCHEZ, S. [2013]: *Escisión de sociedades: análisis económico-financiero y regulación mercantil, contable y fiscal*, *http://uvadoc.uva.es/handle/10324/3628.*

VILLAR, M. y TELLO, J. M. [2009]: «Cuestiones tributarias de la sociedad en liquidación», *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, págs. 367-419.

Apéndice normativo

- Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y modifica el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio, sobre declaraciones censales, el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, sobre el número de identificación fiscal; el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre, sobre el deber de expedir y entregar factura (los empresarios y profesionales), y el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, sobre aplicación de las Directivas de la Comunidad.
- Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Ministerio de Hacienda. BOE de 11 de marzo de 2004.
- *Financial Accounting Standards Board* (FASB) ASU 2013-07, *Liquidation Basis of Accounting*.
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Ministerio de la Presidencia. BOE de 3 de julio de 2010.
- Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento.
- Resolución de 20 de diciembre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se publica la modificación de la Norma Técnica de Auditoría sobre la aplicación del principio de empresa en funcionamiento, publicada por Resolución de 31 de mayo de 1993.

NIA-ES 250. CONSIDERACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS EN LA AUDITORÍA DE ESTADOS FINANCIEROS

Ángel Luis Padilla Álvarez
Socio auditor Capa Auditores, SL
Profesor del CEF

Extracto

Esta pequeña NIA nos propone qué debe hacer el auditor ante las diferentes normativas que afectan a las entidades auditadas, cómo debe intentar revisarlas y qué «opinar» en ciertas circunstancias. Dicha normativa afecta desde dos puntos de vista a:

- Aquella cuyo incumplimiento puede afectar directamente a los estados financieros.
- Otras disposiciones legales y reglamentarias que deben cumplirse aunque su incumplimiento puede dar lugar a multas, litigios o tener otras consecuencias para la entidad.

Palabras claves: disposiciones legales e incumplimiento.

INTERNATIONAL STANDARD ON AUDITING 250. CONSIDERATION OF LAWS AND REGULATIONS IN AN AUDIT OF FINANCIAL STATEMENTS

Abstract

This small ISA proposes to do the auditor with the different regulations affecting the audited entities, as should attempt to revise and «review» in certain circumstances. This legislation affects from two points of view:

- That instruction may directly affect the financial statements.
- Other laws and regulations that must be met if non-compliance can result in fines, litigation or have other consequences for the entity.

Keywords: laws and breach.

Esta Norma Internacional de Auditoría (NIA) trata de la responsabilidad que tiene el auditor de considerar las disposiciones legales y reglamentarias en la auditoría de estados financieros. No se aplicará, por tanto, en otros encargos específicos de auditoría, donde se contrata al auditor para verificaciones de normativa particular, revisiones limitadas de partidas determinadas o de cumplimientos de alguna normativa en los que es contratado para la verificación de disposiciones legales, etc.

Debido al gran número de normativa que existe en nuestro país los efectos de estas sobre los estados financieros varían considerablemente, aunque podemos diferenciar dos tipos de disposiciones legales:

- Aquellas que tienen un efecto directo sobre los estados financieros, ya que determinan las cantidades y la información a revelar en los estados financieros de una entidad.
- Otras disposiciones legales y reglamentarias que deben cumplirse por la dirección, pero no tienen un efecto directo sobre los estados financieros de la entidad, aunque su incumplimiento puede dar lugar a multas, litigios o tener otras consecuencias que pueden tener un efecto material sobre los estados financieros.

Algunas entidades operan en sectores muy regulados, como los bancos, las empresas químicas, empresas de seguros, mientras que otras están sujetas a múltiples disposiciones, como por ejemplo, la ley de prevención de riesgos laborales y la ley de protección de datos. Por este motivo debemos conocer en qué terreno jugamos, y como hemos comentado anteriormente por las consecuencias que conlleva su incumplimiento de la normativa para los estados financieros.

Es natural que sea responsabilidad de la dirección asegurar que **las actividades de la entidad se realizan de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias**, incluido el cumplimiento de las que determinan las cantidades e información a revelar en los estados financieros de la entidad, y es posible que el auditor no detecte todos los casos de incumplimiento de cualquier disposición legal.

Tal y como aparece en la NIA 200, como objetivo global.

El primer objetivo es la obtención de una **seguridad razonable** de que los estados financieros, en su conjunto, están libres de incorrección material, debida a fraude o error, y poder así emitir una opinión sobre si dichos estados están preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con un marco de información financiera aplicable, es decir, el adoptado por la direc-

ción (o responsables de la entidad) para preparar los estados financieros. Como es sabido existe un riesgo inevitable que puede hacer que no se detecten algunas incorrecciones materiales, aunque la auditoría se haya planificado y ejecutado de conformidad con las NIA.

En consecuencia, el posterior descubrimiento de una incorrección material en los estados financieros, debida a fraude o error, por sí solo, no indica la existencia de un fallo en la realización de la auditoría de conformidad con las NIA. Sin embargo, las limitaciones inherentes a la auditoría no son una justificación para que el auditor se conforme con evidencia de auditoría que no llegue a ser convincente. La determinación de si una auditoría se ha realizado de conformidad con las NIA se efectúa a la luz de los procedimientos de auditoría aplicados en función de las circunstancias, de la suficiencia y adecuación de la evidencia de auditoría obtenida como resultado de aquellos y de la idoneidad del informe de auditoría sobre la base de una evaluación de dicha evidencia teniendo en cuenta los objetivos globales del auditor.

Tendremos que tener en cuenta los posibles efectos de las limitaciones inherentes a la capacidad del auditor para detectar incorrecciones materiales que son mayores por las numerosas disposiciones legales y reglamentarias, relacionadas principalmente con los aspectos operativos de la entidad, que habitualmente no afectan a los estados financieros y que no se tienen en cuenta en los sistemas de la entidad relativos a la información financiera. Incluso en algunos casos pueden no detectarse debido a conductas orientadas a ocultarlo y el que una actuación constituya un incumplimiento es, en última instancia, una cuestión que debe determinarse desde un punto de vista legal por un tribunal de justicia.

Esta NIA distingue las responsabilidades del auditor en relación con el cumplimiento de los dos siguientes tipos de disposiciones legales y reglamentarias:

> 1. **Las disposiciones** legales y reglamentarias **que**, de forma generalmente admitida, **tienen un efecto directo** en la determinación de las cantidades e información materiales a revelar **en los estados financieros** (tales como las disposiciones legales y reglamentarias sobre impuestos o pensiones).
>
> 2. **Otras** disposiciones legales y reglamentarias que no tienen un efecto directo en la determinación de las cantidades e información a revelar en los estados financieros, pero **cuyo** cumplimiento puede ser fundamental para los aspectos operativos del negocio, para la capacidad de la entidad de continuar con su negocio, o para evitar sanciones que resulten materiales (por ejemplo, el cumplimiento de los términos de una licencia de explotación, el cumplimiento de requerimientos legales de solvencia, o el cumplimiento de normas medioambientales); el **incumplimiento** de dichas disposiciones **puede**, por lo tanto, **tener un efecto material sobre los estados financieros**.

El mantenimiento de una actitud que implica una mentalidad inquisitiva, una especial atención a las circunstancias que puedan ser indicativas de posibles incorrecciones debidas a errores o fraudes y una valoración crítica de la evidencia de auditoría, es sumamente importante en este contexto, teniendo en cuenta la amplitud de las disposiciones legales y reglamentarias que afec-

tan a la entidad. Una actitud de escepticismo profesional es necesaria en todos los aspectos de la planificación y ejecución de una auditoría.

Dentro de las definiciones que nos incluyen las NIA, en este caso únicamente deberemos tener en cuenta la siguiente:

> «**Incumplimiento**: acciones u omisiones de la entidad, intencionadas o no, que son contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. Comprenden tanto las transacciones realizadas por la entidad, o en su nombre, como las realizadas por cuenta de la entidad, por los responsables de su gobierno, la dirección o los empleados. El incumplimiento no incluye conductas personales inapropiadas (no relacionadas con las actividades empresariales de la entidad) por parte de los responsables del gobierno de la entidad, la dirección o los empleados de la entidad».

Los **objetivos del auditor** en este caso son muy concretos:

1. La **obtención de evidencia** de auditoría **suficiente y adecuada** del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que, de forma generalmente admitida, tienen un efecto directo en la determinación de cantidades e información materiales a revelar en los estados financieros.

   La opinión del auditor sobre los estados financieros se refiere a si estos han sido preparados, en todos los aspectos materiales, de conformidad con el marco de información financiera aplicable, luego todo aquello que afecte de una manera tan directa a los estados financieros requerirá un mayor esfuerzo tanto en lo obtención de la evidencia de una manera cualitativa como cuantitativa. Este objetivo se repetirá a lo largo de las diferentes NIA, la obtención de una evidencia suficiente y adecuada es primordial en el trabajo de auditor siempre que afecte de una manera tan directa a los estados financieros.
2. La **aplicación de procedimientos de auditoría específicos** que ayuden a identificar casos de incumplimiento de otras disposiciones legales y reglamentarias que puedan tener un efecto material sobre los estados financieros.
3. **Responder adecuadamente al incumplimiento o a la existencia de indicios** de un incumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias identificados durante la realización de la auditoría.

   Como en otras áreas de trabajo de auditoría, **estos objetivos serán cubiertos con una buena planificación**, parte fundamental de cualquier auditoría. En dicha planificación los auditores obtendremos un conocimiento general tanto del marco normativo aplicable a la sociedad (y al sector en el que opera) como del modo en que la entidad cumple con dicho marco. Por ejemplo, podremos y deberemos:

   - Utilizar el conocimiento que ya tenga del sector de actividad de la entidad, de los aspectos normativos y de otros factores externos.

- Actualizar su conocimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que determinen directamente las cantidades e información a revelar en los estados financieros.
- Indagar ante la dirección sobre otras disposiciones legales y reglamentarias que pudieran tener un efecto fundamental sobre las actividades de la entidad.
- Indagar ante la dirección sobre las políticas y los procedimientos de la entidad relativos al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias.
- Indagar ante la dirección sobre las políticas o los procedimientos adoptados para identificar, evaluar y contabilizar las reclamaciones en litigio judicial.

Como todo en auditoría estos procedimientos no deben verse desde una perspectiva individualizada, sino como un conjunto de procedimientos, no pudiendo pensar en una auditoría por áreas de una manera independiente y estanca. Los diferentes procedimientos se van acoplando a un proceso dinámico que nos permite ver y analizar las diferentes situaciones desde varias partidas por lo que la planificación que se realice debe ir encaminada a cubrir el mayor número de parcelas posible, de tal manera que si no hubiésemos detectado un incumplimiento (que afecte de manera significativa a los estados financieros) pueda ser detectado en la revisión de otra área o apartado de los mismos.

La lectura de actas o las indagaciones ante la dirección y los asesores jurídicos internos o externos de la entidad sobre litigios, reclamaciones y demandas, junto con la realización de pruebas sustantivas de detalle sobre determinados tipos de transacciones, saldos contables o información a revelar, nos llevará en la mayoría de los casos a detectar los incumplimientos o indicios de los mismos, de las disposiciones legales y reglamentarias.

Es de sobra conocido que en auditoría necesitamos documentar tanto por la parte del auditor como por la parte de la sociedad el 100 % del trabajo realizado y esto conlleva que nos proporcionen por escrito, por parte de los responsables de la entidad, entre otros datos, la manifestación de que se han revelado al auditor todos los casos conocidos de incumplimiento o de la existencia de indicios de un incumplimiento, que puedan tener un efecto material sobre los estados financieros, pero cuidado que dicha carta de manifestaciones no proporciona por sí sola evidencia, con lo cual no evita que tengamos que realizar los procedimientos específicos para la obtención de la evidencia.

Este puede ser un modelo de carta:

> «En relación con el examen que han realizado de las cuentas anuales de esta entidad, correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 20XX, por la presente les manifestamos que, según nuestro leal saber y entender:
>
> 1. Como miembros de la Dirección de la Entidad, somos responsables de la formulación de las cuentas anuales en la forma y los plazos establecidos en la normativa vigente.

2. Las cuentas anuales han sido obtenidas de los registros de contabilidad de la entidad, las cuales reflejan la totalidad de sus transacciones y de sus activos y pasivos, mostrando la imagen fiel de su situación financiero-patrimonial al xx de xx de xx, así como el resultado de sus operaciones y los cambios habidos en su situación financiera durante el ejercicio finalizado el xx de xx de xx, de conformidad con principios y normas contables generalmente aceptados, aplicados uniformemente.
3. No se ha limitado al auditor el acceso a todos los registros contables, contratos, acuerdos y documentación complementaria e información que nos ha sido solicitada.
4. No tenemos conocimiento de la existencia de errores o irregularidades significativas que afecten a las cuentas anuales, así como de la existencia de ninguna irregularidad que haya afectado al control interno, ni de situaciones de este tipo que hubiera estado implicada la dirección de la entidad.
5. **No tenemos conocimiento de incumplimientos o posibles incumplimientos de la normativa legal de aplicación a la sociedad, cuyos efectos deban ser considerados en las cuentas anuales o puedan servir de base para contabilizar pérdidas o estimar contingencias**».

Como vemos nuevamente, esta NIA 250 tampoco nos incluye novedades importantes que no tuviésemos ya en nuestra normativa.

Siguiendo con la estructura de la NIA, nos queda por revisar qué procedimientos debe seguir el auditor en caso de identificar o existir indicios de un posible incumplimiento, partiendo de que no es posible enumerar o realizar un cuestionario completo por la diversidad de tipos de sociedades, tipos de regulación, normativa, etc. Sí nos indica una serie de puntos que pueden servir en la realización de la misma, estos son:

- Investigaciones por parte de organismos reguladores o por departamentos de la Administración, o pago de multas o sanciones.
- Pagos por servicios no especificados o préstamos concedidos a consultores, partes vinculadas, empleados o funcionarios públicos.
- Comisiones por ventas u honorarios de agencia que parecen excesivos en relación con los habitualmente pagados por la entidad o en su sector de actividad o con los servicios realmente recibidos.
- Realización de compras a precios significativamente superiores o inferiores a los de mercado.
- Pagos inusuales en efectivo, pago de compras con cheques bancarios al portador o transferencias a cuentas bancarias cifradas.

- Transacciones inusuales con empresas domiciliadas en paraísos fiscales.
- Pagos por bienes o servicios realizados a países distintos de los de procedencia de los bienes o servicios.
- Pagos sin la adecuada documentación sobre control de cambios.
- Existencia de un sistema de información que, voluntaria o accidentalmente, no proporciona una adecuada pista de auditoría o evidencia suficiente.
- Transacciones no autorizadas o registradas inadecuadamente. Comentarios desfavorables en los medios de comunicación.

En estos casos el auditor discutirá la cuestión con la Dirección y si esta no proporciona información suficiente que nos confirme plenamente, que la sociedad cumple las disposiciones legales, y el efecto del posible incumplimiento pudiera ser material, deberemos (tal y como indica la NIA) obtener asesoramiento jurídico.

Y en las conclusiones finales de la auditoría el auditor evaluará las implicaciones del incumplimiento en relación con otros aspectos de la auditoría (valoración del riesgo, fiabilidad de las manifestaciones) y adoptará las medidas adecuadas, en este punto nos remite a la NIA 705, pues nos da una serie de opciones del tipo de informe a emitir:

a) Incumplimientos detectados con un efecto material sobre los estados financieros, y que no ha sido adecuadamente reflejado en ellos. Opinión con salvedades o una opinión desfavorable sobre los estados financieros.

b) Impedimento por parte de la dirección (o los responsables del gobierno de la entidad) al auditor para obtener evidencia de auditoría suficiente y adecuada para evaluar si se ha producido un incumplimiento que pueda ser material. Se expresará una opinión con salvedades o denegará la opinión sobre los estados financieros por limitación al alcance de la auditoría.

c) Si, debido a limitaciones impuestas por las circunstancias y no por la dirección o por los responsables del gobierno de la entidad, el auditor no puede determinar si se ha producido un incumplimiento, el auditor evaluará el efecto sobre su opinión, de conformidad con la NIA 705.

Por último, el deber profesional del auditor de mantener la confidencialidad de la información del cliente puede impedirle informar a una parte ajena a la entidad sobre incumplimientos de las disposiciones legales y reglamentarias identificados o la existencia de indicios de incumplimiento. Sin embargo, las responsabilidades legales del auditor varían en función de la jurisdicción y, en ciertas circunstancias, el deber de confidencialidad puede ser invalidado por la ley o por los tribunales de justicia.

CONTABILIDAD

SUBVENCIONES DE CAPITAL: DIFERENTES CRITERIOS EN LA NIC 20 Y PGC 07

Juan del Busto Méndez
Profesor del CEF

Extracto

En el presente artículo se comentan las diferencias entre la Normativa Internacional de Contabilidad (NIC) y el Plan General de Contabilidad del 2007 (PGC 07) en cuanto al tratamiento de las subvenciones de capital.

Palabras claves: subvenciones, patrimonio neto, ingreso diferido y deducción del importe en libros.

CAPITAL GRANTS: DIFFERENT CRITERIA IN IAS 20 AND PGC 07

Abstract

In this paper the differences between the International Accounting Standards (IAS) and the General Accounting Plan 2007 (PGC 07) in the treatment of capital grants are discussed.

Keywords: grants, equity, deferred income and deduction of the carrying amount.

RCyT. CEF, núms. 377-378 (agosto-septiembre 2014)

Sumario

1. Tratamiento de las subvenciones en el PGC: ingreso imputado al patrimonio neto
2. Tratamiento bajo NIC: ingreso diferido o ajuste al valor de los activos

1. TRATAMIENTO DE LAS SUBVENCIONES EN EL PGC: INGRESO IMPUTADO AL PATRIMONIO NETO

El criterio que recoge el PGC para el tratamiento contable de las subvenciones oficiales de capital es reconocer las mismas, por el importe concedido o el valor razonable del bien recibido de forma directa en el patrimonio neto de la entidad, mediante una cuenta de ingreso imputado al patrimonio neto (grupo 9). Dicho criterio se recoge en la norma de registro y valoración 18.ª del PGC:

PGC 2007:

> «18.ª Subvenciones, donaciones y legados recibidos
>
> 1. Subvenciones, donaciones y legados otorgados por terceros distintos a los socios o propietarios
>
> 1.1. Reconocimiento
>
> Las **subvenciones**, donaciones y legados **no reintegrables se contabilizarán** inicialmente, con carácter general, como **ingresos directamente imputados al patrimonio neto y se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias como ingresos sobre una base sistemática y racional** de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, donación o legado, de acuerdo con los criterios que se detallan en el apartado 1.3 de esta norma».

En los ejercicios posteriores al reconocimiento de la subvención, se debe transferir ese importe que se reconoció inicialmente como un ingreso imputado en el patrimonio neto al resultado del ejercicio, a medida que se entienda que se cumplan los criterios reconocidos en el PGC para imputar la subvención al resultado del ejercicio (en función de la finalidad de la subvención se recogen diferentes criterios de imputación). Sobre esos movimientos del patrimonio neto, tanto por los ingresos reconocidos por la recepción de subvenciones, como por las transferencias de subvenciones reconocidas previamente en el patrimonio neto, se recoge información en el estado de ingresos y gastos reconocidos.

Concepto	Transferencia	Recepción
A) RESULTADO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	#	–
INGRESOS Y GASTOS IMPUTADOS DIRECTAMENTE AL PATRIMONIO NETO		

.../...

Concepto	Transferencia	Recepción
.../...		
III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos		#
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto	–	#
TRANSFERENCIAS A LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS		
X. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	(#)	
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias	(#)	–
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	(#)	#

EJEMPLO 1. Subvenciones de capital bajo NIC

Se recibe al cierre del ejercicio X1, como una subvención de la Administración Pública, una maquinaria especializada a la que se le estima un valor razonable de 12.000, una vida útil de 3 años y un valor residual nulo. No se consideran en el ejemplo los efectos fiscales de esa subvención.

Solución

Según establece la norma 18.ª del PGC, se debe reconocer la subvención recibida por el valor razonable del bien recibido, como un ingreso imputado de forma directa en el patrimonio neto. El asiento por la recepción de la subvención será el siguiente.

Código	Cuentas	Debe	Haber
–	Maquinaria	12.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		12.000

El criterio que establece el PGC para imputar esa subvención como un resultado del ejercicio atiende al impacto del bien recibido en la subvención en la cuenta de pérdidas y ganancias. A medida que se van reconociendo gastos por el bien recibido en la subvención (a través de la amortización del bien o el reconocimiento de deterioro) se debe reconocer un ingreso por la imputación de la subvención. En nuestro ejemplo la maquinaria se ha recibido al cierre del ejercicio, por lo que en este año no se habrá reconocido ningún importe como amortización.

.../...

.../...

Se debe regularizar al cierre del ejercicio esa cuenta de ingreso imputado al patrimonio neto por la subvención recibida, contra la cuenta de patrimonio neto por subvenciones recibidas:

Código	Cuentas	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	12.000	
130	Subvenciones oficiales de capital		12.000

El impacto de esa operación en el estado de ingresos y gastos reconocidos sería un ingreso imputado a patrimonio neto, por importe de 12.000, que supondrá un incremento del total de ingresos y gastos reconocidos en este ejercicio:

Concepto	X1
A) RESULTADO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	0
B) INGRESOS Y GASTOS IMPUTADOS DIRECTAMENTE AL PATRIMONIO NETO	
III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	12.000
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto	12.000
C) TRANSFERENCIAS A LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	
(…)	
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + VIII + IX)	
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	12.000

En el balance de la entidad figurará la subvención recibida como una cuenta de patrimonio neto, por el valor razonable del importe recibido.

Ejercicio	X1
A) PATRIMONIO NETO	12.000
A-1) Fondos propios	
III. Reservas	
	.../...

.../...

.../...

Ejercicio	X1
.../...	
VII. Resultado del ejercicio	
(...)	
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos	12.000

Al cierre del ejercicio X2 se debe proceder a reconocer el gasto por amortización de la maquinaria. Al ser la base amortizable de 12.000 (ya que se le asignó un valor razonable a la misma de 12.000 y un valor residual nulo) y la vida útil de 3 años, la cuota de amortización a reconocer en este ejercicio es de 4.000. El asiento para reconocer la amortización será el siguiente:

Código	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	4.000	
281	Amortización acumulada de la maquinaria		4.000

Como habíamos visto antes, el criterio que recoge la norma para imputar las subvenciones al resultado del ejercicio es en función de la amortización y deterioro reconocido por los bienes recibidos a través de la subvención. En nuestro ejemplo se ha reconocido una amortización de 4.000, por lo que se debe imputar el mismo importe al resultado del ejercicio. Para transferir ese importe al resultado del ejercicio se debe reconocer una cuenta de ingreso, por subvenciones transferidas al resultado del ejercicio, y una cuenta de transferencia de beneficios imputados previamente al patrimonio neto (una cuenta del grupo 8).

Código	Cuentas	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	4.000	
746	Subvenciones de capital transferidos al resultado del ejercicio		4.000

Al cierre del ejercicio se deben regularizar las cuentas de los grupos 8 y 9. En nuestro ejemplo, la cuenta de transferencia de beneficios imputados previamente al patrimonio neto, por importe de 4.000, se debe regularizar, dando de baja la cuenta de subvenciones recibidas por el mismo importe.

.../...

.../...

Código	Cuentas	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	4.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		4.000

El estado de ingresos y gastos imputados al patrimonio neto de este ejercicio, y de forma comparada el reconocido en el ejercicio anterior, sería el siguiente:

Concepto	X2	X1
A) RESULTADO DE LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS ..	0	0
B) INGRESOS Y GASTOS IMPUTADOS DIRECTAMENTE AL PATRIMONIO NETO		
III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	0	12.000
(...)		
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto	0	12.000
C) TRANSFERENCIAS A LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS	(4.000)	
(…)		
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI + VII + + VIII + IX)	(4.000)	
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A + B + C)	(4.000)	12.000

En el balance de la entidad aparecerá la subvención por el importe reconocido inicialmente (un valor de 12.000) menos los importes que ya se hayan transferido al resultado del ejercicio (4.000 en nuestro ejemplo).

Ejercicio	X2	X1
A) PATRIMONIO NETO	8.000	12.000
A-1) Fondos propios		
III. Reservas		

.../...

.../...

.../...

Ejercicio	X2	X1
.../...		
VII. Resultado del ejercicio		
(…)		
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos	8.000	12.000

2. TRATAMIENTO BAJO NIC: INGRESO DIFERIDO O AJUSTE AL VALOR DE LOS ACTIVOS

En el marco NIC las subvenciones oficiales de capital no deben reconocerse como un ingreso imputado al patrimonio. Se recogen dos alternativas entre las que debe optar la entidad:

a) Reconocer la subvención recibida, por el importe concedido o el valor razonable del bien recibido, como un ingreso diferido. Al tratarse de un ingreso diferido, la subvención no formaría parte del patrimonio neto de la entidad, sino que se debe reconocer como un pasivo. Con posterioridad al reconocimiento inicial, la subvención se irá reconociendo en la cuenta de pérdidas y ganancias de los ejercicios siguientes como un ingreso, a medida que se cumplan los criterios reconocidos en la norma para entender que se debe imputar la subvención.

b) Reconocer la subvención recibida como una deducción del importe en libros de los activos con los que se relaciona.

La norma internacional que aborda las subvenciones es la NIC 20, de la que se reproducen a continuación las referencias relevantes para el reconocimiento contable de las subvenciones oficiales y subvenciones de capital.

NIC 20

Subvenciones oficiales

«12. Las subvenciones oficiales **se reconocerán en resultados sobre una base sistemática a lo largo de los ejercicios en los que la entidad reconozca como gasto los costes relacionados que la subvención pretende compensar**.

Tratamiento de las **subvenciones relacionadas con activos (o de capital)**.

24. Las **subvenciones oficiales relacionadas con activos (o de capital)**, incluyendo las de carácter no monetario valoradas según su valor razonable, **deben presentarse en el balance, bien reconociéndolas como partidas de ingresos diferidos**, **bien como deducciones del importe en libros de los activos con los que se relacionan**».

EJEMPLO 2. Subvenciones de capital bajo NIC

Se recibe al cierre del ejercicio X1, como una subvención de la Administración Pública, una maquinaria especializada a la que se le estima un valor razonable de 12.000, una vida útil de 3 años y un valor residual nulo.

Solución

Como se ha comentado previamente, bajo la NIC 20 se permiten dos alternativas para reflejar la subvención recibida:

- Reconocer la subvención recibida como un ingreso diferido.
- Reconocer la subvención recibida como una deducción del importe en libros del bien recibido.

Subvención como ingreso diferido

A la recepción de la subvención se debe reconocer un ingreso anticipado por el valor razonable del bien recibido como subvención, y de forma correlativa el bien recibido en el activo de la entidad. En nuestro ejemplo, el valor razonable estimado de la maquinaria era de 12.000, luego por ese importe se debe reconocer tanto la maquinaria en el activo de la entidad, como la subvención recibida como un ingreso diferido en el pasivo de la entidad.

Cuentas	Debe	Haber
Maquinaria	12.000	
Ingresos diferidos (subvenciones)		12.000

Al contrario que en el PGC, esa operación no afectará al patrimonio neto de la entidad.

Al cierre del ejercicio X2 se reconocerá una amortización de 4.000. El asiento para reconocer ese gasto de amortización será el siguiente:

.../...

.../...

Código	Cuentas	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	4.000	
281	Amortización acumulada de la maquinaria		4.000

Se debe imputar en ese momento ese mismo importe al resultado del ejercicio, reconociendo una cuenta de ingreso y dando de baja por el mismo importe del pasivo que habíamos reconocido previamente como ingreso diferido por la subvención recibida.

Cuentas	Debe	Haber
Ingresos diferidos (subvenciones)	4.000	
Subvenciones transferidas al resultado del ejercicio		4.000

Subvención como deducción del importe

La otra alternativa que permite la norma es reconocer la subvención recibida como una deducción del valor del bien recibido, e imputar la subvención en los siguientes ejercicios como menor gasto de amortización del bien recibido.

En nuestro ejemplo, aplicar esa alternativa supondrá que no se reconozca en el balance el bien recibido, ya que al encontrarse íntegramente subvencionado el valor por el que figuraría es nulo[1]. A efectos internos sí que se puede llevar un registro de los mismos, reconociendo una cuenta de activo por el valor razonable del bien recibido, y una cuenta correctora de activo por el mismo importe (por lo que al informar en balance por el saldo neto de las dos, el valor del bien en balance de la entidad sería de 0).

Cuentas	Debe	Haber
Maquinaria (bien recibido)	12.000	
Maquinaria (subvención recibida)		12.000

En los siguientes ejercicios la imputación de la subvención se debe realizar minorando el gasto de amortización, por lo que en nuestro ejemplo tampoco se reconocerán gastos por amortización ni transferencia de subvenciones en los ejercicios siguientes.

[1] Una alternativa que permite la norma, para reconocer esos bienes, es reconocer los mismos por un valor simbólico.

EJEMPLO 3. Caso real: La seda de Barcelona

La entidad La seda de Barcelona, al formar un grupo de sociedades con valores admitidos a cotización, debe aplicar tanto las NIC (en las cuentas consolidadas del grupo) como el PGC 07 (en las cuentas individuales de la sociedad).

Analizando las cuentas anuales, individuales y consolidadas de dicha entidad, podemos ver como la diferencia de criterio entre los dos modelos queda patente en las cuentas anuales de la entidad.

En las cuentas individuales de la entidad, al aplicarse el PGC, las subvenciones en capital recibidas deben reconocerse como un componente de patrimonio, por lo que figurarán en el balance de la entidad, como un componente de patrimonio neto.

LSB

LA SEDA DE BARCELONA, S.A.

Balance de situación al 31 de diciembre de 2012 y 2011
(Expresado en miles de euros)

	Notas de la memoria	31-12-2012	31-12-2011
A) Patrimonio neto			
A-1) Fondos propios			
I. Capital			
1. Capital escriturado	17	36.269	362.687
		36.269	362.687
III. Reservas	17		
1. Legal y estatutarias		3.627	6.269
2. Otras reservas		229.375	88.310
		233.002	94.579
V. Resultados de ejercicios anteriores	17		
2. (Resultados negativos de ejercicios anteriores)		-	(114.618)
		-	(114.618)
VII. Resultado del ejercicio	3	(237.901)	(72.552)
A-2) Ajustes por cambio de valor			
II. Operaciones de cobertura	13	(11.393)	(9.236)
		(11.393)	(9.236)
A-3) Subvenciones, donaciones y legados recibidos	18	-	221
		19.977	**261.081**

Tal y como hemos visto, el reconocimiento de la subvención se realiza mediante el reconocimiento de un ingreso imputado al patrimonio, que se regularizará al cierre del ejercicio contra la cuenta de patrimonio neto de subvenciones recibidas. Las subvenciones recibidas figurarán en el patrimonio neto de forma transitoria, hasta que cumplan los criterios

.../...

.../...

establecidos en la norma para entender que se deben imputar las mismas al resultado del ejercicio. La imputación de las subvenciones al resultado del ejercicio supondrá reconocer, además de una cuenta de ingreso, una cuenta de transferencias de beneficios reconocidos previamente en el patrimonio neto.

Esos movimientos de las subvenciones, reconocidos como ingresos y transferencias de ingresos, imputados directamente en el patrimonio neto, se informarán en el estado de ingresos y gastos reconocidos. En nuestro caso, se puede ver el movimiento de las subvenciones reconocido por la entidad en dicho estado:

A) ESTADO DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (Expresado en miles de euros)

	Notas de la memoria	2012	2011
A) Resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias	3	**(237.901)**	**(72.552)**
Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto			
I. Por valoración instrumentos financieros		-	-
II. Por coberturas de flujos de efectivo	13	(3.478)	(5.689)
III. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	6	472	1.044
IV. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes		-	-
V. Efecto impositivo		(2.516)	1.394
B) Total ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto (I+II+III+IV+V)		**(5.522)**	**(3.251)**
Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias			
VI. Por valoración instrumentos financieros		-	-
VII. Por coberturas de flujos de efectivo	13	5.280	5.609
VIII. Subvenciones, donaciones y legados recibidos	6	(262)	(1.044)
IX. Efecto impositivo		(1.506)	(1.370)
C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (VI+VII+VIII+IX)		**3.512**	**3.195**
TOTAL DE INGRESOS Y GASTOS RECONOCIDOS (A+B+C)		**(239.911)**	**(72.608)**

Sin embargo, ese tratamiento que se ha dado en las cuentas individuales a las subvenciones recibidas no cumple lo dispuesto en la NIC 20, ya que bajo esa norma las subvenciones recibidas no se reconocen como un ingreso imputado de forma directa en el patrimonio neto, sino como un ingreso diferido (en el pasivo de la entidad).

En nuestro caso, vemos como La seda de Barcelona en las cuentas consolidadas, al aplicarse la NIC 20, ha informado de subvenciones recibidas, no como un componente de patrimonio neto, sino como un pasivo no corriente de la entidad.

.../...

.../...

PASIVO Y PATRIMONIO NETO		31.12.2012	31.12.2011
Patrimonio neto			
Fondos Propios			
Capital	(Nota 17.1)	36.269	362.687
Prima de emisión		-	-
Reservas	(Nota 17.4)	421.727	95.309
Menos: Acciones y participaciones propias en patrimonio	(Nota 17.2)	-	-
Resultados de ejercicios anteriores	(Nota 17.4)	(205.822)	(157.961)
Resultados del ejercicio atribuido a la Sociedad Dominante		(199.433)	(49.557)
Menos: dividendos a cuenta		-	-
		52.741	**250.478**
Ajustes por cambio de valor			
Operaciones de cobertura	(Nota 18)	(11.428)	(9.819)
Diferencias de conversión	(Nota 17.3)	(45.112)	(49.696)
		(56.540)	**(59.515)**
Participaciones no dominantes	(Nota 17.5)	**1.751**	**2.256**
		(2.048)	**193.219**
Pasivo no corriente			
Subvenciones	(Nota 19)	1.457	9.226
Provisiones no corrientes	(Nota 20)	40.525	23.790
Pasivos financieros no corrientes	(Nota 21)	*527.161*	*582.379*
a) Deudas con entidades de crédito y valores negociables		496.249	530.028
b) Otros pasivos financieros		30.912	52.351
Pasivos por impuesto diferido	(Nota 24.4.1)	35.873	42.366
Otros pasivos no corrientes		1.015	1.227
		606.031	**658.988**

En el estado de ingresos y gastos reconocidos que se recoge en las cuentas consolidadas de la entidad, no se informa de ningún movimiento de patrimonio neto debido a las subvenciones, ya que las mismas se han considerado, tal y como establece la NIC 20, como un pasivo de la entidad.

.../...

.../...

ESTADO DEL RESULTADO GLOBAL CONSOLIDADO (Miles de euros)	31.12.2012	31.12.2011
A) Resultado consolidado del ejercicio (de la cuenta de pérdidas y ganancias)	**(202.242)**	**(52.571)**
B) Ingresos y gastos imputados directamente en el patrimonio neto	**(2.338)**	**(18.842)**
1. Por revalorización / (reversión de la revalorización) del inmovilizado material y de activos intangibles	-	-
2. Por valoración de instrumentos financieros	-	-
a) Activos financieros disponibles para la venta	-	-
b) Otros ingresos / (gastos)	-	-
3. Por coberturas de flujos de efectivo	(3.521)	(6.272)
4. Diferencias de cambio	4.584	(12.206)
5. Por ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes	(1.049)	(3.155)
6. Entidades valoradas por el método de la participación	-	-
7. Resto de ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto	(111)	270
8. Efecto impositivo	(2.241)	2.521
C) Transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias	**4.287**	**4.421**
1. Por valoración de instrumentos financieros	-	-
a) Activos financieros disponibles para la venta	-	-
b) Otros ingresos / (gastos)	-	-
2. Por coberturas de flujos de efectivo	5.871	5.609
3. Diferencias de cambio	-	495
4. Entidades valoradas por el método de la participación	-	-
5. Resto de ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto	-	-
6. Efecto impositivo	(1.584)	(1.683)
Resultado global del ejercicio (A+B+C)	**(200.293)**	**(66.992)**
a) Atribuidos a la Sociedad Dominante	(197.526)	(63.971)
b) Atribuidos a participaciones no dominantes	(2.767)	(3.021)