

- Las operaciones de reducción de capital en el régimen de consolidación fiscal. *Estefanía López Llopis*
- Procedimiento inspector y proceso penal. *José Ramón Ruiz García*
- El IS en 2012 (III). Compensación de pérdidas. SOCIMI. Limitación de gastos financieros. *Eduardo Sanz Gadea*
- La obligación de facturación en las operaciones internacionales. *Francisco Javier Sánchez Gallardo*
- IRPF: cambios en la tributación de la vivienda habitual. *Miguel Alejandro Sánchez Ferrándiz*
- Empresas políticamente conectadas y credibilidad de la información contable. *Carolina Bona, Jerónimo Pérez y Domingo Javier Santana*
- Resolución del inmovilizado material (ICAC) (II). *Anna Ayats y Pilar García*
- Consultas planteadas al ICAC. *Juan del Busto Méndez*
- Caso práctico de contabilidad. *Fernando Vallejo Torrecilla*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Agosto-Septiembre 2013 – Números 365-366

DIRECTOR

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

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*)

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

Carlos Barroso Rodríguez (*Director Departamento de Auditoría KPMG*)

Alejandro Blázquez Lidoy (*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*)

José Manuel Calderón Carrero (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*)

Inocencio Carazo González (*Socio Director de INSESA & Abogados*)

Juan Corberá Martínez (*Socio en Deloitte, SL*)

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

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

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

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

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

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

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

Miguel Ángel Martínez Lago (*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*)

Ana María Martínez Pina (*Presidenta del ICAC*)

Juan Mestre Chesa (*Socio-Director de PwC*)

María Amparo Ruiz Genovés (*Socia en Ernst & Young Auditoría*)

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

Javier Sancho Sebastián (*Socio de Garrigues*)

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

Correo electrónico: revistacef@cef.es **Edición electrónica:** www.ceflegal.com



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

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID

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

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-1947-1981

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLÚMENES (2013) ... 142,31 € (IVA no incluido)
 - 1.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e internet)
 - 2.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel e internet)
 - (No incluye tomos anuales de recopilación de Legislación y Jurisprudencia)
- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLÚMENES (2013) +
+ Recopilación en tomos separados Legislación publicada en 2013
y Jurisprudencia publicada en la Revista en 2013 221,16 € (IVA no incluido)
- SUSCRIPCIÓN ANUAL A UN SOLO VOLUMEN (2013) .. 80,77 € (IVA no incluido)
(Se puede elegir suscribirse al volumen de Comentarios o al de Legislación)
- SUSCRIPCIÓN ANUAL A LOS DOS VOLÚMENES SOLO
A TRAVÉS DE INTERNET (2013) 48,08 € (IVA no incluido)
(No hay envío en papel)
- SOLICITUD DE NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):
 - Suscriptores 10,58 € (IVA no incluido)
 - No suscriptores 16,35 € (IVA no incluido)

En la página www.ceflegal.com 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 %.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

54/2013	Las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones. Especial referencia al régimen de consolidación fiscal del Impuesto sobre Sociedades	5
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013		
<i>(Estefanía López Llopis)</i>		
55/2013	Hacia un nuevo marco para las relaciones entre el procedimiento de inspección tributaria y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública	57
<i>(José Ramón Ruiz García)</i>		
56/2013	El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (III). La compensación de pérdidas. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. La limitación de gastos financieros intragrupo	83
<i>(Eduardo Sanz Gadea)</i>		
57/2013	La obligación de facturación en las operaciones internacionales	141
<i>(Francisco Javier Sánchez Gallardo)</i>		
58/2013	IRPF: cambios en la tributación de la vivienda habitual	177
<i>(Miguel Alejandro Sánchez Ferrándiz)</i>		

CONTABILIDAD

59/2013	Empresas políticamente conectadas y credibilidad de la información contable	181
1.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013		
<i>(Carolina Bona Sánchez, Jerónimo Pérez Alemán y Domingo Javier Santana Martín)</i>		
60/2013	Normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias. Resolución del ICAC de 1 de marzo de 2013 (II)	215
<i>(Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez)</i>		
61/2013	Consultas planteadas al ICAC	263
<i>(Juan del Busto Méndez)</i>		
62/2013	Supuesto propuesto en la oposición para el Cuerpo de Diplomados en Ciencias Empresariales al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra	267
<i>(Fernando Vallejo Torrecilla)</i>		

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	275
---	-----

 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.

SUMMARY

	<u>Page</u>
TAXATION	
54/2013 The capital reduction operations with return of contributions. Special reference to the tax consolidation regime of Corporate Tax 1.ST PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (<i>Estefanía López Llopis</i>)	5
55/2013 Towards a new framework for the relationship between the tax inspection proceeding and the criminal proceeding for tax crimes (<i>José Ramón Ruiz García</i>)	57
56/2013 Corporate Income Tax as of 2012 (III). Net operating losses carry forward. Real Estate Investment Trust (REIT) tax regime. Limitation of intercompany financial expense tax deductibility (<i>Eduardo Sanz Gadea</i>)	83
57/2013 Invoicing and international transactions (<i>Francisco Javier Sánchez Gallardo</i>)	141
58/2013 PIT: changes in the taxation of the habitual domicile (<i>Miguel Alejandro Sánchez Ferrándiz</i>)	177
ACCOUNTING	
59/2013 Politically connected firms and earnings informativeness 1.ST PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (<i>Carolina Bona Sánchez, Jerónimo Pérez Alemán y Domingo Javier Santana Martín</i>)	181
60/2013 Accounting and valuation of fixed assets and investments property. Order of the ICAC of March 1, 2013 (II) (<i>Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez</i>)	215
61/2013 Questions formulated to ICAC (<i>Juan del Busto Méndez</i>)	263
62/2013 Exercise proposed in the competitive examination to the Body of Graduates in Business Studies at the service of the Administration of the Autonomous Region of Navarra (<i>Fernando Vallejo Torrecilla</i>)	267
BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	275

Available only in digital

LAS OPERACIONES DE REDUCCIÓN DE CAPITAL CON DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE CONSOLIDACIÓN FISCAL DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Estefanía López Llopis

*Ayudante (LOU).
Universidad de Alicante*



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2013** en la modalidad de **Tributación**.

El Jurado ha estado compuesto por: don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, don Francisco MAGRANER MORENO, don Juan MESTRE CHESA y don Javier SANCHO SEBASTIÁN.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

EXTRACTO

La reducción de capital con devolución de aportaciones es una operación compleja que despliega efectos en tres planos distintos: el mercantil, el contable y el fiscal. Partiendo de esta premisa, el objetivo del presente trabajo consiste en realizar un análisis de su régimen tributario, haciendo especial referencia a las particularidades planteadas por dicha operación en el ámbito de los grupos de sociedades que tributan de forma consolidada.

Desde una perspectiva fiscal, la voluntad de dar a este estudio un enfoque integrado y transversal determina la exigencia de considerar simultáneamente, además de las disposiciones propias de la LIS, las normativas contable y mercantil. Al mismo tiempo, la pretensión de identificar las consecuencias derivadas de la pertenencia a un grupo de sociedades nos obligará a examinar con detalle el articulado del régimen especial de consolidación fiscal.

La evidente falta de coherencia entre la LIS y la normativa contable, así como, en determinados casos, la imprecisión de los preceptos tributarios aplicables, son factores que marcarán en todo momento el desarrollo del presente estudio, evidenciando la necesidad de emprender reformas normativas que contribuyan a la construcción de un régimen jurídico ordenado para las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, reducción de capital, devolución de aportaciones, consolidación fiscal y grupos de sociedades.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

THE CAPITAL REDUCTION OPERATIONS WITH RETURN OF CONTRIBUTIONS. SPECIAL REFERENCE TO THE TAX CONSOLIDATION REGIME OF CORPORATE TAX

Estefanía López Llopis

ABSTRACT

The capital reduction with return of contributions is a complex operation that generates effects in three different fields: mercantile, accounting, and tax area. Under this premise, the objective of our study consists in realizing an analysis of its tax regime, with special reference to the distinctive features posed by that operation in the field of the corporate groups which have chosen for consolidated taxation.

From a tax perspective, the aim of giving to this study an integrated and transversal approach explains the requirement of examine simultaneously, besides own rules of Corporation Tax, the accounting and commercial regulations. At the same time, the intend to identify the consequences derived of the belonging to a corporate group, forces us to examine with detail the articles of the special regime of tax consolidation.

The obvious lack of coherence between the Corporate Tax law and accounting regulation, just like, in some cases, the vagueness of the applicable tax precepts, are factors that will mark at all times the progress of this analysis, demonstrating the necessity of taking normative reforms which contribute to the construction of an ordered legal regime for the capital reductions with return of contributions.

Keywords: Corporate Tax, capital reduction, return of contributions, tax consolidation and corporate groups.

Sumario

1. Introducción
2. Ámbito de aplicación del artículo 72.3 de la LIS
3. Análisis de los efectos contables y fiscales de la reducción de capital con devolución de aportaciones. Especial referencia al régimen especial de consolidación fiscal
 - 3.1. Reducción de capital materializada mediante entrega dineraria
 - 3.2. Reducción de capital materializada mediante entrega de bienes
4. Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 15 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS) contiene el régimen tributario de la reducción de capital con devolución de aportaciones, que se completa con la previsión del artículo 30 de la misma norma referida a dicha operación. Aunque a partir de la lectura de los preceptos reseñados pudiera parecer que la identificación de los efectos fiscales asociados a este tipo de operaciones es una tarea sencilla, lo cierto es que la reducción de capital con devolución de aportaciones despliega efectos en tres planos distintos: tributario, mercantil y contable, algo que, sin duda, introduce cierta dosis de dificultad en su estudio. En la práctica, sin embargo, aunque no han sido pocos los autores que se han aventurado a abordar esta cuestión, la tendencia seguida ha sido la de centrar el análisis en una de las perspectivas aludidas, obviando las referencias a otros planos, las interrelaciones existentes entre las normativas propias de cada uno de ellos, y, en definitiva, los aspectos más complejos de la misma, lo que ha desembocado en la defensa de interpretaciones diversas y, en ocasiones, un tanto confusas.

El objetivo del presente trabajo consiste, precisamente, en realizar un examen integrado del régimen tributario de la reducción de capital para la devolución de aportaciones, con especial referencia a las implicaciones derivadas de dicha operación en el seno de los grupos de sociedades que han optado por tributar de forma consolidada. A tenor de lo dispuesto en el párrafo precedente, no cabe duda de que la consecución del objetivo propuesto se encuentra condicionada por la necesidad de tomar en consideración, de forma simultánea, la normativa tributaria, contable y mercantil. Al mismo tiempo, la pretensión de enmarcar el estudio en el ámbito de los grupos de sociedades nos obligará a analizar de forma exhaustiva el articulado del régimen especial de consolidación fiscal regulado en el Capítulo VII del Título VII de la LIS. Ambos hechos justificarán, a lo largo del presente trabajo, el continuo recurso al ejemplo como herramienta para facilitar la comprensión de la temática planteada.

Delimitado el objeto de estudio, una primera aproximación a la normativa fiscal en materia de reducciones de capital exige hacer referencia a la regulación básica de esta operación societaria en el ámbito mercantil. Desde esta perspectiva, el artículo 317 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), se ocupa de identificar, de un lado, las finalidades a las que puede obedecer una operación de esta naturaleza, y, de otro, la forma que la misma puede adoptar. En lo concerniente a la finalidad perseguida, el apartado 1 del referido precepto identifica hasta cuatro posibles intenciones: 1. Restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido como consecuencia de las pérdidas; 2. Constitución o incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias; 3. Devolución de aportaciones; y 4. Condonación de dividendos pasivos. Dependiendo de cuál sea el objetivo pretendido con la reducción de capital,

señalan CASTELLANOS RUFO, E. *et alter*, que esta puede corresponderse «con una merma efectiva del patrimonio» (tal sería el caso de la devolución de aportaciones o condonación de desembolsos pendientes), o bien consistir en «una simple anotación contable que refleja una merma cualitativa pero no cuantitativa del patrimonio social» (como ocurre en el caso de la reducción de capital para la eliminación de pérdidas o para la constitución o incremento de reservas¹). Por lo que respecta a la forma en virtud de la cual puede canalizarse la reducción, el apartado 2 del artículo 317 admite tres procedimientos alternativos: por disminución del valor nominal de las acciones; mediante amortización o anulación de un número determinado de acciones; o a través de la agrupación de acciones para canjearlas. Cada una de las posibilidades mencionadas, tanto en lo relativo a la finalidad perseguida como en lo referente a la forma adoptada por la operación, es objeto de regulación pormenorizada en los artículos 318 y siguientes de la LSC.

Desde el punto de vista fiscal, la LIS únicamente introduce matices en relación con las operaciones de reducción de capital en los artículos 15 y 30. En primer lugar, el artículo 15 prevé un efecto u otro en función de cuál sea la finalidad pretendida con la reducción, de tal forma que las consecuencias que la misma ha de desplegar en este ámbito dependerán, exclusivamente, de que el objetivo perseguido sea la devolución de aportaciones o cualquiera de los otros previstos en el artículo 317.1 de la LSC. Sucede, en este sentido, que, mientras que los apartados 3 y 4 del artículo 15 anuncian la posibilidad de que la reducción de capital con devolución de aportaciones genere renta en la entidad que reduce capital (art. 15.3) y en el socio que recupera parte de la inversión inicial (art. 15.4), el apartado 8 de dicho precepto sentencia que «La reducción de capital cuya finalidad sea diferente a la devolución de aportaciones no determinará para los socios rentas, positivas o negativas, integrables en la base imponible²».

La segunda previsión a tener en cuenta en el desarrollo del análisis propuesto se encuentra recogida en el artículo 30 de la LIS y está relacionada con la deducción por doble imposición interna. Concretamente, el apartado 4 de dicho precepto, que se ocupa de enumerar una serie de rentas respecto de las que se prohíbe el recurso a dicho beneficio fiscal, prevé, entre ellas, las «derivadas de la reducción de capital o de la distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones»

¹ CASTELLANOS RUFO, E. *et alter*. *Memento práctico. Contable*. 2013, Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pág. 1.350.

² Como vemos, la norma fiscal prevé inicialmente la posibilidad de que la reducción de capital con devolución de aportaciones genere renta tanto para la sociedad participada (art. 15.3) como para el socio (art. 15.4), si bien en una segunda instancia se limita a señalar que las operaciones que persigan una finalidad distinta a esta no supondrán para el inversor renta alguna a integrar en la base imponible. El hecho de que el artículo 15.8 no haga ninguna referencia a la sociedad participada resulta, no obstante, justificada, ya que las operaciones de reducción de capital cuya finalidad sea la de compensar pérdidas, constituir o incrementar reservas, o condonar dividendos pasivos, no tienen ninguna influencia en el resultado contable porque no suponen una alteración de la cuantía de los fondos propios. En este mismo sentido, afirma GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. que «Cualquiera de las tres causas señaladas que motivase la reducción de capital y cualquiera que fuera la forma en la que se efectuase, el tratamiento contable de dicha operación coincidirá: no tendrá ningún efecto en la cuenta de resultados» [«Régimen especial de consolidación fiscal», en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Madrid, 2008, pág. 326]. La inclusión de una referencia a la sociedad participada en el artículo 15.8 resulta, por tanto, innecesaria, puesto que, por su propia naturaleza, las operaciones de reducción de capital que persigan un objetivo distinto a la devolución de aportaciones no pueden provocar el afloramiento de una renta en sede de dicha entidad.

—art. 30.4 a)—. Si bien el precepto indicado no especifica las modalidades de reducción que pueden verse afectadas por esta restricción, lo cierto es que dicha cuestión viene resuelta expresamente en el artículo 15.4, que, como hemos visto, circunscribe la posibilidad de que una reducción de capital genere renta para el socio a aquellos supuestos en los que la finalidad pretendida con la operación sea la devolución de aportaciones. Por lo que atañe al resto de los supuestos contemplados en el artículo 317.1 de la LSC, la no generación de renta determinada por el artículo 15.8 excluye por sí misma la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición, ya que el requisito básico exigido para ello es, precisamente, el cómputo de un ingreso con motivo de la operación de que se trate entre las rentas del sujeto pasivo (art. 30.1³). Conviene señalar, asimismo, que, a pesar de que el artículo 30.4 a) habla, en general, de rentas derivadas de la reducción de capital, parece evidente que dicho precepto está aludiendo a las generadas en los socios, ya que solo en sede de los mismos podría plantearse un supuesto de doble imposición.

Por lo que se refiere al régimen especial de consolidación fiscal, tan solo encontramos un precepto en su articulado que podría resultar de aplicación a las operaciones de reducción de capital. Se trata del artículo 72.3, en virtud del cual «No se eliminarán los dividendos incluidos en las bases impositibles individuales respecto de los cuales no hubiere procedido la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30.4 de esta Ley». Resulta preciso destacar, en este contexto, que, al margen de que el precepto transcrito contenga una referencia expresa a los dividendos internos, su posible aplicabilidad a las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones vendría dada, indirectamente, por la remisión que el mismo efectúa al artículo 30.4. De acuerdo con ello, si antes hemos concluido que el régimen tributario propio de este tipo de operaciones se cierra con la referencia contenida en el artículo 30.4 a), parece razonable cuestionarse la posible relevancia del artículo 72.3 para complementar dicho régimen en el ámbito de los grupos de sociedades que tributan de forma consolidada, lo que exige delimitar previamente el alcance de la remisión efectuada por este precepto a la regulación de la deducción por doble imposición contenida en el artículo 30.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 72.3 DE LA LIS

En los términos anteriormente señalados, el artículo 72.3 contiene una previsión expresa de no eliminación de aquellos dividendos que, en virtud de alguna de las restricciones contenidas en el artículo 30.4 de la LIS, carezcan de derecho a disfrutar de la deducción por doble imposición, de tal forma que, para determinar la procedencia o improcedencia de la eliminación de un dividendo interno, tan solo resulta necesario comprobar si el supuesto concreto se encuentra entre alguno de los descritos en la referida norma. A pesar de que, en apariencia, esta es una cuestión

³ En virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 30, «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». Este porcentaje podrá ascender al 100 % en caso de que se cumplan los requisitos previstos en el apartado 2 del mencionado precepto.

sencilla, lo cierto es que la remisión efectuada por el artículo 72.3 no se encuentra exenta de confusión, al menos desde mi punto de vista, ya que la interpretación literal de dicho precepto parece entrar en contradicción con la interpretación teleológica del mismo.

Desde una perspectiva estrictamente gramatical, acorde con una interpretación restrictiva, el artículo 72.3 introduce una excepción a la regla general de eliminación de dividendos internos en los casos previstos en el artículo 30.4. En la medida en que este último precepto impide la aplicación de la deducción por doble imposición sobre los dividendos procedentes de ciertas operaciones, pero también sobre otro tipo de rentas que no tienen esta naturaleza, podría tener sentido la previsión contenida en el artículo 72.3, que, al hablar de dividendos y no de rentas, se estaría remitiendo exclusivamente a determinados apartados del artículo 30.4. De acuerdo con este primer criterio interpretativo, por tanto, el artículo 72.3 no resulta de aplicación respecto de aquellas rentas, de entre las enumeradas en el 30.4, que no gocen de naturaleza de dividendo, como ocurre con las derivadas de una reducción de capital, lo que se traduce en la necesaria eliminación de las mismas a efectos de calcular la base imponible consolidada.

En mi opinión, no obstante, la opción basada en una lectura literal del artículo 72.3 pierde toda su virtualidad si atendemos a la finalidad de la cláusula de no eliminación en él establecida, es decir, si optamos por una interpretación teleológica o extensiva de dicho precepto, lo que necesariamente nos remite a la propia razón de ser del artículo 30.4. Debemos tener presente, en este sentido, que el mencionado artículo fue introducido originariamente en la norma fiscal con el fin de evitar la situación de desimposición que podría producirse al permitir la aplicación de la deducción por doble imposición respecto de ciertas rentas (con y sin naturaleza de dividendo) sobre las que no se produce una doble imposición efectiva que sea necesario corregir. En el ámbito del régimen especial de consolidación, se entiende que la voluntad del legislador al incluir el artículo 72.3 fue, precisamente, vetar la posibilidad de que un grupo de sociedades pudiera eludir, por el mero hecho de haber optado por la tributación consolidada, las excepciones señaladas en el apartado 4 del artículo 30. Así pues, habida cuenta de la finalidad perseguida por los preceptos en pugna, que no es otra que evitar situaciones de desimposición, considero que resulta razonable pensar, en virtud de un criterio de interpretación que va más allá de lo puramente literal, que el artículo 72.3 contiene una remisión genérica al 30.4 y no solo a algunos de sus apartados, pues si todas las restricciones contenidas en dicho precepto responden a un mismo propósito, carece de todo sentido que en el ámbito del régimen especial de consolidación únicamente se respeten dichas restricciones en lo que atañe a las rentas con naturaleza de dividendo.

A la vista de los argumentos esgrimidos en el presente apartado, queda fundamentada la coexistencia de dos posibles interpretaciones del artículo 72.3, algo que puede implicar la obtención de resultados y conclusiones diferentes según cuál sea el criterio escogido. A mi juicio, la solución al conflicto abierto entre la interpretación literal y la interpretación teleológica del precepto indicado pasa, necesariamente, por una mejora de su redacción normativa, en dos posibles sentidos: bien especificar los apartados del artículo 30.4 a los que efectivamente se refiere, o bien regular expresamente, sin efectuar remisión alguna, los supuestos afectados por la cláusula de no eliminación en él contenida. En cualquier caso, y en la medida en que decantarse por un criterio

u otro es fruto de una decisión personal, ambas posibilidades serán contempladas en la resolución de los distintos supuestos planteados a lo largo del presente trabajo.

3. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS CONTABLES Y FISCALES DE LA REDUCCIÓN DE CAPITAL CON DEVOLUCIÓN DE APORTACIONES. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONSOLIDACIÓN FISCAL

Un análisis del régimen tributario de la reducción de capital con devolución de aportaciones requiere tener en cuenta, además de los requisitos formales establecidos en los artículos 329 y 330 de la LSC, la regulación básica de dicha operación en el campo de la contabilidad⁴. Si bien la necesidad de considerar simultáneamente ambas perspectivas es algo que ha tendido a ser obviado por la práctica generalidad de autores que han abordado la cuestión, constituye, a mi parecer, una exigencia fundamental en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, puesto que todo debate susceptible de ser planteado en este contexto reclama, no solo para reforzar los argumentos esgrimidos sino incluso para validarlos, una comprobación obligatoria de lo dispuesto por la normativa contable al respecto de la cuestión de que se trate⁵.

En consonancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, la identificación de los efectos fiscales asociados a una operación de reducción de capital con devolución de aportaciones se encuentra necesitada, desde mi punto de vista, de una remisión inevitable a las pautas introducidas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante ICAC) bajo la vigencia del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC 1990), posteriormente ratificadas y adaptadas por este mismo Instituto al Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (en adelante, PGC 2008 o nuevo PGC). A este respecto, conviene destacar que, concretamente, fue en la Consulta 2 del BOICAC 40, de diciembre de 1999 (NFC010555), donde se estableció el que, hasta hoy, ha sido el criterio a seguir por el socio para la contabilización de las operaciones de reducción de ca-

⁴ Según lo dispuesto en el artículo 329 de la LSC, en relación con los requisitos que debe reunir el acuerdo de reducción, «Cuando el acuerdo de reducción con devolución del valor de las aportaciones no afecte por igual a todas las participaciones o a todas las acciones de la sociedad, será preciso, en las sociedades de responsabilidad limitada, el consentimiento individual de los titulares de esas participaciones y, en las sociedades anónimas, el acuerdo separado de la mayoría de los accionistas interesados, adoptado en la forma prevista en el artículo 293». Por su parte, el artículo 330 del mismo texto normativo establece que «La devolución del valor de las aportaciones a los socios habrá de hacerse a prorrata del valor desembolsado de las respectivas participaciones sociales o acciones, salvo que, por unanimidad, se acuerde otro sistema».

⁵ En este mismo sentido, NAVARRO FAURE, A. señala que «desde que la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, remitió al resultado contable obtenido a partir de normas mercantiles para la cuantificación de la base imponible del Impuesto, incorporó a las fuentes del Derecho tributario, un conjunto de normas internas e internacionales, dictadas, en principio, para regular otras materias, pero que no pueden obviar los efectos que producen en la materia tributaria. Sin embargo, en la medida en que estas normas no son «tributarias», es escaso el análisis que desde el Derecho tributario se hace de las mismas». [*El Derecho Tributario ante el nuevo Derecho Contable*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 3].

pital con devolución de aportaciones⁶. De conformidad con dicho criterio, el importe percibido por el inversor en una operación de esta naturaleza debe desglosarse en dos partes: una primera, que se calculará conforme al procedimiento previsto en dicha consulta, y que representa, estrictamente, la recuperación de la inversión inicial, y una segunda que se corresponde con la parte proporcional, atribuible al socio, de los beneficios generados por la sociedad participada entre la fecha de adquisición de la participación y la fecha en la que se reduce capital. La clasificación del montante percibido en dos partes diferenciadas resulta relevante desde el punto de vista del registro contable de la operación. Así, mientras que la parte correspondiente a la recuperación de la inversión habrá de contabilizarse como menor valor de adquisición de la misma, la parte asociada a las reservas generadas por la sociedad participada, en su caso, implicará para el socio un beneficio que deberá ser reconocido mediante el empleo de la oportuna cuenta de ingresos⁷.

Por otro lado, la citada consulta alude a aquellos supuestos en los que la reducción de capital se materializa mediante la entrega de bienes al socio, en cuyo caso, además de tomar en consideración el criterio aludido en el párrafo anterior, resultará de aplicación el tratamiento contable previsto para las permutas.

Establecida la pauta general a seguir en el año 1999, el ICAC se reafirmó en ella tras la entrada en vigor del nuevo PGC. En el mes de marzo del año 2008, la Consulta 10 del BOICAC 85 (NFC040277), que contenía una remisión genérica al contenido de la resolución de 1999, no dejó lugar a dudas en cuanto a la continuidad del criterio inicialmente adoptado, si bien en dicho documento el ICAC efectuaba las aclaraciones oportunas en orden a la adaptación de su tesis a las nuevas exigencias contables⁸.

Por lo que respecta al plano fiscal, señalábamos en el primer apartado del presente trabajo que la LIS únicamente contiene una referencia expresa a los efectos de la reducción de capital con devolución de aportaciones en los artículos 15.3 y 15.4 (sin perjuicio de la mención efectuada a las

⁶ En efecto, la consulta referida lleva por título «Sobre el registro contable por parte del inversor de las reducciones de capital». Por su parte, los criterios que ha de seguir la sociedad que reduce capital para la contabilización de dicha operación son los fijados inicialmente en la Consulta 2 del BOICAC 55, de septiembre de 2003 (NFC018337).

⁷ Dispone el ICAC en la Consulta 2 del BOICAC 40 (NFC010555) que «Cuando se produzca una reducción de capital con devolución de aportaciones, independientemente de si se reduce el valor nominal de las acciones o si se amortiza parte de ellas, este Instituto entiende que se produce una desinversión al recuperarse parcial o totalmente el coste de la inversión efectuada y, por lo tanto, se deberá disminuir el precio de adquisición de los respectivos valores. Para identificar en el inversor el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital, se deberá aplicar a la inversión la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto al valor teórico contable de las acciones antes de la reducción, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en dicho momento; en su caso, se reducirá proporcionalmente el importe de las correcciones valorativas contabilizadas. Si la devolución es monetaria, el resultado será la diferencia entre el importe percibido o a percibir y el valor contable de las participaciones».

⁸ Concretamente, la consulta de 2008 establece, para el supuesto de reducción de capital con devolución de aportaciones, que «La sociedad receptora contabilizará la operación de acuerdo con el criterio recogido en la Consulta 2 publicada en el BOICAC n.º 40, de diciembre de 1999 (NFC010555), con las precisiones que a continuación se indican». A tales precisiones haremos referencia más adelante.

operaciones de reducción de capital, con carácter general, en el artículo 30.4 a), a la que más adelante nos referiremos). El primero de los preceptos aludidos, que regula las consecuencias de dicha operación para la sociedad que reduce capital, dispone en su primer párrafo que esta «integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable». Por lo que concierne al socio, el artículo 15.4 establece que «se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos sobre el valor contable de la participación». La consideración conjunta de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 15, en el artículo 10.3 de la propia norma fiscal, en las resoluciones del ICAC relativas a esta cuestión y en el PGC 2008 permite concluir que la LIS únicamente prevé especialidades en el ámbito de las reducciones de capital que se materializan mediante entrega de bienes al socio, lo que implica la existencia de una remisión tácita a lo dispuesto por la normativa contable respecto de las materializadas mediante entrega dineraria⁹. De acuerdo con esta opinión, afirma la DGT en su consulta V0913/2007, de 3 de mayo (NFC025756), que «En el caso de la reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios en metálico, la norma fiscal no establece ninguna regla especial de aplicación por lo que procederá lo establecido en la normativa mercantil».

A continuación, analizaremos los efectos fiscales de las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones de forma pormenorizada, planteando todos los supuestos posibles.

3.1. REDUCCIÓN DE CAPITAL MATERIALIZADA MEDIANTE ENTREGA DINERARIA

La forma más habitual de materializarse una reducción de capital con devolución de aportaciones es mediante la entrega al socio de un importe dinerario. La incidencia en el plano fiscal de una operación de esta naturaleza dependerá, a su vez, de cuál fue el precio satisfecho por el mismo para la adquisición de la participación, siendo dos las posibles situaciones que pueden darse: que la adquisición se hubiese realizado por un precio igual o superior al valor nominal de dicha participación, o bien que se hubiese realizado por un precio inferior.

Para una mejor comprensión del tema, estudiaremos cada una de estas alternativas de forma separada.

⁹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la LIS, la base imponible se obtiene a partir del resultado contable, el cual habrá de ser corregido mediante la aplicación de los preceptos establecidos en dicha ley. Del contenido de este artículo se desprende que la norma fiscal únicamente se pronuncia de forma expresa sobre una cuestión cuando el criterio adoptado en este ámbito es distinto al seguido en el plano contable, guardando silencio en caso contrario. Como más adelante comprobaremos, el criterio fijado por la LIS respecto a las operaciones de reducción de capital para la devolución de aportaciones es idéntico al criterio contable, salvo en un supuesto: aquel en el que la devolución se materializa mediante la entrega de bienes al socio, dándose la circunstancia de que este participa en la práctica totalidad del capital de la sociedad participada. La conclusión que alcanzamos, por tanto, es que el artículo 15.4 solo resulta de aplicación a las operaciones de reducción de capital en especie. Por lo que respecta al 15.3, esta consecuencia también resulta lógica si tenemos en cuenta que, en el caso concreto de la tesorería, no puede haber discrepancia entre el valor de mercado y el valor contable.

3.1.1. Adquisición de la participación por un precio igual o superior al valor nominal

Como regla general, las operaciones de reducción de capital materializadas mediante entrega dineraria, en aquellos casos en los que el socio adquirió la participación por un precio igual o superior al valor nominal de la misma, no suponen ninguna especialidad en el plano fiscal. Así pues, dado que la LIS no contiene ninguna previsión específica aplicable a estos supuestos, debemos entender que se asume lo dispuesto en el ámbito contable en relación con esta materia. De acuerdo con el criterio defendido por el ICAC en su resolución de diciembre de 1999, la forma de contabilizar la operación dependerá de que la sociedad participada haya generado beneficios con posterioridad a la adquisición de la participación o no lo haya hecho, de modo que trataremos ambos supuestos individualmente.

a) La sociedad participada no genera beneficios con posterioridad a la adquisición

Régimen general

Desde el punto de vista contable, en aquellos casos en los que la sociedad participada no ha generado beneficios en el periodo de tiempo comprendido entre la fecha de toma de la participación y la fecha en la que se lleva a cabo la reducción de capital, todo el importe percibido por el socio con ocasión de dicha operación tendrá naturaleza de recuperación de la inversión inicial, por lo que deberá ser contabilizado como menor valor de adquisición de la misma.

Al introducir el objetivo del presente trabajo, proponíamos el uso del ejemplo como una herramienta útil para la correcta consecución del mismo, dada la dificultad inherente al estudio de las operaciones de reducción de capital así como la complejidad propia del régimen especial de consolidación. Conforme a ello, y a pesar de que este primer supuesto no plantea mayores dificultades, recurriremos a un ejemplo práctico para facilitar la comprensión. Sobre dicho ejemplo continuaremos trabajando, con las adaptaciones oportunas, en los apartados siguientes.

EJEMPLO 1

Una sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100 % en una sociedad B por importe de 1.000¹⁰. La sociedad B presenta el siguiente balance en la fecha de adquisición:

¹⁰ Para mayor simplicidad, supondremos que las sociedades A y B no están obligadas a formular cuentas anuales consolidadas por concurrir alguna de las causas de dispensa previstas en el artículo 43 del Código de Comercio de 1885 y desarrolladas en los artículos 7, 8 y 9 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (en adelante, RD 1159/2010).

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
900	Tesorería		

En el ejercicio $n+1$, la sociedad B decide efectuar una reducción de capital por importe de 800 que se materializará mediante la entrega al socio de un importe dinerario.

El asiento contable registrado por la sociedad participada (B) con motivo de la reducción de capital será el siguiente¹¹:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		800

Por lo que se refiere al socio, dado que la sociedad que reduce capital no ha obtenido beneficio alguno en el periodo de tiempo comprendido entre n y $n+1$, todo el importe percibido representa una «desinversión», es decir, una recuperación de la inversión inicialmente efectuada. Como tal, deberá ser registrado como menor valor de adquisición de la participación, de modo que el valor contable de la misma, que también ha de ser aceptado a efectos fiscales, quedará reducido a 200.

En consonancia con lo dispuesto en el párrafo precedente, el apunte contable que la entidad A deberá recoger en sus cuentas individuales es el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	800	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		800

Analizadas las implicaciones contables de la operación, conviene matizar que, desde una perspectiva estrictamente fiscal, el hecho de que no se genere renta para el socio conlleva la imposibilidad de aplicar la deducción por doble imposición regulada en el artículo 30, puesto que no concurre el requisito básico para ello exigido en el apartado 1 de dicho precepto. Tal circunstancia determina, asimismo, la improcedencia de entrar a analizar la posible existencia de una situación de doble imposición que justifique la restricción establecida en el artículo 30.4 a).

¹¹ Nótese, a la vista del apunte contable realizado por la sociedad que reduce capital, que dicha operación no supone para ella la generación de renta alguna. Este será un elemento común a todas las operaciones de reducción de capital materializadas mediante entrega dineraria.

Régimen especial de consolidación fiscal

El hecho de que las dos entidades implicadas en la operación de reducción de capital formen parte de un grupo de sociedades que, además de presentar cuentas anuales consolidadas, tributa según el régimen especial de consolidación fiscal no supone ninguna particularidad. Así, en la medida en que la operación realizada no genera ningún resultado susceptible de eliminación, el régimen de consolidación no despliega en este ámbito ningún efecto distinto de los señalados para el régimen individual.

b) La sociedad participada genera beneficios con posterioridad a la adquisición

Régimen general

En estos supuestos, la aplicación del criterio mantenido por el ICAC en la Consulta 2 del BOICAC 40, de diciembre de 1999 (NFC010555), conduce a la necesidad de desglosar el montante percibido por el socio con ocasión de la reducción de capital en dos partes: una primera que representa la recuperación de la inversión inicial, y que, por tanto, debe reducir el valor contable de la misma, y una segunda que, al corresponderse con la participación del socio en los beneficios generados por la sociedad participada desde la fecha de adquisición, tendrá naturaleza de ingreso.

A fin de procurar una mejor comprensión del procedimiento a emplear para determinar la cuantía de cada parte y la forma en que debe procederse a su registro contable recurriremos a un ejemplo.

EJEMPLO 2

La sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100% en la sociedad B por importe de 1.000. La entidad B presenta el siguiente balance en la fecha de adquisición:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
900	Tesorería		

En el ejercicio n+1, B obtiene un beneficio de 300, sobre el que satisface el correspondiente impuesto de 90, quedando configurado su balance como sigue:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
1.110	Tesorería	Resultado del ejercicio	210

En el ejercicio n+2, la sociedad B decide efectuar una reducción de capital por importe de 800 que se materializará mediante la entrega al socio de un importe en metálico. Con motivo de dicha operación, el balance de la entidad queda estructurado de la siguiente forma:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Terrenos y bienes naturales	Capital	200
310	Tesorería	Reservas	210

Desde un punto de vista contable, el criterio defendido por el ICAC conlleva la necesidad de distinguir, del importe total de 800 percibido por el socio, la parte que representa una «desinversión» y la parte que debe ser registrada como ingreso. Por lo que atañe al procedimiento de cálculo de la primera (que, a su vez, permitirá cuantificar la segunda por diferencia), la resolución de diciembre de 1999 establece que «Para identificar en el inversor el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital, se deberá aplicar a la inversión la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto al valor teórico contable de las acciones antes de la reducción, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en dicho momento». Como complemento, la consulta de marzo de 2008 aclara, de conformidad con las exigencias del nuevo PGC, que «el valor teórico deberá calcularse por referencia al patrimonio neto de la empresa». Por su parte, el exceso del importe entregado al socio sobre la cuantía calculada de acuerdo con estas indicaciones constituirá una renta que, como tal, deberá ser registrada en la oportuna cuenta de ingresos.

En el supuesto de hecho planteado, la proporción que representa la reducción de fondos propios (800) respecto al valor teórico contable de la participación antes de la operación de reducción de capital (1.210) es del 66 %. Aplicando este porcentaje a la inversión inicial realizada por A (1.000), resulta que el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital es de 660 (coste de la desinversión), quedando reducido el valor contable de su participación a 340 (1.000 – 660). La diferencia entre el importe total percibido con ocasión de la reducción y la parte que representa una recuperación de la inversión (800 – 660 = 140), que se corresponde con la participación del socio en el incremento de reservas de la sociedad participada entre la fecha de la inversión y la fecha en que se reduce capital, tiene naturaleza de ingreso.

La anotación contable que la sociedad participada habrá realizado en sus cuentas individuales es la misma que indicábamos en el ejemplo 1. En sede del socio, el asiento registrado con motivo de la reducción habrá sido el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	800	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		660
			.../...

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo		140

Por lo que concierne a la tributación del ingreso obtenido por el inversor, y registrado contablemente como tal, el apartado a) del artículo 30.4 es claro cuando establece que la deducción por doble imposición no resultará de aplicación respecto de las rentas «derivadas de la reducción de capital». En principio, por tanto, el beneficio obtenido por el socio con motivo de la operación realizada deberá ser integrado en su base imponible y sometido a tributación en el mismo periodo impositivo de su obtención. A mi parecer, no obstante, la admisión en el plano fiscal del criterio defendido por el ICAC en relación con el tratamiento que debe darse a las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones que se materializan mediante entrega dineraria permite poner en duda, en un contexto como el ahora planteado, la razonabilidad de la restricción contenida en el artículo 30.4 a). Así pues, señalábamos en el párrafo precedente que, desde el punto de vista del socio, la operación realizada únicamente supone el afloramiento de una renta por la parte que a este corresponde de las reservas generadas por la sociedad participada desde la fecha de toma de la participación (en nuestro ejemplo, el 66 % de 210). Habida cuenta de que el verdadero origen de dicha renta se encuentra en unos beneficios que ya fueron gravados en el Impuesto sobre Sociedades en sede de otra persona jurídica (recordemos que en el ejercicio $n+1$ la sociedad B satisfizo sobre tales beneficios un impuesto de 90), lo cierto es que en el supuesto descrito sí se genera una doble imposición efectiva que deja sin fundamento la prohibición establecida en el apartado a) del artículo 30.4.

En mi opinión, una alternativa para salvar la situación de doble imposición que genera la interpretación literal de este precepto consiste en realizar una interpretación teleológica de su segundo párrafo, en virtud del cual «Cuando conjuntamente con las operaciones referidas en el párrafo anterior se produzca la distribución de dividendos o participaciones en beneficios, se aplicará la deducción sobre ellos de acuerdo con las normas establecidas en este artículo». Ciertamente, una lectura restrictiva de la norma transcrita, centrada en su redacción gramatical, conduciría a la aplicación exclusiva de la deducción por doble imposición en aquellos supuestos en los que la sociedad participada realiza de forma simultánea una reducción de capital con devolución de aportaciones y un reparto de dividendos. De acuerdo con ello, y en la medida en que, en el caso que nos ocupa, lo que estrictamente tiene lugar es una reducción del capital de la entidad B por importe de 800, el socio quedaría igualmente obligado a tributar sobre el ingreso de 140 sin posibilidad de recurrir a ningún beneficio fiscal. Debemos tener presente, no obstante, que el ingreso contabilizado por el socio como consecuencia de la aplicación del criterio del ICAC tiene naturaleza financiera de dividendo, pues el origen del mismo se encuentra, precisamente, en beneficios generados por la sociedad participada que ya han sido sometidos a una tributación efectiva en sede de la misma. De hecho, al contabilizar la operación propuesta en el ejemplo 2 conforme a las directrices de dicho Instituto, hemos operado tal y como si la entidad participada hubiera

realizado una reducción de capital por importe de 660 y, simultáneamente, hubiera procedido a la distribución de un dividendo de 140. Desde mi punto de vista, si este ha sido el criterio empleado en el plano contable, también puede ser razonable su seguimiento en el ámbito fiscal, de tal modo que, atendiendo al espíritu del artículo 30.4 a) y a la finalidad con que dicha norma fue objeto de incorporación al ordenamiento jurídico, resulte posible en el caso planteado la aplicación de la deducción por doble imposición sobre la cantidad de 140 registrada como ingreso.

Tratada esta problemática, retomaremos las conclusiones obtenidas en el ejemplo 2 y analizaremos qué ocurriría si, con posterioridad a la operación de reducción de capital, la sociedad participada procediese al reparto de reservas en forma de dividendos, o bien el socio inversor decidiese vender a un tercero su participación en dicha entidad.

Respecto a la posibilidad, no contemplada expresamente en las consultas del ICAC de diciembre de 1999 y marzo de 2008, de que la sociedad que ha reducido capital acuerde posteriormente una distribución de dividendos, opino que resulta lícito considerar que dicho supuesto ha de ser resuelto mediante la aplicación de idéntico criterio al defendido en dichas resoluciones para las operaciones de reducción de capital, puesto que si una parte del importe percibido en el marco de la reducción efectuada ya fue contabilizado como ingreso, carece de todo sentido que, con motivo del reparto de dividendos, vuelva a registrarse como tal un importe equivalente. En consonancia con esta tesis, y suponiendo que la sociedad participada decidiese repartir todas las reservas generadas desde la fecha de adquisición de la participación (210), entiendo que, en la misma proporción calculada anteriormente (66%), una parte del importe percibido en concepto de dividendo tendrá para el socio la consideración de recuperación de la inversión inicial mientras que otra parte tendrá naturaleza de renta. En nuestro ejemplo, la aplicación de este criterio conllevará para el inversor el desglose del montante de 210 percibido en dos partes, de forma que un importe 140 (66% sobre 210) tendrá naturaleza de recuperación de la inversión y deberá ser contabilizado como menor valor de adquisición de la misma, mientras que los 70 restantes serán registrados como ingreso. De acuerdo con lo expuesto, el asiento a practicar por el socio en sus cuentas individuales debería ser el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	210	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		140
7600	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio, empresas del grupo		70

A mi juicio, tal y como comentaba anteriormente, esta es la forma más lógica de proceder al registro contable de la operación si tenemos en cuenta que, con ocasión de la reducción de capital llevada a cabo en el ejercicio $n+2$, el socio ya trató una parte de la suma total recibida como si de un reparto de dividendos se tratase, contabilizando un ingreso de 140. Debemos tomar en consideración, además, que el patrimonio neto de la sociedad participada se reduce a 200 después de la distribución de la reserva generada, importe que coincide con el saldo de la cuenta (2403) *Participaciones a largo*

plazo en empresas del grupo tras haber realizado el socio las anotaciones contables propuestas con motivo de la reducción de capital y la posterior distribución de reservas. Este hecho parece reforzar la idoneidad de contabilizar una parte del dividendo recibido como menor valor de adquisición de la participación. Así pues, la aplicación del criterio propuesto habrá determinado que el balance de la sociedad participada quede estructurado de la siguiente forma tras el reparto de dividendos:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Terrenos y bienes naturales	Capital	200
100	Tesorería		

Por su parte, en sede del inversor, esta forma de proceder habrá supuesto una disminución de 800 en el saldo de la cuenta (2403):

Cuenta 2403	
Debe	Haber
1.000	660
	140

Por lo que se refiere al ámbito fiscal, cualquier pronunciamiento sobre la aplicación de la deducción por doble imposición exige efectuar una distinción entre las dos partes en las que, de conformidad con el criterio seguido en el ámbito contable, debe escindirse la cantidad percibida como consecuencia de la reducción de capital realizada. En relación con los 140 que han sido contabilizados como menor valor de adquisición de la participación, la deducción por doble imposición resulta inaplicable por incumplimiento del requisito básico exigido en el artículo 30.1. Por el contrario, sí podrá el socio recurrir a dicho beneficio fiscal sobre el importe de 70 registrado contablemente en una cuenta de ingreso, ya que, en principio, no concurre sobre él ninguna de las causas de restricción previstas en la LIS.

En el contexto ahora planteado, la opción por una interpretación teleológica del segundo párrafo del artículo 30.4 a) (que, en los términos defendidos, supone conferir al importe de 140 contabilizado como ingreso con motivo de la reducción de capital naturaleza análoga a la de un dividendo y, en consecuencia, permitir la aplicación de la deducción por doble imposición sobre dicho importe) sigue constituyendo, a mi entender, la opción más razonable. Ello es así en la medida en que la admisión de dicho criterio interpretativo permite que las reservas generadas por la sociedad participada, que ya han soportado el correspondiente Impuesto sobre Sociedades en sede de la misma, lleguen al socio libres de tributación, con total independencia de que la vía escogida por dicha entidad para la distribución de tales beneficios sea la reducción de capital o el reparto de dividendos. Por el contrario, la opción por una interpretación literal del referido precepto implicaría otorgar un

tratamiento distinto a la renta derivada de la reducción de capital, respecto de la que se negaría la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición, y al dividendo distribuido en un ejercicio posterior, que sí podría disfrutar de este beneficio fiscal. Considero, por tanto, que la alternativa centrada exclusivamente en la redacción gramatical del artículo 30.4 a) conduce a una solución poco acertada para el supuesto de hecho descrito por dos razones: de un lado, porque dos rentas que desde un punto de vista financiero tienen idéntica naturaleza son tratadas de forma desigual; de otro, como ya señalábamos líneas más arriba, porque, al impedir la aplicación de la deducción sobre la renta derivada de la reducción de capital, este criterio impide corregir íntegramente la situación de doble imposición efectiva que se genera en sede del socio como consecuencia de dicha operación.

Por último, examinaremos qué ocurriría, de acuerdo con el escenario planteado inicialmente, si, en un ejercicio posterior al de la reducción de capital, el socio decidiese enajenar a un tercero la totalidad de su participación en B. Pues bien, suponiendo, de un lado, que el beneficio neto de 210 obtenido por la sociedad participada en el ejercicio $n+1$ no ha sido objeto de reparto, y, de otro, que no existen plusvalías latentes en el activo del balance de dicha entidad, el valor de transmisión de la participación habrá de fijarse en 410, coincidiendo este importe con el patrimonio neto de B en la fecha de la venta (capital 200, reservas 210). Dado que el valor contable de la inversión quedó reducido, con motivo de la reducción de capital, a 340, el beneficio obtenido por el inversor como consecuencia de la enajenación será de 70. Dicho montante se corresponde con el importe de las reservas generadas por la entidad B con posterioridad a la fecha de adquisición de la participación que, de acuerdo con el criterio mantenido por el ICAC, no han sido objeto de reparto previo (recordemos que los 140 restantes fueron asimilados a un dividendo y registrados contablemente como ingreso en el ejercicio en que se redujo capital).

Continuando con el ejemplo 2, la anotación contable que deberá realizar el socio en sus cuentas anuales individuales con ocasión de la venta es el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	410	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		340
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo		70

En lo referente a la tributación del ingreso contabilizado, la concurrencia de los requisitos exigidos determinará la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición sobre plusvalías de fuente interna regulada en el artículo 30.5 de la norma fiscal, de manera que este quedará libre de gravamen¹².

¹² Dispone el apartado 5 del artículo 30 de la LIS que «Cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen las derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades residentes en terri-

Régimen especial de consolidación fiscal

En caso de que la operación descrita en el apartado anterior tenga lugar en el seno de un grupo de sociedades que está obligado a presentar cuentas anuales consolidadas y, además, ha optado por tributar de acuerdo con el régimen especial de consolidación fiscal, el socio habrá de registrar una parte del montante percibido como menor valor de adquisición de la participación y otra parte como ingreso, tal y como sucedía en el ejemplo 2. Ahora bien, en este supuesto, el hecho de que las dos sociedades involucradas en la reducción de capital consoliden contablemente implica la puesta en marcha del mecanismo de las eliminaciones, de manera que, en la medida en que la renta registrada en las cuentas anuales individuales del inversor procede de una operación interna, no deberá lucir en la cuenta de resultados consolidada y, por tanto, habrá de ser objeto de eliminación. Al respecto de esta cuestión, señalan LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.; ROS AMORÓS, F.; y ORTEGA CARBALLO, E. que «Al ser una reducción de capital y una distribución de reservas, todo el resultado debe ser considerado un mero traspaso de patrimonio dentro del grupo (de la sociedad dependiente a la sociedad dominante o tenedora de los títulos que han sido objeto de reducción)¹³». En consonancia con esta tesis, parece que el ingreso generado en sede del socio con motivo de la reducción de capital no puede ser concebido como resultado del grupo sino como mera corriente financiera interna, por lo que, en esencia, dicho ingreso tiene la misma naturaleza que un dividendo interno. Ello supone, de un lado, que la eliminación deberá realizarse en la forma dispuesta para estos en el artículo 49 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (en adelante, RD 1159/2010), y, de otro, que una y otra eliminación han de revestir el mismo carácter.

Por lo que atañe a la forma de practicar la eliminación, dispone el precepto aludido que los dividendos internos «serán eliminados, considerándolos reservas de la sociedad perceptora». Así pues, el ajuste a realizar en balance para la eliminación de la renta derivada de la reducción de capital consistirá en un cargo en la cuenta de resultados del ejercicio de la entidad A (con lo que disminuimos su resultado en el importe de la renta obtenida) y el abono correspondiente en la cuenta de reservas de dicha sociedad. Por otro lado, habrá de practicarse el pertinente ajuste en la cuenta de resultados consolidada a fin de eliminar el beneficio derivado de la operación de reducción.

torio español que tributen al tipo general de gravamen o al tipo del 35%, se deducirá de la cuota íntegra el resultado de aplicar el tipo de gravamen al incremento neto de los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieran sido incorporados al capital social, que correspondan a la participación transmitida, generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de dicha participación o al importe de las rentas computadas si este fuere menor. Esta deducción se practicará siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que, el porcentaje de participación, directo o indirecto, con anterioridad a la transmisión sea igual o superior al 5 %. B) Que dicho porcentaje se hubiere poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que se transmita la participación. [...]. La deducción prevista en este apartado no se aplicará respecto de la parte del incremento neto de los beneficios no distribuidos que corresponda a rentas no integradas en la base imponible de la entidad participada debido a la compensación de bases impositivas negativas».

¹³ LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.; ROS AMORÓS, F. y ORTEGA CARBALLO, E.: *Memento práctico. Grupos consolidados. 2010-2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2009, pág. 676.

Por lo que concierne a la naturaleza de la eliminación practicada, la equiparación de la renta derivada de la reducción con un dividendo interno supone atribuir a dicha eliminación carácter definitivo. Conviene recordar, en este sentido, que, desde el punto de vista del grupo de sociedades, los dividendos internos (y, en consecuencia, las rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones) no constituyen sino trasvases de fondos entre sus integrantes, por lo que no existen frente a terceros ajenos al grupo y su eliminación no afecta al resultado, orientándose esta más bien al suministro de una adecuada imagen fiel. Siendo ello así, y en la medida en que solo los resultados derivados de operaciones internas, susceptibles de realización frente a terceros, habrán de ser objeto de incorporación posterior, la eliminación mencionada ha de revestir necesariamente carácter definitivo.

Desde una perspectiva fiscal, resulta necesario retomar en este punto el debate referido al ámbito de aplicación del artículo 72.3, en virtud del cual «No se eliminarán los dividendos incluidos en las bases imponibles individuales respecto de los cuales no hubiere procedido la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30.4 de esta Ley». Tal y como indicábamos en un punto anterior del presente trabajo, una interpretación literal del precepto reseñado, centrada en la terminología empleada por el mismo, conduce necesariamente a su inaplicación respecto de los supuestos previstos en el apartado a) del artículo 30.4, dado que las rentas derivadas de las reducciones de capital no son dividendos en sentido estricto (aunque el criterio adoptado por el ICAC las trate como tales a efectos de su contabilización). Ello se traduce, de forma inmediata, en una activación del mecanismo de las eliminaciones propio del régimen de consolidación. Por el contrario, una interpretación teleológica o extensiva del artículo 72.3, más razonable desde mi punto de vista, nos lleva a entender que dicho precepto contiene una remisión genérica al artículo 30.4 y no solo a determinados apartados del mismo, de tal suerte que la cláusula de no eliminación contenida en el primero de tales preceptos también resulta aplicable en el caso de la renta generada en sede del socio con motivo de una operación de reducción de capital. En este supuesto, la imposibilidad de eliminar dicha renta, motivada por la aplicación del artículo 72.3, determina la necesidad de que la misma sea integrada en la base imponible del grupo y sometida a tributación efectiva.

Trasladando los dos criterios de interpretación planteados al supuesto de hecho descrito, comprobamos que solo podrían producirse diferencias entre los regímenes de tributación individual y consolidada si, habiendo optado por un criterio de interpretación literal, se permitiese la eliminación de la renta derivada de la reducción, ya que ello implicaría, como consecuencia del carácter definitivo de dicha eliminación, la no tributación efectiva sobre la mencionada renta ni en el periodo impositivo en que se realiza la operación ni en un momento futuro. Se trata, sin duda, de un resultado bien distinto al que se alcanzaría si el socio no hubiese optado por la tributación conforme al régimen especial de consolidación, en cuyo caso la restricción contenida en el artículo 30.4 a) le obligaría a integrar la renta obtenida en su base imponible y a tributar por ella en el mismo periodo de su obtención.

Por el contrario, la opción por un criterio de interpretación teleológica del artículo 72.3, que condujese a inadmitir la eliminación de la renta derivada de la reducción de capital, determinaría

que la operación realizada desplegara unas consecuencias u otras en función de la interpretación que a su vez se hiciera del segundo párrafo del artículo 30.4 a). En los términos anteriormente comentados, considero que resulta factible partir de la premisa de que, desde una perspectiva financiera, la renta generada para el socio con motivo de la reducción tiene naturaleza de dividendo, y, por tanto, al registrar una parte del importe percibido como menor valor de la inversión y otra parte como ingreso, en la práctica se procede tal y como si la sociedad participada hubiese reducido capital y, simultáneamente, repartido un dividendo. Esta visión de la operación efectuada, que coincide con la situación descrita en el segundo párrafo del artículo 30.4 a), justifica la aplicación de la deducción por doble imposición y, con ello, la eliminación de la renta derivada de la reducción¹⁴. Una interpretación restrictiva de este segundo párrafo, por el contrario, negaría la posibilidad de recurrir a dicho beneficio fiscal y, en consecuencia, de proceder a la eliminación de la renta obtenida, generándose las mismas consecuencias fiscales que las comentadas para el régimen de tributación individual.

A continuación, retomaremos el ejemplo 2, anteriormente propuesto, y lo resolveremos suponiendo que las sociedades A y B están obligadas a presentar cuentas anuales consolidadas y, además, han optado por tributar de acuerdo con el régimen especial de consolidación. Puesto que defender la no eliminación de la renta derivada de la reducción de capital, por considerar que este supuesto cae también dentro del ámbito de aplicación del artículo 72.3, conduce a la misma solución que la comentada en dicho ejemplo para el régimen general, obviaremos este criterio y nos centraremos en las consecuencias que se derivarían en el caso de permitir dicha eliminación, bien por entender que el artículo 72.3 no resulta aplicable respecto del supuesto planteado en el primer párrafo del artículo 30.4 a) o bien por considerar que, de conformidad con el criterio empleado para su registro contable, la operación realizada puede ser equiparada a la prevista en el segundo párrafo de este último precepto.

EJEMPLO 3

Suponemos la misma información que la proporcionada en el ejemplo 2, con la especialidad de que las dos entidades implicadas en la reducción de capital forman parte de un grupo que consolida contable y fiscalmente.

¹⁴ Dicha eliminación procedería en este caso en la medida en que el artículo 72.3 únicamente niega tal posibilidad a los dividendos (o rentas en general, si optamos por una interpretación amplia) que, en virtud de alguna de las restricciones contenidas en el artículo 30.4, no tengan derecho a deducción por doble imposición. Una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 30.4 a), amparada en las razones comentadas al hilo del ejemplo 2, supondría la posibilidad de aplicar la deducción sobre la parte del importe percibido por el socio con motivo de la reducción de capital que ha sido contabilizada como ingreso (y, por tanto, equiparada a un dividendo). Así pues, el hecho de que dicho párrafo introduzca una excepción a la propia restricción establecida en el apartado a) del artículo 30.4, implica que, de resultar aplicable tal excepción al supuesto de hecho de que se trate, este quedará fuera del ámbito de aplicación del artículo 72.3, procediendo la eliminación del ingreso registrado.

Desde el punto de vista contable, el importe de 800 percibido por el socio como consecuencia de la reducción debe ser desglosado en dos partes: de un lado, el coste de las acciones correspondientes a dicha reducción, que hemos cifrado en 660, y, de otro, la parte correspondiente del incremento de reservas de la sociedad participada desde la fecha de adquisición de la participación, que asciende a 140. Las anotaciones contables que habrán realizado el socio y la sociedad transmitente en sus respectivas cuentas individuales coinciden con las referidas en el ejemplo anterior.

La particularidad que plantea la operación realizada, tomando en consideración que las entidades A y B presentan cuentas anuales consolidadas, es que el importe de 140 contabilizado como ingreso por el inversor ha de ser objeto de eliminación. Por razones ya comentadas, dicha eliminación se efectuará del mismo modo y tendrá el mismo carácter que la eliminación de dividendos internos. Así pues, los ajustes que deberán practicarse en el balance y en la cuenta de resultados a fin de preparar las cuentas anuales del grupo son los siguientes:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio (A)	140	
113	Reservas (A)		140

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo	140	
129	Resultado del ejercicio (saldo de A)		140

Desde una perspectiva estrictamente fiscal, y partiendo de la premisa indicada con carácter previo al planteamiento del presente ejemplo, la conclusión es sencilla: en la medida en que la renta generada para el socio como consecuencia de la reducción de capital ha sido eliminada, la deducción por doble imposición de dividendos no resulta aplicable por no concurrir el requisito básico para ello exigido en el artículo 30.1¹⁵. Este resultado es lógico si tenemos en cuenta que, precisamente por haberse procedido a la eliminación del ingreso, el mismo no se encuentra integrado en la base imponible consolidada, y, por tanto, no se genera en modo alguno una

¹⁵ Recordemos que para la resolución del presente ejemplo hemos adoptado la premisa de que procede la eliminación de la renta percibida por el socio con motivo de la reducción efectuada. El hecho de que tal eliminación resulte admisible puede venir dado por dos motivos: en primer lugar, por considerar que el artículo 72.3 únicamente prohíbe la eliminación de los dividendos contemplados en alguno de los apartados del artículo 30.4, por lo que en este caso dicha prohibición no entraría en juego; o, en segundo lugar, porque, si bien se acepta que el artículo 72.3 afecta a todos los supuestos contemplados en el precepto mencionado (ya se trate de dividendos o de rentas en general), la operación efectuada es asimilable a la descrita en el segundo párrafo del artículo 30.4 a), respecto de la que se prevé la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición.

situación de doble imposición que sea necesario corregir. Asimismo, dado que la renta eliminada no será objeto de incorporación posterior, ni al resultado contable ni a la base imponible del grupo, la doble imposición queda corregida en el mismo momento en que se lleva a cabo la eliminación definitiva.

Contrastando estas conclusiones con las comentadas para el régimen de tributación individual en el ejemplo 2, concluyo que, en determinados supuestos, la aplicación de la norma fiscal puede generar consecuencias más favorables para las sociedades que tributan de acuerdo con el régimen especial de consolidación. Así, suponiendo que la cláusula de no eliminación contenida en el artículo 72.3 no resulta aplicable respecto de las rentas derivadas de la reducción de capital, la eliminación definitiva del ingreso generado con motivo de dicha operación justificará que el mismo quede exonerado de tributación (ya que no será integrado en la base imponible del grupo, ni en el ejercicio de la reducción ni en el futuro). De no haberse optado por la aplicación del régimen especial de consolidación, sin embargo, la restricción contenida en el artículo 30.4 a) impedirá al socio la aplicación de la deducción por doble imposición sobre la renta obtenida, de tal modo que esta habrá de ser integrada en su base imponible en el mismo periodo impositivo de su obtención y soportar el impuesto correspondiente¹⁶.

Por lo que respecta a la cuestión formulada en el epígrafe anterior acerca de qué ocurriría en el caso de que la sociedad participada decidiese proceder al reparto de dividendos en un ejercicio posterior al de la reducción de capital, las normas sobre consolidación contable obligan igualmente a la eliminación definitiva del importe que haya sido contabilizado como ingreso y que, ahora sí, tiene estrictamente la consideración de dividendo interno. Desde el punto de vista individual, el asiento a recoger por el inversor en sus cuentas individuales es idéntico al planteado en el ejemplo 2. A nivel consolidado, los ajustes que deberán realizarse en balance y cuenta de resultados para preparar las cuentas consolidadas del grupo son los siguientes:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio (A)	70	
113	Reservas (A)		70

¹⁶ Nótese que, aunque la inaplicación del artículo 72.3 a un determinado supuesto de hecho podría venir justificada por cualquiera de las dos razones indicadas en la nota anterior, la situación descrita en el ejemplo 3 tan solo sería susceptible de generar unos resultados distintos, en función de que la tributación fuera individual o consolidada, en caso de que entendiéramos que la cláusula de no eliminación contenida en dicho precepto resulta aplicable de forma exclusiva a los apartados del 30.4 referidos a dividendos internos, y no a otro tipo de rentas como las generadas en el marco de una operación de reducción de capital. Al respecto de la segunda de las razones propuestas, conviene señalar que la opción por una interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 30.4 a) determinaría que, con independencia del régimen de tributación escogido por las sociedades integrantes del grupo, la renta derivada de la reducción quedase libre de tributación de forma definitiva (vía deducción por doble imposición en el caso de que la tributación fuera individual, vía eliminación en caso de haberse optado por el régimen especial de consolidación).

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
7600	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio, empresas del grupo	70	
129	Resultado del ejercicio (saldo de A)		70

En lo referente a la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición sobre el montante percibido, ya en el ámbito fiscal, conviene recordar que una parte del mismo ha sido registrado contablemente como menor valor de la participación. Sobre esta parte, el hecho de tributar de forma consolidada no supone ninguna particularidad, de modo que, al igual que ocurría en régimen individual, la deducción por doble imposición no resulta aplicable por vía del artículo 30.1. En relación con los 70 restantes, contabilizados como ingreso y eliminados definitivamente de la cuenta de resultados consolidada, la doble imposición se corrige automáticamente con la mera eliminación.

Para finalizar este análisis, y en consonancia con los escenarios planteados al hilo del ejemplo 2, examinaremos las consecuencias que, en el ámbito del régimen especial de consolidación, tendría para el socio la transmisión de su participación a un tercero, implicando ello la pérdida de control sobre la sociedad participada.

Desde una perspectiva contable, el artículo 31 del Real Decreto 1159/2010 establece el criterio a seguir para el registro del resultado derivado de la venta en tales supuestos¹⁷. Partiendo del hecho de que el socio habrá contabilizado como resultado la diferencia entre el valor de transmisión de la participación y su valor contable, el precepto referido exige una reclasificación, de forma que, con el fin de elaborar la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, el beneficio registrado en las cuentas individuales del inversor será eliminado y únicamente subsistirá el denominado beneficio a efectos consolidados (según lo dispuesto en la norma, *Resultado por la pérdida de control de participaciones consolidadas*).

Por lo que concierne al procedimiento de cálculo de la magnitud anterior, el artículo 31 del real decreto prevé la necesidad de calcular un nuevo valor contable de la participación que tenga en cuenta la evolución del patrimonio neto de la sociedad participada hasta la fecha de pérdida de

¹⁷ Concretamente, este precepto establece que «Cuando se produzca la pérdida de control de una sociedad dependiente se deberán observar las siguientes reglas: a) A los exclusivos efectos de la consolidación, el beneficio o la pérdida reconocida en las cuentas anuales individuales de la sociedad que reduce su participación, deberá ajustarse de acuerdo con los siguientes criterios: a.1) El importe que tenga su origen en las reservas en sociedades consolidadas generadas desde la fecha de adquisición, se reconocerá como reservas de la sociedad que reduce su participación. a.2) El importe que tenga su origen en los ingresos y gastos generados por la dependiente en el ejercicio hasta la fecha de pérdida de control deberán lucir según su naturaleza. a.3) El importe que tenga su origen en los ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto de la sociedad dependiente desde la fecha de adquisición, pendientes de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias consolidadas, se reclasificarán a la partida que corresponda según su naturaleza. [...] a.4) El beneficio o la pérdida que subsista después de practicar los citados ajustes se mostrará en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, con el adecuado desglose dentro de la partida "Resultado por la pérdida de control de participaciones consolidadas"».

control atribuible a la participación vendida. Así, el beneficio a efectos consolidados derivado de la venta se calculará como sigue: Valor de transmisión – [Precio de adquisición + P% (Reservas consolidadas + Resultado hasta fecha de enajenación + Ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto¹⁸)], siendo P% el porcentaje de participación que ha sido enajenado. El resultado derivado de la aplicación de esta fórmula dependerá de que en el activo del balance de la sociedad participada figuren, o no, elementos con plusvalías o minusvalías latentes. De no existir tales plusvalías o minusvalías, el beneficio a efectos consolidados será igual a cero. De existir, en las cuentas consolidadas se reconocerá como resultado, exclusivamente, el importe de las mismas.

Continuando con el ejemplo 3, si la entidad A decidiese proceder a la venta de su participación en B, tal operación supondría para la misma la generación de un beneficio de 70. Dicho resultado, registrado en las cuentas anuales individuales de la sociedad transmitente, se corresponde con la diferencia entre el valor de transmisión de la participación (que, de acuerdo con los datos del balance de la sociedad participada en la fecha de venta, se fijaría en 410) y su valor contable (que tras la operación de reducción de capital quedó reducido a 340).

Por lo que se refiere al beneficio a efectos consolidados, este se obtendrá a partir del cálculo de un nuevo valor contable que tome en consideración la evolución del patrimonio neto de B desde la fecha de la inversión hasta el momento de la transmisión de la participación, de conformidad con la fórmula anteriormente referida. En nuestro ejemplo, este nuevo valor contable será de 410, suma de dos factores: de un lado, el precio de adquisición corregido en el importe que fue registrado como menor valor de la participación poseída con motivo de la reducción de capital que se llevó a cabo en $n+2$ (340), y, de otro, el saldo de las reservas consolidadas en la fecha de la transmisión (70). Respecto a estas últimas, debemos tener presente que, aunque el beneficio neto generado por la sociedad participada desde la fecha de adquisición de la participación ha sido de 210, una parte del importe percibido por el socio con ocasión de la reducción realizada fue registrada como ingreso, por tener, de acuerdo con el criterio del ICAC, naturaleza análoga a la de un dividendo. Conforme a ello, se presume que una parte de estas reservas (en concreto, un total de 140) ya fue repartida en el ejercicio $n+2$, quedando reducido a 70 el saldo de dicha cuenta.

Partiendo del nuevo valor contable calculado según la metodología propuesta por el artículo 31 del Real Decreto 1159/2010, resulta que el beneficio a efectos consolidados es igual a cero (valor de transmisión = 410, nuevo valor contable = 410). Así pues, todo el resultado registrado en las cuentas individuales de la entidad A con motivo de la enajenación a tercero habrá de ser eliminado, ya que en la cuenta de resultados consolidada no debe lucir ningún beneficio como consecuencia de dicha operación¹⁹. Esta era, de acuerdo con las precisiones efectuadas líneas más arriba, una conclusión lógica, habida cuenta de que el valor contable y el valor de mercado de los elementos que figuran en el activo del balance de la sociedad B coinciden (esto es, no existen plusvalías o minusvalías latentes).

¹⁸ Por ejemplo las subvenciones.

¹⁹ En la práctica, podemos afirmar que la previsión sobre reclasificación y eliminación del beneficio derivado de la operación de venta, en los términos establecidos en el artículo 31 del real decreto, equivale a la deducción por doble imposición de plusvalías regulada en el artículo 30.5 de la norma fiscal y aplicable en régimen individual.

A tenor de lo expuesto en el párrafo anterior, los ajustes a elaborar en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias con el fin de preparar las cuentas anuales consolidadas, considerando los asientos registrados por el socio en sus cuentas individuales, serán los siguientes:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio (A)	70	
113	Reservas (A)		70

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo	70	
129	Resultado del ejercicio (saldo de A)		70

Desde un punto de vista fiscal, la eliminación del resultado contabilizado por el inversor como consecuencia de la venta determina la imposibilidad de aplicar la deducción por doble imposición por inexistencia de renta, requisito básico exigido en el artículo 30.1 para el recurso a dicho beneficio fiscal.

Una comparación entre la conclusión señalada en el párrafo precedente y la anteriormente planteada al hilo del ejemplo 2, para el caso de que el supuesto ahora descrito tuviese lugar en el marco del régimen de tributación individual, permite afirmar, de nuevo, que la aplicación del régimen especial de consolidación puede conducir, en determinadas circunstancias, a unas consecuencias más favorables para el sujeto pasivo. Así, en el caso de los grupos de sociedades que tributan de forma consolidada, la entrada en funcionamiento del mecanismo de las eliminaciones implica la no tributación del socio en ninguna de las fases analizadas: ni en el momento de la reducción de capital, cuando una parte del montante recibido se contabilizó como ingreso, ni en el momento de la venta de la participación. Siendo ello así, y a la vista de las dos posibles interpretaciones del artículo 72.3, parece que admitir la eliminación de la renta derivada de la reducción, por entender que la cláusula de no eliminación contenida en dicho precepto se aplica exclusivamente respecto de rentas con naturaleza de dividendo, constituye una opción más beneficiosa para el sujeto pasivo (en este caso, el grupo), frente al régimen de tributación individual, ya que contribuye a corregir la situación de doble imposición que efectivamente se produce²⁰. Por el contrario, de admitirse la eliminación sobre la base de una interpretación teleo-

²⁰ En este mismo supuesto, la aplicación del régimen de tributación individual determinaría la imposibilidad de recurrir a la deducción por doble imposición por expresa disposición del artículo 30.4 a), de forma que el socio se vería obligado a tributar sobre el importe de la renta obtenida. Como resultado de ello, la situación de doble imposición generada con motivo de la reducción de capital efectuada quedaría sin corregir.

lógica del segundo párrafo del artículo 30.4 a), al considerar equiparable la operación realizada a la reducción de capital y simultánea distribución de dividendos, el resultado alcanzado bajo el prisma de ambos regímenes de tributación sería idéntico, ya que la no tributación de la renta obtenida por el inversor (bien como resultado de aplicar la deducción por doble imposición, en el seno del régimen individual, o bien como consecuencia de su eliminación, en el ámbito de la tributación consolidada) permitiría la corrección de la doble imposición generada con motivo de la reducción de capital.

3.1.2. Adquisición de la participación por un precio inferior al valor nominal

Junto al caso previamente propuesto, cabe la posibilidad de que el socio adquiriera una participación en una sociedad por un precio inferior al importe del capital como consecuencia de que, en la fecha de adquisición, el balance de dicha entidad presente pérdidas procedentes de ejercicios anteriores.

De nuevo en estos supuestos, la operación de reducción de capital supondrá renta para el inversor en función de que la sociedad participada haya generado beneficios con posterioridad a la toma de la participación o, por el contrario, no lo haya hecho. En cualquier caso, la aplicación de las directrices del ICAC en este contexto conducirá a conclusiones muy similares a las planteadas en el epígrafe anterior.

a) La sociedad participada no genera beneficios con posterioridad a la adquisición

Régimen general

En caso de que la sociedad participada no haya generado beneficios entre la fecha de la inversión y la fecha de reducción de capital, las consecuencias contables y fiscales de la operación realizada serán las mismas que señalábamos al tratar el supuesto de que el socio hubiera adquirido la participación por un precio igual o superior al valor nominal.

Desde el punto de vista contable, la operación de reducción de capital no supondrá renta para el socio. Todo el importe percibido por este tendrá naturaleza de recuperación de la inversión y será registrado como menor valor de adquisición.

Desde una perspectiva fiscal, la inexistencia de una norma específica relativa a las operaciones de reducción de capital materializadas mediante entrega dineraria, conlleva la aceptación como válido del criterio defendido por el ICAC en sus consultas de diciembre de 1999 y marzo de 2008. Tal aceptación implica que la cuantía recibida por el inversor con ocasión de la reducción de capital minorará también a efectos fiscales el valor de adquisición de la participación. Asimismo, la no generación de renta determina la inaplicabilidad de la deducción por doble imposición y también, lógicamente, de la restricción contenida en el artículo 30.4 a).

EJEMPLO 4

Una sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100% en una sociedad B por importe de 790. El balance de la entidad B en la fecha de adquisición se encuentra estructurado como sigue:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
500	Bien	Capital	1.000
200	Tesorería	Resultados negativos de ejercicios anteriores	(210)
90	Créditos por pérdidas a compensar del ejercicio		

Las pérdidas que aparecen en el balance se generaron en el ejercicio n-1, dando lugar a la oportuna base imponible negativa en el Impuesto sobre Sociedades.

En el ejercicio n+1, la sociedad B decide efectuar una reducción de capital por importe de 200 que se materializará mediante la entrega al socio de una cantidad dineraria.

Por lo que respecta al ámbito contable, todo el importe percibido por el socio representa una recuperación parcial del coste de la inversión realizada inicialmente y, por tanto, debe contabilizarse como menor valor de adquisición de la participación. Consecuentemente, el valor contable de la misma, que también debe ser aceptado a efectos fiscales, pasará a ser de 590. Los asientos a practicar por las entidades implicadas en sus respectivas cuentas anuales individuales coinciden con los referidos en el ejemplo 2.

En el plano fiscal, dado que la reducción de capital no ha supuesto el afloramiento de ningún ingreso, no cabe discusión acerca de la justicia o injusticia de la restricción contenida en el apartado a) del artículo 30.4, que solo resulta de aplicación cuando la operación de reducción implique la obtención de renta para el socio. Además, como ya sabemos, si la deducción por doble imposición resulta inaplicable en este supuesto es, precisamente, por expresa disposición del artículo 30.1, que establece como requisito básico la integración de una renta en la base imponible del sujeto pasivo.

Régimen especial de consolidación fiscal

Suponiendo que las sociedades implicadas en la operación descrita en el ejemplo 4 estuvieran obligadas a presentar cuentas anuales consolidadas y, además, hubieran optado por tributar de acuerdo con el régimen especial de consolidación fiscal, la solución sería exactamente la misma que la propuesta para dicho ejemplo. Así, en la medida en que la reducción de capital realizada no ha implicado el afloramiento de una renta susceptible de eliminación, el hecho de que las

entidades A y B formen parte de un grupo que consolida contable y fiscalmente no determina la generación de ningún efecto distinto a los comentados.

b) *La sociedad participada genera beneficios con posterioridad a la adquisición*

Régimen general

Desde una perspectiva contable, las consecuencias derivadas de una operación de reducción de capital con devolución de aportaciones en metálico respecto de la que se cumple, por un lado, que el socio adquirió la participación por un precio inferior al valor nominal, y, por otro, que la sociedad participada ha generado beneficios con posterioridad a la adquisición, en nada difieren de las señaladas en el ejemplo 2 para aquellos supuestos en los que el precio satisfecho por el socio en el momento de compra de la participación igualaba o superaba su valor nominal. De igual modo sucede, aunque con ciertas matizaciones, desde el punto de vista fiscal. Lo comprobaremos mediante el recurso a un ejemplo.

EJEMPLO 5

Una sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100 % en una sociedad B por importe de 790. La entidad B presenta el siguiente balance en la fecha de adquisición:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Bien	Capital	1.000
600	Tesorería	Resultados negativos de ejercicios anteriores	(210)
90	Créditos por pérdidas a compensar del ejercicio		

Las pérdidas que aparecen en el balance se generaron en el ejercicio n-1, dando lugar a la oportuna base imponible negativa en el Impuesto sobre Sociedades.

En el ejercicio n+1, B obtiene un beneficio después de impuestos de 210. La entidad decide aplicar dicho beneficio a la compensación del resultado negativo procedente de ejercicios anteriores, quedando estructurado su balance como sigue:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
100	Bien	Capital	1.000
900	Tesorería		

En el ejercicio n+2, la sociedad B decide reducir en 800 la cifra de capital social, materializándose dicha reducción mediante la entrega al socio de un importe dinerario.

En el plano contable, y en virtud del criterio defendido por el ICAC, la reducción de capital realizada supondrá para el socio, de un lado, la recuperación de parte de su inversión, y, de otro, la obtención de un ingreso, que se identificará con su participación proporcional en el incremento de reservas de la sociedad participada desde la fecha de toma de la inversión.

De acuerdo con el procedimiento de cálculo descrito en la resolución de diciembre de 1999, la proporción que en este ejemplo representa la disminución de fondos propios (800) respecto al valor teórico contable de la participación antes de la reducción de capital (1.000) es del 80 %. Aplicando este porcentaje a la inversión inicial de 790 realizada por el socio, se obtiene el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital, en este caso 632, que será registrado como menor valor de adquisición de la participación. El exceso que representa el montante total percibido sobre la cuantía así calculada (168) constituirá para el inversor una renta.

La anotación contable a practicar por la sociedad participada en sus cuentas anuales individuales será la misma que la propuesta en el ejemplo 1. Así:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		800

Por su parte, el socio habrá registrado el siguiente asiento con motivo de la operación realizada:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	800	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		632
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo		168

Esta forma de proceder al registro de la operación por parte del inversor provocará que el valor contable de la participación tenida en la entidad B, que también debe ser aceptado a efectos fiscales, quede reducido a 158.

Por lo que concierne a la tributación del importe de 168 contabilizado como ingreso, el apartado a) del artículo 30.4 impide la aplicación de la deducción por doble imposición al supuesto de hecho descrito, de modo que el socio habrá de satisfacer el correspondiente impuesto sobre la renta generada en el mismo periodo impositivo de su obtención. Desde mi punto de vista, la

restricción referida resulta aquí plenamente justificada en la medida en que, si bien la sociedad B obtuvo en el ejercicio $n+1$ un beneficio antes de impuestos de 300, dicho beneficio fue destinado íntegramente a compensar una base imponible negativa pendiente. En consecuencia, no soportó una tributación efectiva, y, al no hacerlo, la aparición de un ingreso en sede del inversor con ocasión de la reducción de capital no da lugar a una situación real de doble imposición que sea necesario corregir. Podemos comprobar, por tanto, que, a diferencia de lo que sucedía en el caso de que la adquisición de la participación se hubiese realizado por un precio igual o superior a su valor nominal, en un supuesto como el ahora planteado la interpretación literal de la limitación establecida en el primer párrafo del artículo 30.4 a) se muestra conforme con el fundamento mismo de la deducción por doble imposición, con la razón de ser del artículo 30.4, y, en definitiva, con la interpretación teleológica de dicho precepto.

Junto al anterior, otro argumento que, en este contexto, vendría a reforzar la justicia de la prohibición contenida en el artículo 30.4 a), se encuentra relacionado con la correspondencia existente entre el ingreso de 168 que la reducción de capital implica para el socio y la pérdida que el anterior propietario experimentó al vender su participación a la entidad A. Partiendo de la premisa de que el socio transmitente ostentaba la participación en B desde su constitución, la enajenación de los títulos a la sociedad A determinó para el mismo la generación de una pérdida de 210 y, consecuentemente, un ahorro fiscal de 63 (valor de adquisición = capital = 1.000, valor de transmisión = 790). Ya en sede del nuevo socio, la operación de reducción de capital supone el afloramiento de un ingreso de 168, que viene a corresponderse con la mencionada pérdida. Si bien es cierto que, en este primer estadio, la renta generada con motivo de la reducción no alcanza el importe íntegro del resultado negativo obtenido por el anterior propietario de los títulos con ocasión de su venta, conviene tener presente que si, con posterioridad a la reducción, el actual socio decidiese enajenar la participación en el mercado por el valor contable de la misma el beneficio derivado de dicha transmisión sería de 42 (valor contable = 158, valor de transmisión = 200). Sumando este resultado al importe del ingreso asociado a la reducción de capital se obtiene un beneficio conjunto de 210, que, ahora sí, viene a coincidir íntegramente con la pérdida asociada a la venta inicial de la participación. Resulta preciso destacar, asimismo, que el socio A habrá tributado por dicho beneficio en su totalidad: sobre 168 en el ejercicio de la reducción de capital, como consecuencia de la restricción establecida en el artículo 30.4 a), y sobre 42 en el ejercicio de la transmisión, dado que el artículo 30.5 de la norma fiscal determina la imposibilidad de aplicar la deducción por doble imposición sobre plusvalías de fuente interna «respecto de la parte del incremento neto de los beneficios no distribuidos que corresponda a rentas no integradas en la base imponible de la entidad participada debido a la compensación de bases imponibles negativas».

Régimen especial de consolidación fiscal

Las consecuencias de una operación de reducción de capital con devolución de aportaciones respecto de la que se cumple: a) que el socio adquirió la participación por un precio inferior al valor nominal, b) que la sociedad participada ha generado beneficios con posterioridad a la fecha de la inversión y c) que ambas sociedades forman parte de un grupo que consolida conta-

ble y fiscalmente, son en esencia las mismas que las comentadas al hilo del ejemplo 3, donde suponíamos que, cumpliéndose las condiciones b) y c) señaladas, el socio adquiriría la participación por un precio igual o superior al valor nominal.

EJEMPLO 6

Suponemos la misma información que la proporcionada en el ejemplo 5, con la particularidad de que las sociedades A y B forman parte de un grupo que está obligado a presentar cuentas anuales consolidadas y, además, ha optado por tributar según el régimen especial de consolidación fiscal.

Al igual que en el ejemplo 5, la aplicación del criterio del ICAC al supuesto de hecho planteado determina la necesidad de desglosar el montante de 800 percibido por el socio como consecuencia de la reducción de capital en dos partes: un importe de 632 se identifica con el coste de las acciones correspondientes a la reducción, mientras que los restantes 168 tienen naturaleza de renta.

Desde el punto de vista del régimen de consolidación contable, esta última cantidad, registrada como ingreso, debe ser objeto de eliminación con carácter definitivo, en los mismos términos que si de un dividendo interno se tratara. Los ajustes pertinentes en el balance y en la cuenta de resultados consolidada coinciden con los señalados en el ejemplo 3.

Por lo que se refiere al plano fiscal, el tratamiento que debe darse al ingreso contabilizado por el socio dependerá, exclusivamente, de la interpretación que se haga del artículo 72.3, de tal modo que procederá la eliminación o la no eliminación de dicho ingreso según se entienda que el supuesto descrito en el apartado a) del artículo 30.4 queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 72.3 o, por el contrario, también se ve afectado por la cláusula de no eliminación contenida en dicho precepto.

En caso de no admitirse la eliminación de la renta derivada de la reducción de capital, por considerar que el artículo 72.3 resulta también aplicable respecto de este tipo de operaciones, el régimen especial de consolidación fiscal no desplegará ninguno de los efectos que le son propios, de tal modo que la reducción efectuada tendrá las mismas implicaciones que las descritas para el régimen individual en el ejemplo 5.

Por su parte, el hecho de considerar procedente la eliminación del ingreso de 168 registrado en las cuentas individuales de la entidad A conduce, como consecuencia inmediata, a la inaplicación de la deducción por doble imposición de dividendos por expresa disposición del artículo 30.1, si bien lo cierto es que la misma no resulta necesaria en la medida en que el efecto conseguido con la eliminación es, precisamente, que dicho ingreso quede libre de tributación. En mi opinión, esta consecuencia carece absolutamente de fundamento si tenemos en cuenta que el beneficio del que procede la renta generada para el socio con motivo de la reducción de capital no

tributó efectivamente en sede de la sociedad B por haberse destinado a la compensación de una base imponible negativa pendiente. Así, dado que dicha renta no tributó en B cuando se obtuvo, no tributará en el socio en el ejercicio de la reducción, ni lo hará en el futuro como consecuencia del carácter definitivo de la eliminación practicada, la alternativa de interpretación basada en la inaplicación del artículo 72.3 respecto de rentas que no tienen naturaleza de dividendo, como es el caso de las derivadas de una reducción de capital, genera, a mi juicio, un resultado indeseado de desimposición. La obtención de dicho resultado permite afirmar, a su vez, y sin lugar a dudas, que la opción por el referido criterio interpretativo determina la posibilidad de alcanzar unas consecuencias más favorables en el seno de los grupos de sociedades que han escogido tributar de forma consolidada frente a aquellos otros que no han ejercido esta opción.

Una vez planteadas las consecuencias asociadas a cada uno de los posibles criterios de interpretación del artículo 72.3, considero conveniente matizar en este punto que, a diferencia de lo que sucedía en el ejemplo 2, en supuestos como el descrito en el ejemplo 6 no resulta posible defender la eliminación vía interpretación extensiva del segundo párrafo del artículo 30.4 a), que, recordemos, contiene una excepción a la restricción básica establecida en dicho precepto, de tal modo que, de resultar aplicable, determinaría la posibilidad de recurrir a la deducción por doble imposición y, con ello, la inaplicación de la cláusula de no eliminación contenida en el artículo 72.3. El motivo que justifica la imposibilidad de emplear tal criterio en este caso se encuentra en el hecho de que el beneficio generado por la sociedad participada entre la fecha de adquisición de la participación y la fecha en la que se reduce capital (de donde se entiende que procede una parte del importe percibido con motivo de la reducción) ha sido destinado íntegramente a compensar una base imponible negativa pendiente y, por tanto, no ha soportado una tributación efectiva. Siendo ello así, la inexistencia de doble imposición justifica la irracionalidad de defender la aplicación de la deducción por doble imposición en este caso.

3.2. REDUCCIÓN DE CAPITAL MATERIALIZADA MEDIANTE ENTREGA DE BIENES

Además de consistir en la entrega de una suma dineraria, la reducción de capital puede materializarse mediante la entrega al socio de uno o varios bienes. Esta posibilidad aparece expresamente contemplada en la Consulta 2 del ICAC de diciembre de 1999 –BOICAC 40– (NFC010555), que, al hacer referencia a la reducción de capital con devolución de aportaciones, prevé tanto la devolución monetaria como la devolución mediante entrega de «algún elemento patrimonial o grupo de elementos patrimoniales distintos de la tesorería, cualquiera que fuese su naturaleza».

Por lo que respecta a los efectos derivados de este tipo de operaciones (a las que comúnmente se hace referencia con la denominación de reducción de capital en especie), conviene matizar que, aunque en la consulta de 1999, el ICAC no resuelve expresamente la cuestión, sí proporciona las herramientas para hacerlo al establecer que, con independencia de la naturaleza del bien o bienes recibidos, resultará aplicable «con carácter general, el tratamiento contable de las permutas

recogido en la Resolución de este Instituto, de 30 de julio de 1991, por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material». En consonancia con esta remisión, la reducción de capital materializada mediante entrega de bienes queda equiparada en el ámbito contable a la operación de permuta, debiendo regirse por los mismos criterios de valoración y registro de esta última.

Inicialmente, el ICAC reguló el tratamiento contable aplicable a las permutas en la mencionada consulta de 1991, que las contemplaba como una forma especial de adquisición del inmovilizado material en el apartado 2 de su Norma Primera. Como criterio básico de valoración de dichas operaciones, la resolución aludida establecía que «El inmovilizado recibido se valorará de acuerdo al valor neto contable del bien cedido a cambio, con el límite del valor de mercado del inmovilizado recibido si este fuera menor». Así pues, al registrarse en balance el bien recibido por el mismo valor por el que se daba de baja el bien entregado, la operación realizada no suponía la generación de renta alguna. Esta norma de registro contable fue observada hasta el día 1 de enero del año 2008, fecha en que se produjo la entrada en vigor del nuevo PGC y, con él, de un importante cambio en relación con este tipo de operaciones, que pasaron de constituir una sola categoría con un tratamiento único, pues todas las permutas eran iguales a efectos contables, al clasificarse en dos categorías distintas según la naturaleza de los bienes intercambiados, cada una de ellas regida por sus propias normas de registro y valoración²¹.

Por lo que atañe a esta nueva regulación, resulta preciso señalar, en primer lugar, que el PGC 2008 mantuvo el tratamiento genérico conferido a las permutas bajo la vigencia del plan anterior, al que acabamos de referirnos, si bien la aplicación de dicho tratamiento preexistente quedó limitada a un determinado tipo de operación, a la que se llamó «permuta no comercial». Por otro lado, se creó una figura nueva que recibió la denominación de «permuta comercial», a la que se atribuyó un tratamiento contable sustancialmente distinto del que hasta entonces se había venido aplicando. En virtud de este nuevo tratamiento, el bien recibido en el marco de una

²¹ En su introducción, el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, establece que «La última modificación relevante en esta norma se produce en el criterio para contabilizar las permutas de inmovilizado material. Se diferencian las permutas de carácter comercial de las que no lo son, identificando las primeras por el indicio de que los flujos de caja esperados del activo recibido difieren significativamente de los del entregado [...]». En cuanto a la forma de proceder al registro contable de estas operaciones, la 2.ª Norma de Registro y Valoración contenida en dicho plan, referida al inmovilizado material, dispone, en su epígrafe 1.3, que «En las operaciones de permuta de carácter comercial, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor razonable del activo entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, salvo que se tenga una evidencia más clara del valor razonable del activo recibido y con el límite de este último. Las diferencias de valoración que pudieran surgir al dar de baja el elemento entregado a cambio se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias. Se considerará que una permuta tiene carácter comercial si: a) La configuración (riesgo, calendario e importe) de los flujos de efectivo del inmovilizado recibido difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o b) El valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta, se ve modificado como consecuencia de la operación. [...] Cuando la permuta no tenga carácter comercial o cuando no pueda obtenerse una estimación fiable del valor razonable de los elementos que intervienen en la operación, el inmovilizado material recibido se valorará por el valor contable del bien entregado más, en su caso, las contrapartidas monetarias que se hubieran entregado a cambio, con el límite, cuando esté disponible, del valor razonable del inmovilizado recibido si este fuera menor».

permuta comercial debe ser registrado en balance por su valor razonable, de modo tal que, en la medida en que este valor difiera de aquel por el que se da de baja el elemento entregado, dicha operación sí dará lugar al surgimiento de un resultado que habrá de ser registrado contablemente en la oportuna cuenta de ingresos.

Al hilo de los cambios introducidos por el nuevo PGC, el ICAC se vio abocado, en el momento de reafirmarse en el criterio defendido en su consulta de 1999 en el ámbito de las operaciones de reducción de capital, a efectuar las precisiones oportunas. En lo referente a las permutas, la adaptación requería incorporar a las directrices iniciales la nueva regulación existente, y así se hizo en la Consulta 6 del BOICAC 74, de junio de 2008 (NFC030182), en virtud de la cual «La cita al criterio aplicable en las operaciones de permuta también se considera vigente pero adaptada al nuevo tratamiento que el PGC establece para estas operaciones, diferenciando entre permutas comerciales y no comerciales²².»

A mi parecer, uno de los principales problemas que plantea la aplicación del tratamiento contable de las permutas a las operaciones de reducción de capital en especie radica en determinar cuándo estas últimas pueden ser calificadas como permuta comercial y cuándo como permuta no comercial. Este inconveniente es resuelto, al menos aparentemente, por el propio ICAC en la citada consulta de 2008, al establecer que se presumirá «como no comercial la permuta cuando la sociedad receptora participe en la práctica totalidad del capital de la sociedad transmitente». Al respecto de lo dispuesto en esta resolución, conviene destacar que el elevado grado de vaguedad e imprecisión que caracteriza a la expresión «práctica totalidad», unido al hecho de que el propio Instituto no haya aclarado todavía el alcance y significado de la misma, son dos factores generadores de incertidumbre que contribuyen a explicar la dificultad asociada a la determinación del tratamiento contable que debe darse a las reducciones de capital que se materializan mediante entrega de bienes al socio. En mi opinión, la falta de claridad asociada a esta temática debe permitirnos defender que, en la medida en que el ICAC no se pronuncie expresamente sobre la cuestión con el fin de arrojar un poco de luz, el criterio establecido en la resolución de 2008 es susceptible de posibles interpretaciones²³.

²² Al respecto del nuevo tratamiento contable aplicable a las operaciones de permuta, considero oportuno matizar que el contenido del PGC 2008 ha sido objeto de desarrollo, a los efectos que aquí nos interesan, por la Resolución de 1 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias. Por lo que se refiere a las permutas como forma especial de adquisición del inmovilizado material, la consulta indicada se limita a desarrollar el contenido del PGC 2008 sin introducir ninguna modificación en relación con el criterio aplicable. La resolución distingue, así, entre permutas comerciales y no comerciales, al tiempo que especifica la forma en que debe procederse al registro contable de cada una de ellas. La única novedad en este ámbito viene dada por la precisión relativa a las que pueden ser denominadas permutas «parciales», no contempladas expresamente en el nuevo PGC, y que, según lo dispuesto en la propia consulta, son «aquellas en las que se recibe o entrega efectivo y un elemento del inmovilizado», que, «con carácter general, se presumirán comerciales, salvo que el componente monetario de la transacción fuese insignificante en comparación con el componente no monetario».

²³ En otras resoluciones posteriores, como ocurre en la Consulta 10 del BOICAC 85, de marzo de 2011 (NFC040277), el ICAC vuelve a hacer uso de esta expresión sin ofrecer ninguna pista sobre su posible interpretación.

Con relación al tratamiento que, desde una perspectiva estrictamente fiscal, deben recibir las referidas operaciones de reducción de capital, establece el artículo 15.4 que «En la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor normal de mercado de los elementos recibidos sobre el valor contable de la participación». De acuerdo con lo dispuesto en este precepto, por tanto, el tratamiento previsto por la LIS para las reducciones de capital en especie coincide con el establecido por el PGC 2008 para las permutas comerciales: el elemento o elementos recibidos se registrarán por su valor de mercado (o valor razonable en el ámbito contable) y la participación anulada será dada de baja en el balance por su valor neto contable²⁴.

A continuación, nos centraremos en analizar las consecuencias contables y fiscales de las operaciones de reducción de capital materializadas mediante entrega de bienes desde el punto de vista del socio, por un lado, y desde el punto de vista de la sociedad participada, por otro. En estos casos, la identificación de efectos en la sociedad que reduce capital sí resulta interesante en la medida en que dicha operación puede suponer para ella la generación de una renta, a diferencia de lo que ocurría en las reducciones de capital consistentes en la entrega al socio de un importe dinerario.

3.2.1. Efectos para el socio

En el plano fiscal, los efectos para el socio de una operación de reducción de capital en especie se encuentran tasados, sin distinción de casos, en el artículo 15.4 de la LIS. Por su parte, las consecuencias contables asociadas a dicha operación dependerán de la naturaleza que haya de atribuirse a la misma, de acuerdo con el criterio defendido por el ICAC en su consulta de junio de 2008. Así, el grado de participación del inversor en la sociedad que reduce capital determinará la consideración de la operación como permuta comercial o no comercial y, en consecuencia, los efectos que la misma debe desplegar. La posibilidad de atribuir tratamientos contables distintos a dos operaciones de análoga naturaleza nos obliga a analizar por separado ambos supuestos.

a) El socio inversor participa en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad participada

Régimen general

Contablemente, una reducción de capital materializada mediante entrega de bienes tendrá la consideración de permuta no comercial desde el punto de vista del socio en aquellos casos en los que este participe en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad participada. Cuándo tiene lugar esta circunstancia es algo pendiente de determinar, si bien la falta de pronunciamiento del

²⁴ Esta idea se desprende también del contenido del artículo 15.2, que contiene una mención genérica a la necesaria valoración de las operaciones de permuta a valor de mercado, y del 15.3, referido a los efectos para la sociedad transmitente de las operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones.

ICAC sobre esta cuestión nos permite afirmar que, en principio, cualquier interpretación razonable debe ser admitida como válida. Así, por ejemplo, la DGT ofrece un criterio interpretativo en su Consulta vinculante V1324/2012, de 18 de junio (NFC044726), al considerar cumplido este requisito en el caso del socio que ostenta una participación del 90 %²⁵.

Desde una perspectiva fiscal, la LIS confiere a este tipo de operaciones el mismo tratamiento previsto en el ámbito contable para las permutas comerciales, con independencia de cuál sea el porcentaje de participación del inversor en la sociedad que reduce capital.

De conformidad con lo expuesto, si, ante una determinada reducción de capital en especie, concluyéramos que, efectivamente, el socio participa en la «práctica totalidad» del capital de la entidad que realiza dicha operación, las diferencias de regulación entre la norma contable y la norma fiscal supondrán la aparición de discrepancias entre el resultado contable y la base imponible y, por tanto, la necesidad de practicar ajustes que adecuen ambas magnitudes. Lo comprobaremos mediante el recurso a un ejemplo.

EJEMPLO 7

Una sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100 % en una sociedad B por importe de 790. La entidad B presenta el siguiente balance en la fecha de adquisición:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
800	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
200	Tesorería	Resultados negativos de ejercicios anteriores	(210)
90	Créditos por pérdidas a compensar del ejercicio	Pasivo	300

Las pérdidas que aparecen en el balance se generaron en el ejercicio n-1, dando lugar a la oportuna base imponible negativa en el Impuesto sobre Sociedades²⁶.

²⁵ En la referida consulta, concretamente en el apartado Descripción-Hechos, introduce la DGT a la sociedad G, indicando que esta participa en el 90 % del capital de J. A continuación, señala este órgano que «En relación con la contabilización de las operaciones, se utilizarán los criterios establecidos en la Consulta 10 del BOICAC número 85 (NFC040277), teniendo en cuenta que la operación de reducción de capital en J con devolución de aportaciones a G se contabilizará como una permuta no comercial».

²⁶ Partimos de la premisa de que el socio adquiere la participación por un precio inferior al valor nominal para construir así un ejemplo más completo.

En el ejercicio $n+1$, B obtiene un beneficio antes de impuestos de 300. La entidad decide aplicar dicho beneficio a la compensación del resultado negativo de 210 procedente de $n-1$, quedando estructurado su balance de la siguiente forma:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
800	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
500	Tesorería	Pasivo	300

En el ejercicio $n+2$, la sociedad B efectúa una reducción de capital por importe de 800 que se materializará mediante la entrega al socio del terreno que figura en balance.

Desde el punto de vista contable, la reducción de capital planteada en este ejemplo desplegará los efectos propios de la permuta no comercial, tal y como dispone el ICAC en su resolución de junio de 2008, pues, al haber adquirido el socio A una participación del 100 % en B, no cabe duda de que participa en la «práctica totalidad» de su capital social. Así pues, A contabilizará el bien recibido por el «valor neto contable del bien cedido a cambio», esto es, por el mismo valor por el que dará de baja la participación anulada, de modo que dicha operación no supondrá para él la generación de renta alguna. Por lo que respecta a dicho valor, el hecho de que la entidad participada haya generado beneficios con posterioridad a la toma de la inversión por parte de A determina la exigencia de tener presente la metodología de cálculo propuesta por el ICAC en su consulta de 1999, en virtud de la cual se resuelve que el coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital es de 632²⁷.

En consonancia con lo anterior, el asiento contable a practicar por el inversor en sus cuentas anuales individuales será el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	632	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo		632

Desde una perspectiva fiscal, por el contrario, la reducción de capital sí supondrá para el socio el afloramiento de un resultado, dado que el artículo 15.4 de la LIS le obliga a integrar en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado del bien que recibe y el valor contable de la participación. La necesidad de reconocer en la base imponible del sujeto pasivo un resultado que no se encuentra contabilizado (fruto de la diferencia de criterios entre el ámbito contable y el fiscal) conduce a la necesidad de practicar un ajuste positivo al resultado contable. Por lo que se

²⁷ Véase ejemplo 5.

refiere a la cuantificación de dicho ajuste, un análisis conjunto de la norma fiscal, del PGC y de las distintas resoluciones del ICAC relacionadas con esta cuestión, nos lleva a afirmar que no se trata de una tarea exenta de dificultades. Conviene destacar, en este sentido, que, si bien a priori podríamos entender que el ajuste extracontable a practicar por el socio debe ser de 100, pues esta es la diferencia entre el valor de mercado del terreno recibido (800) y el valor de adquisición de la participación (700), una pretensión de coherencia nos debe llevar a la búsqueda de la identidad entre el valor contable al que alude el PGC y el valor contable al que se refiere la LIS. De acuerdo con ello, entiendo que, en este caso, lo razonable consiste en aceptar también a efectos fiscales el valor calculado en el ámbito contable de acuerdo con las directrices del ICAC, de tal modo que, en mi opinión, el importe del ajuste debería ascender a 168 (coincidente con la diferencia entre el valor de mercado del terreno que se recibe con motivo de la reducción -800- y el valor por el que la inversión ha sido anulada contablemente -662-).

Con relación a la tributación de dicho ingreso, tal y como comentábamos al hilo del ejemplo 5, una lectura literal del artículo 30.4 a) determina la imposibilidad de recurrir a la deducción por doble imposición. La inaplicación de dicho beneficio fiscal en el supuesto de hecho planteado viene exigida, además, por las propias circunstancias concurrentes, por lo que se detecta una coincidencia plena entre la interpretación literal y la interpretación teleológica del precepto mencionado. Así, debemos tener presente que el beneficio obtenido por la sociedad B en el ejercicio $n+1$, del que se presume que se distribuye una parte con ocasión de la reducción de capital, se destinó íntegramente a compensar una base imponible negativa procedente de un ejercicio anterior, de forma que no soportó una tributación efectiva en el seno de dicha entidad. Como resultado de ello, la renta de 168 que aflora en el inversor con motivo de la reducción realizada tributará en sede del mismo por vez primera, quedando perfectamente justificada la restricción a la aplicación de la deducción por doble imposición.

Régimen especial de consolidación fiscal

Suponiendo que las sociedades implicadas en la operación de reducción de capital descrita en el ejemplo 7 formaran parte de un grupo de sociedades que, además de estar obligado a presentar cuentas anuales consolidadas, hubiera optado por la tributación conforme al régimen especial de consolidación fiscal, las consecuencias serían similares a las descritas en la resolución del ejemplo 6, con la particularidad, en este caso, del distinto tratamiento contable y fiscal previsto para dicha operación.

Desde el punto de vista contable, al ser equiparada a la permuta no comercial, la reducción de capital efectuada no determinará el afloramiento de ningún ingreso en sede del inversor. Como bien es sabido, el hecho de que no exista renta susceptible de eliminación justifica que no resulte necesario practicar ningún ajuste a la hora de elaborar la cuenta de resultados consolidada. A nivel de balance, sin embargo, sí será preciso realizar un asiento de eliminación, puesto que la reducción de capital ha supuesto un efectivo desplazamiento de inmovilizado desde la sociedad B hacia el socio A. Teniendo en cuenta las anotaciones contables recogidas por cada una de

estas entidades en sus respectivas cuentas individuales, considero que la eliminación en balance debe consistir en un aumento del valor del terreno que posee el socio (de manera que dicho inmovilizado mantenga la valoración que tenía antes de la reducción, tal y como si la misma no se hubiera realizado) y en un abono correlativo a la cuenta de reservas de la sociedad participada:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	168	
113	Reservas (B)		168

En el plano fiscal, la aplicación del artículo 15.4 a la operación descrita conduce al reconocimiento de una renta en las cuentas individuales del socio y, con ello, a la puesta en marcha del mecanismo de las eliminaciones propio del régimen especial de consolidación. En este ámbito, el ingreso imputado constituye, al menos en principio, un resultado abocado a la eliminación, si bien la procedencia de la misma dependerá, al igual que en ejemplos anteriores, de la interpretación que se haga del artículo 72.3. Así, de considerar aplicable dicho precepto al supuesto de hecho planteado, por entender que el mismo no circunscribe su ámbito de aplicación únicamente al caso de rentas con naturaleza de dividendo, lo que procederá es la no eliminación del ingreso percibido, de tal modo que la opción por este criterio interpretativo determina que los efectos derivados de la reducción coincidan plenamente con los comentados en el ejemplo 7 para el régimen de tributación individual. Por su parte, interpretar el artículo 72.3 en el sentido de negar la aplicabilidad de la cláusula de no eliminación en él contenida a los supuestos contemplados en el artículo 30.4 a), conducirá a la eliminación de la renta generada con carácter definitivo, lo que, desde mi punto de vista, generará un efecto indeseado de desimposición, en los términos descritos en el ejemplo 6²⁸.

b) El socio inversor no participa en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad participada

De lo establecido por el ICAC en su consulta de junio de 2008 se deduce, por exclusión, que la operación de reducción de capital en especie tendrá naturaleza de permuta comercial en aquellos casos en los que el socio inversor no participe en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad que realiza dicha operación. De concurrir tal circunstancia, lo cual no resulta fácil de determinar habida cuenta de la imprecisión del criterio fijado en dicha resolución, los efectos de tal reducción en el plano contable coincidirán con los previstos por la norma fiscal para este mismo supuesto.

Partiendo de la equivalencia entre tratamiento contable y fiscal, las consecuencias que en uno y otro ámbito desplegará la operación descrita coinciden con las previstas para la reducción de capital materializada mediante entrega dineraria en todos los escenarios planteados (apartados

²⁸ Téngase en cuenta que, a pesar de no haber sido contabilizada, dicha renta forma parte de la base imponible individual del socio A como consecuencia de la realización de un ajuste positivo al resultado contable.

3.1.1 y 3.1.2). De igual modo, suponiendo que la sociedad que reduce capital y el socio que ve anulada su participación forman parte de un grupo de sociedades que consolida contable y fiscalmente, nos remitimos a lo establecido en tales apartados.

3.2.2. Efectos para la sociedad participada

Régimen general

A diferencia de aquellos supuestos en los que la reducción de capital se realiza mediante una entrega dineraria, que pueden suponer o no un ingreso para el socio pero nunca para la sociedad participada, una operación de reducción de capital que se materializa mediante entrega de bienes puede implicar, además de la generación de una renta en sede del inversor, la obtención de un beneficio para la entidad que reduce capital. Esta posibilidad es prevista y admitida por el propio artículo 15.3 de la norma fiscal, al establecer que, en el marco de este tipo de operaciones, «la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable».

Suponiendo que la operación realizada únicamente determina el afloramiento de un ingreso para el socio, en nada diferirá la situación respecto a la comentada en apartados anteriores, de modo que, en dicho caso, todos los argumentos defendidos previamente resultan trasladables a este punto. Por su parte, de darse la circunstancia de que la reducción de capital efectuada genere renta para las dos entidades implicadas en la operación, la identificación de las consecuencias fiscales derivadas de la misma requeriría analizar la situación desde el punto de vista de cada una de las partes.

De un lado, la renta obtenida por la sociedad participada habrá de tributar en el momento de la transmisión al socio, pues será entonces cuando afloren las plusvalías latentes del patrimonio entregado. En esta primera instancia se genera una renta pero no un supuesto de doble imposición, ya que la operación inicial de constitución de capital o de constitución de la prima de emisión no supuso tributación alguna para esta entidad, por lo que será ahora cuando dicha renta tribute por vez primera.

Por otro lado, parece, al menos en principio, que también el socio perceptor deberá satisfacer el correspondiente impuesto sobre el ingreso generado en el mismo ejercicio de su obtención, ya que la aplicación literal del artículo 30.4 a) conduce a la inaplicación de la deducción por doble imposición sobre las rentas derivadas de la reducción de capital. Ahora bien, en la medida en que, como consecuencia de la operación realizada, tanto la sociedad como el socio han obtenido una renta y, además, ambos deben tributar por ella en el mismo periodo impositivo, resulta lícito cuestionarnos si, en tal supuesto, se produce una situación real de doble imposición que sea necesario corregir. La complejidad que entraña el asunto referido nos invita, de nuevo, a proponer un ejemplo numérico para una mejor comprensión.

EJEMPLO 8

Una sociedad A adquiere, en el ejercicio n, una participación del 100% en la sociedad B por importe de 650. La entidad B presenta el siguiente balance en la fecha de adquisición:

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
500	Terrenos y bienes naturales	Capital	1.000
300	Tesorería	Resultados negativos de ejercicios anteriores	(350)
150	Créditos por pérdidas a compensar del ejercicio	Pasivo	300

Las pérdidas que aparecen en el balance proceden de una base imponible negativa obtenida en el ejercicio n-1.

En el ejercicio n+1, B obtiene un beneficio antes de impuestos de 500 que, al ser objeto de compensación con la base imponible negativa obtenida en n-1, no tributará en sede de dicha entidad. Además, en dicho ejercicio, se produce la revalorización del terreno que aparece en el activo del balance, alcanzando este un valor de mercado de 700.

En el ejercicio siguiente, n+2, la sociedad B decide reducir capital por importe de 700, materializándose esta reducción mediante la entrega al socio A del terreno revalorizado.

Contablemente, el registro de la operación en las cuentas individuales de la sociedad que reduce capital se realizará en la forma prevista por el ICAC en la Consulta 2 del BOICAC 55, de septiembre de 2003 (NFC018337), en virtud de la cual «se deberá cargar la partida del capital suscrito por el importe del valor nominal de las participaciones sociales afectadas por la reducción, y la diferencia, positiva o negativa, entre el nominal de las acciones más las reservas que le correspondan y el valor por el que se ha pactado el reembolso, que será una deuda con el socio, se imputa a una partida de reservas. [...] Adicionalmente, si el pago de la mencionada deuda se efectúa mediante la entrega de activos no monetarios, podrá producirse, en su caso, el correspondiente resultado». De acuerdo con el criterio defendido en la resolución indicada, el asiento contable que habrá de realizar la sociedad participada en sus cuentas anuales individuales con motivo de la reducción de capital es el siguiente:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital	700	
210	Terrenos y bienes naturales		500
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		200

Desde el punto de vista fiscal, de igual modo, al materializarse la operación mediante la entrega al socio de un bien cuyo valor de mercado supera su valor contable, la aplicación del artículo 15.3 implica para la sociedad participada la obligación de tributar, en el mismo ejercicio de la reducción, sobre un beneficio de 200 (correspondiente con la plusvalía latente del terreno entregado). En la medida en que dicho importe se encuentra contabilizado como ingreso en la cuenta de resultados de la citada entidad, el mismo será incorporado a la base imponible sin necesidad de realizar ningún ajuste extracontable²⁹. Conviene señalar, asimismo, que el beneficio neto generado (que quedará reducido a 140 una vez que la entidad B haya satisfecho el impuesto correspondiente) permanecerá en sede de la sociedad participada, inmovilizado en una cuenta de reservas, en tanto esta no decida proceder al reparto de dividendos con posterioridad a la operación de reducción de capital.

Por otro lado, la reducción de capital efectuada también supondrá para el socio el afloramiento de una renta, dado que este adquirió su participación en B por un precio inferior a su valor nominal. El importe de dicha renta vendrá dado, a tenor de lo establecido en el artículo 15.4, por la diferencia entre el valor de mercado del terreno (700) y el valor contable de la participación. A su vez, para la cuantificación de este último debe tenerse en cuenta el criterio definido por el ICAC en su consulta de 1999, de tal forma que el inversor habrá de contabilizar un montante de 455 como menor valor de adquisición. El resto hasta el valor de mercado del bien recibido (245) constituye un ingreso, que, en principio, debe ser objeto de tributación, dado que el apartado a) del artículo 30.4 veda expresamente la aplicación de la deducción por doble imposición en estos supuestos³⁰.

Partiendo del hecho de que la reducción de capital realizada en $n+2$ determina la obtención de un ingreso para cada una de las sociedades implicadas en dicha operación podría parecer injustificada la prohibición a la aplicación de la deducción establecida en el artículo 30.4 a), puesto que, en apariencia, tal restricción obliga al inversor a satisfacer el pertinente impuesto sobre el importe de un resultado que ya ha sido sometido a tributación efectiva en sede de la sociedad B³¹. Debemos tener presente, no obstante, que la renta generada para el socio A con motivo de la reducción

²⁹ Con el fin de determinar el beneficio derivado de la reducción de capital para la sociedad participada, obviamos en este trabajo el efecto producido por la depreciación monetaria.

³⁰ Desde el punto de vista del socio, la reducción de capital realizada tiene naturaleza de permuta no comercial, ya que, al poseer el 100 % de la sociedad B, es evidente que sí participa en la «práctica totalidad» de su capital social. De acuerdo con esta calificación, no contabilizará en sus cuentas individuales ningún ingreso con motivo de la operación. La discrepancia entre el criterio contable y el fiscal conduce, en los términos comentados al hilo del ejemplo 7, a la necesidad de practicar un ajuste extracontable positivo por el importe de la diferencia entre el valor de mercado del terreno recibido (700) y el valor contable de la participación anulada (455).

³¹ En consonancia con esta idea, a mi juicio desacertada, GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. considera que, en supuestos como este, «el socio podrá aplicar la deducción por doble imposición tomando como base el importe de dicha renta –la obtenida por la sociedad participada– en la medida en que se corresponda con la que, en su caso, el socio haya tenido que integrar en su base imponible, salvo que esta última sea inferior» [ob. cit., pág. 325].

de capital no proviene del beneficio derivado de dicha operación para la entidad B, ya que, este último, en la medida en que no es objeto de reparto, permanece en la propia sociedad participada en una cuenta de reservas. El auténtico origen del ingreso de 245 obtenido por la entidad A en este contexto se encuentra en el beneficio de 500 previamente generado por B en el ejercicio $n+1$, que, de hecho, al haber sido destinado a la compensación de una base imponible negativa pendiente, no ha soportado tributación alguna en el seno de dicha sociedad.

De conformidad con lo expuesto, considero oportuno señalar que, en mi opinión, la única conclusión posible que podemos extraer es que, aun dándose la circunstancia de que la reducción de capital haya supuesto el afloramiento de una renta para las dos entidades que intervienen en la operación, tal hecho no deriva en la generación de una doble imposición efectiva que sea necesario corregir, de forma que la restricción contenida en el artículo 30.4 a) resulta, en este sentido, totalmente razonable. Cuestión distinta es que, en un ejercicio posterior, B decidiese repartir entre los socios el beneficio neto de 140 derivado de la entrega del terreno en el marco de la operación de reducción previamente efectuada, en cuyo caso, dado que el dividendo percibido por el socio A procedería de un resultado que ya tributó en sede de la entidad participada en el momento de su obtención, sí se pondría de manifiesto una situación de doble imposición que vendría a justificar la aplicación de la deducción en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 30.

Obsérvese, por otro lado, al igual que comentábamos al hilo del ejemplo 5, que el beneficio de 245 obtenido por la sociedad A con motivo de la reducción de capital viene a corresponderse, aunque no íntegramente en este primer estadio, con el resultado negativo de 500 (y consiguiente ahorro fiscal de 150) obtenido por el anterior propietario de la participación con ocasión de su venta. Este argumento viene a reforzar todavía más la justicia de la restricción contenida en el artículo 30.4 a).

En contraposición a lo defendido en párrafos anteriores, algunos autores, e incluso la propia DGT, han optado por recurrir al párrafo tercero del artículo 30 para fundamentar la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición respecto de supuestos como el planteado en el ejemplo 8. Así, por ejemplo, en la Consulta V1324/2012 (NFC044726), anteriormente aludida, defiende la DGT, en el contexto de una reducción de capital en especie, que «tal y como señala el artículo 30.4, en relación con el apartado 3 del mismo artículo, en la medida en que la entidad que realiza la operación ha integrado rentas en la base imponible por aplicación del artículo 15.3 del TRLIS, procederá en sede del socio la eliminación de la doble imposición generada en la medida en que en el mismo se integre una renta similar en su base imponible»³². Con independencia de que

³² En este mismo sentido, dispone RODRÍGUEZ SANTOS, J. que «Cabe que la reducción de capital o devolución de prima se haga en forma no dineraria [...]. En este caso, la adjudicación puede dar lugar a una plusvalía en la sociedad [...] y, asimismo, en el socio [...], que podría ser corregida en aplicación del párrafo 3 del artículo 30 de la LIS» [«Deducción para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente interna», en *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Civitas, Madrid, 2006].

las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho descrito en la citada consulta justifiquen o no justifiquen la aplicación de la deducción por doble imposición, el razonamiento sobre el que se apoya la DGT resulta, a mi juicio, desacertado, habida cuenta de que, para ello, dicho órgano se remite al contenido de un precepto que, en sentido estricto, no resulta de aplicación.

Concretamente, el artículo 30.3 de la norma fiscal establece que «La deducción también se aplicará en los supuestos de liquidación de sociedades, separación de socios, adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización y disolución sin liquidación en las operaciones de fusión, escisión total o cesión global del activo y pasivo, respecto de las rentas computadas derivadas de dichas operaciones, en la parte que correspondan a los beneficios no distribuidos, incluso los que hubieren sido incorporados al capital, y a la renta que la sociedad que realiza las operaciones a que se refiere el párrafo anterior deba integrar en la base imponible de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.3 de esta Ley». Atendiendo al propio contenido del precepto transcrito, comprobamos que el mismo circunscribe expresamente la aplicabilidad de la deducción a cuatro casos tasados: a. Liquidación de sociedades; b. Separación de socios; c. Adquisición de acciones o participaciones propias para su amortización; y d. Disolución sin liquidación en las operaciones de fusión, escisión total o cesión global del activo y pasivo. De no concurrir ninguna de estas circunstancias, como sucede en el supuesto planteado en el ejemplo 8, la aplicación del precepto indicado carece de justificación alguna, de tal forma que el socio habrá de integrar en su base imponible la renta generada y tributar por ella en el periodo impositivo de su obtención.

A mi entender, la posibilidad de recurrir a la deducción por doble imposición en los casos mencionados en el artículo 30.3 resulta lógica si tenemos en cuenta que, en todos ellos, la sociedad que realiza la operación entrega a los socios parte del capital correspondiente a la participación y, al mismo tiempo, las reservas asociadas a la misma que ya han tributado por el Impuesto sobre Sociedades. Así, por ejemplo, retomando el ejemplo 8, la aplicación de este beneficio fiscal estaría plenamente justificada, conforme a lo establecido en el referido precepto, si, en un ejercicio posterior al de la reducción de capital, la sociedad participada se disolviera, ya que, en tal caso, el inversor, además de recuperar la parte del capital inicialmente aportado que no le fue devuelta en el ejercicio $n+2$, recibiría también el saldo de las reservas existentes en la fecha de disolución, y, con ellas, el beneficio neto de 140 obtenido por la entidad B con motivo de la reducción de capital previamente efectuada. En este contexto, el recurso al artículo 30.3, que ahora sí debe admitirse por concurrir una de las circunstancias en él previstas, determinaría la posibilidad de que el socio pudiera aplicar la deducción por doble imposición sobre una base de 200, coincidente con la renta que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.3, la sociedad participada integró en su base imponible en el periodo impositivo en el que se llevó a cabo la operación de reducción.

Régimen especial de consolidación fiscal

En caso de que las dos entidades implicadas en la reducción de capital formen parte de un grupo de sociedades que consolida contable y fiscalmente, el beneficio registrado por la partici-

pada como consecuencia de tal operación debe ser objeto de eliminación. Así pues, con el fin de evitar que dicho resultado aparezca en las cuentas consolidadas, será necesario practicar los correspondientes ajustes en balance y cuenta de resultados, si bien las anotaciones concretas a realizar dependerán de la naturaleza que se haya conferido a la operación realizada desde el punto de vista del socio. Suponiendo, en primer lugar, que este no participa en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad participada, ambas entidades habrán registrado el pertinente ingreso en sus cuentas individuales, de manera que, por un lado, habrá que devolver al terreno transmitido la valoración que tenía a nivel de grupo antes de la reducción de capital, y, por otro, será preciso eliminar los respectivos ingresos contabilizados. De acuerdo con ello, para la elaboración de las cuentas del grupo será preciso efectuar, con carácter general, los siguientes ajustes:

En balance	
Resultado del ejercicio (sociedad participada)	Terrenos y bienes naturales
En cuenta de resultados	
Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo	Resultado del ejercicio (socio)
Beneficios procedentes del inmovilizado material	Resultado del ejercicio (sociedad participada)

Si suponemos, por el contrario, que el socio sí participa en la «práctica totalidad» del capital de la sociedad que realiza la reducción, los ajustes a practicar en balance y cuenta de resultados varían con respecto a los anteriores, ya que este habrá conferido a la operación el tratamiento contable propio de las permutas no comerciales. Siendo ello así, el inversor habrá registrado el terreno recibido por un importe equivalente al coste de las acciones correspondientes a la reducción de capital, y, por tanto, no habrá contabilizado ningún ingreso con motivo de la reducción. A la vista de esta forma de proceder, y resolviendo el supuesto con los datos del ejemplo 8, entiendo que el ajuste de balance debería adoptar la siguiente estructura:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	45 ³³	
129	Resultado del ejercicio (B)	200	
113	Reservas (B)		245

³³ Tal y como indicábamos en la resolución del ejemplo 8, la aplicación, por parte del socio, del tratamiento contable propio de las permutas no comerciales justifica que el mismo proceda a contabilizar el terreno recibido con motivo de la reducción de capital por importe de 455. Parece claro, por tanto, que, a la hora de elaborar las cuentas anuales consolidadas, la necesidad de devolver a dicho terreno la valoración que tenía en el seno del grupo antes de la operación de reducción (500) determina la exigencia de efectuar un abono a la cuenta correspondiente de inmovilizado por importe de 45.

Por su parte, el asiento que deberá efectuarse en la cuenta de resultados consolidada, con el fin de eliminar el beneficio registrado por la entidad participada con motivo de la reducción, es el que sigue:

Núm.	Cuenta	Debe	Haber
7733	Beneficios procedentes del inmovilizado material	200	
129	Resultado del ejercicio (B)		200

Por lo que respecta al carácter de la eliminación realizada, conviene destacar que esta cuestión no se encuentra resuelta expresamente entre las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas. Así, el artículo 44 del Real Decreto 1159/2010, al definir las operaciones internas de inmovilizado y establecer la exigencia de que los resultados de ellas derivadas sean diferidos, únicamente menciona de forma expresa aquellos supuestos en los que el desplazamiento de un inmovilizado entre dos sociedades del grupo tiene lugar a través de una compraventa³⁴. A mi parecer, no obstante, a pesar de que una interpretación literal del precepto reseñado determinaría la inaplicabilidad del mismo en los casos en los que dicho desplazamiento tenga su origen en una reducción de capital, como ocurre en el caso descrito en este apartado, lo cierto es que ambas operaciones resultan plenamente equiparables. De acuerdo con ello, considero que la eliminación practicada no ha de revestir carácter definitivo y, por tanto, llevará asociada la correspondiente incorporación al resultado contable consolidado (y, por ende, a la base imponible del grupo) una vez que el beneficio eliminado previamente se entienda realizado frente a terceros.

En relación con el asunto planteado, resulta preciso señalar que, con carácter previo a la reducción, el terreno transferido figura en el activo del balance de la entidad participada con un valor de 500 y una plusvalía latente de 200, de forma tal que, en el momento en el que dicha operación se materializa y se produce la efectiva entrega del terreno al socio, la sociedad que reduce capital obtiene un beneficio por este último importe. Como consecuencia de las propias normas de funcionamiento del régimen de consolidación, el mencionado beneficio debe ser objeto de eliminación, ya que, independientemente de la vía empleada para canalizar la transmisión, no cabe duda de que nos encontramos ante una operación interna que, por su propia naturaleza, carece de efecto frente a terceros. Desde el punto de vista contable, el propósito de deshacer la operación realizada a todos los niveles justifica la necesidad de efectuar los pertinentes ajustes en balance (a fin de devolver al terreno el valor que tenía en sede del grupo antes de la reducción) y en la

³⁴ Concretamente, el artículo 44 del Real Decreto 1159/2010 dispone, en su primer apartado, que «Se considerarán operaciones internas de inmovilizado [...] todas aquellas en las que una sociedad del grupo compra tales elementos a otra también del grupo [...]». Por su parte, el apartado 2 del mismo precepto establece que «Los resultados producidos en estas operaciones deberán diferirse, hasta el ejercicio en que se realicen, de acuerdo con las siguientes reglas: a. El importe a diferir será igual a la diferencia entre el valor contable, y el precio de venta. b. El resultado se entenderá realizado cuando: b.1. Se enajene a terceros el activo adquirido. [...]»

cuenta de resultados consolidada. En el plano fiscal, el efecto inmediato derivado de la eliminación practicada es que el grupo de sociedades, sujeto pasivo del impuesto, verá diferida la tributación sobre el resultado derivado de la transmisión interna.

Por lo que concierne a la exigencia de incorporación posterior, el artículo 44.2 b) establece que el resultado diferido, por derivar de una operación interna de inmovilizado, «se entenderá realizado cuando: b.1) Se enajene a terceros el activo adquirido». Según el contenido de la norma transcrita, por tanto, tan solo la posterior venta del terreno por parte de su actual propietaria determinará que el beneficio de 200 previamente obtenido por la entidad participada con motivo de la reducción de capital se entienda realizado frente a terceros y, en consecuencia, deba ser incorporado al resultado consolidado y a la base imponible del grupo³⁵. A mi juicio, la procedencia de esta incorporación resulta indudable en un supuesto de hecho como el planteado, ya que, como podemos observar, mientras que la adquisición inicial del terreno se realizó por un importe de 500, este acaba siendo enajenado a un tercero por un precio de 700. Así pues, considerando al grupo en su conjunto, el referido inmovilizado ha supuesto un beneficio global de 200 (tal y como habría sucedido en caso de que la transmisión interna del mismo hubiera tenido lugar vía compraventa), de forma que parece totalmente razonable exigir que dicho resultado sea sometido a tributación efectiva en sede del mismo. En este sentido, el hecho de que el sometimiento a tributación de una determinada renta requiera, como premisa indispensable, que esta forme parte de la base imponible del sujeto pasivo, justifica la exigencia de que el beneficio inicialmente eliminado sea incorporado a la base imponible consolidada en aquel periodo impositivo en el que el terreno es vendido a un tercero y, a causa de ello, se produce su salida del grupo.

La defensa, por el contrario, del carácter definitivo de la eliminación practicada conduciría, desde mi punto de vista, a un resultado poco razonable por dos motivos. De un lado, porque la no incorporación posterior supondría la no tributación del beneficio global obtenido por el grupo y, con ello, la generación de un efecto indeseado de desimposición sobre el mismo. De otro, ya en el seno del régimen de consolidación, esta alternativa de interpretación se traduciría en la atribución de unos efectos más desfavorables a la operación de compraventa de elementos del inmovilizado entre sociedades del grupo frente a otras formas de transmisión (como es el caso de la reducción de capital en especie).

4. CONCLUSIONES

Comenzábamos el presente trabajo señalando que la reducción de capital con devolución de aportaciones es una operación compleja que despliega efectos en tres planos distintos: el mer-

³⁵ A tenor de lo establecido en el artículo 44.2.b), existen otros factores que pueden determinar, igualmente, que el beneficio diferido se entienda realizado frente a terceros. No obstante, el hecho de que, en nuestro caso, el inmovilizado transmitido sea un terreno justifica la aplicación de la primera de las reglas observadas en dicho precepto.

cantil, el contable y el fiscal. La posibilidad de enfoque desde tres perspectivas diferentes es algo que, sin duda, enriquece el estudio de dicha operación, si bien es cierto que, en ocasiones, la consideración simultánea de este triple plano constituye una obligación más que una posibilidad. Esto es lo que sucede, precisamente, cuando el propósito perseguido consiste en identificar los efectos asociados a la operación descrita desde el punto de vista tributario, puesto que, además de la necesidad de observar los requisitos exigidos por la LSC para poder llevar a cabo esta modificación estatutaria, las interrelaciones existentes entre contabilidad y fiscalidad impiden perder de vista lo dispuesto por la normativa contable en materia de reducciones de capital y, muy especialmente, por las consultas del ICAC de 1999 y 2008. Estas resoluciones, en las que se recogen los criterios básicos para la contabilización de la reducción de capital con devolución de aportaciones, constituyen el indiscutible punto de partida de cualquier estudio relacionado con el régimen tributario de la referida operación, aunque esto es algo que, en la práctica, ha tendido a ser obviado por la mayor parte de los autores que han abordado la cuestión.

Si bien la necesidad de trabajar a la luz de tres normativas distintas introduce, de entrada, cierta dosis de dificultad al estudio del régimen tributario de la reducción de capital con devolución de aportaciones, esta complejidad se agrava todavía más como consecuencia de la falta de concordancia que se detecta entre ellas, lo que provoca el surgimiento de dudas importantes que nos conducen a trabajar, en numerosas ocasiones, sobre la base de interpretaciones y juicios de valor. Pensemos, por ejemplo, en el propio tratamiento que dicha operación recibe, de un lado, en el ámbito mercantil, donde representa una mera desinversión por parte del socio, y, de otro, en el plano contable, donde, según cuáles sean las circunstancias concurrentes, puede ocurrir que una parte del importe percibido con motivo de la reducción haya de ser contabilizado como ingreso. Esta forma de proceder al registro contable de la operación realizada, además de responder a un criterio poco acorde con la calificación mercantil de la misma, genera incertidumbre acerca de la propia naturaleza de la renta derivada de la reducción. Así pues, en la medida en que el importe registrado por el socio como ingreso se corresponde con la participación de este en los beneficios obtenidos por la sociedad participada con posterioridad a la fecha de toma de la inversión, no parece caber duda de que, desde un punto de vista económico-financiero, dicha renta puede ser equiparada a un dividendo. Fiscalmente, sin embargo, esta posible equiparación no queda del todo clara a la luz de la normativa tributaria. La determinación de la naturaleza que ha de atribuirse a la renta que aflora en sede del inversor con ocasión de la reducción de capital constituye, por tanto, un paso previo fundamental a fin de desarrollar el análisis propuesto.

Por una parte, resulta preciso tener presente que, si bien el apartado a) del artículo 30.4 veda la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición sobre las rentas derivadas de la reducción de capital, el párrafo segundo del mencionado precepto admite el recurso a este beneficio fiscal en el supuesto de que, conjuntamente con dicha operación, «se produzca la distribución de dividendos o participaciones en beneficios». En este ámbito, atribuir naturaleza de dividendo a la renta obtenida por el inversor con motivo de la reducción supondría la posibilidad de equiparar la operación efectivamente realizada a la descrita en el segundo párrafo del artículo 30.4 a). A su vez, tal equiparación permitiría corregir la situación de doble imposición generada, en su caso, en

sede del socio a través de la aplicación de la deducción sobre la parte del montante total percibido que, en su caso, haya sido contabilizada como ingreso.

De otro lado, la naturaleza que se atribuya a la renta derivada de la reducción de capital incidirá también en los efectos que la misma debe desplegar en el seno del régimen especial de consolidación fiscal. Conviene recordar, a este respecto, que, en el ámbito de los grupos de sociedades, la LIS únicamente contiene un precepto que, de forma indirecta, podría resultar aplicable a este tipo de operaciones. Se trata, concretamente, del artículo 72.3, en virtud del cual no se eliminarán aquellos dividendos que, por concurrir alguna de las restricciones contenidas en el artículo 30.4, carezcan de derecho a disfrutar de la deducción por doble imposición. En este contexto, la consideración como dividendo de la renta derivada para el socio de la reducción de capital determinaría la posibilidad de recurrir a dicho beneficio fiscal, por vía del segundo párrafo del artículo 30.4 a), y, en consecuencia, de proceder a la eliminación de la citada renta.

Al margen de lo anterior, resulta oportuno destacar que, si bien es cierto que la cláusula de no eliminación contenida en el artículo 72.3 alude, exclusivamente, a dividendos sin derecho a deducción, debemos tener en cuenta que la existencia de dicha cláusula responde a la necesidad de evitar que los grupos de sociedades puedan eludir, a través del mecanismo de la eliminación, las excepciones previstas en el artículo 30.4. De acuerdo con ello, entiendo que carece de toda lógica circunscribir la prohibición de eliminación establecida en dicho precepto a las rentas con naturaleza de dividendo, y, por tanto, permitir tal elusión respecto de rentas como las derivadas de una reducción de capital. Así pues, habida cuenta de que el artículo 72.3 nace para dar cumplimiento al 30.4 en el ámbito de los grupos de sociedades que tributan de forma consolidada, considero que su ámbito de aplicación debe extenderse a todos los supuestos recogidos en este último precepto.

Centrándonos en los aspectos básicos del régimen tributario propio de la reducción de capital con devolución de aportaciones, una de las principales cuestiones que, a mi juicio, resultan dignas de mención en este apartado es la relativa a la aplicación de los apartados 3 y 4 del artículo 15 a un mismo supuesto de hecho, lo que tendrá lugar en aquellos casos en los que dicha operación se materialice mediante la entrega al socio de un bien con plusvalía latente y, además, se cumpla que el mismo adquirió su participación en la entidad que reduce capital por un precio inferior a su valor nominal. El análisis realizado en el epígrafe correspondiente, parece apuntar a la conclusión de que la aplicación simultánea de los dos apartados mencionados puede conducir a una situación un tanto confusa si se parte de una identificación errónea del verdadero origen de la renta generada en el inversor con motivo de la reducción. En este sentido, un estudio detallado de la situación permite poner de manifiesto que, a diferencia de lo defendido por muchos autores, la referida renta no procede del beneficio obtenido por la sociedad que reduce capital en el seno de dicha operación. Siendo ello así, la deducción por doble imposición resultará aplicable, o no, en función de que los resultados generados por la sociedad participada entre la fecha de adquisición de la participación y la fecha en que se reduce capital (auténtico origen de la renta generada para el socio) hayan sido sometidos a tributación efectiva en sede de dicha entidad. De lo que no cabe duda, en mi opinión, es que, de resultar aplicable la deducción por doble imposición en un supuesto como este, lo sería por vía del artículo 30.1 y no del artículo 30.3, tal y como defiende la DGT.

Junto al anterior, la reducción de capital con devolución de aportaciones plantea otros aspectos problemáticos si nos adentramos en el articulado del régimen especial de consolidación fiscal. En este contexto, la falta de precisión del artículo 72.3, que constituye un primer inconveniente a la hora de acometer un análisis objetivo del régimen tributario de este tipo de operaciones, se suma a otros obstáculos asociados a la aplicación del Real Decreto 1159/2010, de consulta obligatoria, en la medida en que las lagunas existentes en dicha norma al respecto de la temática planteada impiden conocer, con exactitud, la forma de proceder a la eliminación de determinadas operaciones y rentas, así como, en su caso, el carácter de la eliminación practicada. Esta circunstancia obliga, de nuevo, a canalizar el estudio de la operación descrita en función de los criterios e hipótesis que se consideren más razonables.

Se comprueba, en definitiva, que la reducción de capital con devolución de aportaciones constituye, por diversas razones, una operación de difícil estudio. Dejando a un lado la complejidad propia asociada a la misma, no parece caber duda de que una de las principales fuentes de confusión a la hora de emprender un estudio de su régimen tributario se encuentra en la propia redacción normativa de la LIS. Conviene resaltar, en este sentido, la falta de coherencia entre esta y la norma contable, tal y como puede detectarse a partir de la lectura y aplicación de un artículo como el 30.4, así como la falta de precisión del artículo 72.3, cuyo tenor literal no parece corresponderse con la finalidad pretendida por el legislador al incluirlo en el régimen especial de consolidación, y que, además, al contener una remisión al artículo 30.4, acaba contagiándose de los defectos atribuidos a dicho precepto.

Sin duda, la ausencia de precisión y claridad de los artículos reseñados, la problemática ligada a la relación que existe entre ellos, y la falta de adaptación de los mismos a los criterios establecidos en el ámbito contable aconsejan, desde mi punto de vista, la urgente modificación de su redacción normativa. Al mismo tiempo, la adopción de un postulado claro por parte de la Administración en relación con las implicaciones que las resoluciones del ICAC tienen en el ámbito fiscal, así como en lo referente a la relación que existe entre los artículos 15.3, 15.4, 30.4 a) y 72.3, podría constituir un paso importante para la construcción de un régimen jurídico ordenado para las reducciones de capital con devolución de aportaciones.

Bibliografía

- BONED TORRES, J. L. y ANGLA JIMÉNEZ, J. J. [2011]: *Consolidación de estados financieros*, Profit, Barcelona.
- CASTELLANOS RUFO, E. y otros [2012]: *Memento práctico. Contable 2013*, Francis Lefebvre, Madrid.
- GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B. [2008]: «Régimen especial de consolidación fiscal», en *Guía del Impuesto sobre Sociedades*, CISS, Madrid.
- LIZANDA CUEVAS, J. M. y CABEDO TONEU, M. [2012]: *Consolidación contable y fiscal*, CEF, Madrid.
- LÓPEZ ALBERTS, H. [2003]: *Consolidación contable y fiscal de los grupos de sociedades*, CISS, Valencia.

LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. A.; ROS AMORÓS, F. y ORTEGA CARBALLO, E. [2009]: *Memento práctico. Grupos consolidados, 2010-2011*, Francis Lefebvre, Madrid.

– [2012]: *Memento práctico. Grupos consolidados, 2012-2013*, Francis Lefebvre, Madrid.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J. G. [2011]: *Manual de consolidación contable y fiscal*, CISS, Madrid.

NAVARRO FAURE, A. [2007]: *El Derecho Tributario ante el nuevo Derecho Contable*, La Ley, Madrid.

RODRÍGUEZ SANTOS, F. J. [2006]: «Deducción para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente interna», en *El impuesto sobre sociedades y su reforma para 2007*. Coord. GALÁN RUIZ, J.; GUTIÉRREZ LOUSA, M. y RODRÍGUEZ ONDARZA, A., Civitas, Madrid.

SERRA SALVADOR, V. M. y otros [2011]: *Consolidación contable de grupos empresariales*, Pirámide, Madrid.

HACIA UN NUEVO MARCO PARA LAS RELACIONES ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA Y EL PROCESO PENAL POR DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

José Ramón Ruiz García

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho. Universidad de La Coruña*

EXTRACTO

La reforma del Código Penal aprobada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, ha iniciado la modificación de las relaciones entre el procedimiento tributario y el proceso penal por delito fiscal. El presente trabajo tiene por objeto analizar la nueva regulación de las relaciones entre ambos procedimientos y destaca las contradicciones entre el artículo 305.5 de la nueva ley penal y el artículo 180.1 de la Ley General Tributaria. En particular, se estudian las relaciones entre la liquidación tributaria y el comienzo del proceso penal, así como el régimen jurídico de las liquidaciones administrativas durante la tramitación del proceso penal.

Palabras claves: paralización del procedimiento tributario, liquidación tributaria, remisión de un caso a la jurisdicción penal e inicio del proceso penal.

Fecha de entrada: 23-05-2013 / Fecha de aceptación: 14-06-2013

TOWARDS A NEW FRAMEWORK FOR THE RELATIONSHIP BETWEEN THE TAX INSPECTION PROCEEDING AND THE CRIMINAL PROCEEDING FOR TAX CRIMES

José Ramón Ruiz García

ABSTRACT

The reform of the Criminal Code passed by Organic Law 7/2012, of 27 December, has modified the relationship between the tax procedure and criminal proceedings for tax crimes. This paper aims to examine the new regulation of the relationship between both procedures and focuses on the contradictions between the new Criminal Code and the Fiscal Code. In particular we study the relation between the tax assessment and the starting of criminal proceedings as well as the regulation of the assessment of tax during the criminal proceedings.

Keywords: halting of the tax procedure, assessment of tax, referral of a case to the criminal jurisdiction and start of criminal proceedings.

Sumario

- I. Introducción
- II. Las liquidaciones tributarias y la formulación de la denuncia o querella. Posibles soluciones
- III. Régimen jurídico de las liquidaciones tributarias durante la tramitación del proceso penal
- IV. Otras cuestiones. Las liquidaciones tributarias y la responsabilidad civil
- V. Consideraciones finales

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de las relaciones entre el procedimiento inspector y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública ha sufrido en nuestro ordenamiento una evolución pendular¹. La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, que introdujo el delito fiscal, estableció en su artículo 37.2 una notable vinculación del proceso penal al procedimiento tributario, condicionando la presentación de la denuncia por el Delegado de Hacienda ante el Ministerio Fiscal a que hubieran adquirido firmeza las actuaciones administrativas o hubiera recaído resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central; se incorporaba, por lo tanto, una condición objetiva de procedibilidad, o un presupuesto de procedibilidad de carácter administrativo-tributario.

La situación experimentó una sustancial transformación por el efecto combinado de la Ley Orgánica 27/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal (CP), que eliminó la necesidad de agotar la vía administrativa, y la Ley 10/1985, de 26 de abril, de modificación de la Ley General Tributaria (LGT), que redactó el artículo 77.6 de la LGT en unos términos idénticos a los del vigente artículo 180.1. El efecto combinado de ambas leyes consagró una articulación entre ambos procedimientos basada en el principio de subordinación del procedimiento tributario al proceso penal y la correspondiente primacía de la Jurisdicción sobre la Administración. La preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario se ponía de manifiesto en que el pase del tanto de culpa al órgano judicial determinaba la paralización del procedimiento tributario y en la posterior vinculación de la Administración tributaria a la resolución que hubiera puesto fin al proceso penal. Como es fácilmente comprensible, la preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario, establecida como principio inspirador, se veía matizada por un conjunto de factores que no es posible exponer aquí con detalle.

La LGT de 2003 mantuvo en su artículo 180.1 el sistema introducido en 1985, pero incorporó algunas normas encaminadas a fortalecer la posición de la Administración tributaria; el artículo 81.7 permitió la adopción de medidas cautelares cuando se hubiera presentado denuncia o querella por delito contra la Hacienda Pública y añadió una disposición adicional, la décima, no prevista originariamente en el Proyecto, para facilitar la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito.

La solución adoptada en 1985 y mantenida en 2003 tiene varios inconvenientes. La Administración tributaria ha destacado que la paralización del procedimiento inspector hasta la conclu-

¹ De la conexión entre ambos procedimientos me he ocupado en «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 151, págs. 725 y ss.

sión del proceso penal produce un efecto negativo sobre la recaudación. La ausencia de un acto de liquidación en el momento de iniciar el proceso penal, unido a la excesiva duración de este último, demora considerablemente el momento en que la Administración puede recaudar la deuda tributaria e impide que la Administración pueda derivar la acción al responsable².

No han faltado por ello los intentos de modificar el sistema establecido en el artículo 180.1 de la LGT. El Proyecto de reforma del CP, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de 15 de enero de 2007, declaraba en su Exposición de Motivos que «el objetivo de la reforma es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. Tras la reforma del CP deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180, disposición adicional décima y demás normas concordantes de la LGT». Pero el articulado del Proyecto no contenía ningún precepto que materializara esta idea y se limitaba a incorporar al artículo 305 del CP un nuevo apartado 5 con una redacción similar al actual apartado 7. Cabe suponer que los autores del Proyecto pensaban que el lugar adecuado para llevar a cabo la reforma anunciada no era el CP, sino la LGT.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, añadió al artículo 305 del CP un apartado 5 con el contenido ya previsto en el Proyecto de 2007. Sin embargo, de su Exposición de Motivos desapareció toda referencia al objetivo de la reforma anunciado en la del Proyecto de 2007. Por lo tanto, la aprobación de la ley no originó modificación alguna en el artículo 180 de la LGT, que ha permanecido inalterado; más difícil resulta explicar que la incorporación del apartado 5 al artículo 305 del CP no originara la modificación de la disposición adicional décima de la LGT, dado que ambos preceptos afectan a un mismo tema cual es la ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública.

Pero ha sido a lo largo del año 2012 cuando se ha dictado un conjunto de normas que afectan directamente a las relaciones entre el procedimiento de inspección y el proceso penal; merecen citarse especialmente:

- a) La nueva redacción del artículo 180.2 de la LGT efectuada por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que permite a la Administración tributaria, en caso de regularización, continuar el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial, «aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública».

² Para una exposición más detallada de las críticas, *vid.* MESTRE, E.: «Lucha contra el fraude: algunas novedades del Anteproyecto de Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal», *L Semana de Estudios de Derecho Financiero*, págs. 148 y ss.; HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M.: «Prejudicialidad penal y delito fiscal», *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, págs. 4 y ss.; LINARES GIL, M.: «El nuevo apartado 5 del artículo 305 del Código Penal y su incidencia en la prejudicialidad en el delito fiscal», *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, págs. 2 y ss.

- b) La Ley 7/2012, de 29 de octubre, modifica el artículo 81.8 de la LGT, permitiendo que la Administración tributaria pueda adoptar medidas cautelares cuando se haya formalizado denuncia o querrela por delito contra la Hacienda Pública, e introduce una nueva disposición adicional, la decimonovena, en la ley últimamente citada ampliando las competencias de los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria en los procesos por delito contra la Hacienda Pública.
- c) Pero la norma más importante es, sin lugar a dudas, el artículo 305.5 del CP según la redacción establecida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. De dicho precepto interesa destacar dos aspectos. Por una parte, los párrafos 1 y 2 disponen que «Cuando la Administración tributaria apreciar indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública. La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal». Por otra, el párrafo tercero establece que «La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciar que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación».

Las normas citadas se encaminan en una misma dirección, a saber, ampliar las facultades de la Administración tributaria mientras se tramita, o debiera tramitarse, el proceso penal. En apariencia al menos, aumenta el protagonismo de la Administración tributaria; cuestión distinta es que la ampliación de facultades de la Administración conlleve la restricción de las reconocidas al juez penal.

Pero las normas mencionadas no constituyen un auténtico sistema normativo. Las desconexiones, y aún contradicciones, entre ellas son evidentes. Pese a su proximidad en el tiempo, la disposición adicional decimonovena de la LGT y el artículo 305.5 del CP responden a concepciones diferentes; la primera constituye, en rigor, un complemento de la disposición adicional décima de la misma ley y presupone la transformación de la deuda tributaria en responsabilidad civil que debe ser fijada en la sentencia penal; por el contrario, el artículo 305.5 del CP habilita a la Administración tributaria a iniciar el procedimiento de recaudación para hacer efectiva la

deuda tributaria determinada en el acto de liquidación, lo que implica el abandono de la tesis que sostenía la mutación de la deuda tributaria en responsabilidad civil.

Sin embargo la principal desconexión, cuando no abierta contradicción, se advierte al analizar la relación del citado artículo 305.5 del CP con el 180.1 de la LGT. Ambos preceptos comparten el mismo presupuesto de hecho, que la infracción pudiera ser constitutiva de delito, en un caso, y que la Administración apreciara indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, en otro. Pero las consecuencias jurídicas o mandatos son distintos. El artículo 180.1 de la LGT obliga a pasar el tanto de culpa al órgano judicial, con la correspondiente remisión del expediente, y a paralizar el procedimiento administrativo. Por su parte, el artículo 305.5 del CP se limita a facultar a la Administración tributaria a practicar la liquidación que proceda.

Las dificultades para interpretarlos surgen porque el artículo 305.5 del CP no se ha preocupado de establecer la necesaria conexión entre los mandatos de ambos preceptos. En concreto, no se ha aclarado si la práctica de la liquidación puede ser posterior o debe ser anterior al pase del tanto de culpa al órgano judicial. Si se entiende que puede ser posterior, se produce una modificación del artículo 180.1 de la LGT, porque en tal caso la presentación de la denuncia ya no supone la paralización del procedimiento tributario. Si por el contrario se entiende que la liquidación debe ser necesariamente anterior, será preciso efectuar algunas adaptaciones porque el sistema instaurado por el artículo 180.1 de la LGT suponía que en el momento de presentar la denuncia no existía acto de liquidación, como atestigua entre otros extremos el mecanismo habilitado para la declaración y exacción de la responsabilidad civil. Pese a lo evidente de la contradicción, es lo cierto que la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal, no ha derogado expresamente ni modificado el contenido del artículo 180.1 de la LGT, lo que plantea dudas sobre su subsistencia y su compatibilidad con el artículo 305.5 del CP.

La ausencia de toda mención a la situación jurídica en que queda el artículo 180.1 de la LGT puede explicarse, aunque no justificarse, porque la finalidad de la Ley Orgánica 7/2012 en este punto, según reconoce la Exposición de Motivos, ha sido «incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal», y «continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio». La liquidación administrativa aparece así concebida como un mero instrumento para posibilitar el ejercicio de la acción de cobro de la deuda tributaria durante la tramitación del proceso penal. Pero al actuar de esta manera los redactores de la Ley Orgánica 7/2012 parecen haber desconocido las implicaciones que la práctica de la liquidación tributaria tiene para la ordenación de las relaciones entre el procedimiento inspector y el proceso penal. En concreto, se ha desconocido que la liquidación es el acto con el cual concluye el procedimiento tributario, y que su existencia presupone que la Administración ha llevado a cabo las correspondientes actuaciones de comprobación para obtener los necesarios medios de prueba con los que motivar aquella. Serán las actuaciones de comprobación necesarias para practicar la liquidación, y no la liquidación en sí misma considerada, las que pueden causar problemas en el ámbito del proceso penal, sobre todo cuando los medios de prueba hayan sido obtenidos

en el procedimiento inspector por medios incompatibles con la naturaleza del proceso penal. Sin embargo, el artículo 305.5 del CP se limita a autorizar en esos casos a la Administración tributaria a dictar las liquidaciones correspondientes, pero nada dispone sobre el régimen jurídico-procedimental de esas liquidaciones y, en particular, sobre el momento en que deben ser dictadas y su relación con la presentación de la denuncia.

II. LAS LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS Y LA FORMULACIÓN DE LA DENUNCIA O QUERELLA. POSIBLES SOLUCIONES

Atendiendo al tenor literal del artículo 305.5 del CP y a su conexión con el artículo 180.1 de la LGT, el precepto citado en primer lugar puede ser interpretado en varios sentidos:

A) Cabe entender, en una primera interpretación, que la Administración tributaria debe esperar a la práctica de la liquidación para presentar la denuncia por delito contra la Hacienda Pública; el efecto fundamental de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2012 habría consistido en retrasar el momento de la presentación de la denuncia hasta que se haya dictado la liquidación.

Una solución sustancialmente idéntica a la descrita aparecía formulada en el Informe para la reforma de la LGT, de 2001, si bien la Comisión se limitaba a recoger la propuesta formulada en su seno. Se proponía «permitir que la comprobación e inspección continúe hasta la determinación de la cuota tributaria. Una vez iniciado el procedimiento sancionador, será en el mismo donde, estimada, en su caso, la culpabilidad y apreciando que puede existir un delito contra la Hacienda Pública, se suspenda el procedimiento y se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente» (págs. 206-207).

No son necesarios razonamientos excesivamente complejos para poner de manifiesto la endeblez de esta interpretación. La práctica de la liquidación por la Administración tributaria bajo ningún concepto puede implicar un retraso en la presentación de la denuncia. El ordenamiento positivo, y de manera especial la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), conciben la formulación de la denuncia no como una facultad discrecional del sujeto que tenga conocimiento de los hechos, sino como un deber; la configuración como deber implica que su cumplimiento debe efectuarse en un determinado momento y, por lo tanto, no puede retrasarse. En el caso concreto del delito contra la Hacienda Pública, la complejidad de la figura delictiva, la organización jerárquica de la Administración tributaria y el respeto a los derechos del particular justifican que la Administración realice las actuaciones necesarias para evitar la presentación de denuncias infundadas; pero estas actuaciones solo pueden estar justificadas para cumplir la finalidad que le es propia, y no pueden estar subordinadas a las estrictamente recaudatorias.

El ordenamiento y la doctrina alemana han destacado este aspecto al indicar que la iniciación del proceso penal es obligada cuando concurre la llamada sospecha inicial (*Anfangsverdacht*), es

decir, cuando existen los suficientes puntos de apoyo fácticos de los que puede deducirse con un cierto grado de probabilidad la presencia del hecho delictivo. No basta, por lo tanto, la mera suposición o conjetura (*blosse Vermutung*); pero tampoco se requiere la sospecha altamente fundada (*dringender Verdacht*), que concurre cuando de las actuaciones de investigación desarrolladas se deduce con un elevado grado de probabilidad que el acusado ha cometido el hecho delictivo y que opera como presupuesto para adoptar determinadas decisiones en el marco del proceso tales como la práctica de la detención.

B) Según otra interpretación, la presentación de la denuncia no impedirá que la Administración tributaria continúe el procedimiento de inspección hasta dictar el correspondiente acto de liquidación. Esta es la opinión que parece prevalecer y vendría a confirmar la tesis, sostenida previamente por algunos autores, según la cual la paralización del procedimiento ordenada por el artículo 180.1 de la LGT no afectaría al procedimiento de inspección, sino únicamente al procedimiento sancionador³. La modificación con respecto a la situación anterior no incidiría sobre el momento de presentación de la denuncia, sino sobre la posibilidad de continuar la tramitación del procedimiento inspector una vez formulada la denuncia.

En apoyo de esta solución se han invocado algunas orientaciones en Derecho comparado. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2012 no cita ningún país en concreto, parece que los redactores de la ley han tenido especialmente en cuenta la regulación del ordenamiento alemán; en concreto, el párrafo 208.3 de la Ordenanza tributaria dispone que las funciones y facultades de las Oficinas de Hacienda no se verán afectadas por las funciones de investigación de los delitos tributarios atribuidas a los órganos de investigación tributaria (*Steuerfahndung*); a su vez, el párrafo 393.1 establece que los derechos y deberes de los obligados tributarios y de la autoridad financiera en el procedimiento de imposición y en el procedimiento penal se ajustarán a las disposiciones vigentes para el respectivo procedimiento.

Pero la aplicación a un ordenamiento positivo de una solución normativa originaria de otro es una operación que debe realizarse con sumo cuidado. En el caso concreto, los redactores de la Ley Orgánica 7/2012 parece que no han tomado en consideración un conjunto de factores determinantes.

En primer lugar, el diferente contexto normativo e institucional de ambos ordenamientos. Baste indicar como ejemplo que el citado párrafo 393.1 de la Ordenanza tributaria ha sido considerado por la doctrina alemana como la plasmación del principio de la igualdad de rango del procedimiento tributario y el proceso penal⁴. No parece, sin embargo, que la intención de la Ley Orgánica 7/2012 sea la de dar un giro tan radical a las relaciones entre ambos procedimientos.

³ Vid. IGLESIAS, J.: «Efectos del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública sobre el procedimiento de inspección tributaria», *RCyT. CEF*, n.º 359, febrero 2013, págs. 136 y ss.

⁴ KOHLMANN, G.: «Steuerstrafrecht» párrafo 393, *passim*.

En segundo lugar, no parece que se hayan tomado suficientemente en consideración los inconvenientes que esa solución provoca, que han originado una extensa literatura en aquel país y que son también conocidos en la doctrina española⁵. La tramitación en paralelo de dos procedimientos tan distintos, como son el proceso penal y el procedimiento tributario, pero que sin embargo tienen por objeto unos mismos hechos, es un semillero de problemas.

Y en tercer lugar, parece que se ignora que en el ordenamiento alemán la solución normativa que ahora se importa va acompañada de una serie de disposiciones complementarias, que matizan aquella solución y que en nuestro Derecho no están previstas. Ya hemos expuesto que la regla primera del párrafo 393.1 consagra el principio de la independencia e igualdad de rango de ambos procedimientos. Pero esta regla es inmediatamente matizada por otras disposiciones contenidas en el mismo apartado. En concreto, el citado párrafo distingue según se trate de actuaciones del procedimiento tributario anteriores o posteriores al inicio del proceso penal. Si se trata de actuaciones anteriores, la prohibición de utilizar medios coactivos contra el sujeto pasivo está condicionada a la concurrencia de un determinado presupuesto, que el sujeto pasivo se vea constreñido a acusarse a sí mismo de un delito tributario o de una infracción administrativa tributaria por él cometidos; la doctrina entiende que en estos casos el sujeto pasivo debe suministrar la prueba del peligro de autoincriminación. Por el contrario, si las actuaciones del procedimiento tributario son posteriores a la iniciación del proceso penal rige sin excepciones la prohibición de la utilización de los medios coactivos; existe una presunción legal de que la aportación de datos puede contribuir a la autoincriminación y que opera desde el momento de la iniciación del proceso penal; en consecuencia, no se exige al sujeto pasivo que aporte la prueba del peligro de autoincriminación. El párrafo comentado pone de manifiesto que la iniciación del proceso penal produce una modificación sustancial en los derechos del particular y las correlativas facultades de la Administración en el procedimiento tributario.

A su vez, el último inciso del párrafo 393.1 completa las normas anteriores y establece el deber a cargo de la Administración tributaria de informar al obligado tributario de estos preceptos siempre que exista motivo para ello. El contenido de la información que debe suministrar la Administración tributaria no se limita a poner de manifiesto la iniciación del proceso penal, sino que debe versar también, y esto es lo decisivo, sobre la relevancia de la iniciación del proceso penal sobre la posición jurídica de la Administración tributaria y el sujeto pasivo en el procedimiento tributario.

La interpretación ahora analizada, al permitir que la Administración tributaria dicte el acto de liquidación después de pasar el tanto de culpa al órgano judicial, guarda coherencia con

⁵ Por todos, ZORNOZA, J. J.: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias. (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Madrid, Civitas. Una versión actualizada y sintética de la regulación del proceso penal por delito de defraudación tributaria en el ordenamiento alemán puede consultarse en SEER, R., en TIPKE/LANG, *Steuerrecht* 20.^a edición, 2010, párrafo 24, págs. 1.179 ss.

otros preceptos de la LGT modificados por la Ley 7/2012. En concreto, la nueva disposición adicional decimonovena de la LGT permite que, en los procesos por delito contra la Hacienda Pública, los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria puedan llevar a cabo determinadas actuaciones, tales como ejercer las facultades previstas en los artículos 93, 94 y 162 y adoptar las medidas cautelares contempladas en el apartado 8 del artículo 81 de la ley. A su vez, la nueva regulación de las medidas cautelares incorporada en el citado artículo 81.8 ha añadido un inciso aclarando que, cuando la investigación del presunto delito no tuviese origen en un procedimiento inspector, las medidas cautelares podrán ser adoptadas por la Administración tributaria «con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias de investigación desarrolladas por el Ministerio Fiscal o, en su caso, con posterioridad a la incoación de las correspondientes diligencias penales». Todas las normas citadas, el artículo 305.5 del CP por una parte y el artículo 81.8 y la disposición adicional decimonovena de la LGT por otra, ponen de manifiesto que, tras la iniciación del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, la Administración tributaria puede realizar determinadas actuaciones propias de los procedimientos de aplicación de los tributos.

Pero el alcance del argumento expuesto debe ser oportunamente matizado. De una parte, la disposición adicional decimonovena de la LGT es también compatible con una interpretación del artículo 305.5 del CP que postule, según expondremos en un epígrafe posterior, que el acto de liquidación debe ser dictado antes de que se pase el tanto de culpa al órgano judicial; de hecho, las actuaciones contempladas en la citada disposición adicional están encaminadas no tanto a la comprobación e investigación de los elementos relevantes para la liquidación, que serían las conflictivas desde la perspectiva del proceso penal, sino a la investigación patrimonial necesaria para proceder a la ejecución de la deuda tributaria, que solo en supuestos especiales entrarán en colisión con las normas y principios del proceso penal. De otra, tanto la disposición adicional decimonovena como el artículo 81.8 de la LGT someten las actuaciones que puede realizar la Administración tributaria durante la tramitación del proceso penal a un régimen especial; la disposición adicional citada establece que la Administración tributaria ejercerá las facultades allí reconocidas «bajo la supervisión de la autoridad judicial», y que de tales actuaciones se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas adoptadas; en esta misma dirección, el último párrafo del artículo 81.8 dispone que una vez adoptada la medida cautelar por la Administración tributaria, se notificará al interesado, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial competente y se mantendrá hasta que este último adopte la decisión procedente sobre su conversión en medida jurisdiccional o levantamiento. Ambos preceptos ponen de relieve el control inmediato y directo del órgano judicial sobre las actuaciones administrativas, lo que en última instancia no es sino consecuencia del carácter excepcional que revisten las posibles actuaciones administrativas encaminadas a la aplicación de los tributos una vez iniciado el proceso penal.

Sin embargo, la interpretación aquí comentada, que permite practicar la liquidación tributaria después de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o remitir el expediente al Ministerio Fiscal, entra en abierta contradicción con otros preceptos de la LGT.

Al regular los efectos de la interrupción de la prescripción, el artículo 68.7 de la LGT dispone que «cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido... por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal... el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente». El precepto transcrito presupone que entre la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente y la finalización del proceso penal no existe acto administrativo alguno susceptible de interrumpir la prescripción, lo que solo puede entenderse si durante el lapso indicado el procedimiento administrativo queda paralizado. Dado que la liquidación tributaria interrumpe la prescripción ex artículo 68.1 a) de la LGT, si se admite que la Administración tributaria puede dictar la liquidación después de remitir el tanto de culpa a la jurisdicción penal, esta posibilidad debería ser necesariamente tomada en consideración por el artículo 68.7 a efectos de determinar el periodo de tiempo durante el cual la prescripción permanece interrumpida.

La discordancia entre el artículo 305.5 del CP, interpretado en la forma ahora considerada, y el artículo 68.7 de la LGT, resulta especialmente significativa si se tiene en cuenta que el precepto de la LGT fue modificado por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, publicada en el BOE del día 30; en tanto que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del CP apareció publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de septiembre de 2012, en el que ya figuraba el actual apartado 5 del artículo 305; de la proximidad temporal entre ambas normas se deduce que si la intención del artículo 305.5 del CP fuera la aquí expuesta se hubiera procedido a la correspondiente adaptación del artículo 68.7 a la nueva situación.

Pero la principal contradicción es la que se pone de relieve al comparar el artículo 305.5 del CP con el 180.1 de la LGT, que obliga a la Administración, al pasar el tanto de culpa al órgano judicial, a paralizar el procedimiento administrativo y a remitir el expediente. Por lo que se refiere a la paralización del procedimiento administrativo, ya hemos expuesto *supra* que un sector doctrinal entendía que el precepto últimamente citado no obligaba a la paralización del procedimiento inspector, sino únicamente a la del procedimiento sancionador. Sin embargo, la opinión mayoritaria y la práctica administrativa entendían que, según el mencionado artículo 180.1, la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal obligaba a paralizar también el procedimiento inspector. Por lo tanto, el artículo 305.5 del CP, según la interpretación aquí expuesta, habría alterado sustancialmente la regulación del 180.1 de la LGT; en lo sucesivo, la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal ya no comportaría la paralización del procedimiento inspector, porque la Administración podría continuar realizando las actuaciones oportunas hasta dictar el correspondiente acto de liquidación.

La interpretación expuesta entraría también en contradicción con la orden de remitir el expediente. Es cierto que el artículo 180.1 de la LGT solo menciona la remisión del expediente al Ministerio Fiscal, pero el artículo 32.5 del Reglamento Sancionador Tributario aclara que la Administración debe remitir también el expediente administrativo cuando pasa el tanto de

culpa al órgano judicial. Puede ser ilustrativo a este respecto comparar la fórmula utilizada por el citado precepto reglamentario, remisión del expediente, con la empleada por el artículo 95.3 de la LGT para los restantes delitos no perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada, que alude a la remisión de una mera «relación circunstanciada de los hechos» que se estimen constitutivos de delito. La paralización del procedimiento tributario y la remisión del expediente no son por lo tanto actuaciones separadas e independientes, sino que están condicionadas, de tal manera que una, la paralización del procedimiento, desencadena la otra, en este caso la remisión del expediente. Pero la remisión del expediente comporta que a partir de ese momento la Administración no puede llevar a cabo actuaciones que deberían quedar documentadas en el citado expediente. La disyuntiva es clara. Si la Administración puede practicar liquidación después de pasar el tanto de culpa será porque no ha remitido el expediente; pero en tal caso el órgano judicial solo recibirá la denuncia de la Administración y la remisión del expediente quedará pospuesta a un momento ulterior que la ley no especifica; no es necesario subrayar los inconvenientes que plantea esta situación. Si por el contrario la Administración debe remitir el expediente en el momento de pasar el tanto de culpa no será posible practicar un acto de liquidación posterior.

Una contradicción tan patente entre ambos preceptos debería haber sido advertida por la Ley Orgánica 7/2012, que hubiera debido derogar o modificar el contenido del artículo 180.1 de la LGT. La ausencia en la Ley Orgánica 7/2012 de toda previsión sobre la vigencia y contenido del artículo 180.1 solo puede ser comprendida si se entiende que el artículo 305.5 del CP no ha modificado el 180.1 de la LGT. Lo que obliga a rechazar la interpretación de aquel que sea incompatible con el contenido de este.

Si se admite que la Administración puede continuar la tramitación del procedimiento de inspección después de iniciado el proceso penal, surgirán inevitablemente algunas cuestiones. Cabe plantear, por ejemplo, si el juez penal podrá ordenar de oficio o a instancia de parte la paralización del procedimiento inspector. La cuestión puede suscitarse cuando las actuaciones que se lleven a cabo en el procedimiento inspector pudieran tener alguna relevancia en el proceso penal. El artículo 305.5 párrafo 3 del CP contempla expresamente la posibilidad de que el juez penal acuerde la suspensión de las actuaciones de ejecución de la liquidación; nada se dice, sin embargo, sobre la posibilidad de acordar la paralización de actuaciones de inspección tendentes a la liquidación. Esta situación puede dar lugar a dos interpretaciones contrapuestas. Cabe entender, a contrario sensu, que no se puede paralizar la inspección. Pero cabe considerar también a fortiori que la posibilidad de paralizar la ejecución implica y presupone la de paralizar la inspección.

La posibilidad de que el juez penal acuerde la paralización del procedimiento inspector se ve reforzada porque, cuando el proceso penal no se ha iniciado a instancia de la Administración tributaria, la tramitación del proceso penal puede determinar la paralización del procedimiento inspector; así se desprende de los artículos 32.1 párrafo 2 del Reglamento Sancionador Tributario y 68.1 b) y 7 de la LGT, redactados según la Ley 7/2012, que atribuyen el efecto de interrumpir

la prescripción a la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso. Pero si el juez penal puede ordenar la paralización del procedimiento inspector cuando el proceso penal no se ha iniciado a instancia de la Administración tributaria, parece lógico concluir que también puede paralizarlo cuando el proceso penal se inicia por denuncia de la Administración.

C) El tenor literal del artículo 305.5 del CP permite mantener otra interpretación que, a mi juicio, es más adecuada a las relaciones entre el procedimiento inspector y el proceso penal. Cuando concurra el supuesto de hecho allí descrito, la Administración tributaria deberá pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente y paralizar la tramitación del procedimiento inspector; pero con carácter previo o simultáneo a la remisión del expediente podrá dictar la correspondiente liquidación si dispone de los medios de prueba por haber realizado las oportunas actuaciones de comprobación; si por el contrario no dispone de los adecuados medios de prueba, no podrá practicar la liquidación.

Las diferencias con las otras interpretaciones son claras. Con la tesis aquí propugnada, no se retrasa la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente, que deberá producirse tan pronto como la Administración tributaria haya apreciado los indicios de haberse cometido el delito contra la Hacienda Pública. A su vez, la remisión del tanto de culpa no permitirá que la Administración tributaria continúe la tramitación del procedimiento inspector; si la Administración ha podido dictar la liquidación, el procedimiento habrá concluido y la paralización afectará al procedimiento sancionador; si no es posible dictar la liquidación con los medios de prueba de que dispone en ese momento la Administración, el procedimiento inspector deberá quedar paralizado a la espera de la finalización del proceso penal.

Como ya se ha apuntado, la interpretación expuesta se apoya en el tenor literal del artículo 305.5 del CP, que vincula la liquidación únicamente a la existencia de indicios de haberse cometido el delito, pero que guarda silencio sobre la relación con el pase del tanto de culpa a la jurisdicción y la paralización del procedimiento. La literalidad del citado precepto, según el cual la Administración «podrá» liquidar, alude a una facultad de la que la Administración hará uso según las circunstancias del caso, pero no a un deber u obligación de la Administración.

La interpretación propugnada implica una modificación del régimen vigente con anterioridad. Es cierto que la redacción literal del artículo 180.1 de la LGT permite que el pase del tanto de culpa al órgano judicial se produzca durante la tramitación del procedimiento sancionador, cuando ya se ha dictado la correspondiente liquidación; esta interpretación queda corroborada por el artículo 32.2 del Reglamento Sancionador Tributario. Pero en la generalidad de los casos el pase del tanto de culpa se producirá antes de que finalice el procedimiento inspector. Tanto el artículo 66.2 del Reglamento de Inspección de 1986 como el 32.2 del Reglamento Sancionador Tributario actual disponen que los hechos y circunstancias que determinan la posible responsabilidad penal deben quedar documentados en una diligencia; de esta manera se excluía la formalización del acta, porque estos últimos documentos incorporan una propuesta de liquidación, y en el supuesto de apreciarse la existencia de indicios de un delito contra la Hacienda Pú-

blica la Administración tributaria debía remitir las actuaciones al órgano judicial y abstenerse de practicar la liquidación⁶.

La modificación introducida obligará a efectuar algunas alteraciones en las normas que regulan la documentación de los hechos en el procedimiento de inspección cuando tengan relevancia en el proceso penal. Dado que según el artículo 99.7 de la LGT las diligencias no podrán contener propuestas de liquidación tributaria, la práctica de la liquidación obligará en estos casos a la Inspección a extender previamente la correspondiente acta en la que conste la propuesta de liquidación que proceda, según se desprende del artículo 153 d) de la LGT:

La interpretación ahora comentada permite aplicar conjunta y sistemáticamente los artículos 305.5 del CP y 180.1 de la LGT, que según se ha expuesto no ha sido formalmente derogado ni modificado y, por lo tanto, debe considerarse vigente. En rigor, el artículo 305.5 del CP respeta el marco general establecido previamente por el artículo 180.1 de la LGT, y se limita a permitir que la Administración tributaria, con carácter previo o simultáneo a la remisión del expediente a la jurisdicción, pueda dictar la liquidación si en ese momento cuenta con los medios de prueba adecuados.

En definitiva, el artículo 305.5 del CP deja intacto el mandato establecido por el 180.1 de la LGT de paralizar el procedimiento inspector cuando la Administración tributaria no está en condiciones de practicar la liquidación en el momento de remitir el tanto de culpa a la jurisdicción penal. Esta conclusión se justifica, más allá de la regulación positiva, por los principios que inspiran las relaciones del procedimiento inspector con el procedimiento sancionador y el proceso penal.

Es cierto que la iniciación del proceso penal solo obliga a paralizar, en principio, el procedimiento sancionador; ello no es sino una consecuencia de la vertiente procedimental del non bis in ídem y de la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración en materia sancionadora [SSTC 77/1983 (NFJ000032), FJ 3 y 2/2003 (NCJ041689) FJ 3 c)]; es asimismo cierto que el procedimiento de inspección no es un procedimiento sancionador, máxime tras la separación de procedimientos introducida por la Ley 1/1998 y consolidada por el artículo 208.1 de la LGT de 2003. Podría entenderse, por lo tanto, que al procedimiento de inspección no le resulta aplicable la obligación de paralizar el procedimiento, que solo regirá para el procedimiento sancionador tributario.

Pero no pueden desconocerse las relaciones que, en materia tributaria, existen entre el procedimiento de inspección y el sancionador. Cuando el sujeto pasivo haya renunciado a la tramitación separada del procedimiento sancionador será aplicable al procedimiento inspector la paralización del procedimiento inicialmente pensada para el procedimiento sancionador. En los casos de tramitación separada, no cabe desconocer las conexiones existentes entre ambos proce-

⁶ MERINO, L.: «La inspección de los tributos ante el Delito Fiscal», en *El Delito Fiscal*, pág. 23.

dimientos y que operan en las dos direcciones. Por una parte, los artículos 95.1 y 210.2 de la LGT permiten que los datos y pruebas obtenidos en el procedimiento inspector puedan ser tenidos en cuenta en el procedimiento sancionador. Por otra, y a la inversa, los derechos reconocidos en el procedimiento sancionador pueden producir también alguna eficacia en el seno del procedimiento inspector⁷. Todo lo cual puede explicar que la orden de paralizar el procedimiento sancionador tributario resulte también aplicable al procedimiento inspector.

La paralización del procedimiento inspector por la iniciación del proceso penal se justifica también por las especiales relaciones entre ambos procedimientos. Los mencionados procedimientos pueden tener por objeto unos mismos hechos, de tal forma que un hecho puede ser relevante tanto a efectos tributarios como a los penales. Pero la posición jurídica del particular varía profundamente según el procedimiento de que se trate; mientras en el procedimiento inspector el sujeto pasivo está sometido a los deberes de colaboración, por el contrario en el proceso penal rige el derecho a no declarar contra sí mismo. A su vez, los principios y criterios sobre valoración de la prueba son diferentes en ambos procedimientos; si se admite la tramitación simultánea de los dos procedimientos, puede ocurrir que un mismo hecho sea objeto de diferentes valoraciones en ambos procedimientos, llegando al extremo de que el mismo hecho se considere probado en un procedimiento y no se considere probado en el otro. La fórmula más adecuada para evitar este efecto consiste en aplicar al procedimiento inspector los criterios que inspiran la vertiente procedimental del *non bis in idem*, es decir, paralizar el procedimiento inspector mientras se tramita el proceso penal y establecer la vinculación de aquel a los hechos declarados probados en este.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO PENAL

La posible existencia de dos liquidaciones tributarias, tal y como aparece configurada por el artículo 305.5 del CP, plantea varias cuestiones dogmáticas y prácticas. La norma penal supone una ruptura conceptual del sentido y función que cumple el acto de liquidación. Según el sistema que inspira la LGT, la realización del hecho imponible origina el nacimiento de la obligación tributaria y la deuda correspondiente a esa obligación es determinada por el acto de liquidación (arts. 20 y 101 de la LGT); por cada hecho imponible solo nace una obligación y por cada obligación solo existe una deuda; la posible existencia sucesiva de varias liquidaciones sobre una

⁷ Sobre las cuestiones que plantea la posible aplicación del derecho a no autoinculparse en los procedimientos de aplicación de los tributos, *vid.* PALAO, C.: «El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario», Madrid, Civitas, 2008, págs. 5 y ss. En la doctrina alemana, STRECK, M.: «Das Recht des Verhältnisses von Steuer- und Strafverfahren», págs. 228 y 241 se ha referido a la eficacia jurídica trascendente (*übergreifende Rechtswirkung*) del derecho a no autoinculparse, concebido como derecho originario del proceso penal, y que se justifica en el extraordinariamente elevado rango que le reconoce el ordenamiento jurídico como directamente derivado de la dignidad humana.

misma obligación solo se explica por el diverso alcance de las actividades de comprobación e investigación, pero en rigor todas las liquidaciones, incluidas las provisionales, determinan el importe de la deuda tributaria que tiene carácter de única para toda la obligación. El artículo 305.5 del CP rompe este esquema y establece que sobre una misma obligación tributaria van a recaer simultáneamente dos liquidaciones, una sobre una parte de la obligación y otra sobre el resto.

Es obvio, por otra parte, que las liquidaciones que practique la Administración tributaria únicamente producirán efectos en el marco de los procedimientos administrativos. En el seno del proceso penal será el juez quien, en aplicación de las facultades que le otorga el artículo 3 de la LECrim. sobre la cuestión prejudicial, determinará el importe de la deuda tributaria como paso previo a la apreciación de la comisión del delito contra la Hacienda Pública; las liquidaciones que haya practicado la Administración tributaria carecen de eficacia vinculante y solo podrán ser consideradas como una prueba más a valorar por el juez o tribunal [SSTS 2069/2002, de 5 de diciembre (NFJ013722) y 3 de abril de 2003 (NFJ016242), FJ 15].

La ley pretende deslindar el contenido de ambas liquidaciones, pero no es seguro que lo haya conseguido. No siempre será fácil determinar si una cuantía está o no «vinculada» con el posible delito contra la Hacienda Pública. Puede ocurrir que una determinada partida, en sí misma considerada, sea completamente ajena al hecho o acto que determina la comisión del delito, y sin embargo su diferente apreciación sea decisiva para entender superado el límite cuantitativo establecido por el artículo 305.1 del CP. La cuestión surgirá, por ejemplo, a propósito de la deducibilidad de ciertos gastos, cuando su diferente apreciación pueda condicionar la existencia del delito originado por la ocultación fraudulenta de ciertos ingresos.

Respecto de la primera liquidación, la que se gira por los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito, el artículo 305.5 del CP ordena que «seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria». La norma citada presupone que el contenido de la liquidación es ajeno a los hechos objeto del proceso penal; pero ya hemos apuntado que la diferenciación establecida por la ley no está exenta de dificultades. La finalidad del precepto es evidente; se pretende encapsular la liquidación correspondiente a la parte de la obligación tributaria no vinculada con el delito para que su ejecución no se vea afectada por la tramitación del proceso penal; así parece desprenderse del inciso final del párrafo 2 del apartado 5 del artículo 305 del CP, que únicamente contempla el ajuste a lo que se decida en el proceso penal para la liquidación derivada de los conceptos y cuantías vinculados con el delito; de donde se deduce, a contrario sensu, que la liquidación por los conceptos y cuantías no vinculados al delito no se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal. Es obvio, sin embargo, que esta conclusión formulada en términos generales resulta inaceptable; por lo tanto, la liquidación por los conceptos y cuantías no vinculados al delito también deberá ajustarse a lo que se decida en el proceso penal si la resolución que pone fin al citado proceso adopta criterios o soluciones distintos a los empleados en la liquidación. Al margen de la vinculación a la resolución del proceso penal, expondremos en un momento posterior, sin embargo, que la ley se ha visto forzada a reconocer que la existencia del proceso penal debe necesariamente influir sobre la ejecución de la liquidación.

Además de la tramitación ordinaria propia de toda liquidación, la girada por los conceptos y cuantías no vinculados al posible delito deberá seguir también la tramitación derivada de la iniciación del proceso penal. Si la liquidación se gira antes de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal, según hemos sostenido previamente, el expediente que se remita incorporará el acto de liquidación. Pero si la liquidación se practica después de pasar el tanto de culpa al órgano judicial, según entiende una corriente doctrinal, parece claro que la Administración tributaria deberá remitir al órgano judicial el acto de liquidación tan pronto como sea dictado.

Al disponer que la liquidación citada se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria, la ley permite que el sujeto pasivo pueda interponer la reclamación económico-administrativa y, posteriormente, el recurso contencioso-administrativo. La solución adoptada en este punto viene en gran medida condicionada por la facultad reconocida a la Administración tributaria de proceder al cobro de la deuda. Si la Administración puede iniciar y tramitar el procedimiento de recaudación, es lógico que el sujeto pasivo pueda impugnar el acto administrativo que constituye su presupuesto. Pero la posibilidad de interponer los recursos citados se enfrenta a varias dificultades.

En primer lugar, la facultad de interponer la reclamación económico-administrativa puede entrar en contradicción con el mandato de paralizar la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 180.1 de la LGT. Es cierto que el citado precepto suele ser interpretado en el sentido de que la paralización allí ordenada afecta al procedimiento de inspección y, en su caso, al sancionador. Pero una interpretación teleológica del mismo debe conducir a entender que la paralización debe afectar también a los restantes procedimientos administrativos que traigan causa o se deriven del procedimiento de inspección o sancionador. En el caso concreto aquí considerado, la paralización ordenada por el artículo 180.1 de la LGT ya no afectará al procedimiento de inspección, que habrá concluido con la notificación del acto de liquidación, pero impedirá la iniciación y posterior tramitación del procedimiento para resolver la reclamación económico-administrativa; la ausencia de resolución en vía económico-administrativa impediría, a su vez, la posibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo.

En segundo lugar, la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo puede entrar en contradicción con las normas que rigen las relaciones entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa. En concreto, el artículo 114.1 de la LECrim. dispone que: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho». Para interpretar el alcance del precepto transcrito conviene recordar que el juez penal debe determinar el importe de la deuda tributaria como paso previo para apreciar la existencia del delito contra la Hacienda Pública; en puridad, el proceso penal no versa únicamente sobre el hecho aisladamente considerado constitutivo del delito, v. gr. la ocultación de ciertos ingresos, sino sobre todos los hechos integrantes de la obligación tributaria a que se refiere la liquidación.

En tercer lugar, si se admite que el sujeto pasivo puede interponer el recurso contencioso-administrativo, no será infrecuente que en el momento de dictar la sentencia penal haya recaído la sentencia en el proceso contencioso-administrativo. La situación revestirá cierta complejidad

cuando la sentencia del contencioso haya abordado y resuelto cuestiones que puedan tener alguna incidencia sobre la resolución de la cuestión prejudicial en el proceso penal; baste citar a título de ejemplo los criterios que puedan adoptarse sobre imputación temporal de rentas, o requisitos para admitir la deducibilidad de ciertas partidas. En principio cabe sostener que el juez penal no está vinculado a la sentencia dictada en el contencioso-administrativo. Pero la existencia de sentencias contradictorias es una situación que, aunque pueda estar amparada en razones de lógica formal, debe ser evitada en la medida de lo posible.

Por lo que concierne a la segunda liquidación, la que derive de los conceptos y cuantías vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, el artículo 305.5 del CP se limita a disponer que «seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal». El CP se limita a efectuar en este punto una remisión en blanco a la normativa tributaria, y se abstiene de fijar los principios o criterios que deben inspirar dicha regulación. Cabe entender, a contrario sensu, que la tramitación que se establezca no será la ordinaria, y que estas liquidaciones no estarán sujetas al régimen de recursos propios de la liquidación tributaria en general. Las liquidaciones que se dicten al amparo de este precepto quedarán en una situación jurídica especial, porque ni serán directamente impugnables por el sujeto pasivo en las vías económico y contencioso-administrativo ni, según expondremos posteriormente, serán ejecutables por la Administración tributaria.

Pero si la regulación que establezca la normativa tributaria coincide con la apuntada, cabrá entender que las liquidaciones citadas no serán auténticos actos administrativos de liquidación. Desde la perspectiva procedimental, el acto de liquidación se caracteriza por poner fin al procedimiento del mismo nombre y por constituir el presupuesto de los procedimientos de recaudación e impugnación. Por lo tanto, una liquidación tributaria que no puede ser ejecutada ni impugnada carece de los rasgos esenciales de todo acto de liquidación.

En todo caso, y dada la naturaleza de norma penal en blanco del artículo 305.5 del CP, es obvio que mientras no se dicte la normativa tributaria que regule su tramitación la Administración no podrá dictar esta modalidad de liquidaciones. Existe en este punto un vacío normativo que no puede ser cubierto mediante la integración analógica, dado que el legislador ha excluido estas liquidaciones de la que denomina tramitación ordinaria.

El último inciso del párrafo 2 del artículo 305.5 del CP dispone que la liquidación por los conceptos y cuantías vinculados con el posible delito «finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal». Pero la vinculación de la liquidación a la resolución del proceso penal no es sino un aspecto de la preeminencia del proceso penal sobre el procedimiento tributario y por lo tanto puede afectar, en su caso, también a la liquidación por los conceptos y cuantías no vinculados con el proceso penal.

La fórmula empleada por el artículo 305.5 párrafo 2 del CP en este punto, «se ajuste a lo que se decida en el proceso penal», se aparta de la redacción del artículo 180.1 de la LGT que, con mayor precisión técnica, dispone en su párrafo tercero que de no haberse apreciado

la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones «de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados». La redacción de la LGT permite que la liquidación tributaria no solo pueda considerar probados hechos que no han sido probados en el proceso penal, sino también que los califique jurídicamente de forma distinta. Por el contrario, la redacción del artículo 305.5 del CP en este punto parece apuntar, pese a su vaguedad, a una mayor vinculación de la liquidación a la resolución con la que concluya el proceso penal.

Una vez concluido el proceso penal, y efectuado en su caso el correspondiente ajuste a lo en él resuelto, la llamada liquidación por los conceptos y cuantías vinculados con el delito contra la Hacienda Pública será un auténtico acto de liquidación. En consecuencia, el sujeto pasivo podrá interponer los recursos pertinentes en las vías económico-administrativa y contenciosa. Puede ocurrir que uno de los motivos de impugnación consista, precisamente, en que la Administración tributaria no ha realizado correctamente el ajuste a lo resuelto en el proceso penal. La posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo contra la liquidación, cuando ha concluido el proceso penal, puede dar lugar a que la sentencia dictada por el tribunal de lo contencioso-administrativo se aparte de lo establecido en la sentencia penal; cabe, por ejemplo, que el órgano de lo contencioso considere deducible un gasto que no lo ha sido por el órgano penal, o que impute un ingreso a un periodo impositivo diferente.

La principal modificación introducida en este punto radica en el reconocimiento a la Administración tributaria de la facultad de recaudar la deuda tributaria previamente liquidada. En rigor, la facultad de liquidar se explica por su carácter instrumental respecto de la facultad de recaudar. Dispone al efecto el párrafo 3 del artículo 305.5 del CP que «La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciarse que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación».

Bajo la normativa anterior, la cuestión estaba regulada por los artículos 180.1 de la LGT y 32.2 del Reglamento Sancionador Tributario. Si la remisión del tanto de culpa al órgano judicial se producía durante la tramitación del procedimiento inspector, la ausencia de liquidación impedía la recaudación de la deuda. Si por el contrario la remisión se producía durante la tramitación del procedimiento sancionador, cuando el acto de liquidación ya había sido dictado, el precepto reglamentario disponía que «se suspenderá la ejecución de la liquidación hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial». En puridad, la norma reglamentaria constituía el desarrollo o concreción de los principios que inspiran la regulación del artículo 180.1 de la LGT. Si bien la paralización ordenada por este último va referida directamente a los procedimientos de inspección y sancionador, parece lógico concluir, como hemos apuntado previamente, que la paralización debe afectar también a los procedimientos administrati-

vos que traen causa o se derivan del procedimiento inspector; en el caso ahora contemplado, la paralización ordenada por el artículo 180.1 de la LGT impediría la iniciación o tramitación del procedimiento de recaudación.

Esta solución estaba respaldada por la jurisprudencia. La STS 2069/2002, de 5 de diciembre (NFJ013722), citada a su vez por la STS de 3 de abril de 2003 (NFJ016242), tras declarar que la eventual existencia de una liquidación ya efectuada formalmente por la Administración tributaria al incorporarse al proceso penal por delito fiscal no era otra cosa que una prueba más, concluía que «la Administración no podrá proceder a exigir el pago del tributo mediante el ejercicio de las facultades de autotutela que le reconoce la ley, debiendo limitarse a efectuar ante el tribunal las peticiones que considere pertinentes a su derecho».

La modificación del régimen normativo establecido para este punto por el artículo 180.1 de la LGT se ha llevado a cabo en dos fases. En la primera, la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria, ha introducido la disposición adicional decimonovena en la LGT, por la que se atribuyen a la Administración tributaria competencias de investigación patrimonial en los procesos por delito contra la Hacienda Pública y se le reconocen las facultades previstas en los artículos 93, 94, 162 y 81.8 de la ley. Pero estas facultades están sometidas a una serie de límites. De una parte, las competencias de investigación se ejercen bajo la supervisión de la autoridad judicial y de las actuaciones que se llevan a cabo se debe dar cuenta inmediata al juez penal. De otra, la nueva disposición adicional de la LGT sigue operando en el marco establecido por el artículo 180 de la misma ley; en consecuencia, la Administración tributaria solo podrá ejercer las competencias taxativamente reconocidas por la citada disposición adicional; pero no puede realizar en plenitud las que el artículo 160.1 de la LGT denomina funciones administrativas conducentes al cobro de la deuda tributaria, es decir, las funciones ejecutivas o de recaudación propiamente dichas, entre otras razones porque no existía propiamente un acto administrativo de liquidación.

En la segunda fase, el párrafo tercero del artículo 305.5 del CP establece que la existencia del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública no paraliza la acción de cobro de la deuda tributaria y, en consecuencia, la Administración tributaria podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro. La diferencia con la disposición adicional decimonovena de la LGT es evidente y trae causa de la presencia del acto de liquidación; la Administración no se limita a realizar actuaciones de investigación patrimonial, sino que ejerce la acción de cobro a través del procedimiento de recaudación. Pero el ejercicio de la acción de cobro por la Administración está sometido a un importante límite porque, como la norma reconoce expresamente, el juez de oficio o a instancia de parte puede acordar la suspensión de las actuaciones de ejecución. A la postre, los redactores de la ley se han visto forzados a reconocer, como no podía ser de otra manera, que la ejecución de la liquidación no se puede realizar al margen y con independencia de la tramitación del proceso penal. La suspensión de las actuaciones de ejecución, que el juez puede acordar de oficio y en determinados casos con dispensa de garantías, puede colocar en la práctica a la Administración tributaria y a la liquidación girada en una situación muy parecida a la que se encontraban antes de la Ley Orgánica 7/2012.

La redacción del párrafo tercero del artículo 305.5 plantea, además, otras cuestiones. Dada la posible existencia de dos liquidaciones, cabe suscitar si la acción de cobro se refiere solo a la liquidación girada por los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, o si comprende también la liquidación referida a los conceptos y cuantías vinculados con el delito. Es cierto que el precepto comentado alude a la acción de cobro de «la deuda tributaria», por lo que podría entenderse que comprende ambas liquidaciones. Parece sin embargo más acertado entender que solo concierne a la liquidación por los conceptos y cuantías no vinculados con el delito; de alguna manera, la ejecución de la citada liquidación puede entenderse que forma parte de lo que la ley denomina su tramitación ordinaria. Por el contrario, la liquidación por los conceptos y cuantías vinculados al delito fiscal es por entero dependiente de la tramitación del proceso penal y su ejecución debe quedar aplazada a la finalización del citado proceso, una vez se haya efectuado, en su caso, el ajuste a lo decidido en el mismo.

Como ya se ha indicado, según el artículo 305.5 del CP el juez puede acordar, de oficio o a instancia de parte, la suspensión de las actuaciones de ejecución. Sucede, sin embargo, que según el artículo 227.2 en sus letras a) y g) de la LGT, las liquidaciones y los actos dictados en el procedimiento de recaudación son reclamables en vía económico-administrativa; a su vez, el artículo 233 de la LGT regula la suspensión de la ejecución del acto impugnado en la mencionada vía económico-administrativa. De donde resulta que, en principio, el particular podrá instar la suspensión bien sea por el cauce del artículo 305.5 del CP o por el del artículo 233 de la LGT. Entre ambas vías para acordar la suspensión existen algunas diferencias. Por lo que concierne al momento procedimental, la suspensión de la ejecución del artículo 305.5 del CP parece estar prevista con carácter general, y podrá ser acordada antes incluso de que la Administración tributaria haya iniciado la ejecución. Por el contrario, la suspensión acordada por el cauce del artículo 233 de la LGT presupone que el particular ha impugnado el acto de ejecución previamente dictado por la Administración.

Respecto de la naturaleza del acuerdo de suspensión, el artículo 233 de la LGT dispone que la ejecución quedará suspendida automáticamente si se garantizan los importes que allí se mencionan; por el contrario, el artículo 305.5 del CP omite toda referencia al automatismo de la suspensión, lo que parece sugerir que el juez penal gozará de un cierto margen de discrecionalidad para decidir si acuerda o no la suspensión de la ejecución.

La existencia de dos cauces jurídicos para obtener un mismo resultado puede dar lugar a resoluciones contradictorias. Puede ocurrir que la suspensión sea denegada en una vía y concedida en la otra. La cuestión planteada tiene su origen en la tramitación paralela de dos procedimientos, el penal y el tributario de recaudación en este caso, y tiene difícil solución mientras se mantenga la situación creada por el artículo 305.5 del CP.

Para las restantes cuestiones que puedan suscitarse con motivo de la recaudación, los tribunales económico-administrativos serán competentes en virtud del ya citado artículo 227.2 g) de la LGT.

IV. OTRAS CUESTIONES. LAS LIQUIDACIONES TRIBUTARIAS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La nueva regulación introducida en el artículo 305.5 del CP por la Ley Orgánica 7/2012 supone un cambio radical en la determinación y exacción de la deuda tributaria no ingresada por la comisión del delito contra la Hacienda Pública. Hasta la citada ley, la determinación de la cuota defraudada se realizaba en la sentencia penal como responsabilidad civil derivada del delito, y su exacción se llevaba a cabo conforme a la disposición adicional décima de la LGT y artículo 305.5 del CP.

La facultad reconocida por el nuevo artículo 305.5 del CP a la Administración tributaria de practicar sendas liquidaciones tributarias altera radicalmente la situación anterior. Con la nueva normativa, en el momento de dictar la sentencia penal condenatoria ya se habrá girado la liquidación por los conceptos y cuantías vinculados con el delito contra la Hacienda Pública. Carece, por lo tanto, de sentido que la sentencia incorpore un pronunciamiento expreso sobre la responsabilidad civil; bastará que la liquidación previamente dictada se ajuste, en su caso, a lo resuelto en la sentencia penal para proceder a su ejecución por el procedimiento de recaudación.

Sorprende por ello que la ley no haya regulado este punto con la precisión y claridad que hubieran sido deseables. Algunos párrafos se caracterizan por su ambigüedad; la remisión a «la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria» para las liquidaciones por los conceptos y cuantías vinculados con el delito no da idea del alcance de la modificación. En otros casos la norma se presta a confusión; así, el apartado 7 del artículo 305 mantiene una redacción similar a la del anterior apartado 5, lo que parece sugerir que en este punto no se ha producido ninguna modificación; impresión que se verá corroborada porque la nueva normativa no ha contemplado la derogación o modificación de la disposición adicional décima de la LGT.

Sin embargo, la transformación operada encuentra reflejo en otros preceptos: el artículo 305.6 permite una reducción de la pena al obligado tributario o al autor del delito «siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos»; hasta el límite temporal fijado por la norma, dos meses desde la citación judicial como imputado, la cantidad satisfecha lo es en concepto de deuda tributaria. De donde se deduce que la comisión del delito no ha producido la mutación del título que constituía el fundamento de la regulación anterior.

A su vez, el ya citado apartado 7 del artículo 305 puede ser interpretado conforme al nuevo contexto normativo. Bajo la regulación anterior se entendía que la responsabilidad civil fijada en la sentencia incluía «también» el importe de la deuda tributaria que la Administración tributaria no hubiera podido liquidar por prescripción u otra causa legal. Con la nueva normativa debe entenderse que la responsabilidad civil fijada en la sentencia incluirá «únicamente» el ya mencionado importe de la deuda tributaria que la Administración tributaria no haya liquidado

por prescripción u otra causa legal; cuando no concurren las mencionadas circunstancias que impiden la práctica de la liquidación, la prescripción u otra causa legal, la deuda tributaria habrá sido determinada en la previa liquidación y no constituirá objeto de la responsabilidad civil. La redacción del precepto comentado ha permanecido intacta, como ya hemos observado, pero las modificaciones en el contexto normativo han determinado que su significado y alcance sean ahora radicalmente distintos.

Pero la interpretación del artículo 305.7 en los términos aquí propugnados plantea otras cuestiones. La transformación de la deuda tributaria en responsabilidad civil ya no depende de la previa comisión del delito, como ocurría con el sistema anterior, sino de un factor distinto, a saber, que la Administración tributaria no haya podido practicar la liquidación por prescripción u otra causa legal; ya era sumamente discutible que la comisión del delito produjera la mutación del título, transformando una obligación tributaria nacida de la realización del hecho imponible en una responsabilidad civil *ex delicto*: pero bajo ningún concepto resulta admisible que la citada mutación derive de la imposibilidad legal de practicar la liquidación. En consecuencia, la responsabilidad civil solo debe abarcar los conceptos y cuantías que puedan ser calificados como tales, pero no puede comprender el importe de la deuda tributaria, cuya determinación debe quedar reservada siempre y en todo caso al acto de liquidación.

La nueva concepción del alcance de la responsabilidad civil obliga también a replantear si tiene sentido que se atribuya a la Administración tributaria la ejecución de la pena de multa, tal y como establece el repetidamente citado artículo 305.7 del CP. La disposición adicional décima de la LGT únicamente contemplaba la exacción por la Administración tributaria de la responsabilidad civil; la extensión a la ejecución de la pena de multa de la facultad previamente reconocida a la Administración tributaria para ejecutar la responsabilidad civil fue introducida en el artículo 305.5 de la CP por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP ninguna razón especial se adujo en la Exposición de Motivos, lo que permitió entender que su fundamento debía encontrarse en consideraciones de índole pragmática; como la Administración tributaria ejecutaba la responsabilidad civil, parecía útil que ejecutara también la pena de multa impuesta en la sentencia.

La atribución a la Administración tributaria de la facultad para ejecutar la pena de multa fijada en la sentencia condenatoria ha sido criticada por vulnerar el mandato del artículo 117.3 de la Constitución Española, que atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. A mayor abundamiento, la Administración tributaria puede haber intervenido en el proceso penal como acusador particular; en tal supuesto, la pena de multa fijada en la sentencia penal condenatoria será ejecutada por el acusador particular, situación que se comenta por sí sola.

La desaparición de la responsabilidad civil brinda una oportunidad para corregir la situación descrita y volver a la ortodoxia. En lo sucesivo, ambas magnitudes deberían ejecutarse de forma independiente y separada, sin efectuar acumulación entre ellas; la deuda tributaria fijada en la previa liquidación se ejecutará por el cauce del procedimiento de recaudación. Y la pena

de multa deberá ejecutarse por el cauce establecido por las normas procesales penales para las penas pecuniarias.

La existencia de una liquidación previa, y la consiguiente supresión de la responsabilidad civil, obliga también a replantear la intervención de la Administración tributaria durante la tramitación del proceso penal. Bajo la normativa anterior, la presencia de la Administración tributaria como acusador particular se justificaba fundamentalmente en la necesidad de proteger el interés patrimonial de la Hacienda Pública por medio del pronunciamiento sobre la responsabilidad civil. En la medida en que el citado interés patrimonial resulta ahora protegido al margen del proceso penal, a través de los actos de liquidación previamente dictados, la labor de la Administración tributaria deberá centrarse en las funciones de defensa jurídica en los procesos contencioso-administrativos entablados contra las liquidaciones; pero perderá sentido su presencia como acusador particular en el proceso penal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En las páginas precedentes han quedado expuestas algunas de las principales cuestiones que suscita la redacción del artículo 305.5 del CP efectuada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Como se reconoce en la Exposición de Motivos de la citada ley orgánica, la norma responde a consideraciones de naturaleza recaudatoria; se pretende que la tramitación del proceso penal no retrase en exceso el cobro por la Administración tributaria de la deuda tributaria. Las dificultades pueden surgir porque la consecución de la finalidad perseguida puede en ciertos casos obstaculizar la correcta tramitación del proceso penal; la situación se producirá cuando para la realización de las actuaciones de comprobación e investigación que fundamenten la liquidación la Administración tributaria utilice medios incompatibles con la posición jurídica del particular en el proceso penal. La tramitación simultánea del procedimiento inspector y el proceso penal puede ser una fuente de conflictos si no se adoptan las cautelas oportunas.

Parece por ello oportuno que en la normativa tributaria de desarrollo se tomen en consideración no solo las razones recaudatorias, sino también los que deben constituir los fines principales de la norma, a saber, la eficacia del proceso compaginada con el respeto a los derechos del imputado. Entre otros aspectos, la norma de desarrollo deberá introducir orden en la presencia de la Administración tributaria durante la tramitación del proceso penal; con la regulación actual, la Administración puede intervenir como acusador particular, perito y además ejecuta la responsabilidad civil y la pena de multa impuesta en la sentencia condenatoria; la nueva normativa añade el ejercicio de la potestad de liquidación: todo ello produce un desequilibrio entre las partes que debe ser corregido.

En todo caso, la existencia de un acto de liquidación debería plantear la conveniencia de activar la posibilidad ofrecida por el artículo 4 de la LECrim. para que el Tribunal penal pueda acordar que la cuestión prejudicial tributaria sea resuelta por el Tribunal de lo contencioso-admini-

nistrativo en los términos allí previstos; para ello sería conveniente que el sujeto pasivo pudiera presentar el recurso directamente ante el órgano contencioso-administrativo, sin necesidad de acudir a la vía económico-administrativa previa, y que el recurso gozara de alguna preferencia en su tramitación en la vía contenciosa. De esta manera, en el momento de dictar la sentencia penal el juez de dicho orden dispondría no solo del acto administrativo de liquidación, sino también de la sentencia de lo contencioso-administrativo.

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2012 (III). LA COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO. LA LIMITACIÓN DE GASTOS FINANCIEROS INTRAGRUPO

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración continúa el comentario de las normas publicadas en 2012 en relación con el Impuesto sobre Sociedades, y se centra en tres materias, a saber, la compensación de bases imponibles negativas, la tributación de las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario y la limitación a la deducción de gastos financieros en los grupos fiscales. Aun cuando dispares por su naturaleza, están unidas por su relación con la proyección internacional del Impuesto sobre Sociedades, a poco que se entiendan, como así es útil, en su más amplio sentido y significación en el contexto de la tributación de las entidades jurídicas.

En un contexto de agotamiento recaudatorio del Impuesto sobre Sociedades, esencialmente debido a la crisis económica, pero también a ciertos defectos, algunos de los cuales versan, precisamente, sobre la compensación de pérdidas y la deducción de intereses en el seno de los grupos mercantiles multinacionales, puede revestir cierto interés analizar estas materias con una amplitud mayor que aquella que estrictamente se desprende de las normas publicadas en 2012, máxime teniendo en cuenta que sobre las mismas se han pronunciado organizaciones internacionales tan relevantes como la OCDE y la Unión Europea, singularmente a través del Tribunal de Justicia.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, bases imponibles negativas, SOCIMI y gastos financieros.

CORPORATE INCOME TAX AS OF 2012 (III). NET OPERATING LOSSES CARRY FORWARD. REAL ESTATE INVESTMENT TRUST (REIT) TAX REGIME. LIMITATION OF INTERCOMPANY FINANCIAL EXPENSE TAX DEDUCTIBILITY

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The instant collaboration continues with the discussion of the rules published throughout 2012 with respect to the Corporate Income Tax and it is focused on three subjects, i.e., net operating losses carry forward, REIT tax regime and the limitation of financial expenses tax deductibility in consolidated groups. In spite of its disparate nature, these rules are united by its relationship with Corporate Income Tax international projections, especially if they are construed, as they should be, in a broad sense and significance in the context of legal persons taxation.

In a context of Corporate Income Tax collection depletion, essentially due to the economic crisis, but also because of certain weaknesses of the law, such as precisely those concerning net operating losses carry forward and the limitation of financial expenses tax deductibility in multinational company groups; for this purpose, it could be of relevance to analyze these issues with a larger field vision than the strict analysis of the rules published in 2012, since international organizations such as the OECD and the European Union through the European Court of Justice, have already pronounced on them.

Keywords: Corporate Income Tax, net operating losses, REIT and financial expenses.

Sumario

1. La compensación de bases impositivas negativas
 - 1.1. Contenido de la limitación
 - 1.2. El contexto de la compensación de bases impositivas negativas
2. El subsistema de la compensación y comunicación de pérdidas fiscales
 - 2.1. Elementos básicos del subsistema
 - 2.2. La comunicación de las pérdidas sufridas por las filiales
3. La planificación fiscal agresiva a través de la compensación y de la comunicación de pérdidas
4. La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de comunicación y compensación de pérdidas
 - 4.1. Comunicación de pérdidas en la relación matriz-filial
 - 4.2. Pérdidas derivadas de la distribución de beneficios
 - 4.3. Compensación de pérdidas con beneficios futuros
 - 4.4. Compensación de pérdidas a través de la consolidación fiscal
 - 4.5. Subrogación en las pérdidas de la sociedad absorbida
5. Los mimbres para una reforma
6. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario
 - 6.1. Modificaciones relativas al régimen sustantivo de la SOCIMI
 - 6.2. Tributación de la SOCIMI
 - 6.3. Tributación de los socios de la SOCIMI
 - 6.4. Obligaciones de información
 - 6.5. Régimen fiscal de entrada-salida. Los motivos económicos válidos
 - 6.6. Pérdida del régimen fiscal
 - 6.7. Otros incentivos fiscales para las rentas inmobiliarias
 - 6.8. Valoración del régimen fiscal de las SOCIMI
7. La limitación a la deducción de intereses en los grupos fiscales
 - 7.1. Criterios generales
 - 7.2. Grupos fiscales en los que participan entidades de crédito y aseguradoras
 - 7.3. Gastos financieros netos pendientes de aplicación y beneficio operativo pendiente de utilización, anteriores a la entrada en el grupo fiscal
 - 7.4. Gastos financieros y partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS

- 7.5. La franquicia
- 7.6. Arbitraje en la captación de la financiación
- 7.7. Gastos financieros netos pendientes de aplicación y beneficio neto pendiente de utilización en el momento de la extinción del grupo fiscal o de la separación de una entidad
- 7.8. Las entidades *holding*
- 7.9. Subrogación en las operaciones del Capítulo VIII del Título VII
- 7.10. Consolidar o no consolidar frente al límite
- 8. La deducción de gastos financieros en el proyecto de la OCDE sobre la erosión de bases imponibles (BEPS)

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer este escrito y ha formulado valiosas sugerencias. Los errores que pudiera contener son de la exclusiva responsabilidad de su autor.

«... La satisfacción vital, la satisfacción política y la confianza interpersonal, altas tasas de discusión política y el apoyo al orden social existente, tienden a aparecer juntas: constituyen un síndrome de actitudes positivas ante el mundo en el que se vive, y este síndrome parece ir unido a la viabilidad de las instituciones democráticas...»

Ronald INGLEHART, *El cambio cultural en las sociedades industriales avanzadas...*

1. LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 26.uno del Real Decreto-Ley 20/2012 establece una limitación cuantitativa a la compensación de bases imponibles negativas que únicamente tendrá efectos «para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 y 2013». Se recordará que ya el artículo 9.primero.dos del Real Decreto-Ley 9/2011 había establecido una limitación relativa a los periodos impositivos de 2011, 2012 y 2013, de manera tal que la nueva limitación no es sino una «vuelta de tuerca» respecto de la misma.

Nótese que la norma que la establece se construye a modo de nueva redacción de la precedente.

1.1. CONTENIDO DE LA LIMITACIÓN

La limitación en nada afecta al régimen de la compensación previsto en el artículo 25 del TRLIS. Se trata de un recorte del importe susceptible de compensación. El recorte solo afecta a los sujetos pasivos cuyo volumen de operaciones «calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 37/1992 haya superado la cifra de 6.010.121,04 euros durante los doce meses anteriores», y lo hace de manera desigual:

- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 20 millones de euros e inferior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 50 % de la base imponible previa a dicha compensación».
- Importe neto de la cifra de negocios igual o superior a 60 millones de euros, en cuyo caso la compensación está limitada «al 25 % de la base imponible previa a dicha compensación».

Lo único que ha variado respecto de la limitación prevista en el Real Decreto-Ley 9/2011 son los porcentajes, que pasan del 75 al 50 % y del 50 al 25 %.

De esta manera, las entidades afectadas tendrán, respecto de los periodos impositivos de 2012 y 2013, base imponible positiva.

Rebotan ahora, con mayor vigor, las dudas sobre la pertinencia de agravar la carga fiscal de las entidades que han sufrido pérdidas en periodos impositivos precedentes. Véase que una

entidad que haya sufrido pérdidas por 100 en 2012 y beneficios de 180 en 2013 deberá tributar sobre una base imponible de 135 en 2013, en tanto que otra que haya obtenido una pérdida de 25 en 2012 y un beneficio de 105 en 2013, podrá compensar totalmente la pérdida y tributar sobre una base imponible de 80 en 2013, siendo así que el aumento de patrimonio neto por causa de las operaciones realizadas por ambas empresas es idéntico.

La limitación puede suponer un diferimiento en el disfrute de la compensación de bases imponibles negativas, pero también una pérdida del mismo, total o parcial, puesto que el plazo de compensación no ha sido modificado, de manera tal que el aprovechamiento de las pérdidas requiere la generación de mayores beneficios.

1.2. EL CONTEXTO DE LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

Las carencias de equidad que se atisban en la medida restrictiva descrita solo pueden ser explicadas por la imperiosa necesidad recaudatoria. ¿Podría haberse obtenido un efecto recaudatorio apreciable mediante una reforma del régimen de la compensación de bases imponibles negativas?

En este escrito se sugiere que la compensación de bases imponibles negativas sirve al principio de capacidad económica y que, por tanto, su limitación afecta a dicho principio, sea de manera absoluta si no puede hacerse efectiva la compensación en uno o varios periodos impositivos posteriores, o de manera temporal en caso contrario, y se postula que una suspensión temporal de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS hubiera deparado un perjuicio menor para el principio de capacidad económica, y, en fin, que dicho precepto debería ser reformado para evitar planificaciones fiscales agresivas de los grupos multinacionales, determinantes de importantes pérdidas recaudatorias.

Antes de avanzar en la argumentación pertinente para justificar las afirmaciones precedentes es conveniente recordar la distinción entre la compensación de bases imponibles negativas en sede de la entidad que ha sufrido las pérdidas y la comunicación de las pérdidas sufridas por una entidad a aquella o aquellas de las que depende, en particular, cuando media la relación matriz-filial. Sin embargo, ambos regímenes, en unión a los concernientes a la eliminación de la doble imposición económica de dividendos y plusvalías de cartera, constituyen un subsistema en el Impuesto sobre Sociedades, esto es, un conjunto normativo que, respondiendo a los mismos principios, versa sobre materias conexas.

La compensación de pérdidas en sede de la misma entidad que las padece se ve hoy como una consecuencia natural del principio de capacidad económica. No fue siempre así, pues en los tiempos de imperio rabioso del denominado principio de independencia de ejercicios la compensación se contemplaba a modo de privilegio fiscal, pero la aplicación generalizada de la compensación de bases imponibles negativas en los países de nuestro entorno, incluso con efecto retroactivo, ha extinguido los últimos rescoldos de esa inconsistente postura. Hoy en día el debate se ha situado en el terreno

más modesto, pero no por ello irrelevante, de la posibilidad de comprobar la efectividad de una pérdida fiscal habida en un periodo impositivo ya prescrito a los efectos de examinar su compensación en otro u otros no prescritos, habiéndose el Tribunal Supremo pronunciado ya en sentido positivo¹.

La comunicación de pérdidas de la filial a la matriz está bastante extendida en los países de nuestro entorno, esencialmente ligada al régimen de consolidación fiscal, pero sobre la misma pesan algunas interrogantes, señaladamente en el caso de filiales extranjeras, tanto por razones de técnica tributaria como de temores asociados a las prácticas de planificación fiscal agresiva. La mayor parte de las sentencias del Tribunal de Justicia concernientes a esta materia contienen un debate que pivota sobre esas razones de técnica tributaria y esos temores, los cuales también han aflorado en un relativamente reciente documento de la OCDE.

2. EL SUBSISTEMA DE LA COMPENSACIÓN Y COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES

La compensación y la comunicación de pérdidas configuran, como se ha indicado, un subsistema en el Impuesto sobre Sociedades. Las líneas maestras del mismo no han sido afectadas por las numerosas modificaciones que en 2012 ha sufrido dicho impuesto.

2.1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL SUBSISTEMA

El mencionado subsistema está compuesto por los siguientes elementos:

- Las pérdidas sufridas por la sociedad son compensables con los beneficios futuros (art. 25.1 del TRLIS). No obstante, la inactividad acompañada de un cambio sustancial en la titularidad del capital motiva una restricción a la compensación (art. 25.2 del TRLIS).
- Las pérdidas sufridas por el socio por causa de la transmisión de la participación son computables para determinar la base imponible (art. 10.3 del TRLIS).
- Las pérdidas sufridas por las sociedades filiales se imputan a la sociedad matriz a través de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS. Esta partida, calculada por diferencia entre los fondos propios iniciales y finales, es, básicamente, representativa de dichas pérdidas. No obstante, las reservas distribuidas incorporadas al precio de adquisición de la participación también motivan la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, pero no dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, a menos que la plusvalía obtenida por quien transmitió la participación haya tributado [art. 30.4 e) del TRLIS].

¹ TS, 20 de septiembre de 2012 [rec. 6330/2010 (NFJ048478)] y 22 de noviembre de 2012.

- La recuperación de valor, medida por la diferencia positiva entre la de los fondos propios finales e iniciales, se integra en la base imponible, incluso cuando la participación se halle en poder de una entidad distinta a la que practicó el ajuste negativo, cuando ambas estuvieren vinculadas (arts. 12.3 y 19.6 del TRLIS).
- Los beneficios distribuidos después de una reducción de capital para compensar pérdidas no dan derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, excepto si los mismos se integraron plenamente en la base imponible sin que, por tanto, hubieran sido objeto de una compensación de bases imponibles negativas, a menos que la no compensación se deba a la aplicación de la restricción prevista en el artículo 25.2 del TRLIS, ni ha lugar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías respecto de los beneficios no integrados en la base imponible por causa de la mencionada compensación [arts. 30.4 b) y 20.5 del TRLIS].
- Tratándose de participaciones sobre entidades no residentes cuyas rentas puedan disfrutar del régimen de exención del artículo 21 del TRLIS, la exención del dividendo inhibe el cómputo del deterioro de la participación, incluida la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y la pérdida habida en la transmisión, así como el previo cómputo del deterioro, incluida la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, inhibe la aplicación de la exención de las plusvalías de cartera.
- Tratándose de participaciones sobre entidades no residentes cuyas rentas puedan disfrutar del régimen de deducción del artículo 32 del TRLIS, los dividendos repartidos con cargo a beneficios implícitos en el precio de adquisición de la participación dan derecho a la deducción, pero la consiguiente pérdida de valor de la participación no se integra en la base imponible, salvo que se pruebe la tributación de la plusvalía obtenida por el transmitente de la participación.
- En los supuestos de fusión la sociedad absorbente puede subrogarse en las bases imponibles negativas susceptibles de compensación de la sociedad absorbida, pero con restricciones para evitar el doble cómputo de pérdidas (art. 90 del TRLIS).
- En los supuestos de consolidación el grupo fiscal puede compensar las bases imponibles negativas pendientes de compensación con el límite de la base imponible individual (art. 74.2 del TRLIS).

Los críticos de este subsistema argumentan que determina doble aprovechamiento de pérdidas, porque las pérdidas sufridas por la sociedad motivan, a su vez, el deterioro de la participación del socio, el cual puede computarla de manera definitiva mediante la transmisión de la participación. Nótese que el doble aprovechamiento solo se produce si se transmite la participación a un tercero, pues si se mantiene dicha participación la recuperación de valor elimina la posibilidad de doble aprovechamiento.

Los críticos arguyen, consecuentemente, que una vez transmitida la participación a un tercero, la sociedad que ha sufrido las pérdidas no debería tener derecho a su compensación.

Esa crítica sería válida si la capacidad económica se predicara exclusivamente respecto de los socios, pero si se predica también respecto de la sociedad no lo es. Ahora bien, el Impuesto sobre Sociedades está basado, precisamente, en la capacidad económica de las personas jurídicas, por más que la misma pueda ser considerada como vicaria de la concerniente a los socios.

El legislador ha resuelto el dilema mediante dos medidas complementarias. Así, ha neutralizado el doble aprovechamiento negando la deducción para eliminar la doble imposición de dividendos y de plusvalías, en la forma anteriormente expuesta. Pero como quiera que mientras el hecho de la distribución del dividendo o el de la transmisión de la participación no se realice subsiste el doble aprovechamiento de pérdidas, para evitar lo que se ha dado en denominar el mercado de las sociedades en pérdidas, ha establecido una restricción a su compensación en los términos también anteriormente expuestos.

En algunos casos el subsistema parece ofrecer algunos desperfectos. Así, cuando la persona o entidad de la que se adquirió la participación no tributó en España por razón de la plusvalía obtenida en la transmisión de la participación y la eventual pérdida de valor derivada de la distribución del dividendo no se manifiesta en el propio periodo impositivo sino en otro posterior, señaladamente a través de la transmisión de la participación. Una interpretación razonable del artículo 30.4 e) del TRLIS llevaría a entender que las deducciones practicadas deben reintegrarse en los términos del artículo 137.3 del TRLIS.

En sentido inverso, el rechazo a la integración de las pérdidas derivadas del deterioro o la transmisión de la participación cuando previamente se hubiere aplicado la exención a un dividendo, hasta el importe del mismo, podría ser censurada por cuanto la exención está justificada por la tributación del beneficio del que procede el dividendo y la pérdida no trae su causa de la distribución del dividendo, pero no debería perderse de vista que dicha tributación la percibió una autoridad fiscal extranjera.

El legislador fiscal ha buscado un equilibrio que, con todas sus imperfecciones, reposa sobre unos criterios congruentes. Sin embargo, no es fácil que satisfaga a todos.

2.2. LA COMUNICACIÓN DE LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS POR LAS FILIALES

La imputación de las pérdidas sufridas por las filiales está regulada en el artículo 12.3 del TRLIS. Se trata de un régimen específicamente fiscal, nacido a raíz de la reforma contable establecido por la Ley 16/2007, que permite la minoración de la base imponible de la matriz en función de las pérdidas de carácter fiscal sufridas por la filial, y que opera incluso cuando tales pérdidas no impliquen, a tenor de las normas contables, un deterioro de la participación. Es, probablemente, el caso más agudo de quiebra del antaño denominado principio de inscripción contable, hoy en día recogido en el artículo 19.3 del TRLIS, en cuya virtud la deducción de cualquier partida está supeditada a su imputación contable a la cuenta de pérdidas y ganancias.

La doctrina más conspicua justifica este singular régimen para mantener el statu quo del deterioro de las participaciones significativas tras la reforma contable. Ahora bien, esa justificación es endeble frente a la función sanadora del principio de inscripción contable, y por otra parte se

aparta de uno de los principios rectores de la reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1995, a saber, tomar como elemento nuclear de la base imponible el resultado contable.

Esta partida fiscalmente deducible no ha sido objeto de restricción o limitación en 2012, a pesar de que, por su contextura, era, probablemente, el máximo candidato a entrar en la cofradía de las restricciones o limitaciones que por imperiosos motivos recaudatorios de interés general se han abatido sobre el Impuesto sobre Sociedades. En efecto, si las pérdidas sufridas por la propia entidad en periodos impositivos precedentes no se permite que agüen por completo la base imponible de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013, cuanto más cabía esperar respecto de las pérdidas sufridas por las entidades filiales en esos periodos impositivos en relación con las bases imponibles de la sociedad matriz, máxime cuando la partida fiscalmente deducible que las representa implica un ajuste temporal susceptible de recuperación, de manera tal que en no pocos casos hubiere supuesto recaudar hoy sin hipotecar la recaudación futura.

Sea como fuere y por las causas que fuere, el legislador ha decidido no incluir la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS en el elenco de las restricciones y limitaciones que traen su causa de la crisis económica, a pesar de que en un contexto de recesión económica su importancia cuantitativa será relevante.

Durante 2012 la doctrina administrativa ha venido perfilando el régimen de la partida fiscalmente deducible, de manera tal que en torno a la misma se ha creado un sólido cuerpo de criterios:

- El régimen de la partida fiscalmente deducible no es alternativo respecto del general [V1600/2012 (NFC045187)].
- Los gastos a tomar en consideración son los fiscalmente no deducibles, tanto absolutos como temporales. Esto obliga a realizar los ajustes pertinentes de signo contrario en los periodos en los que el gasto deviene fiscalmente deducible o en los que se produce una reversión contable de gastos que no fueron fiscalmente deducibles. En suma, todo ello apunta a la determinación de una suerte de fondos propios fiscales [V0623/2009 (NFC032145); V1600/2012 (NFC045187)].
- El deterioro contable no es fiscalmente deducible, solo lo es la partida fiscalmente deducible, por aplicación del principio de especialidad. Lo mismo cabe señalar de la reversión contable en relación con la recuperación de valor fiscal [V0882/2009 (NFC032576); V0369/2010 (NFC037521); V2514/2011 (NFC042754)].
- La partida fiscalmente deducible también es aplicable respecto de las entidades no residentes en territorio español, incluso en el importe de la partida fiscalmente deducible que teóricamente pueda determinar una participada no residente en territorio español. Con ello se resuelve la literalidad del nuevo párrafo incorporado por la Ley 11/2009 al artículo 12.3 del TRLIS [V0369/2010 (NFC037521)].
- Para calcular los fondos propios debe tomarse en consideración el balance individual y no el consolidado. Se apoya la contestación, tal vez a contra corazón, en sendas Resoluciones del TEAC de 15 de marzo de 2007 (NFJ029267) y 3 de abril de 2008

(NFJ029259). Ahora bien estas resoluciones se referían a hechos anteriores a la nueva redacción del artículo 12.3 del TRLIS establecida por la Ley 4/2008, de manera tal que la Dirección General de Tributos ha perdido una ocasión para rectificar su criterio en un sentido más idóneo. No obstante, la consulta recuerda que la modificación introducida por la Ley 11/2009 relativa al cómputo de la partida fiscalmente deducible habida en la participada tiene efecto en relación con los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2008 [V0687/2010 (NFC037890); V1600/2012 (NFC045187)]. Nótese que dicha modificación viene a ser un suceso del balance consolidado.

- El balance a tomar en consideración para determinar los fondos propios es el formulado o aprobado por el órgano competente de la sociedad participada antes de que finalice el plazo voluntario de la declaración. Excepcionalmente puede tomarse el del ejercicio anterior si el balance del ejercicio no hubiere sido formulado en ese plazo. Por otra parte, tratándose de entidades participadas que formulen sus cuentas en moneda distinta al euro, han de convertirse los estados financieros a dicha moneda, de manera tal que es posible que exista partida fiscalmente deducible por el efecto del tipo de cambio [V0088/2011 (NFC040163)]. La consulta no aborda la cuestión de las tasas de inflación, en particular si la reexpresión implica la afloración de fondos propios.
- No es aplicable lo que establece el artículo 19.3 del TRLIS sobre el gasto extemporáneo [V0087/2011 (NFC040162); V0088/2011 (NFC040163); V2261/2012 (NFC045869)]. Por tanto, la partida fiscalmente deducible no podrá ser aplicada en un periodo impositivo posterior al pertinente, de manera tal que su eventual aprovechamiento debería canalizarse a través de una rectificación de la declaración.
- Es concebible que la disminución de fondos propios de una entidad situada a dos o más eslabones de la cadena, y aun estando los eslabones constituidos por participadas no residentes, tenga efectos en la entidad dominante. Por tanto, a estos efectos, ha de calcularse, en sede de las entidades participadas no residentes en territorio español, la partida fiscalmente deducible que hubieran podido practicar caso de ser residentes en territorio español.
- La partida fiscalmente deducible ha de eliminarse en el régimen de los grupos fiscales.
- El ingreso derivado de la contabilización del Impuesto sobre Sociedades no debe ser ajustado en el sentido de minorar los fondos propios, aun cuando no tenga la consideración de ingreso fiscal [V1600/2012 (NFC045187)].
- Para calcular la renta derivada de la transmisión de la participación debe minorarse el valor de adquisición en la partida que se dedujo o que hubiera debido deducirse por aplicación de lo previsto en el artículo 12.3 del TRLIS [V2100/2012 (NFC045709)].
- Los fondos propios negativos no determinan la partida fiscalmente deducible pues la misma no puede superar el importe de la inversión, pero deberá admitirse la deducibilidad del importe que corresponda en aquel ejercicio posterior en que se realicen aportaciones a los fondos propios de las entidades participadas, siempre que el importe de estos no hayan aumentado [V1790/2012 (NFC045412)].

- Para calcular el segundo límite no se tomará en consideración la corrección por gastos fiscalmente no deducibles [V1600/2012 (NFC045187)].
- Deberá tomarse en consideración, a todos los efectos fiscales, la partida fiscalmente deducible que hubiera debido determinarse en sede de la entidad participada, con independencia de que esa partida hubiera o no sido efectivamente deducida. Por tanto, también deberá tomarse en consideración aun cuando hubiera sido objeto de eliminación como consecuencia de la consolidación fiscal [V1600/2012 (NFC045187)].

El régimen de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS determina que la pérdida sufrida por cualquier entidad de un grupo mercantil, sea o no residente en territorio español, transite por toda la cadena de participación minorando las bases imponibles de las entidades que participan en dicha entidad, sea de manera directa o indirecta, hasta el eslabón en que los beneficios sean suficientes para neutralizarla, pudiendo así llegar hasta la misma matriz. En rigor esto también acaece con el deterioro contable, pero media una diferencia sustancial, a saber, que el deterioro contable luce en cuentas y merma el patrimonio neto con todas las consecuencias mercantiles adversas que de ello se derivan, lo que constituye un freno a prácticas irregulares con finalidad fiscal que no fue apreciado por el legislador de la Ley 4/2008.

En apariencia el tránsito de la partida fiscalmente deducible por todas y cada una de las entidades que integran la cadena de participación implica una multiplicación artificial de la pérdida sufrida por una de las entidades de la cadena. Bien se comprende que ello no es así sino que el efecto real de ese tránsito es el propio de la agregación de resultados. Por tanto, como quiera que la partida fiscalmente deducible transita en sentido opuesto a la dirección de la cadena de participación, aun cuando la suma algebraica de las bases imponibles de todas las entidades que la conforman será la misma cualquiera que sea el eslabón de la cadena en el que se produzca la pérdida, el impacto recaudatorio de aquella será tanto mayor cuanto más alejada de la matriz esté la entidad en la que se produce la pérdida.

3. LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA A TRAVÉS DE LA COMPENSACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS

El informe *Utilización de Prácticas Agresivas de Planificación Fiscal en Relación a Pérdidas Empresariales* (OCDE 2011) examina la regulación de la compensación de pérdidas en un grupo de países y efectúa un conjunto de recomendaciones en orden a su mejora. El informe se divide en seis capítulos. En el Capítulo IV se da cuenta de las planificaciones fiscales agresivas en materia de compensación de pérdidas fiscales, distinguiendo hasta siete tipos. Un análisis de los mismos, siquiera sea somero, reviste interés en orden a valorar mejor las normas que configuran el subsistema, anteriormente expuesto, de la compensación y comunicación de pérdidas en el TRLIS².

² Para un examen en profundidad puede consultarse el artículo de Albert AMORÓS VIÑALS titulado «La Planificación Fiscal Agresiva», RCyT. CEF. núm. 362, mayo 2013.

- Planificación sobre transferencia de pérdidas. Las operaciones identificadas consisten, básicamente, en la transferencia de beneficios/pérdidas mediante instrumentos derivados, concertados con posiciones opuestas por las entidades que integran el grupo de empresas.

Si el precio contractual es de mercado nada hay de objetable, más allá de que se mezcle la actividad productiva con la especulativa. El problema es que los instrumentos derivados no siempre cotizan en un mercado oficial, y que, en tal caso, la determinación del precio responde a unas técnicas de valoración de difícil aplicación y discutible fundamento, de manera tal que los derivados pueden convertirse en instrumentos idóneos para provocar los desplazamientos artificiosos de pérdidas/beneficios, entre sociedades del grupo, o a favor de los socios últimos o inversores finales.

Esta planificación fiscal agresiva es, en rigor, ajena al subsistema de compensación y comunicación de pérdidas fiscales del TRLIS. Se combatiría, en su caso, mediante las normas rectoras de las operaciones vinculadas (art. 16 del TRLIS), aun cuando entre los métodos de valoración legalmente tipificados no se incluya una referencia a los generalmente aceptados en la valoración de instrumentos financieros.

- Planificación sobre transferencia de beneficios. En rigor es la misma situación que la precedente. Una técnica detectada consiste en la aportación de intangibles a la sociedad en pérdidas que son arrendados a las sociedades en beneficios.

En la medida en que esa operación se realice a valor de mercado y la empresa arrendataria obtenga ingresos congruentes de la explotación de los intangibles nada hay de irregular. La irregularidad se presenta cuando no se derivan ingresos congruentes de esos intangibles. Por tanto, la corrección de esta irregularidad también descansa en la técnica de las operaciones vinculadas. Más allá de la precedente consideración, tratándose de intangible generado internamente cabe, en vía de análisis ultra normativo, plantear cuál debe ser la entidad o entidades del grupo en las que deben residenciarse los gastos inherentes a su formación y los ingresos derivados de su utilización. Pues bien, la lógica apunta a que dichos gastos deben ser soportados por las entidades que pueden beneficiarse de los ingresos derivados de los intangibles, pero que en ningún caso aquellos gastos deberían exceder de los realmente incurridos.

En este sentido, la práctica de centralizar los intangibles en una entidad que posteriormente cede su uso mediante precio a otra u otras del grupo fiscal no debiera examinarse bajo la lupa de la valoración sino de la más certera y rigurosa de someter a esos gastos al doble filtro del beneficio derivado del intangible y de los gastos incurridos en su obtención. Enfocar la cuestión de los intangibles como un problema de valoración de operaciones entre empresas vinculadas, tal y como aparentemente podría indicar una aproximación superficial a la doctrina de la OCDE, implica pasar por alto otro problema previo, a saber, el del sentido económico de la centralización de intangibles en determinadas entidades del grupo que posteriormente ceden su uso mediante precio.

Antaño, cuando los cánones satisfechos por la utilización de intangibles se sometían a retención en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR), el problema apuntado revestía una importancia menor, pero hogaño España comparte el punto de vista de los países ricos en tecnología e intangibles concerniente a la eliminación de dicha retención, bien a las claras materializado en la reciente modificación del convenio para evitar la doble imposición suscrito con los Estados Unidos, de manera tal que el problema de referencia se agiganta.

- Planificación tendente a rebasar el plazo de compensación de pérdidas. Se utilizan técnicas de creación artificial de beneficios en la entidad afectada, con cargo a pérdidas de otras entidades del grupo.

También este problema, tal vez menor que los precedentes, puede ser superado mediante la valoración por el valor normal de mercado de las operaciones realizadas entre las entidades vinculadas.

- Planificación tendente a burlar las restricciones sobre cambio de propiedad. Se utilizan técnicas diversas según el tenor de la legislación restrictiva que se intenta sortear. Una es disimular la toma de control canalizando la transmisión mediante acciones sin voto en la medida en que las mismas no procuran un cambio de control.

Este problema puede ser combatido mediante la adecuada calificación de la operación.

- Planificación tendente a eludir las restricciones a la compensación de pérdidas preexistentes al cambio de control. La técnica más frecuente consiste en la adquisición de sociedades con pérdidas latentes, esto es, todavía no contabilizadas, de manera tal que no les son aplicables las normas sobre no compensación de pérdidas existentes en el cambio de control.

Estos casos pueden abordarse corrigiendo, a efectos fiscales, los estados contables de la entidad participada, al objeto de desvelar la existencia de esas pérdidas efectivas y permitir la aplicación de las normas restrictivas de la compensación de pérdidas preexistentes al cambio de control.

- Planificación tendente a la creación de pérdidas fiscales que no son económicas. Se basa en una operación que genera ingresos no computables (dividendos o plusvalías exentas, o intereses exentos por convenio) asociada con gastos sí computables (intereses derivados de la financiación de la operación).

Estas operaciones, en cuanto carentes de sustancia económica o de finalidad económica distinta de la consecución de una ventaja fiscal, pueden ser neutralizadas mediante el conflicto en aplicación de la norma tributaria del artículo 15 de la Ley General Tributaria. Varias sentencias de los tribunales españoles las han abordado³.

- Planificación para posibilitar la deducción múltiple de una misma pérdida. La táctica más común es la venta interna de la participación sobre una sociedad que ha

³ AN, 7 de febrero de 2013 [rec. 172/2010 (NFJ050014)] y 21 de febrero de 2013 [rec. 47/2010 (NFJ050173)].

sufrido pérdidas, determinando así una minusvalía, de manera tal que, en ausencia de normas sobre recuperación de valor, se producirá doble compensación cuando las pérdidas se compensen con beneficios futuros. También se produce la doble deducción en el caso de entidades de doble residencia o de consideración distinta en dos jurisdicciones (transparente/no transparente).

Se trata, bien se ve, del problema del doble aprovechamiento, examinado en un apartado anterior.

La mayor parte de las tramas precedentes consisten en el desplazamiento artificioso de resultados entre entidades de un mismo grupo multinacional que tributan ante jurisdicciones fiscales distintas. Estas tramas pretenden frustrar la tributación de los beneficios ante la jurisdicción fiscal que realmente corresponde, violentando así el principio de territorialidad. Las posibilidades de neutralizar estas operaciones fraudulentas mediante las normas generales antiabuso o las normas sobre precios de transferencia están abiertas, pero no son fáciles de aplicar.

Más allá de ese escenario, conviene preguntarse si tiene sentido económico permitir la comunicación de pérdidas sufridas por una filial residente en el extranjero con los beneficios de su matriz residente en territorio español.

Debe rechazarse una contestación negativa basada en el argumento de que si no se gravan los dividendos tampoco debiera admitirse la imputación de las pérdidas vía artículo 12.3 del TRLIS, pues los beneficios no se gravan con la finalidad de evitar la doble imposición económica en tanto que las pérdidas sufridas por la filial deterioran el valor de la participación de la matriz, de acuerdo con los principios contables. Cuestión distinta es que la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 opere incluso sin mediar deterioro contable, lo que puede ser reprochable, ciertamente, pero que es irrelevante para desvirtuar el argumento precedente. En efecto, la asimetría en el tratamiento de pérdidas y beneficios está plenamente justificada en el objetivo de eliminar la doble imposición económica que pesaría sobre los segundos si no se eximieran.

Ahora bien, la imputación de las pérdidas de la filial debe producirse, a efectos fiscales, en sede de la matriz que realmente lo sea, y no en sede de una entidad del grupo que no tenga tal consideración material, por más que sea formalmente tenedora de la participación. ¿Tiene algún sentido imputar a una entidad residente en territorio español las pérdidas sufridas por una entidad residente en otro país cuando la entidad dominante del grupo multinacional no es residente en territorio español? La respuesta, se sugiere, ha de ser forzosamente negativa, por cuanto el efecto de dicha imputación es frustrar la tributación de los beneficios derivados de las actividades económicas realizadas por la entidad residente en territorio español, lo que, en definitiva, iría en contra del principio de territorialidad. Y ha de ser negativa incluso si existiere alguna relación económica entre la entidad participante y la participada, e incluso si la participante dirigiera, gestionara o controlara a la entidad participada pues, en definitiva, la pérdida sufrida por una filial no es, en sentido económico y financiero, imputable a otra filial, sino a la propia matriz. Ciertamente, la contabilidad individual de la entidad tenedora de la participación reflejará, en su caso, la pérdida

sufrida por la entidad participada, pero el documento contable que realmente da cuenta de esa pérdida son las cuentas consolidadas, pues, en rigor, las pérdidas de cualquier filial son imputables a la matriz última o entidad dominante del grupo multinacional, ya que es ella la titular última de la inversión financiera, en tanto que la filial intermedia mantiene una titularidad puramente vicaria.

Desde esta consideración, lo apropiado sería imputar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS a la matriz última o entidad dominante del grupo multinacional. En consecuencia, solamente pesaría contra una base imponible gravada por el Impuesto sobre Sociedades cuando la entidad dominante fuera residente en territorio español.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE COMUNICACIÓN Y COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS

La descripción de la doctrina que emana de las sentencias del Tribunal de Justicia permite calibrar la adecuación de nuestra legislación en materia de compensación y comunicación de pérdidas fiscales a la normativa comunitaria y, al tiempo, perfilar los límites a los que debería atenerse una eventual reforma de la misma. ¿Puede ser el régimen de la compensación y la comunicación de pérdidas entre matriz y filial distinto en atención al lugar de la residencia de una y otra? Esta es la interrogante crucial que debe despejarse mediante el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4.1. COMUNICACIÓN DE PÉRDIDAS EN LA RELACIÓN MATRIZ-FILIAL

La sentencia fundamental es *Marks & Spencer*⁴. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado⁵ se oponía a una legislación que impedía la compensación por parte de la entidad matriz de las pérdidas sufridas por las filiales extranjeras, siendo así que la permitía tratándose de entidades filiales nacionales (Reino Unido). El Tribunal apreció que esa diferencia de trato provocaba una restricción a la libertad de establecimiento, pero, como se verá, estimó las causas de justificación alegadas.

⁴ *Marks & Spencer* [asunto C-446/03 (NFJ021162)]: «Los artículos 43 y 48 CE no se oponen, en el estado actual del Derecho comunitario, a la normativa de un Estado miembro que excluye con carácter general la posibilidad de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de este, cuando prevé tal posibilidad en el caso de pérdidas sufridas por las filiales residentes. No obstante, es contrario a los artículos 43 CE y 48 CE excluir dicha posibilidad de la sociedad matriz residente cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el periodo impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores y cuando, por otra parte, no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a este».

⁵ Bajo esta expresión se alude a las normas del TUE y del TFUE o Tratados en el sentido del artículo 1.2 del TFUE.

Se alegó, como causa de justificación, mantener el «reparto de la potestad tributaria de los Estados miembros», lo que, a juicio del gobierno británico, implicaba que a las filiales se les debía aplicar una sola legislación en relación con los beneficios y las pérdidas, esto es, la legislación del país en que residían, de donde se derivaba la improcedencia de la compensación de las pérdidas en sede de la matriz. El Tribunal fue sensible a este argumento pues, de lo contrario, los grupos multinacionales, razonó, podrían elegir el lugar de compensación de las pérdidas.

Se alegó el «riesgo de doble cómputo de pérdidas». El Tribunal también fue sensible. Así, la eliminación de dicho riesgo se puede lograr excluyendo la compensación de pérdidas de las filiales extranjeras en sede de la matriz, o, en el mismo sentido, excluyendo a las filiales extranjeras del grupo fiscal.

Se alegó el «riesgo de evasión fiscal», y el Tribunal apreció que, efectivamente, era concebible una planificación tendente a compensar arbitrariamente las pérdidas en aquellas entidades del grupo fiscal cuya tributación era más exigente.

Por todo ello la restricción estaba justificada. Ahora bien, era necesario que no fuera más allá de lo estrictamente necesario y, a tal efecto, debería admitirse la compensación de las pérdidas de la filial extranjera cuando la misma hubiere agotado todas las posibilidades de compensación en el país donde la misma residía.

La sentencia *Rewe*⁶ se refiere al deterioro de la participación sobre una entidad filial, mas como quiera que dicho deterioro está relacionado con las pérdidas sufridas por la filial resulta pertinente su consideración.

El Tribunal debió dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que admitía la deducción del deterioro de la participación sobre filiales nacionales en tanto que solo la admitía de manera limitada tratándose de filiales extranjeras. El Tribunal apreció que esa diferencia de trato implicaba una restricción a la libertad de establecimiento, pero, a diferencia de *Marks & Spencer*, rechazó las causas de justificación alegadas.

Se alegó el «reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros», sobre la base de que, tratándose de filiales nacionales, se gravaba el beneficio y se computaba el deterioro, en tanto que tratándose de filiales extranjeras no se gravaba el beneficio (se gravaba en el país de residencia de la filial) y de aquí que tampoco se computase el deterioro. El Tribunal rechazó la alegación pero sin ofrecer una argumentación precisa.

⁶ *Rewe* [asunto C-347/04 (NFJ025222)]: «En circunstancias como las del asunto principal, en las que una sociedad matriz tiene en una filial no residente una participación que le concede una influencia real en las decisiones de dicha filial extranjera y le permite determinar sus actividades, los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE) se oponen a una norma de un Estado miembro que restringe, para la sociedad matriz residente en dicho Estado, la posibilidad de deducir las pérdidas sufridas por la referida sociedad en concepto de amortizaciones realizadas sobre el valor de sus participaciones en filiales establecidas en otros Estados miembros».

Se alegó la «necesidad de evitar el doble cómputo de pérdidas». El Tribunal rechazó la alegación pues, de una parte negó que existiera identidad entre el deterioro de la participación y las pérdidas de la filial, y de otra advirtió que las filiales nacionales podían compensar las pérdidas con los beneficios futuros y, sin embargo, ello no impedía el cómputo del deterioro en sede de la matriz. El Tribunal no profundizó en si los beneficios posteriores obtenidos por la filial con cargo a los cuales se efectuaba la compensación determinaban la reversión del deterioro en sede de la matriz, como así parece que habría de ser en términos de lógica contable.

Se alegó la «lucha contra el fraude o la evasión fiscal», en el sentido de que la norma restrictiva del cómputo del deterioro estaba basada en la experiencia de la constitución en el extranjero de filiales típicamente generadoras de pérdidas de dudosa consistencia. En este sentido, las autoridades fiscales alemanas exhortaron al Tribunal para que matizase su doctrina relativa a las normas antiabuso de manera tal que se consideraran justificadas no solo las destinadas específicamente a frustrar montajes puramente artificiales sino también otras más generales y abstractas basadas en casos tipo. El Tribunal no accedió a tal matización.

Se alegó la «necesidad de facilitar la eficacia de los controles fiscales». El Tribunal la rechazó ya que el cómputo del deterioro de la participación sobre la filial extranjera podía someterse a los requisitos y comprobaciones que deseara establecer la autoridad fiscal alemana.

Se alegó la «necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal», sobre la base de que, de acuerdo con el convenio bilateral aplicable (germano-holandés), los dividendos de las filiales estaban exentos, de manera tal que lo coherente sería no computar el deterioro de la participación. El Tribunal rechazó esta alegación porque no apreció un vínculo directo entre la exención del dividendo y el no cómputo del deterioro, pero, además, advirtió que los dividendos de las filiales alemanas también estaban exentos y el deterioro de la participación sobre las mismas se computaba.

Se alegó el «principio de territorialidad». El Tribunal observó que ese principio implicaba que la matriz (alemana) había de tributar en función de la renta mundial y que la filial extranjera había de hacerlo por las rentas que, eventualmente, pudiera tener de un establecimiento permanente en Alemania, y concluyó que el cómputo del deterioro a efectos fiscales no violentaba tal esquema de tributación.

La sentencia apreció que la libertad de establecimiento se oponía al régimen fiscal enjuiciado.

Las dos sentencias comentadas versan sobre la comunicación de pérdidas en las relaciones matriz-filial, y tienen en común que aprecian la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, pero discrepan radicalmente en la apreciación de las causas de justificación. Esto se debe a que el Tribunal ha partido de considerar que el deterioro contable no estaba relacionado con las pérdidas pues, en otro caso, posiblemente no se hubiera producido esa discrepancia. Ahora bien, la realidad es que las pérdidas son un hecho relevante en la determinación del deterioro de la participación.

Más allá de dicha discrepancia lo que interesa es debatir sobre los argumentos del Tribunal concernientes a las causas de justificación y, singularmente, sobre la que aparece más relevante, a saber, la relativa al «reparto de la potestad tributaria de los Estados miembros». ¿Infringe la compensación de las pérdidas sufridas por la filial en sede de la matriz ese reparto? ¿Debe pos-

tularse en nombre de ese reparto que los beneficios y las pérdidas de la filial han de estar exclusivamente sujetas a la legislación fiscal del país en donde reside la filial?

La potestad tributaria se reparte mediante un convenio bilateral. Si tomamos como referencia el modelo de convenio de la OCDE nada se dice en el mismo respecto de la incidencia de las pérdidas de las filiales en la matriz. Este aspecto se deja, por consiguiente, a la legislación interna de las partes contratantes. El reparto versa sobre los beneficios: no se gravan por el país de la matriz mientras no se distribuyan, el país de la filial puede practicar retención sobre el dividendo, y, en fin, el país de la matriz debe imputarla en forma ordinaria.

No es extraño que sobre las pérdidas nada se establezca, por cuanto los convenios versan, esencialmente, sobre la eliminación de la doble imposición jurídica, y la concurrencia de pérdidas no genera un supuesto de hecho determinante de doble imposición. ¿Puede inferirse del reparto de la potestad tributaria en materia de beneficios un criterio latente o implícito respecto de las pérdidas? Así, puesto que los beneficios solo se gravan por el país de la filial mientras no se distribuyan (art. 7 del modelo de convenio de la OCDE) podría aducirse que las pérdidas también deben quedar enclaustradas en sede de la filial. Este argumento es bastante débil. Más cierto es que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición no se ocupan de este supuesto de hecho por cuanto no es determinante de doble imposición. Por el contrario en *Rewe* el Tribunal rechazó esta causa de justificación, sin duda porque no atisbó que tras un deterioro se halla, en no pocas ocasiones, una pérdida.

Con todo, ha de destacarse que el Tribunal no ha tomado, al menos explícitamente, como referencia para configurar los elementos determinantes del reparto de la potestad tributaria los principios de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, limitándose a insertar en tal causa de justificación a todas aquellas normas que tengan por objeto frustrar comportamientos que puedan impedir que las autoridades fiscales recauden los impuestos correspondientes a actividades realizadas en su territorio.

No hace falta mucha argumentación para constatar que el artículo 12.3 del TRLIS es respetuoso con la libertad de establecimiento pues trata por igual a las filiales nacionales que a las extranjeras. Mayor interés reviste indicar que la doctrina contenida en *Marks & Spencer* daría amparo a una aplicación de la partida fiscalmente deducible limitada al ámbito de las filiales domésticas y al de aquellas no residentes que hubieran agotado las posibilidades de compensación de acuerdo con el ordenamiento interno. Por el contrario la sentencia *Rewe* rechazaría ese amparo. No obstante, habida cuenta de que la partida fiscalmente deducible se construye sobre las pérdidas de la entidad participada y que es independiente del deterioro de la participación, parece que la partida fiscalmente deducible debería contemplarse en relación con la sentencia *Marks & Spencer*.

No se sigue de ello que sea técnicamente correcto limitar la partida fiscalmente deducible al ámbito interno, por el contrario, se opina que no lo es ya que ello iría en demérito del principio de neutralidad, pero en un contexto de medidas restrictivas y contrarias en buena medida a ese principio, como puede ser la propia restricción a la compensación de bases imponibles negativas anteriormente comentada, alivia constatar que la norma comunitaria no hubiera impedido una suspensión de la partida fiscalmente deducible con origen foráneo.

4.2. PÉRDIDAS DERIVADAS DE LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS

En *Glaxo*⁷ el Tribunal se enfrentó a un aspecto peculiar del subsistema de compensación y comunicación de pérdidas, a saber, las provocadas por una distribución de beneficios. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que permitía la minoración de la base imponible por causa del deterioro de la participación provocada por la distribución del dividendo cuando la participación se había adquirido a un contribuyente residente pero no cuando se había adquirido a un contribuyente no residente. Puesto que la legislación se refería a todo tipo de participaciones y no solo a las de control, la cuestión se examinó a la luz de la libertad de movimiento de capitales.

El Tribunal comparó la situación interna (adquisición de la participación a un residente) y la situación comunitaria (adquisición de la participación a un no residente) y constató que la tributación de esta última era menos ventajosa pudiéndose derivar de ello una disuasión respecto de la adquisición de la participación a no residentes, y, por ende, una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

El Tribunal admitió, de acuerdo con su doctrina relativa a la libertad de movimiento de capitales, que la situación del residente y del no residente no era, en principio, equivalente, pero puntualizó que, en el caso examinado, se contemplaba la situación del residente adquirente de la participación frente al deterioro, cuyo importe era independiente del lugar de residencia del transmitente de la participación.

Se alegó la «necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario», y se sustentó en que el transmitente residente de la participación tributaba sobre plusvalía en tanto que el transmitente no residente no lo hacía. El Tribunal replicó que no veía la ventaja que para el adquirente de la participación a un extranjero compensaba la desventaja del no cómputo del deterioro, de manera tal que no se cumplía la doctrina del vínculo directo.

Se alegó la «necesidad de preservar el reparto equilibrado de los ingresos fiscales». El Tribunal fue sensible a este argumento, por cuanto la deducción del deterioro derivado de la distribución del dividendo habría de aumentar el precio de la transmisión, lo que equivaldría, en términos económicos, a la concesión de un crédito fiscal al transmitente de la participación, cuyo efecto práctico sería neutralizar la tributación de los beneficios de la entidad residente que distri-

⁷ *Glaxo* [asunto C-182/08 (NFIJ035061)]: «El artículo 73 B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, en virtud de la cual la depreciación de participaciones sociales como consecuencia de una distribución de dividendos no afecta a la base imponible de un contribuyente residente, cuando este adquiere participaciones en una sociedad de capital residente, de un tenedor de participaciones no residente, mientras que, cuando adquiere participaciones de un tenedor residente, tal depreciación disminuye la base imponible del adquirente.

Esta conclusión es aplicable en los casos en que dicha normativa no va más allá de lo necesario para salvaguardar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para evitar los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y creados con el único fin de beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si la normativa de que se trata en el litigio principal se limita a lo necesario para alcanzar esos objetivos».

buye el dividendo. De esta manera, afirma el Tribunal, los ingresos que en condiciones normales serían imponibles en el Estado miembro del domicilio de la entidad que distribuye el dividendo se desplazarían hacia el Estado miembro competente para gravar la plusvalía realizada por el no residente, vulnerando así el reparto equilibrado de la potestad tributaria.

Se alegó la «lucha contra el fraude o la evasión fiscal», y el Tribunal entendió que la norma restrictiva podía ser válida para frustrar prácticas cuya única finalidad es posibilitar que el tenedor no residente se beneficie económicamente de un crédito fiscal que jurídicamente no le corresponde.

Sin embargo, en punto a la adecuación y proporcionalidad de la medida restrictiva, el Tribunal observó que no se podía presumir que, en todo caso, el precio de venta contendría el crédito fiscal y que las operaciones se realizarían con la exclusiva finalidad de hacerlo efectivo, y también que la medida no se aplicaba exclusivamente respecto de los montajes puramente artificiales sino con carácter general. A pesar de ello el Tribunal dejó la puerta abierta a la aplicación de la medida si los tribunales alemanes verificaban que era posible reducir su campo a tales montajes artificiales.

El fallo está compuesto por dos declaraciones. En la primera se afirma que la libertad de movimiento de capitales no se opone a la medida, pero en la segunda se observa que la primera está supeditada a que dicha medida no vaya más allá de lo necesario para salvaguardar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, así como para frustrar los montajes puramente artificiales carentes de realidad económica y cuya finalidad sea beneficiarse indebidamente de una ventaja fiscal.

La sentencia *Glaxo* aborda un problema bien conocido, a saber, el tratamiento de la pérdida de valor de la participación derivada de una distribución de dividendos.

La distribución de un dividendo motiva una pérdida de valor de la participación cuando el beneficio del que procede estaba idealmente comprendido en el precio de adquisición de la misma, ya sea porque el reparto se ha producido con cargo a reservas existentes en el momento de la adquisición de la participación o porque se ha producido con cargo a los beneficios futuros descontados en dicho precio.

A través de un razonamiento complejo pero sugerente, la sentencia parece constatar que la confluencia de la eliminación de la doble imposición económica con la pérdida de valor de la participación depara un déficit de imposición que es compensado con la tributación de la plusvalía derivada de la transmisión de la participación, y de ahí que sea correcto supeditar el cómputo fiscal de la pérdida de valor a aquellos casos en los que la participación ha sido adquirida de un residente.

El modelo de convenio de la OCDE nada establece expresamente sobre el particular, pero puesto que concede la competencia para gravar los beneficios de las sociedades al país en el que residen (art. 7) parece correcto entender que repudia toda norma que tenga por efecto práctico cegar esa fuente de ingresos fiscales, lo que así sucedería, en términos económicos, si el transmitente de la participación fuera un no residente, pues la plusvalía correspondiente tributaría en otro país. En este sentido, un conjunto de preceptos del TRLIS regula de manera dispar esta materia, pero con

efectos prácticos convergentes. Así, el artículo 30.4 e) del TRLIS rechaza la deducción para evitar la doble imposición económica de dividendos de fuente interna cuando la participación se adquirió a un no residente, el artículo 32.5 del TRLIS rechaza la integración en la base imponible de la pérdida de valor de la participación cuando la participación se adquirió a un no residente, el artículo 89.3 del TRLIS priva de eficacia fiscal a la diferencia de fusión cuando la participación se adquirió de un no residente, excepto si el mismo ha tributado sobre la plusvalía en algún Estado miembro de la Unión Europea.

Todos estos preceptos responden al mismo fundamento que anima la sentencia *Glaxo* si bien el artículo 89.3 del TRLIS claudica gratuitamente ante la tributación de la plusvalía en algún Estado miembro de la Unión Europea.

El artículo 21.4 del TRLIS rechaza la pérdida de valor hasta el importe de los dividendos previamente exentos, sin distinción alguna por razón de la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, y, literalmente, sin que tal rechazo esté condicionado a que los dividendos hayan causado la pérdida de valor.

Aunque este último precepto rechaza la pérdida de valor derivada de la transmisión de la participación, es lo cierto que descansa en un fundamento distinto al que anima la sentencia *Glaxo* y los preceptos anteriormente citados. En efecto, el referido rechazo se configura de manera absoluta, cualquiera que sea la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, y plena, cualquiera que sea la causa de la pérdida de valor, esto es, derive o no tal pérdida de valor de la distribución del dividendo. Es el rechazo pleno el que determina la irrelevancia de la residencia de la persona o entidad de la que se adquirió la participación.

Aun cuando el artículo 21.4 del TRLIS, como se ha indicado, descansa en un fundamento distinto de *Glaxo* no se sigue de ello que perturbe la libertad de establecimiento. Por el contrario, al no establecer un tratamiento dispar según cuál sea la residencia de la persona o entidad de quien se adquirió la participación, es perfectamente respetuoso con la misma.

No puede decirse lo mismo de su adecuación a la Directiva matriz-filial, por cuanto en la misma se faculta a los Estados miembros para rechazar la deducción de «las minusvalías derivadas de la distribución de los dividendos», pero no, por tanto, cualquier tipo de minusvalía o pérdida de valor subsiguiente a la distribución de un dividendo exento, como podría ser la derivada de pérdidas contables sufridas por la entidad participada en un ejercicio posterior a la distribución de los dividendos. No obstante, esa fricción tal vez pueda ser paliada por la perfecta adecuación del artículo 32 del TRLIS al texto de la citada Directiva.

Por otra parte, rechazar esa pérdida, esto es, rechazar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS o, todavía más, la pérdida derivada de la transmisión de la participación por causa de la concurrencia previa de un dividendo exento, implica perturbar la propia finalidad del artículo 21 del TRLIS consistente en la eliminación de la doble imposición económica. La exención del dividendo no implica privilegio fiscal alguno, simplemente es una técnica para eliminar la doble imposición económica. Por ello el no cómputo de una pérdida de valor que tiene su ori-

gen en una pérdida de la sociedad participada no puede ser visto como la compensación o neutralización de un privilegio.

Así, podría postularse una interpretación del artículo 21.4 del TRLIS que no desmereciera su espíritu y finalidad, consistente en constreñir el no cómputo de la pérdida de valor al supuesto en la que la misma viniera determinada por la distribución del dividendo. Es dudoso que esa interpretación pueda abrirse camino, pues el literal de la norma rechaza la pérdida de valor *en cualquier* caso, y la doctrina administrativa así lo ha recalcado en la Consulta V0323/2005 (NFC020502).

4.3. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS CON BENEFICIOS FUTUROS

En *AMID*⁸ el Tribunal examina un caso de compensación de pérdidas con beneficios de ejercicios futuros. El Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a un régimen de compensación de pérdidas en cuya virtud tal compensación no era posible si esas pérdidas procedían de ejercicios en los que la entidad obtuvo beneficios mediante establecimientos permanentes situados en el extranjero, estando estos beneficios exentos, sea por legislación interna o por convenio.

El Tribunal constató que si las sucursales se hallaban en Bélgica, las pérdidas de la casa central se compensarían automáticamente con los beneficios de aquellas, y entendió que la situación de sucursal local y sucursal extranjera comunitaria eran comparables, y como quiera que se hacía de peor trato a la segunda, advirtió que existía una restricción para que las casas centrales belgas se establecieran en otros Estados miembros mediante establecimiento permanente. El peor trato era claro, por cuanto la tenencia de un establecimiento permanente obstruía la compensación de las pérdidas de la casa central. Nótese, por otra parte, que la exención de los beneficios del establecimiento permanente no implica ventaja fiscal alguna, sino que se trata de un sistema para evitar la doble imposición.

No se alegaron causas de justificación, más allá de afirmar que las empresas con sucursales nacionales no eran comparables con las empresas con sucursales comunitarias, y el fallo consistió en una declaración incondicional de apreciación de la existencia de restricción a la libertad de establecimiento.

Nuestra legislación pasaría el filtro de la sentencia *AMID* por cuanto la exención de las rentas obtenidas por la casa central mediante establecimiento permanente es irrelevante respecto de la determinación de la base imponible susceptible de compensación.

⁸ *AMID* [asunto C-141/99 (NFJ009745)]: «El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una sociedad, constituida con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, en el que tiene su domicilio social, solo puede deducir de los beneficios imponibles de un año, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, las pérdidas sufridas el año anterior a condición de que dichas pérdidas no se hayan podido compensar con los beneficios obtenidos, en ese mismo año anterior, por uno de sus establecimientos permanentes situado en otro Estado miembro, en la medida en que las pérdidas compensadas de ese modo no pueden deducirse de los ingresos imponibles en ninguno de los Estados miembros afectados, mientras que, si los establecimientos de dicha sociedad se encontrasen exclusivamente en el Estado miembro donde tiene su domicilio social, serían deducibles».

4.4. COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS A TRAVÉS DE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL

La sentencia fundamental en este campo es *X Holding BV*⁹, pues aborda la cuestión del perímetro de la consolidación fiscal de los grupos con presencia en más de un Estado miembro de la Unión Europea. Así, el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que permitía la tributación consolidada pero que impedía la inclusión en el grupo fiscal de las empresas residentes en el extranjero. El Tribunal examinó la cuestión a la luz de la libertad de establecimiento puesto que subyacía la participación en empresas filiales.

El Tribunal comparó la situación interna (matriz y filial nacionales) con la situación comunitaria (matriz nacional y filial extranjera), y constató que la primera disfrutaba de una ventaja fiscal, consistente en la compensación de pérdidas y en la neutralidad fiscal de las operaciones internas, en tanto que la segunda carecía de tal ventaja. Sostuvo la comparabilidad de ambas situaciones a pesar de que las filiales no residentes no estaban sujetas a la legislación nacional (holandesa), ya que la comparabilidad debía construirse en relación con el objetivo de la normativa nacional controvertida, en el presente caso la configuración de un grupo fiscal.

Pues bien, dicha ventaja podía disuadir la creación de filiales en el ejercicio de la libertad de establecimiento y, consecuentemente, la perturbaba o restringía.

Se alegó el mantenimiento «del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros». El Tribunal observó que el régimen de consolidación permitía la compensación de pérdidas de la filial con los beneficios de la matriz o de otra sociedad del grupo, y sobre la base de *Marks & Spencer* entendió que ello perjudicaba el reparto de la potestad tributaria por cuanto implicaba que la matriz podría escoger el régimen y el lugar de compensación de tales pérdidas. La argumentación es congruente con *Marks & Spencer*, pues la consolidación implica la compensación de pérdidas de la filial extranjera.

La Comisión, a la que sin duda no se le podía escapar que una sentencia contraria a la exclusión de las filiales extranjeras del grupo fiscal favorecería indirectamente su proyecto de base imponible común consolidada, alegó que lo procedente era tratar a las filiales extranjeras «del mismo modo que los establecimientos permanentes sitos en el extranjero... mediante un mecanismo de transferencia provisional de pérdidas vinculado a un régimen de recuperación en ejercicios posteriores». El Tribunal no acogió este argumento porque, de cara al reparto de la potestad tributaria, las filiales y los establecimientos permanentes no se encuentran en la misma situación, como así se desprende del modelo de convenio de la OCDE, en el que la filial queda al margen de la competencia del Estado de origen contrariamente de lo que acontece respecto del establecimiento permanente.

⁹ *X Holding BV* [asunto C-337/08 (NFJ037112)]: «Los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a la normativa de un Estado miembro que permite a una sociedad matriz constituir una unidad fiscal con su filial residente, pero no permite la constitución de dicha unidad fiscal con una filial no residente si los beneficios de esta última no están sometidos a la legislación fiscal de dicho Estado miembro».

El Tribunal fue consciente de que con su razonamiento habilitaba un tratamiento fiscal distinto en términos materiales en el Estado de origen para filiales y establecimientos permanentes, siendo así que una y otro son dos formas jurídicas a través de las cuales se ejercita la libertad de establecimiento en orden al ejercicio de la misma actividad económica, pero en su decisión pesó más la diferente situación que filiales y establecimientos permanentes ocupan en el modelo de convenio de la OCDE.

No se sigue de lo anterior que la situación inversa, esto es, la inclusión de filiales extranjeras en el grupo fiscal, eventualmente recibiría el reproche de la jurisprudencia comunitaria. Por el contrario, sería plenamente congruente con el ordenamiento comunitario con tal de que no provocase doble imposición ya que la misma violentaría el espíritu de la Directiva 90/435/CEE.

La sentencia entendió plenamente justificada la exclusión del perímetro de la consolidación fiscal de las filiales residentes en el extranjero.

En la sentencia *X e Y*¹⁰ el Tribunal examinó un aspecto de un régimen fiscal cercano al de la consolidación fiscal, esto es, el régimen de las transferencias de patrimonio de la matriz a favor de las filiales que han sufrido pérdidas. Así, el Tribunal debió dilucidar si el Tratado se oponía a un régimen fiscal que admitía como gasto la transferencia realizada por una matriz (Suecia) a su filial cuando la misma estaba controlada directamente o por medio de otra entidad intermedia, incluso residente en otro Estado miembro, pero no cuando el control se realizaba por medio de dos o más entidades residentes en Estados miembros diferentes.

En la sentencia se ventiló también la legitimación del tribunal alemán que presentó la cuestión prejudicial y la idoneidad de la decisión administrativa recurrida, ya que no se trataba de un acto de liquidación sino de información sobre un régimen fiscal.

El Tribunal constató que la diferencia de trato provenía del lugar del domicilio de las filiales intermedias, y de ahí derivó la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento, sin una reflexión adicional relativa a que esa diferencia de trato podría desanimar el ejercicio de la libertad de establecimiento, tal vez porque el Gobierno sueco no opuso argumentos en contra.

¹⁰ *X e Y* [asunto C-200/98 (NFJ051178)]: «Cuando un Estado miembro concede determinadas ventajas fiscales a las transferencias financieras internas de un grupo efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en este Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad a la primera, bien directamente o bien a dicha sociedad conjuntamente con:

- una o varias filiales asimismo establecidas en dicho Estado miembro y pertenecientes en su totalidad a esta, o
- una o varias filiales que le pertenecen en su totalidad y que tienen su domicilio en otro Estado miembro con el que el primer Estado miembro ha celebrado un Convenio para evitar la doble imposición que incluye una cláusula de no discriminación,

los artículos 52 a 58 del Tratado se oponen a que no disfruten de estas mismas ventajas fiscales las transferencias efectuadas entre dos sociedades anónimas establecidas en dicho Estado miembro, la segunda de las cuales pertenece en su totalidad y de manera conjunta a la primera y a varias filiales que pertenecen en su totalidad a esta y que tienen su domicilio en varios Estados miembros, distintos del primero, con los que este ha celebrado Convenios para evitar la doble imposición que incluyen una cláusula de no discriminación».

No se alegaron causas de justificación y el Tribunal, consecuentemente, no entró en las mismas, fallando que la libertad de establecimiento se oponía al régimen fiscal concernido.

*Papillon*¹¹ versó sobre un aspecto accesorio de la determinación del perímetro de la consolidación fiscal, a saber, la incidencia de la participación indirecta a través de una entidad no residente, y así el Tribunal examinó si el Tratado se oponía a un régimen de consolidación fiscal que rechazaba la inclusión en el grupo fiscal de las filiales domésticas controladas a través de otras filiales residentes en otros Estados miembros (Francia).

El Tribunal, después de constatar que el régimen de consolidación fiscal suponía una ventaja en cuanto permitía la compensación de pérdidas, encontró que la situación comunitaria (control indirecto a través de filial comunitaria) y la situación interna (control indirecto a través de filial nacional) eran comparables y, por ende, estimó que existía una restricción a la libertad de establecimiento.

Se alegó «el reparto equilibrado de la potestad tributaria», pero el Tribunal observó que solo existía un país concernido por los ingresos tributarios. Se alegó «la coherencia del sistema tributario». El Tribunal aceptó esta alegación por cuanto la no pertenencia de la entidad intermedia al grupo fiscal haciéndolo la final provocaba el riesgo del doble cómputo de la pérdida eventualmente sufrida por la filial final, esto es, primero en calidad de perteneciente al grupo y luego en cuanto determinante del deterioro de la participación de la intermedia que, a su vez, podría provocar el deterioro de la participación de la matriz. Este riesgo no acontecía en la situación puramente interna debido a la eliminación propia del proceso de consolidación.

Ahora bien, el Tribunal entendió que la medida iba más allá de lo necesario. En efecto, estimó que para evitar el riesgo de doble cómputo de la pérdida se hubiera podido adoptar una norma menos restrictiva tendente a excluir el riesgo de doble cómputo de pérdidas, proporcionando la Directiva 77/779/CEE los cauces de información precisa, y de esta manera sentenció que la libertad de establecimiento se oponía a la exclusión del grupo fiscal de las filiales nacionales controladas a través de una filial intermedia residente en otro Estado miembro.

La sentencia *ICI*¹² se puede inscribir entre las que hacen referencia a la comunicación de pérdidas en un régimen similar al de la consolidación fiscal. Hubo el Tribunal de dilucidar si el

¹¹ *Papillon* [asunto C-418/07 (NFJ030334)]: «El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se concede un régimen de imposición de grupo a una sociedad matriz residente en ese Estado miembro que controla filiales y subfiliales igualmente residentes en dicho Estado, pero se excluye para tal sociedad matriz si sus subfiliales residentes son controladas por medio de una filial residente en otro Estado miembro».

¹² *ICI* [asunto C-264/96 (NFJ006465)]: «El artículo 52 del Tratado CE se opone a una normativa de un Estado miembro que, en lo que respecta a las sociedades que tienen su domicilio social en ese Estado miembro y que forman parte de un consorcio a través del cual son propietarias de una sociedad *holding* y ejercen su derecho de libre establecimiento para crear por medio de esa sociedad *holding* filiales en otros Estados miembros, supedita el derecho a una desgravación fiscal al requisito de que la actividad de la sociedad *holding* consista en ser titular, única o principalmente, de las acciones de filiales que tengan su domicilio social en el Estado miembro de que se trate.

Tratado se oponía a un régimen en cuya virtud las pérdidas sufridas por una entidad asociada residente (UK) a través de una entidad *holding* no eran compensables por causa de que la susodicha *holding* participaba, además de en entidades residentes en UK, residentes en otros Estados, unos comunitarios otros terceros, siendo así que en caso de ser todas las entidades participadas residentes en UK la citada compensación sería posible.

El Tribunal enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, y recordando la doble vertiente de la misma, esto es, que afecta tanto al Estado de destino como de origen, observó que el Estado de origen obstaculizaba con esa medida la constitución de entidades filiales en otro Estado miembro y, por tanto, restringía el derecho de establecimiento.

Se alegó la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, la necesidad de preservar los ingresos fiscales, y la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario. En relación con la primera causa el Tribunal constató que la norma británica no tenía por objeto frustrar los montajes artificiosos dirigidos a burlar las normas fiscales, puesto que afectaba a la situación objetiva de existencia de filiales en el extranjero, cualquiera que fuese la actividad o función de las mismas en el contexto del grupo de sociedades. Esta doctrina será reiterada por el Tribunal de Justicia en sucesivas sentencias siendo, tal vez, la más decisiva por su alcance la sentencia *Lankhorst*, concerniente a las normas antisubcapitalización.

Respecto de la segunda causa, después de recordar su admisión en *Bachman* y *Comisión/Bélgica*, observó que no se apreciaba relación alguna entre la compensación de pérdidas sufridas por la filial residente en UK y la tributación de las filiales no residentes en otros países. En fin, en cuanto a la necesidad de preservar los ingresos fiscales, el Tribunal recordó que no era una causa de justificación admisible.

El fallo contiene dos declaraciones. La primera establece incondicionalmente la oposición del derecho de establecimiento a la norma británica. La segunda versa sobre el caso en que las filiales de la *holding* fueran todas residentes en países terceros, no hallando restricción, ni implicación del ordenamiento comunitario.

En *Philips Electronics*¹³ el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una legislación que supeditaba la transferencia de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente

2. En circunstancias como las del litigio principal, el artículo 5 del Tratado CE no obliga al Juez nacional a interpretar su legislación en un sentido conforme al Derecho comunitario ni a dejar de aplicar esa legislación en una situación ajena al ámbito de aplicación de este».

¹³ *Philips Electronics* [asunto C-18/11 (NFJ048211)].

«1. El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que constituye una restricción de la libertad de establecerse en otro Estado miembro de que goza una sociedad no residente el hecho de que una normativa nacional supedita la posibilidad de transferir a una sociedad residente por medio de la consolidación fiscal las pérdidas generadas por el establecimiento permanente en ese Estado miembro de una sociedad no residente al requisito de que no sea posible utilizar dichas pérdidas a efectos de un tributo extranjero, siendo así que la transferencia de pérdidas generadas en ese Estado miembro por una sociedad residente no se halla sometida a ningún requisito equivalente.

a una sociedad del mismo grupo al que pertenecía la casa central a la condición de que tales pérdidas no pudieran ser compensadas en sede de la casa central o, más generalmente, ser utilizables a efectos de un tributo extranjero, cuando esta condición no se establecía respecto de la transferencia de pérdidas entre sociedades filiales (UK).

Como quiera que la libertad de establecimiento puede ejercitarse mediante filiales o sucursales, y el régimen fiscal relativo a la transferencia de pérdidas era distinto según que se utilizase una u otra forma jurídica, y más gravoso respecto del establecimiento permanente, el Tribunal constató la existencia de una restricción, ya que, a juicio del Tribunal, la situación de un establecimiento permanente y la de una sociedad son iguales, a efectos de la transferencia de pérdidas

El tribunal nacional que solicitó la sentencia prejudicial inquirió si podían operar como causas de justificación bien el objetivo de «evitar la doble compensación de pérdidas» o el de «preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros» o una combinación de ambos.

En punto al reparto equilibrado de la potestad tributaria en materia de pérdidas, el Tribunal recordó que era estimable esta causa de justificación cuando la medida restrictiva tenía por finalidad garantizar la simetría entre el derecho a gravar los beneficios y la facultad de deducir pérdidas, y concluyó que la transferencia de pérdidas del establecimiento permanente a otra sociedad del grupo, estando aquel y este ubicados en el mismo territorio, no interfería en la potestad para gravar los beneficios del establecimiento permanente.

En rigor, se opina que la negativa a la transferencia de pérdidas nada tiene que ver con la distribución de la potestad de gravar entre los países concernidos, ya que tal reparto indica que, de acuerdo con los convenios bilaterales, el país del establecimiento grava los beneficios del mismo, y el de la casa central o los exime o concede un crédito de impuesto, de manera tal que la transferencia de pérdidas es una operación ajena a ese equilibrio.

En punto a la doble compensación de pérdidas los razonamientos del Tribunal fueron ambiguos pues se limitó a constatar que la potestad tributaria del país del establecimiento no quedaba mermada por el hecho de que las pérdidas también pudieran ser tomadas en el país de la casa central.

Ciertamente, la doble imputación de pérdidas es, en abstracto, posible. En efecto, el país de la casa central puede admitir que las pérdidas del establecimiento se compensen con los beneficios de la casa central, de manera tal que la transferencia de pérdidas implica una doble compensación. Ahora bien, esta posible doble compensación se supera mediante la técnica adecuada, esto es, la tributación de los beneficios futuros del establecimiento permanente y su recaptura en sede de la casa central.

-
2. Una restricción de la libertad de establecerse en otro Estado miembro de que goza una sociedad no residente como la controvertida en el asunto principal no puede justificarse por razones imperiosas de interés general resultantes del objetivo de evitar la doble imputación de las pérdidas, de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros o de la combinación de estos dos motivos.
 3. En una situación como la controvertida en el litigio principal el juez nacional no debe aplicar las disposiciones de la normativa nacional contrarias al artículo 43 CE».

El fallo no es sino una repetición condensada de los razonamientos relativos a la restricción y ausencia de causas de justificación. Por tanto, una declaración incondicional de que la libertad de establecimiento se opone a la medida fiscal concernida.

El artículo 67 del TRLIS circunscribe el perímetro del grupo fiscal a las entidades residentes en territorio español, estableciendo de esta manera un régimen de comunicación de pérdidas de las filiales a la matriz distinto por razón de la residencia de dichas filiales, pero esa diferencia de trato halla amparo en *X Holding BV*. Por el contrario la exclusión de filiales residentes en territorio español participadas a través de entidades no residentes choca con *Papillon*.

El TRLIS no contempla que las pérdidas sufridas por los establecimientos permanentes ubicados en territorio español puedan ser compensadas por las sociedades filiales residentes en dicho territorio cuya matriz sea la casa central. En efecto, respecto de esas pérdidas no opera la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y, por otra parte, los establecimientos permanentes no pueden formar parte de un grupo fiscal a menos que lo hagan en calidad de entidad dominante. Sin embargo, una sucursal de una entidad residente sí forma parte del grupo fiscal en cuanto integrante de una entidad que lo hace. Este régimen fiscal podría entrar en conflicto con *Philips Electronics*, por cuanto las pérdidas habidas por una sucursal nacional dependiente de una entidad residente o por un establecimiento permanente propiamente dicho dependiente de una entidad residente, se compensan con los beneficios de las entidades del grupo fiscal.

Para aprovechar estas pérdidas se utiliza el expediente de aportar el establecimiento permanente a una sociedad filial de la casa central residente en territorio español, o, simplemente, constituyendo a partir de los activos afectos una entidad jurídica, acogiendo la operación al Capítulo VIII del Título VII del TRLIS. Las Consultas V0083/2010 y V2660/2011 (NFC042956) han interpretado que la sociedad beneficiaria de la aportación puede subrogarse en el derecho a la compensación a pesar de que no se produce una sucesión a título universal en sentido estricto, con base en una interpretación finalista de la Directiva 99/434/CEE, y «de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea». Ahora bien, la doctrina administrativa también entiende aplicable la restricción del artículo 90.3 del TRLIS, «de manera que, las bases impositivas negativas pendientes no serán compensables en sede de la entidad adquirente cuando la entidad transmitente y la adquirente formen parte de un grupo de sociedades, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y dichas bases impositivas negativas hayan sido computadas en sede de la entidad transmitente, o bien cuando las pérdidas del establecimiento permanente hubieran sido computadas con anterioridad, o pudieran serlo en el futuro, por la entidad transmitente en el lugar de su residencia».

La labor creadora de la doctrina administrativa es notable. Así califica de sucesión universal lo que no lo es, y supedita la subrogación en la compensación de bases impositivas negativas a que las pérdidas del establecimiento permanente no hayan sido aprovechadas ni puedan serlo en el futuro por la entidad transmitente, esto es, la casa central.

La extinción del derecho a la compensación de bases impositivas negativas por causa de la aportación del establecimiento permanente a una entidad, ya sea constituida al efecto o preexistente, no sería lógica, y la doctrina administrativa hace un esfuerzo interpretativo por encauzar

tal operación bajo el manto de la sucesión universal apelando a la normativa comunitaria y a la doctrina del Tribunal de Justicia, evitando, al tiempo, el doble cómputo de pérdidas.

4.5. SUBROGACIÓN EN LAS PÉRDIDAS DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA

En *A Oy*¹⁴ el Tribunal hubo de dilucidar si el Tratado se oponía a una norma que no permitía la compensación de las pérdidas sufridas por una sociedad filial residente en otro Estado miembro en sede de la sociedad matriz que la ha absorbido, cuando tal compensación sí sería posible en caso de que las dos sociedades fueran residentes en el mismo Estado miembro (Finlandia).

El Tribunal entendió aplicable la libertad de establecimiento por cuanto las operaciones de fusión transfronterizas responden a las necesidades de cooperación y reagrupación de sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. El Tribunal comparó la fusión interna con la fusión transfronteriza y como quiera que la primera permitiera la compensación de pérdidas y la segunda no dedujo que ello pudiera hacer menos atractiva la constitución de filiales en otro Estado miembro, y de ahí la restricción a la libertad de establecimiento. En el contexto del examen de la restricción el Tribunal hizo hincapié en que las fusiones internas y las transfronterizas son objetivamente comparables a la luz de la finalidad u objetivo de la normativa fiscal nacional relativa a la compensación de pérdidas en los casos de fusión. En efecto, frente a ese objetivo de compensación ambas operaciones de fusión están en la misma situación.

Se alegó «el reparto de la potestad tributaria», «la necesidad de impedir la doble compensación de pérdidas», y la de «evitar el fraude y la evasión fiscal». El Tribunal recordó que la primera causa de justificación amparaba normas fiscales que tuvieran por objeto evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con actividades realizadas en su territorio, y admitió que la transferencia de pérdidas pudiera implicar un peligro para el reparto de la potestad tributaria, seguramente porque ello podría perturbar la correcta tributación de las rentas obtenidas por la entidad residente que reclama la compensación vía transferencia. El Tribunal también atisbó el riesgo de doble compensación, así como el riesgo de evasión fiscal mediante planificaciones tendentes a situar las pérdidas en la entidad del grupo que tributa a mayor tipo de gravamen. Puede observarse que la sentencia sigue el camino trazado por *Marks & Spencer*.

¹⁴ *A Oy* [asunto C-123/11 (NFJ049866)]: «Los artículos 49 TFUE y 54 TFUE no se oponen, en las circunstancias del asunto principal, a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que una sociedad matriz que se fusiona con una filial establecida en otro Estado miembro, y que ha cesado su actividad, deduzca de sus ingresos imposables las pérdidas sufridas por esa filial en ejercicios anteriores a la fusión, mientras que dicha legislación nacional otorga tal posibilidad cuando la fusión se lleva a cabo con una filial residente. No obstante, tal normativa es incompatible con el Derecho de la Unión si no ofrece a la sociedad matriz la posibilidad de demostrar que su filial no residente ha agotado las posibilidades de tener en cuenta tales pérdidas y que no existen posibilidades de que sean tenidas en cuenta en su Estado de residencia en ejercicios futuros, ya sea por ella misma o bien por un tercero.

2. Las reglas para el cálculo de las pérdidas de la filial no residente para su asunción por la sociedad matriz residente, en una operación como la que es objeto del asunto principal, no deben suponer una desigualdad de trato con las reglas de cálculo aplicables en el supuesto de que esa fusión se hubiera realizado con una filial residente».

Ahora bien, aun cuando concurren las causas de justificación referidas, la norma restrictiva ha de ser proporcionada y no ir más allá de lo necesario, y el Tribunal enfocó la cuestión en función de las posibilidades de compensación que pudiera tener la sociedad absorbida, descargando la prueba de las mismas sobre el tribunal nacional. De modo que, si esas posibilidades fueran nulas sería contrario al derecho de establecimiento que la sociedad absorbente no pudiera compensar las pérdidas padecidas por la sociedad absorbida.

Sentada esta conclusión se planteaba otra secundaria, a saber, la normativa que habría de aplicarse para determinar el importe de las pérdidas susceptibles de compensación. Pues bien, el Tribunal apunta hacia la legislación del Estado miembro de la sociedad absorbente, al objeto de establecer una igualdad con la compensación en los casos de fusión por absorción puramente interna.

El artículo 90.4 del TRLIS rechaza la compensación de pérdidas fiscales nacidas al amparo de una legislación extranjera. Sin embargo, las pérdidas sufridas por una sociedad filial extranjera habrán podido compensarse en sede de su matriz española por la vía del artículo 12.3 del TRLIS, de manera tal que el supuesto de hecho de *A Oy* no se plantearía, excepto si las pérdidas concernidas se hubieren generado antes de la toma de la participación.

5. LOS MIMBRES PARA UNA REFORMA

El periplo por la doctrina administrativa relativa al artículo 12.3 del TRLIS, el documento de la OCDE y las sentencias del Tribunal de Justicia sugiere que el actual régimen de compensación y comunicación de pérdidas procedentes de las filiales ameritaría una reforma de carácter técnico que, por otra parte, sería fructífera desde la perspectiva recaudatoria.

Los mimbres para esta reforma pueden ser los siguientes:

- Imputación de las pérdidas de las filiales extranjeras a la matriz dominante, no a la matriz intermedia. Así, aun cuando las participaciones directas sobre dichas filiales las tuvieran otra u otras entidades del grupo mercantil, las pérdidas serían imputadas a la entidad dominante.

Esta medida no plantearía un conflicto con la libertad de establecimiento por cuanto la misma trata por igual a las pérdidas de las filiales, cualquiera que fuere su residencia y la residencia de la matriz dominante. El Impuesto sobre Sociedades tradicionalmente ha otorgado un trato idéntico al deterioro de la participación sobre una entidad filial, sin efectuar distinciones por razón del lugar de su residencia. La medida que se sugiere no rompe esa tradición pues no niega el cómputo del deterioro o pérdida de valor de la participación sobre la filial por ser esta residente en el extranjero, sino que se limita a matizar cuál es la entidad que debe soportarlo, esto es, la matriz dominante. El efecto práctico de esta medida sería impedir la compensación de las pérdidas de las filiales extranjeras dependientes de grupos multinacionales en sede de las ma-

trices intermedias residentes en territorio español. Corolario de la misma es imputar igualmente a la dominante la pérdida derivada de la transmisión de la participación. Naturalmente, cuando la matriz dominante no es residente en territorio español la medida que se sugiere se limita a desalojar de la base imponible de la matriz intermedia el deterioro contable o, si se quiere, a impedir que en dicha base imponible se integre la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS.

- Recuperar la aplicación del principio de inscripción contable en relación con la comunicación de las pérdidas de las filiales a sus matrices. Bastaría para ello limitar la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS al importe del deterioro contable.

No es pertinente que la base imponible pueda quedar neutralizada, total o parcialmente, por la partida fiscalmente del artículo 12.3 del TRLIS, y, al tiempo, disponer de un resultado contable susceptible de distribución a los socios en el que no ha incidido el deterioro contable. En suma, en ausencia de deterioro contable no debería haber deterioro fiscal, lo que no significa que todo deterioro contable deba ser reconocido fiscalmente. Esta medida tampoco entraría en conflicto con el ordenamiento comunitario por cuanto se aplicaría con independencia de la residencia de la entidad que provoca el deterioro. Por otra parte, supondría retornar al denominado principio de inscripción contable, tradicional en el Impuesto sobre Sociedades, que rechaza, salvo excepción justificada, el cómputo de toda partida negativa que no esté contablemente reflejada.

- Calcular la partida fiscalmente deducible respecto del balance consolidado del que sea dominante la entidad participada, suprimiendo la técnica del tránsito de la partida fiscalmente deducible a través de la cadena de participación.

Se trata de una medida esencialmente técnica que procuraría un cálculo más ajustado de la partida fiscalmente deducible a la realidad económica.

Las modificaciones apuntadas determinarían un efecto recaudatorio positivo, singularmente la primera. Por tanto, podrían contribuir eficazmente a conseguir el objetivo de reducción del déficit público, bajo la cobertura de principios de técnica tributaria que se estiman sólidos y respetando las pautas tradicionales del Impuesto sobre Sociedades.

Ciertamente, mayor impacto recaudatorio tendría la supresión de la compensación de pérdidas sufridas por la filial en sede de la matriz. Sin embargo, carece de sentido económico, ante unas pérdidas reales, una medida tan drástica. En efecto, la inmediata compensación de la pérdida no hace sino reconducir la tributación a la realidad de una inversión financiera deteriorada. Diferir el cómputo de esta pérdida al momento de la transmisión de la participación iría en contra de la realidad económica quebrantando la adecuación del Impuesto sobre Sociedades a la realidad mercantil.

En fin, las reparaciones que necesita la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS, y su notable coste recaudatorio, hubiera ameritado dejarla en el varadero durante 2012 y

2013, haciendo compañía a la medida efectivamente establecida de limitación de la compensación de bases imponibles negativas, cuya consistencia técnica es opinable.

6. LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS DE INVERSIÓN EN EL MERCADO INMOBILIARIO

La disposición final octava de la Ley 16/2012 ha modificado profundamente el régimen fiscal de las SOCIMI, configurando un modelo distinto, para cuya comprensión es útil recordar el modelo inaugurado por la Ley 11/2009¹⁵. En efecto, de un régimen fundamentado en la tributación de la entidad, se ha pasado a otro basado en la tributación de sus socios.

¹⁵ El texto que sigue transpone los comentarios del autor en relación con el régimen fiscal original de las SOCIMI, publicado en un número anterior de esta Revista, en concreto «Modificaciones normativas 2009. Impuesto sobre Sociedades», en la RCyT. CEF, núm. 325, abril 2010.

«2.2. Las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario

Los artículos 8 al 13, ambos inclusive, de la Ley 11/2009, están dedicados al régimen fiscal especial de las SOCIMI. Dice el Preámbulo de la Ley 11/2009, con notorio olvido del aforismo *lex iubeat non laudat*, que la regulación de tales entidades se enmarca en la *búsqueda de mejoras constantes en el bienestar de los ciudadanos*, a cuyo efecto se regula una entidad cuya vocación es la inversión en inmuebles para el arrendamiento a la que se dota de un régimen fiscal del que se predica tener *efectos económicos similares a los existentes en el tradicional régimen de REITS (Real Estate Investment Trust) en otros países basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. Ya veremos que esto no es plenamente así, pues la SOCIMI sí está sujeta a tributación por más que lo haga a un tipo de gravamen reducido, pero no simbólico, disfrute de ciertos incentivos fiscales, y el devengo del Impuesto sobre Sociedades se haya llevado al momento de la distribución del beneficio.

También se olvida la Ley 11/2009 de la técnica legislativa seguida en el Impuesto sobre Sociedades a partir de la Ley 43/1995, consistente en albergar los regímenes fiscales especiales en un título específico, actualmente el VII del TRIS. Así, el régimen fiscal especial de las SOCIMI se presenta a modo de apéndice de su régimen sustantivo, y, por tanto, extramuros del referido título. Aquella técnica legislativa descansaba en la idea de la más idónea sistematización que podía deparar la integración en un solo texto legislativo de toda la normativa concerniente al Impuesto sobre Sociedades.

Y, finalmente, también ha sido olvidado el mandato del artículo 9 de la LGT concerniente a la mención de la referencia fiscal en el título de la nueva norma.

Tres olvidos que denotan la preferencia de lo particular sobre lo general, con todas las implicaciones de técnica legislativa que de ahí se derivan.

La Ley 11/2009 establece normas respecto de la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Se trata de un régimen fiscal especial que pivota sobre la obligación de distribución del beneficio prevista en el artículo 6 de la Ley 11/2009. Las SOCIMI tienen como fuente de renta principal la derivada de la *adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*, junto a la cual pueden presentarse otras de carácter recurrente como los frutos inherentes a la tenencia de ciertas acciones y participaciones o esporádico como pueden ser las plusvalías derivadas de la transmisión de sus activos, esto es, inmuebles y acciones o participaciones. Pues bien, estas entidades están obligadas a distribuir el 90 % del resultado de la actividad arrendaticia, el 50 % de las plusvalías, y el 100 % de los rendimientos de las inversiones financieras. De ahí que la norma contemple la tributación de la SOCIMI y de sus socios. Y lo hace de una manera minuciosa y cargada de detalles que revelan una elevada técnica tributaria.

Tal es el caso del artículo 12 relativo al régimen de la *entrada-salida de este régimen especial*, cuya precisión llega hasta presumir la concurrencia de un motivo económico válido, a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRIS, cuando la finalidad de las operaciones de fusión y asimiladas sea la *creación de una o varias sociedades susceptibles de acogerse al régimen fiscal de las SOCIMI*.

Tal vez el legislador haya temido que el régimen fiscal privilegiado de las SOCIMI pudiera hacer recaer sobre las operaciones concernidas la tacha de ejecutarse por mera finalidad fiscal excluyente de la aplicación del régimen del Capítulo VIII del Título VII y con la norma aludida haya querido salir al paso la misma. Si así fuere tan de alabar es la previsión legislativa como de lamentar que se haya considerado necesaria.

2.2.1. *Tributación de la SOCIMI*

La clave del régimen fiscal de la SOCIMI se halla en dos factores: la obligación de distribución y el establecimiento de un tipo especial reducido de gravamen que recaerá sobre la mayor parte de la renta, pero no sobre la totalidad. De ahí nacen las normas específicas en relación con la determinación de la base imponible (art. 9.2 Ley 11/2009), el tipo de gravamen (art. 9.3 Ley 11/2009), y el devengo (disp. final primera. Dos, que da nueva redacción al art. 27 TRIS).

2.2.1.1. *Determinación de la base imponible*

El artículo 9.2 de la Ley 11/2009 establece que *la autoliquidación del impuesto se realizará sobre la base imponible del periodo que proporcionalmente se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. De este precepto, que mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, parece desprenderse que hay dos bases imposables, a saber, la que se deriva de la realización del hecho imponible y la que efectivamente va a tributar, la cual es la que corresponde al beneficio distribuido de manera tal que el beneficio no distribuido no generaría base imponible sujeta a tributación.

Sin embargo, líneas más abajo se lee que *la autoliquidación será única e incluirá la base imponible que corresponda a los beneficios y reservas distribuidas, a las reservas dispuestas así como las demás rentas a que se refiere este artículo que estén sujetas al tipo general de gravamen*. De este otro precepto, que también mezcla la obligación de autoliquidación con la configuración de la base imponible, se infiere que la base imponible se descompone en tres tramos, a saber, el que corresponde a los beneficios distribuidos, el que corresponde a los beneficios que estén sujetos al tipo general de gravamen, y el que corresponde a los beneficios acumulados que, en caso de distribución, estarían sujetos al tipo especial reducido. Pues bien, solo los dos primeros tramos tributarán efectivamente.

Así pues la base imponible, en cuanto dimensión cuantitativa del hecho imponible, se divide en tres partes:

- La imputable a beneficios distribuidos que estén sujetos al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009.
- La imputable a beneficios, distribuidos o acumulados, que estén sujetos al tipo de gravamen general.
- La imputable a beneficios acumulados que, en caso de distribución, tributarían al tipo de gravamen especial reducido previsto en la propia Ley 11/2009. Esta parte de base imponible no tributará.

El fraccionamiento de la base imponible responde a la aplicación de dos tipos de gravamen, a saber, el especial reducido que se establece en el 18% y el tipo general del 30%, así como a la no tributación de las rentas acumuladas sujetas a tipo especial reducido en caso de distribución. En suma, dos tipos de gravamen y un diferimiento en el gravamen de ciertas rentas acumuladas.

La exégesis del artículo 9.2 de la Ley 11/2009 ofrece ciertas dificultades, pero la interpretación que se postula parece hallar respaldo en el párrafo que establece que en la parte de base imponible asociada a los beneficios distribuidos *no se incluirá la procedente de rentas sujetas al tipo general de gravamen*.

La parte de la base imponible que responde a la peculiaridad del régimen fiscal de la SOCIMI es la que *se corresponda con el dividendo cuya distribución se haya acordado*. Como quiera que la distribución del beneficio se aprueba por la junta general de accionistas en relación con las cuentas anuales del ejercicio precedente, esta parte de la base imponible no tiene existencia jurídica hasta el momento de dicha aprobación. Ahora bien, la parte de base imponible en cuestión no es el importe del beneficio distribuido, sino la parte de base imponible que se corresponde proporcionalmente con el dividendo. Por tanto, habrá de prorratearse la base imponible entre el dividendo y el beneficio: $\text{base imponible} \times \text{dividendo} / \text{beneficio contable}$. Además si existieren rentas sujetas a tipo general de gravamen habrá que excluir la parte de base imponible correspondiente a las mismas, lo que en puridad solo podría realizarse con exactitud a través de una contabilidad analítica. Finalmente podrá existir una fracción de la base imponible que no tributará por corresponderse con beneficios no distribuidos que tributarán al tipo especial reducido cuando se distribuyan.

Cuando se distribuya un beneficio con cargo a reservas procedentes de un ejercicio en el que fue de aplicación el régimen fiscal especial de las SOCIMI *la autoliquidación se realizará sobre la parte de base imponible del periodo impositivo correspondiente a dicho ejercicio en la proporción existente entre el importe del dividendo cuya distribución se acuerde o de las reservas dispuestas y el beneficio obtenido en dicho ejercicio*. Véase que esta norma configura la siguiente fórmula: $\text{base imponible} \times \text{reservas} / \text{beneficio contable}$.

La aplicación de esta fórmula requiere el concurso de la documentación contable del ejercicio o ejercicios en los que se generó el beneficio que se distribuye. A tal fin el artículo 11 de la Ley 11/2009 establece las correspondientes obligaciones de información.

2.2.1.2. Determinación del tipo de gravamen

El artículo 9.3 establece que *el tipo de gravamen de estas sociedades será del 18 %*.

No obstante tributarán al tipo general de gravamen las rentas derivadas de la transmisión de inmuebles que no han cumplido el requisito de permanencia previsto en el artículo 3.3 de la Ley 11/2009, o transmitidos a personas o entidades vinculadas o residentes en países o territorios con los que no exista efectivo intercambio de información, de las operaciones de arrendamiento con personas o entidades vinculadas, y, en fin, de las operaciones que no determinan renta contable. Se trata, bien se ve, de rentas que en la generalidad de los casos tendrán carácter esporádico o marginal, y como quiera que el 90 % de las rentas ordinarias y el 50 % de las plusvalías obtenidas en los plazos legalmente previstos deben ser distribuidas por imperativo legal, el tipo especial reducido recaerá, básicamente, respecto de aquella parte de la base imponible correspondiente a beneficios derivados de las actividades ordinarias y las plusvalías que podríamos denominar temporalmente regulares.

2.2.1.3. Deducciones de la cuota íntegra

De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.4 de la Ley 11/2009, la SOCIMI puede reducir la cuota íntegra en *las deducciones establecidas en los Capítulos II, III y IV del Título VI*, es decir, puede aplicar todas las deducciones y bonificaciones previstas con carácter general en el TRIS.

Esta norma es redundante pues es claro que, salvo que se establezca lo contrario, la SOCIMI, en cuanto sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tiene acceso a todas las deducciones previstas en el TRIS.

No lo es, por el contrario, aquella que, contenida en el segundo párrafo del artículo 9.4, establece requisitos específicos para disfrutar de la deducción por reinversión, la cual *exclusivamente* puede recaer sobre las plusvalías derivadas de *las transmisiones de inmuebles y de participaciones afectos a su objeto social principal realizadas una vez transcurridos los plazos de mantenimiento a que se refiere el apartado 3 del artículo 3*.

La base de cálculo de la deducción no es la plusvalía derivada de la transmisión sino la fracción de base sujeta a tributación imputable a la misma, esto es, la parte de aquella plusvalía *que se haya integrado en la base imponible de la sociedad como consecuencia de la distribución de dividendos correspondientes a los beneficios derivados de esas operaciones*. Por tanto si la renta imputable a tal plusvalía no se distribuye no habrá lugar a la deducción por reinversión, lo cual es lógico porque tampoco habrá tributación.

El porcentaje de deducción es el 6%, de manera que el tipo efectivo de gravamen será el 12%.

La norma del segundo párrafo del artículo 9.4, al utilizar el término *exclusivamente*, parece limitar la deducción por reinversión a las plusvalías derivadas de la transmisión de los activos que en el mismo se citan, pero el párrafo tercero lo desmiente puesto que establece que las plusvalías sujetas a tipo general de gravamen podrán acogerse a la deducción por reinversión *en los términos y condiciones establecidos en el artículo 42 del TRIS*.

2.2.1.4. Devengo

El artículo 27 del TRIS ha sido modificado para introducir un nuevo supuesto de devengo respecto de las SOCIMI a cuyo tenor *el impuesto se devengará el día del acuerdo de la junta general de accionistas de distribución de los beneficios del ejercicio correspondiente al periodo impositivo y, en su caso, de las reservas de ejercicios anteriores en los que se aplicó el régimen fiscal especial*.

No obstante, por lo que se refiere a las rentas sujetas al tipo general de gravamen el impuesto continuará devengándose *el último día del periodo impositivo*.

Tomando en consideración que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la LGT, el devengo produce el nacimiento de la obligación tributaria principal, habría de concluirse que se está en presencia de dos obligaciones tributarias: la derivada de la obtención de renta, referida a la que tributa al tipo general, y la derivada de la obtención y distribución de renta, referida a la que tributa al tipo especial reducido.

El hecho imponible, sin embargo, no se ha modificado, de manera tal que continuará siendo la obtención de renta por parte de la SOCIMI. Lo que acontece es que la obligación tributaria no nace cuando concluye el periodo impositivo durante el cual la renta se genera, sino cuando formalmente se distribuye. Se trata de un devengo peculiar que no acarrea un periodo impositivo específico. El periodo impositivo continúa coincidiendo con el ejercicio económico de la entidad, esto es, la SOCIMI. Consecuentemente la declaración deberá presentarse dentro de los 25 días siguientes a los seis meses siguientes a la conclusión del periodo impositivo. Así lo prevé el artículo 9.5 de la Ley 11/2009, sin duda para evitar cualquier controversia. Cuestión distinta es que en esta declaración una parte de la base imponible pueda responder a beneficios obtenidos en ejercicios precedentes.

Finalmente, la dualidad de devengo no motiva la necesidad de presentar dos declaraciones. La autoliquidación, dice el artículo 9.2 de la SOCIMI *será única*.

Lo único que varía es el nacimiento de la obligación tributaria, que se relega al momento de la distribución para el caso de beneficios de rentas sujetas al tipo de gravamen especial reducido.

La nueva norma relativa al devengo podrá tener importancia práctica ante un cambio del tipo especial reducido de gravamen, pues el nuevo tipo surtirá efecto en relación con los devengos posteriores a su entrada en vigor y aplicación.

2.2.2. Tributación de los socios

La tributación de los socios se proyecta en relación con los dividendos distribuidos por la SOCIMI y las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación.

2.2.2.1. Dividendos

El régimen de los dividendos previsto en el artículo 10.1 de la Ley 11/2009 es diferente según la naturaleza del socio.

A) Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades

Tratándose de socios que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades se integra en la base imponible *el resultado de multiplicar por 100/82 el ingreso contabilizado correspondiente a los dividendos percibidos*, esto es, el beneficio del que procede el dividendo, pero *de la cuota íntegra podrá deducirse el 18%, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, de la renta integrada en la base imponible* [art. 10.1 a)], de manera tal que, en resúmenes cuentas, la tributación efectiva en sede del socio persona jurídica será del 12%, esto es, la diferencia entre el tipo general de gravamen y el tipo de deducción, y la tributación conjunta del 30%.

B) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En sede del socio persona física sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la tributación será nula ya que *el dividendo percibido se considera renta exenta en dicho impuesto* [art. 10.1 b)], de manera tal que la única tributación efectiva será, precisamente, la de la SOCIMI.

C) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

El caso del socio no residente merece alguna matización. El dividendo percibido por este socio *se considera renta exenta*, de manera tal que no tributará por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes. Ahora bien sí podrá hacerlo por la imposición personal del país de su residencia, dependiendo de la forma de tributación de los dividendos de fuente extranjera. Así, excepto si los dividendos están exentos de acuerdo con la legislación del país en el que tenga su residencia, el socio extranjero tributará sobre los mismos y, a partir de ahí, podrá o no recuperar la tributación padecida por la SOCIMI dependiendo del tratamiento que a la misma se le aplique a efectos de su imposición personal. Por tanto, tratándose del socio no residente la tributación efectiva podrá constreñirse a la de la SOCIMI o bien a dicha tributación más la propia de la imposición personal.

La mayor tributación del socio no residente respecto de las personas físicas residentes en territorio español tiene difícil entendimiento desde la perspectiva puramente económica de la atracción de inversiones. Desde esta perspectiva

el régimen fiscal adecuado era el de transparencia fiscal. Así, la SOCIMI debería tributar de manera simbólica o no hacerlo en absoluto y los socios hacerlo a tenor de su imposición personal respecto de los dividendos. Por otra parte la obligación de distribución del beneficio hubiera simplificado notablemente la contextura del régimen de transparencia puesto que podría haberse prescindido de los elementos conflictivos del mismo: determinación de la base imponible imputable y del valor de titularidad. Esta forma de tributación sí sería aquella a la que parece referirse el Preámbulo: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*.

Si el análisis precedente es correcto resulta que, desde una perspectiva puramente económica, el régimen fiscal idóneo era el que describe el Preámbulo, y el inapropiado el que contiene el articulado.

Sin embargo desde la perspectiva recaudatoria relativa a la inversión extranjera sí parece congruente que la tributación pivote sobre la SOCIMI. Ahora bien, tal recaudación también se hubiera salvado mediante la tributación por el IRNR, con la ventaja de que dicho tributo al recaer sobre el no residente podría ser recuperado por el mismo contra su imposición personal en concepto de eliminación de la doble imposición jurídica internacional prevista con carácter general en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

2.2.2.2. Plusvalías

El régimen de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación, previsto en el artículo 10.2 de la Ley 11/2009, es distinto según la naturaleza del transmitente.

A) Transmitednte sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades

Así, cuando el socio que transmite la participación sea sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de aplicar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 30.5 del TRIS, la parte de plusvalía que se corresponda con beneficios acumulados que, en caso de distribución, tributarían al tipo de gravamen del 18%, *la renta a integrar en la base imponible será el resultado de multiplicar el importe de esos beneficios por 100/82, pudiéndose deducir de la cuota integra el 18%, o el tipo de gravamen del sujeto pasivo de ser inferior, del importe que resulte de dicha integración*.

Para aplicar esta norma la plusvalía debe fraccionarse en tres partes:

- La que corresponde a las rentas acumuladas que en caso de distribución tributarían al 18%.
- La que corresponde a las rentas acumuladas distintas de las anteriores.
- La que no corresponde con rentas acumuladas.

El primer tramo se integra en la base imponible multiplicado por 100/82, lo que implica llevar a la base imponible del socio una magnitud equivalente a la renta obtenida por la SOCIMI cuya distribución tributa al 18%. Como quiera que se practica una deducción del 18% de tal magnitud la tributación efectiva en sede del socio es nula.

El segundo tramo se integra en la base imponible por el importe de las rentas acumuladas que tributan al tipo general de gravamen, generándose una deducción que resulta de aplicar el tipo de gravamen del socio a dicho importe. En consecuencia también la tributación efectiva es nula.

El tercer tramo tributa plenamente y no genera deducción para evitar la doble imposición interna.

Si la interpretación expuesta es correcta la norma en cuestión no incorpora un resultado práctico distinto del resultante de la aplicación del artículo 30.5 del TRIS, ya que toda la parte de plusvalía que corresponde a rentas acumuladas no tributa efectivamente y sí lo hace aquella parte que no corresponde.

Sí es novedosa, por el contrario, la regla que restringe el cómputo de pérdidas pues las mismas, cuando la participación en la SOCIMI hubiere sido adquirida a una persona o entidad vinculada en los términos del artículo 16 del TRIS, solo podrán integrarse en la base imponible en el importe del exceso sobre el importe de la renta obtenida por dicha persona o entidad, derivada de la transmisión de la participación, que hubiera estado exenta. Como se verá seguidamente las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación sobre una SOCIMI por parte de personas físicas o no residentes disfrutaban de un régimen de exención parcial.

B) Transmitednte persona física

La plusvalía derivada de la transmisión de la participación tributa de acuerdo con las normas previstas en el TRIRPF, de manera tal que se integrará en la *base imponible del ahorro*. Sin embargo no se integra en su totalidad sino en el

exceso de la diferencia positiva entre el 10 % del valor de adquisición de la participación sobre la SOCIMI multiplicado por el número de años de su tenencia y los dividendos exentos.

Habida cuenta de la obligación de distribución de beneficios la diferencia mencionada debe tender a cero cuando se alcancen rentabilidades de la inversión iguales o superiores al 10 %. En la práctica bajo tales rentabilidades la plusvalía sometida a tributación será imputable al mayor valor razonable de los activos de la SOCIMI respecto de su valor contable.

C) Transmitednte no residente

Esta plusvalía disfruta de exención en los términos previstos para las personas físicas.

2.2.3. Síntesis y valoración del régimen fiscal de la SOCIMI

La apariencia del régimen fiscal de la SOCIMI y sus socios es compleja, pero su esencia es sencilla. Sobre el trasfondo sustantivo de una actividad económica de arrendamiento cuyos beneficios habrán de ser obligatoriamente distribuidos en su mayor parte, la SOCIMI tributa al tipo especial reducido coincidente con el tipo de gravamen de la base imponible del ahorro en el IRPF en el momento de publicación de la Ley 11/2009, y sus socios, excluidos los que sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, no lo hacen. Esto es, la única tributación que habrá será la de la SOCIMI.

2.2.3.1. El régimen de la SOCIMI en cuanto método para eliminar la doble imposición económica de dividendos

La no tributación del dividendo en sede de los socios, en particular personas físicas, implica, en relación con el régimen general de los dividendos en el IRPF, la eliminación de la doble imposición de dividendos. ¿Ante qué tipo o método de eliminación de la doble imposición, imputación o exención, nos hallamos?

Como quiera que la tributación establecida por la Ley 11/2009 se proyecta, en lo que tiene de singular, sobre el beneficio distribuido, es inevitable parangonar este régimen con la denominada imposición compensatoria que ciertos países de la Unión Europea tuvieron hasta la primera década de los noventa del pasado siglo (*Advance corporation tax*, británico; *Precompte*, francés; *Imposta de conguaglio*, italiana). Sin embargo tal comparación no sería correcta por cuanto los impuestos compensatorios, como su nombre indica, se proyectaban sobre un beneficio distribuido que ya había tributado aunque a un tipo inferior al nominal. La tributación de la SOCIMI no se puede homologar con la imposición compensatoria en cuanto mecanismo del método de imputación para la eliminación de la doble imposición de económica.

La no tributación del dividendo distribuido por la SOCIMI en el IRPF apunta, sin fisuras al método de exención.

Ciertamente, el régimen de la SOCIMI no está diseñado exclusiva ni principalmente para eliminar la doble imposición, pero conlleva tal efecto.

2.2.3.2. El régimen de la SOCIMI en cuanto instrumento de atracción de capitales

El legislador nos dice hacia dónde ha dirigido sus miradas al diseñar el régimen de la SOCIMI: al *tradicional régimen de los REITS... basados en una ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en el socio*.

Véase, sin embargo, que la SOCIMI sí tributa por el Impuesto sobre Sociedades, contrariamente a lo que, según el propio Preámbulo de la Ley 11/2009, enseña la legislación comparada respecto de los REITS. Verdad es que lo hace, básicamente, a un tipo de gravamen especial reducido, y que la obligación tributaria nace, básicamente, con la distribución del beneficio, pero esto no puede ser calificado como no tributación, como tampoco puede sostenerse tal calificación por razón de que se hallen *exentas en el 20 % las rentas procedentes del arrendamiento de viviendas siempre que más del 50 % del activo de la sociedad... esté formado por viviendas*. Esta exención disminuirá el tipo efectivo de gravamen pero no determinará la *ausencia de tributación*.

El efecto práctico de esta desviación del proclamado régimen fiscal de los REITS únicamente se proyecta respecto de los socios no residentes en territorio español.

Los socios, personas físicas, residentes en territorio español soportan, básicamente, una tributación efectiva del 18 %, esto es, la tributación que recae sobre la SOCIMI. Los socios no residentes en territorio español soportan esa tributación más la que les corresponda de acuerdo con su imposición personal.

El régimen de la SOCIMI crea una desigualdad material entre los socios españoles y extranjeros.

Fijémonos en las personas físicas ya que, como se indica en el Preámbulo, *esta figura está dirigida al pequeño y mediano accionista*. En el régimen general de la imposición directa sobre la renta las personas físicas residentes sufren efectivamente dos tributos, a saber, el que versa sobre la sociedad (Impuesto sobre Sociedades) y el que versa sobre el dividendo en cuanto renta personal (IRPF). Lo mismo acontece en relación con las personas no residentes en territorio español con la diferencia de que la imposición sobre las mismas se produce de acuerdo con las leyes del país o territorio donde residen. Pues bien, el régimen especial de la SOCIMI elimina la imposición personal de los socios residentes en territorio español pero no hace, ni puede hacer, lo propio respecto de los socios no residentes en dicho territorio.

Lo previsible es que los inversores personas físicas residentes en territorio español soporten una tributación efectiva inferior que los inversores no residentes en territorio español. He aquí la desigualdad.

El régimen de la SOCIMI no es atractivo para las personas físicas y jurídicas no residentes en territorio español, excepto si los dividendos percibidos por las mismas están exentos, lo cual depende de su imposición personal. Por el contrario, sí es atractivo para las personas físicas residentes en territorio español.

¿Por qué el legislador no ha apelado fiscalmente al capital extranjero, máxime cuando las acciones de la SOCIMI deben cotizar en un mercado regulado español o de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo? ¿Por qué la voluntad de amplia expansión en la captación de recursos financieros no se ha visto acompañada de un régimen fiscal de igual espectro?

Véase, para mayor intriga, que el legislador era consciente del régimen que, al parecer, aplican en otros países respecto de este tipo de inversión, fomentaba el cumplimiento de los objetivos perseguidos: *ausencia de tributación en la sociedad y la tributación efectiva en sede del socio*. ¿Por qué se ha preferido lo inverso, esto es, tributación en la sociedad y ausencia de tributación en el socio, cuando respecto del socio no residente tal esquema de tributación era, sencillamente, imposible? La explicación más plausible es que una tributación basada en los socios hubiera supuesto renunciar, total o parcialmente, a la tributación sobre la renta generada por la SOCIMI en la parte imputable a los socios no residentes en territorio español, en los casos en los que medie un convenio bilateral para evitar la doble imposición que establezca un límite de imposición muy bajo respecto de los dividendos o en aquellos otros en los que medie la aplicación de la exención en el IRNR por causa de la Directiva 90/435.

Hubiera sido posible, sin embargo, sortear la aplicación de la Directiva 90/435 construyendo el régimen fiscal de la SOCIMI sobre la base de su exención por el Impuesto sobre Sociedades y la tributación de los socios sobre el dividendo distribuido ya que, en tal caso, dicha entidad hubiera quedado fuera del ámbito de aplicación de aquella. Por otra parte una tributación basada en el IRNR propicia la ventaja de crear un crédito fiscal para el no residente con fundamento jurídico en el convenio bilateral correspondiente si bien, en tal caso, el tipo de gravamen hubiera debido descender hasta el límite previsto en el convenio (15 o 10%, básicamente).

En resumen, a priori el régimen fiscal es atractivo principalmente para los inversores personas físicas residentes en territorio español. También para los inversores extranjeros no sujetos a imposición o que tributen en régimen privilegiado. No así para los restantes inversores.

2.2.3.3. Diferencias de trato generadas por el régimen fiscal de la SOCIMI

El régimen de la SOCIMI origina dos diferencias de trato: una en relación con los dividendos según que estos provengan de la SOCIMI o de una entidad de propósito similar residente en el extranjero, y otra respecto de la carga efectiva que soportan los socios, según que estos sean o no residentes en territorio español.

En el régimen de la SOCIMI los dividendos percibidos por personas físicas están exentos en cuanto repartidos por una entidad acogida a la Ley 11/2009 pero no lo están los dividendos repartidos por una entidad de propósito similar pero no acogida a dicha norma cual será el caso de las entidades no residentes en territorio español cuyo propósito sea idéntico o análogo al de la SOCIMI. Nótese, en este sentido, que uno de los argumentos para justificar la supresión de la eliminación de la doble imposición interna de dividendos en la reforma del IRPF establecida en la Ley 35/2006 fue la igualdad de trato entre los dividendos de fuente interna e intracomunitaria.

La exención de los dividendos, por otra parte, llevará, como regla general, a una tributación más gravosa de los socios no residentes en relación con la soportada por los socios residentes en territorio español. Ahora bien, esta diferencia de trato deriva de la no armonización de los métodos para eliminar la doble imposición de dividendos.

Se explica en el preámbulo de la Ley 16/2012 que el régimen establecido por la Ley 11/2009 había devenido «totalmente inoperativo, y que la principal novedad se sitúa en el régimen fiscal... a través del establecimiento de una tributación a tipo de gravamen del 0%... respecto de las rentas que proceden del desarrollo de su objeto social o finalidad específica».

Y así es, porque, con carácter general, la SOCIMI tributará al tipo de gravamen cero, y los socios tributarán sobre dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de la participación plenamente, sin perjuicio de las especialidades que se comentarán, mientras que en el régimen precedente, por el contrario, la tributación pivotaba sobre la SOCIMI, aunque se trataba de una tributación distinta de la de régimen general.

Y si así es, no dejará de llamar la atención que tanto el legislador de 2009 como el de 2012 pregonen la adecuación del régimen fiscal que establecen al existente en los países de nuestro entorno. Más allá de esta anécdota, cuya significación amerita la reflexión política antes que la de técnica tributaria, lo que sí es cierto es que el nuevo régimen fiscal es sensiblemente más sencillo que el precedente.

Se desprende de lo anterior que así como la diferencia de trato entre socios residentes y no residentes en territorio español responde a un déficit de armonización, la diferencia de trato entre los dividendos repartidos por la SOCIMI y por entidades de propósito análogo no residentes en territorio español se deriva de una quiebra en la filosofía que animó la Ley 35/2006. Ciertamente esta filosofía era debatible en la medida en que abocaba a la doble imposición pero no en lo que se refería a la igualdad de trato entre ambas clases de dividendos. Seguramente ambos objetivos hubieran podido alcanzarse extendiendo el método de imputación estimativa a los dividendos de fuente extranjera. La Ley 35/2006 trajo igualdad de trato y doble imposición, y la Ley 11/2009 ha traído eliminación de la doble imposición y diferencia de trato.

2.2.3.4. Los estímulos fiscales al arrendamiento de inmuebles

Es una constante de nuestro sistema tributario, con ciertas intermitencias, el régimen fiscal privilegiado del arrendamiento. En la denominada Ley Larraz de 1940 se estableció un régimen de exención para las empresas dedicadas al arrendamiento de inmuebles que estuvo en vigor hasta la Ley 61/1978 y prolongó sus efectos en virtud del régimen transitorio.

El Capítulo III del Título VII del TRIS establece el régimen de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, basado en una bonificación *del 85% (de) la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas*.

En el artículo 28 del TRIS se establece el tipo del 1% para ciertas instituciones de inversión colectiva dedicadas al arrendamiento de inmuebles.

Ambos regímenes superan en efecto cuantitativo, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, al establecido por la Ley 11/2009 para la SOCIMI, puesto que determinan un tipo efectivo de gravamen inferior. Sin embargo de ello no se deriva un solapamiento palmario o redundancia de incentivos fiscales porque los socios personas físicas de las sociedades dedicadas al arrendamiento de viviendas y los partícipes de las instituciones de inversión colectiva están sujetos al régimen de la tributación de la renta del ahorro por los frutos y plusvalías que obtengan de su inversión, y porque el régimen fiscal especial de la SOCIMI está supeditado a un régimen sustantivo basado en la distribución obligatoria de beneficios.

El régimen de la SOCIMI es un traje a la medida de las entidades cotizadas dedicadas al mercado de arrendamiento de inmuebles. Todo tipo de inmuebles, tales como los destinados a vivienda pero también a oficinas e instalaciones fabriles son aptos en el régimen de la SOCIMI.

La injerencia del legislador fiscal en la asignación de recursos reales y financieros es creciente. El dirigismo fiscal desaloja la pretendida neutralidad del Impuesto sobre Sociedades.»

6.1. MODIFICACIONES RELATIVAS AL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA SOCIMI

Las modificaciones más relevantes afectan a la financiación ajena, a la cotización de las acciones de la SOCIMI y a la distribución de beneficios.

El artículo 7 de la Ley 11/2009, que establecía un límite para los pasivos financieros del 70% del activo, ha sido derogado, de manera tal que la SOCIMI podrá tener la estructura financiera que desee, respetando la cifra de capital social mínimo de 5 millones de euros (antes, 15).

Las acciones de la SOCIMI debían cotizar, de acuerdo con la redacción original del artículo 4 de la Ley 11/2009, en un mercado regulado español o de cualquier Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y ahora también podrán hacerlo en un «mercado regulado de cualquier país o territorio con el que exista efectivo intercambio de información tributaria» o en un «sistema multilateral de negociación», que cumpla con los requisitos mencionados. Por tanto, se amplían los mercados o ámbitos de negociación.

Artículo 118 de la Ley 24/1988. Concepto de sistema multilateral de negociación. Añadido por Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

Tendrá la consideración de sistema multilateral de negociación todo sistema, operado por una empresa de servicios de inversión, por una sociedad rectora de un mercado secundario oficial, o por la entidad constituida al efecto por una o varias sociedades rectoras, que ha de tener como objeto social exclusivo la gestión del sistema y que ha de estar participada al 100% por una o varias sociedades rectoras, que permita reunir, dentro del sistema y según sus normas no discrecionales, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Artículo 119 de la Ley 24/1988. Creación de sistemas multilaterales de negociación. Añadido por Ley 47/2007, de 19 de diciembre.

La creación de sistemas multilaterales de negociación será libre, con sujeción al régimen de verificación previa y supervisión por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores verificará que la empresa de servicios de inversión tiene la correspondiente autorización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66 de esta ley y que, consiguientemente, cumple con lo dispuesto en el artículo 67, y que la sociedad rectora del mercado secundario oficial o la entidad constituida al efecto por una o varias sociedades rectoras, que ha de tener como objeto social exclusivo la gestión del sistema y que ha de estar participada al 100% por una o varias sociedades rectoras, reúne los requisitos previstos por los citados artículos 66 y 67.

La apertura a la cotización en nuevos mercados puede facilitar la concentración de la participación en un número más reducido de inversores, pero esto no supone un cambio relevante

respecto del régimen fiscal, habida cuenta de la obligación de distribuir una parte sustancial de los beneficios. Se trata, básicamente, de una medida de carácter financiero.

En fin, la obligación de distribuir beneficios ha variado ligeramente pues desciende desde el 90 al 80 %, la relativa al tramo de la parte de beneficio que podríamos denominar general, y se mantiene la concerniente a los otros dos tramos, esto es, particiones en beneficios y plusvalías derivadas de la transmisión de inmuebles o participaciones, que permanecen en el 50 y 100 %, respectivamente.

6.2. TRIBUTACIÓN DE LA SOCIMI

Debe distinguirse entre el régimen general y el gravamen especial.

6.2.1. Régimen general

El régimen general se caracteriza por un tipo especial de gravamen, a saber, 0 %.

Las bases imponibles negativas no son susceptibles de compensación.

No se aplica ninguna de las deducciones y bonificaciones previstas en el TRLIS.

La SOCIMI no podrá integrarse en un grupo fiscal cuya entidad dominante tribute al tipo general de gravamen, o a cualquiera de los restantes distintos de cero.

No existen especialidades en cuanto a la formación de la base imponible.

Visto en su conjunto, y a salvo de lo que más adelante se dirá del gravamen especial, la SOCIMI disfruta de un régimen cuyos efectos prácticos son equivalentes a la exención.

6.2.2. Gravamen especial

El gravamen especial del 19 %, regulado en los apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Ley 11/2009, se aplica sobre los dividendos o participaciones en beneficios distribuidos a los socios cuya participación en el capital social de la entidad sea igual o superior al 5 %, siempre que tales dividendos estén exentos o tributen a un tipo de gravamen inferior al 10 %.

Este gravamen especial recae formalmente sobre la SOCIMI, no sobre sus socios, de manera tal que la norma explica que «tendrá la consideración de cuota del Impuesto sobre Sociedades».

Ahora bien, siendo el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades *la obtención de renta*, el gravamen especial no puede, por su naturaleza, adscribirse al Impuesto sobre Sociedades. Por otra parte, desde la perspectiva del principio de capacidad económica, no parece lógico que la tributación de la SOCIMI dependa de la tributación de sus socios.

Ambas razones incitan a entender que el verdadero contribuyente del gravamen especial es el socio que tributa, respecto de los dividendos percibidos, en régimen de exención o a un tipo de gravamen inferior al 10 %.

Es indiferente la residencia de ese contribuyente. Por tanto los dividendos pagados a no residentes podrán generar la aplicación del gravamen especial del 19 %.

No se especifica si este tipo de gravamen es el nominal o el efectivo. El apartado 3 del artículo 10 de la Ley 11/2009 se limita a exigir a los socios cuya participación sea igual o superior al 5 %, «y que reciban dividendos o participaciones en beneficios que tributen a un tipo de gravamen de, al menos, el 10 %», a notificar tal circunstancia a la SOCIMI, pero nada indica respecto de si prevalece la acepción nominal o lo hace la efectiva. Así, un elevado tipo de gravamen puede ser contrarrestado por una deducción en la cuota íntegra. Lo que sí parece claro es que todos los dividendos exentos por razón de la aplicación del denominado método de exención-participación determinan la aplicación del gravamen especial del 19 %.

La residencia del socio es irrelevante. Lo decisivo es, para participaciones iguales o superiores al 5 %, la tributación que el mismo soporte respecto de los dividendos que perciba. Por tanto, la residencia del socio en un país o territorio calificado como paraíso fiscal no determina, por sí misma, la aplicación del gravamen especial del 19 %.

Tratándose de personas físicas residentes en territorio español, los dividendos tributan por las tarifas del ahorro, en todo caso a un tipo superior al 10 % puesto que, como se verá más adelante, no se aplica la exención de la letra y del artículo 7 de la Ley 35/2006. Por tanto, el gravamen especial no procederá en relación con los dividendos percibidos por personas físicas residentes en territorio español.

Tratándose de entidades jurídicas residentes en territorio español, los dividendos tributan al tipo general de gravamen del 30 %, sin deducción alguna, como más adelante se verá. Por tanto, el gravamen especial no procederá en relación con los dividendos percibidos por entidades residentes en territorio español, excepto si están sujetas a un tipo de gravamen inferior al 10 %, cual es el caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones, o de aquellas que disfruten de exención.

El gravamen especial se aplicará, salvando el hipotético caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones y de las entidades exentas, en relación con los dividendos percibidos por entidades no residentes en territorio español que tributen en relación con los dividendos distribuidos por la SOCIMI a un tipo de gravamen inferior al 10 %.

Un caso especial lo presentan las entidades conocidas como sociedades de personas pues las mismas frecuentemente están sujetas en el país de su residencia a un régimen similar al de atribución, de manera tal que son los socios los que soportan la tributación por las rentas obtenidas. Nada se prevé sobre el particular. Seguramente podrían multiplicarse los ejemplos de casos que se suscitan como consecuencia de la heterogeneidad de la fiscalidad sobre los dividendos.

A uno de ellos alude expresamente el apartado 3 del artículo 9 de la citada ley, que declara inaplicable el gravamen especial del 19 % cuando los dividendos o participaciones en beneficios sean percibidos por entidades no residentes a las que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 2 de esta ley, respecto de aquellos socios que posean una participación igual o superior al 5 % en el capital social de aquellas y tributen por dichos dividendos o participaciones en beneficios, al menos, al tipo de gravamen del 10 %.

El artículo 2.1 b) de la Ley 11/2009 se refiere a las entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que las SOCIMI y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de la distribución de beneficios. Se está refiriendo a las entidades denominadas habitualmente REIT.

Pues bien, el dividendo distribuido a favor de una entidad tipo REIT (*Real State Investment Trust*) no dará lugar al gravamen especial del 19 %, a condición de que los socios que ostenten una participación igual o superior al 5 % tributen por los dividendos que distribuya dicha entidad a un tipo de gravamen no inferior al 10 %.

6.3. TRIBUTACIÓN DE LOS SOCIOS DE LA SOCIMI

La tributación de los socios abarca la retención sobre las rentas distribuidas de la SOCIMI, la tributación de esas rentas en sede de los socios y la tributación de las rentas puestas de manifiesto en la transmisión de la participación.

6.3.1. Retención sobre las rentas distribuidas por la SOCIMI

El apartado 4 del artículo 9 regula la retención sobre los dividendos distribuidos por la SOCIMI.

La regla general es que estos dividendos, sean sus preceptores personas físicas o jurídicas, están sujetos a retención, incluso cuando el perceptor ostente una participación igual o superior al 5 % por cuanto los mismos tributan plenamente en sede de su perceptor. El tipo de retención será el general, esto es, el 19 %, excepto para los años 2012 y 2013 que será el 21 %.

También están sujetos a retención los dividendos distribuidos a los no residentes. No obstante, se establece una excepción a favor de los REIT cuyos socios significativos (participación igual o superior al 5 %) tributen por un tipo no inferior al 10 %.

Por tanto, habida cuenta de que bajo el cumplimiento de ambas condiciones no se aplica el gravamen especial del 19 %, la forma más ventajosa fiscalmente de operar a través de una SOCIMI para los capitalistas no residente es hacerlo a través de un REIT. En este caso la tributación en España sería nula.

Naturalmente, las excepciones a la retención sobre los dividendos previstas en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y en la Directiva matriz-filial continuarán siendo aplicables en sus propios términos. Sobre este particular se abundará en el apartado siguiente.

6.3.2. Tributación de las rentas distribuidas a los socios

El artículo 10.1 de la Ley 11/2009 sistematiza el régimen fiscal de los socios según su naturaleza y residencia, bajo el criterio central de que los socios tributarán plenamente, en la medida en que se trate de «dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen fiscal especial».

Así, respecto de los socios personas jurídicas residentes en territorio español se prevé que «no será de aplicación la deducción establecida en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades», de manera tal que el dividendo tributará plenamente, y respecto de las personas físicas residentes en territorio español se establece que «no será de aplicación la exención establecida en la letra y) del artículo 7 de la Ley 35/2006», y, por lo tanto, igualmente el dividendo tributará plenamente.

También respecto de los no residentes se proclama la plena tributación, en la medida en que se declara que no será de aplicación la exención establecida en la letra j) del apartado 1 del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (TRLIRNR), la cual, como es sabido, se proyecta sobre los dividendos inferiores a 1.500 euros percibidos por personas físicas residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o en países o territorios con los que exista un efectivo intercambio de información tributaria.

La negación de la exención prevista en el artículo 14.1 j) del TRLIRNR no debería suscitar la impresión de que, en todo caso, los dividendos repartidos por la SOCIMI a sus socios no residentes en territorio español están sujetos a tributación por el IRNR.

Ya se ha comentado en el apartado anterior que, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, los dividendos satisfechos a los REIT no soportan retención por el IRNR. Ciertamente, la no retención no acarrea exención, sino que, inversamente, es la exención la que excluye la retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.4 del TRLIRNR, pero como quiera que el cumplimiento de la obligación de retener, aun mediando exención, libera al contribuyente según lo previsto en el artículo 28.3 del TRLIRNR, los dividendos satisfechos a los REIT escapan del IRNR.

También escapan del IRNR los dividendos a los que sea aplicable la exención prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, la cual, como es sabido, trae su causa de la Directiva matriz-filial, reputándose que existe esa relación a partir de un porcentaje de participación del 5%. Nótese que la SOCIMI, aunque pudiera no satisfacer carga tributaria alguna por el Impuesto sobre Sociedades, está sujeta y no exenta a dicho impuesto, y tiene forma jurídica de sociedad anónima, de manera tal que cumple con los requisitos establecidos en dicho precepto.

En fin, también escaparán al IRNR, o tributarán limitadamente, los dividendos que disfruten de las previsiones establecidas en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

6.3.3. Tributación de las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación

Las rentas obtenidas por la transmisión o reembolso de la participación tributan plenamente, sea por el Impuesto sobre Sociedades, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o el IRNR, según la naturaleza o la residencia de su perceptor, de acuerdo con lo previsto en artículo 10.2 de la Ley 11/2009.

Por tanto, tratándose de entidades residentes en territorio español, no será de aplicación la deducción prevista en el artículo 30.5 del TRLIS en relación con la renta obtenida que se corresponda con reservas procedentes de beneficios respecto de los que haya sido de aplicación el régimen fiscal especial de la SOCIMI. Lo normal será que todas las reservas se hayan nutrido de beneficios a los que haya sido aplicable el régimen especial, pero no cabe excluir otro tipo de beneficios pues el objeto social de la SOCIMI permite otras actividades distintas de la principal.

Por otra parte, puesto que el gravamen especial del 19% forma parte del régimen especial no parece que su eventual abono pueda rehabilitar la aplicación de la deducción del artículo 30.5 del TRLIS.

Tratándose de personas físicas, la norma se limita a una remisión al artículo 37.1 a) de la Ley 35/2006, en orden a la determinación de la ganancia patrimonial.

En fin, tratándose de no residentes, no será de aplicación la exención establecida en la letra i) del apartado 1 del artículo 14 del TRLIRNR, de manera que aun cuando la entidad perceptora sea residente en un país con el que España haya suscrito un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, la renta positiva derivada de la transmisión o el reembolso estará sujeta al IRNR. No obstante, habrá de estarse a lo que el respectivo convenio prevea en relación con la competencia para gravar las plusvalías derivadas de la transmisión de valores, debiendo tomarse en consideración las reglas específicas que bastantes de ellos prevén para el caso de activos mayoritariamente compuestos por inmuebles, así como las precisiones específicas en relación con los REIT.

Es interesante destacar que el citado artículo 10.2 otorga el mismo tratamiento a las rentas derivadas de la transmisión de la participación que a las derivadas de su reembolso.

6.4. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN

La adecuada aplicación del régimen fiscal de la SOCIMI y de sus socios exige conocer datos que en el régimen general son irrelevantes. Así, es primordial distinguir las reservas acumuladas

procedentes de beneficios que tributaron en régimen general de aquellas otras nutridas con beneficios sujetos al régimen especial, tanto por lo que se refiere a la tributación de los dividendos como de las rentas derivadas de la transmisión de la participación. Y consecuentemente se establece una obligación de información que debe canalizarse «en la memoria de las cuentas anuales». También la pertinente infracción tributaria, basada en los datos omitidos, inexactos o falsos.

Este es el sentido del artículo 11 del TRLIS, cuya lectura, en unión del «régimen fiscal de la entrada-salida» y del conocimiento de los requisitos sustantivos del régimen de la SOCIMI, aconseja vehementemente que la entidad acometa únicamente las actividades que en el artículo 2 de la Ley 11/2009 se describen como integrantes del objeto principal.

6.5. RÉGIMEN FISCAL DE ENTRADA-SALIDA. LOS MOTIVOS ECONÓMICOS VÁLIDOS

El artículo 12 de la Ley 11/2009 regula el tránsito entre los regímenes general y especial. Ajustes a la base imponible, compensación de bases imponibles negativas, rentas derivadas de la transmisión de inmuebles, deducciones en la cuota íntegra pendientes de aplicar, son situaciones o circunstancias que ameritan una regulación específica, bien tejida por los apartados 1 y 2 del referido precepto.

Pero lo que más llama la atención de ese artículo 12 es su apartado 3, a cuyo tenor a los efectos de lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 del TRLIS, se presumirá que las operaciones de fusiones, escisiones, aportación de activos y canjes de valores acogidas al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII de dicho texto refundido, se efectúan con un motivo económico válido cuando la finalidad de dichas operaciones sea la creación de una o varias sociedades susceptibles de acogerse al régimen fiscal especial de las SOCIMI regulado en la presente ley, o bien la adaptación, con la misma finalidad, de sociedades previamente existentes.

¿Acaso no es obvio que las operaciones precisas para adaptar una estructura social o de participación a un régimen fiscal, aun cuando sea objetivamente beneficioso para el contribuyente, son de todo punto correctas? Así lo parece, y de ahí lo chocante, en apariencia, de la declaración normativa.

Pero el legislador no da puntada sin hilo, y ha preferido zanjar cualquier disputa, seguramente porque es consciente de que la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS puede, debido a lo impreciso de los conceptos *motivos económicos válidos* y *ventajas fiscales*, aunque sea ocasionalmente, desviarse de su recto sentido¹⁶. Basta con tomar en consideración el número de consultas formu-

¹⁶ Acontecería esto cuando la operación de fusión o asimilada se reputara fraudulenta porque se acometiera para obtener un mejor régimen fiscal (Ej.: constituir una participación de dominio que habilite el régimen de los grupos fiscales) o para superar una situación de doble imposición (Ej.: fusión impropia determinante de una diferencia de fusión cuando está probada la tributación del transmitente de la participación), sin infringir ni la letra ni el espíritu de una norma tributaria.

ladas a la Dirección General de Tributos sobre esta materia, y algunas resoluciones y sentencias, si bien episódicas, para comprender la función pacificadora de la norma parcialmente transcrita.

Por tanto, toda operación acogida al Capítulo VIII del Título VII del TRLIS que tenga por objeto acceder al régimen fiscal de la SOCIMI queda al margen de la aplicación del artículo 96.2 del TRLIS.

6.6. PÉRDIDA DEL RÉGIMEN FISCAL

El artículo 13 de la Ley 11/2009 regula las causas de pérdida del régimen fiscal especial. Todas ellas, excepto la que versa sobre las obligaciones de información fiscales, suponen incumplimientos de los requisitos que componen lo que podría denominarse el régimen sustantivo de la SOCIMI.

La pérdida del régimen fiscal especial determina que la SOCIMI, y sus socios, pasen «a tributar por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades» con efecto del propio periodo impositivo en el que se presente la causa o causas determinantes de la pérdida del régimen fiscal.

6.7. OTROS INCENTIVOS FISCALES PARA LAS RENTAS INMOBILIARIAS

Además del régimen fiscal de la SOCIMI el TRLIS contiene otros dos incentivos fiscales para estimular la actividad de adquisición de inmuebles para su explotación en régimen de arrendamiento, a saber, el tipo especial del 1 % respecto de determinadas sociedades y fondos de inversión inmobiliaria del artículo 28.5 del TRLIS, letras c) y d), y la bonificación del 85 % del artículo 54 a favor de las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, cuyos requisitos de inversión se han flexibilizado (disp. final primera.segundo.cuatro de la Ley 16/2012).

6.8. VALORACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS SOCIMI

La valoración de un régimen fiscal ventajoso puede hacerse desde diversas perspectivas, tales como la meramente utilitarista, la de su congruencia con las líneas maestras del sistema en el que se inserta o, en fin, con opciones de política fiscal consolidadas.

Desde la perspectiva utilitarista se advierte que el régimen fiscal es idóneo para atraer a los inversores extranjeros que tributen de manera respetable en el país de su residencia, esto es, a un tipo no inferior al 10 %, siempre que los dividendos no estén sujetos al IRNR (perceptor REIT con socios significativos que tributan a tipo no inferior al 10 %, perceptor con derecho al régimen matriz-filial, perceptor amparado por un convenio para evitar la doble imposición). En tal caso, la SOCIMI tributa al 0 %, y los socios no sufrirán retención por el IRNR.

Desde la perspectiva de la congruencia con las líneas maestras del sistema, se advierte que la tributación a tipo cero de la SOCIMI queda compensada, en el ámbito de los sujetos pasivos residen-

tes en territorio español, con la no aplicación de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos (socios personas jurídicas) y la no aplicación de la exención parcial (socios personas físicas).

Sin embargo, en el ámbito de los sujetos pasivos no residentes, la combinación de la tributación a tipo cero de la SOCIMI con el disfrute de una exención en el IRNR determinará que las rentas derivadas de la explotación de bienes inmuebles escapen a toda tributación frente a la Hacienda Pública española.

Así pues, el sacrificio recaudatorio se concentra en relación con los inversores residentes en el extranjero. Es claro, por tanto, que el incentivo fiscal va enfocado a atraer inversores no residentes. La tributación respetable de los mismos, concretada en el tipo de gravamen del 10%, la realidad económica de las operaciones que constituyen su objeto social y la obligación de distribución de beneficios alejan a este régimen fiscal de los tipificados como perniciosos por el Código de Conducta.

La delicada situación del sector inmobiliario seguramente amerita una contemplación benévola de esos sacrificios recaudatorios.

7. LA LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN LOS GRUPOS FISCALES

En un número anterior de esta revista¹⁷ se expusieron las líneas maestras del nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS y de la nueva redacción del artículo 20 del mismo texto legal. Ahora se centra la atención en uno de los problemas técnicos más relevantes, a saber, la aplicación del límite en el régimen de los grupos fiscales.

Si el Real Decreto-Ley 12/2012 no hubiera mencionado la forma en como debe aplicarse el límite en caso de existir un grupo fiscal, todos habríamos entendido que debería hacerse en sede de las distintas entidades que se integran en el mismo pues, en definitivas cuentas, estamos ante un supuesto de deducción de un gasto contable, problema que se sustancia en sede de la determinación de la base imponible individual. Pero el real decreto-ley establece que «tratándose de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal», así como sendas reglas concernientes a los gastos financieros netos pendientes de deducción antes de la incorporación al grupo fiscal o en el momento de su abandono.

La regla principal, y sus dos subordinadas, implican una excepción a las reglas de formación de la base imponible común consolidada, ya que el grupo fiscal solo es tomado como referencia a los efectos de computar las eliminaciones e incorporaciones y, en su caso, la compensación de bases impositivas negativas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 del TRLIS.

¹⁷ «Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades», Eduardo SANZ GADEA, *RCyT*. CEF, núm. 355 (octubre 2012).

A partir de las menciones contenidas en el apartado 4 del artículo 20 del TRLIS concernientes a la aplicación del límite respecto de los grupos fiscales, surgió un conjunto de dudas que la Resolución de 16 de julio de 2012 se ha encargado de resolver. Así, entre otras: ¿Deben calcularse límites individuales referidos al grupo fiscal o un solo límite referido igualmente al grupo fiscal? ¿El límite referido al grupo fiscal debe tomar en consideración todos los gastos e ingresos financieros o solamente los devengados frente a terceros? ¿El límite referido al grupo fiscal debe tomar en consideración el beneficio operativo derivado de todas las operaciones o solamente de las realizadas frente a terceros? ¿El efecto del límite se proyecta respecto de la determinación de la base imponible consolidada de manera directa o a través de la suma de las bases imponibles individuales? Supuesto que se proyecte a través de las bases imponibles individuales, ¿cómo ha de repartirse el posible exceso entre las sociedades del grupo fiscal? ¿La franquicia se imputa a todas y cada una de las sociedades del grupo fiscal o exclusivamente al grupo fiscal? ¿Los gastos financieros netos pendientes de deducción en el momento de la incorporación se imputan a la sociedad portadora de los mismos o al grupo fiscal? ¿Cómo se distribuyen los gastos financieros netos pendientes de deducción llegado el momento de la extinción del grupo fiscal o del abandono o separación de una o más entidades? ¿El límite no agotado en el momento de la incorporación se imputa a la sociedad portadora del mismo o al grupo fiscal? ¿Cómo se distribuyen los límites no agotados en el momento de la extinción del grupo fiscal o del abandono o separación de una o más entidades? ¿Cómo se calcula el límite tratándose de grupos fiscales en los que existan entidades de crédito o aseguradoras? ¿Son susceptibles de subrogación los gastos financieros netos pendientes de deducción en el contexto de una operación acogida al Capítulo VIII del Título VII? ¿Lo son los límites no agotados? ¿Los gastos financieros netos no deducidos deben ser tomados en consideración a efectos del cálculo de la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3, y de qué manera en caso de pertenencia al grupo fiscal?

7.1. CRITERIOS GENERALES

La resolución deja bien claro que los gastos financieros netos a limitar son los que el grupo fiscal soporta frente a terceros al mismo. Por tanto, los gastos e ingresos financieros internos no deberán tomarse en consideración. En consecuencia, las reglas determinantes del perímetro del grupo fiscal inciden en el importe de los gastos financieros netos a limitar. También deja bien claro que el beneficio operativo es el del grupo fiscal, esto es, el que resulta de las operaciones frente a terceros, pero que no deben formar parte del mismo los dividendos internos sino los procedentes de entidades ajenas al grupo fiscal.

Puesto que el límite se refiere al grupo fiscal, habrá que tomar en consideración el beneficio operativo del mismo, el cual se determinará a partir del resultado de explotación del balance consolidado previsto en el artículo 79 del TRLIS, incluyendo «aquellos dividendos o participaciones en beneficios... que correspondan a entidades que no forman parte del grupo de consolidación fiscal» en cuanto cumplan los requisitos legalmente establecidos para formar parte del beneficio operativo. Del tenor literal de la resolución se desprende que no deben ser tomados en consideración los dividendos internos, mas cuando los mismos no sean susceptibles de eliminación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72.3 del TRLIS, podría postularse su inclusión en el beneficio operativo.

El resultado de explotación del referido balance ha podido quedar minorado por el deterioro o la amortización de los valores de los activos incluidos en la diferencia de consolidación, entre ellos el fondo de comercio, pero esos deterioros o amortizaciones han de ser desconsiderados a los efectos de computar el beneficio operativo, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 20.

La resolución indica que el exceso derivado de la comparación entre los gastos financieros netos del grupo y el 30% del beneficio operativo del grupo, o exceso grupal, ha de ser distribuido entre las entidades del grupo fiscal, habida cuenta de que la base imponible consolidada se determina a partir de las bases imponibles individuales y de que los gastos financieros son un componente del resultado contable. La resolución establece como módulo de reparto general los excesos individuales y, para el caso en que el exceso grupal sea superior a la suma de los excesos individuales, se abre un segundo reparto del exceso tomando como clave de reparto los gastos financieros netos de todas las entidades del grupo.

Los excesos individuales se calculan por diferencia entre los gastos financieros netos individuales depurados de los puramente internos y el 30% del beneficio operativo individual depurado de las operaciones puramente internas.

Cuando el exceso global es inferior a la suma de los excesos individuales, aquel se distribuye entre las entidades del grupo fiscal en función de los excesos individuales, determinándose así, en sede de cada entidad del grupo fiscal participante en la distribución, unos gastos financieros que no serán deducibles y quedarán pendientes de deducción.

Cuando el exceso global es superior a la suma de los excesos individuales, se realizan dos distribuciones. En la primera participan solamente las entidades del grupo fiscal con excesos individuales, asignándose a cada entidad una parte del exceso global equivalente al exceso individual, y en la segunda participan todas las entidades del grupo fiscal y el módulo de reparto son los gastos financieros netos individuales, determinándose así gastos financieros no deducibles en todas las entidades del grupo que soporten gastos financieros netos.

La técnica de distribución es compleja, pero conjuga correctamente el mandato de que el límite se refiera al grupo fiscal con la forma en como se determina la base imponible consolidada.

7.2. GRUPOS FISCALES EN LOS QUE PARTICIPAN ENTIDADES DE CRÉDITO Y ASEGURADORAS

El límite no se aplica a las entidades de crédito, y cuando las mismas se integran en un grupo fiscal conjuntamente con otras entidades que no tengan esta consideración, el límite establecido en este artículo se calculará teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos de estas últimas entidades [art. 20 6 a) del TRLIS]. A partir de esta norma se abrían dos posibilidades, a saber, calcular el límite por referencia al subgrupo fiscal integrado por las

entidades no de crédito ni aseguradoras del grupo fiscal, o hacerlo por referencia al grupo fiscal, pero excluyendo las magnitudes procedentes de las entidades de crédito y aseguradoras. La resolución ha seguido la segunda.

La resolución indica que la no consideración de las entidades de crédito (parece olvidar a las aseguradoras) no desvirtúa la existencia de un grupo fiscal «de manera que los gastos financieros netos que se someten a limitación serán aquellos que tengan las entidades de naturaleza no crediticia respecto de aquellas ajenas al grupo fiscal». Este párrafo plantea una cuestión muy relevante, a saber, si los intereses de los préstamos recibidos de las entidades de crédito del grupo fiscal deben o no ser tomados en consideración para determinar los gastos financieros netos que serán sometidos a limitación.

La resolución parece contestar a la citada cuestión cuando afirma que no deberán tomarse en cuenta a los efectos del límite señalado en el artículo 20 del TRLIS los gastos financieros ni los ingresos financieros entre entidades del grupo fiscal que sean objeto de eliminación en el marco de la consolidación fiscal.

El tenor literal del párrafo lleva a excluir de los gastos financieros netos que serán objeto de limitación los devengados frente a las entidades de crédito que forman parte del grupo fiscal, aun cuando estas entidades estén en sí mismas exceptuadas de la limitación. Si esto es así es obvio que las entidades del grupo fiscal tienen un aliciente para tomar financiación de las entidades de crédito integradas en el grupo fiscal, lo que puede suponer, sin más, que las entidades no de crédito de los grupos fiscales en los que existan entidades de crédito escapen a la aplicación de la limitación del artículo 20.

La solución alternativa era excluir a las entidades de crédito y aseguradoras, a todos los efectos, del cálculo del límite, esto es, considerarlas terceros al grupo y, por tanto, los gastos financieros devengados frente a las mismas estarían también sujetos a limitación. Esta solución queda descartada por la resolución.

Ciertamente, el criterio de la resolución no carece de lógica. En efecto, puesto que los gastos financieros devengados frente a las entidades de crédito son ingresos financieros de las mismas, toda limitación a la deducción de aquellos implica un exceso de imposición. Ahora bien este exceso de imposición es consustancial a la limitación, aunque tal vez sea más reprochable en sede del mismo grupo fiscal.

Por tanto, los gastos financieros netos serán los devengados frente a terceros, no teniéndose por tales las entidades financieras del grupo fiscal.

El beneficio operativo, de acuerdo con la resolución, «será el correspondiente a las entidades que no tienen la consideración de entidades de crédito». Ese beneficio operativo ha de estar referido al conjunto de las entidades del grupo fiscal, excluidas las de crédito y aseguradoras, de manera tal que deberán tomarse en cuenta «las eliminaciones e incorporaciones que corresponda realizar por su pertenencia a todo el grupo de consolidación fiscal», por tanto también respecto

de las operaciones realizadas con las citadas entidades. Así, el beneficio operativo imputable a las entidades de crédito y aseguradoras no se toma en consideración, y para calcular el beneficio operativo de las restantes entidades del grupo fiscal han de realizarse las eliminaciones e incorporaciones pertinentes en su plenitud, es decir, también las inherentes a las operaciones realizadas con las entidades de crédito y aseguradoras.

En fin, la franquicia se proyecta respecto «del conjunto de las entidades que queden sometidas a la aplicación de la limitación del propio artículo 20 del TRLIS», lo que, realmente, no podía ser de otra manera, pues la exclusión de las entidades de crédito y aseguradoras a efectos de la limitación no desvirtúa la existencia de un grupo fiscal.

Por tanto, los gastos financieros netos a limitar son los que las entidades no de crédito ni aseguradoras devengan frente a terceros y el beneficio operativo también será el correspondiente a esas entidades depurado de las operaciones internas. A partir de aquí, esto es, una vez determinado el exceso grupal constreñido a las entidades no de crédito ni aseguradoras, se aplican los criterios generales de distribución.

Lo verdaderamente relevante es que el importe de los gastos financieros netos a limitar no comprenda los intereses que las entidades del grupo fiscal devenguen a favor de las entidades de crédito del grupo fiscal, lo que las libera en la práctica de la limitación. Si esta interpretación es correcta se está en presencia de una distorsión notable.

7.3. GASTOS FINANCIEROS NETOS PENDIENTES DE APLICACIÓN Y BENEFICIO OPERATIVO PENDIENTE DE UTILIZACIÓN, ANTERIORES A LA ENTRADA EN EL GRUPO FISCAL

Respecto de tales gastos la norma establece que se deducirán con el límite del 30% del beneficio operativo de la propia entidad.

La resolución indica que la deducción ha de someterse a un doble límite, a saber, el derivado del propio grupo fiscal y el derivado de la entidad concernida, el cual deberá ser calculado tomando en consideración los gastos e ingresos financieros devengados frente a terceros y el beneficio operativo generado en operaciones con terceros, prevaleciendo el menor de los dos límites. Nótese que estos límites operan en sentido inverso al límite a la deducción de gastos financieros netos, esto es, operan cuando el 30% sobre el beneficio operativo es superior a los gastos financieros netos, prevaleciendo la diferencia menor.

Al beneficio operativo pendiente de utilización no se refiere la norma, pero la resolución interpreta que es aplicable, pero exclusivamente por la entidad afectada, de manera tal que la misma, una vez efectuada la distribución del exceso grupal, podrá utilizar ese beneficio operativo para asumir la deducción de los gastos financieros netos, incidiendo por esta vía en la base imponible consolidada.

7.4. GASTOS FINANCIEROS Y PARTIDA FISCALMENTE DEDUCIBLE DEL ARTÍCULO 12.3 DEL TRLIS

La aplicación del límite genera un gasto fiscalmente no deducible que deberá ser tomado en consideración a los efectos de calcular la partida fiscalmente deducible del referido artículo 12.3. Por otra parte, dicha partida fiscalmente deducible es obligatoria, incluso en el régimen de los grupos fiscales.

La resolución, dando por sentado que el gasto no deducible derivado del límite afecta a la partida fiscalmente deducible, indica que el mismo se calculará tomando en consideración que la entidad sobre la cual se efectúa el cálculo de los gastos fiscalmente no deducibles derivados de la aplicación del límite pertenece a un grupo fiscal. En consecuencia, deberán aplicarse los criterios generales anteriormente examinados para aplicar el límite, de donde se sigue que en ausencia de un exceso grupal no habrá limitación a la deducción del gasto, ni, por tanto, incidencia sobre la partida fiscalmente no deducible.

7.5. LA FRANQUICIA

La resolución es meridiana, señalando que el importe máximo de 1 millón de euros a que hace referencia el párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 20 del TRLIS debe calcularse a nivel del grupo de consolidación fiscal. Por tanto, una sola franquicia.

Acierta la resolución, por cuanto el apartado 4 del citado artículo 20 según redacción del Real Decreto-Ley 12/2012 obliga a proyectar el cálculo del límite sobre el grupo fiscal.

Dicho esto, es evidente que se produce una notable distorsión por cuanto, ante la misma realidad económica, según que se tribute en régimen de consolidación o individual el aprovechamiento del límite oscila desde 1 millón hasta un máximo de 1 millón multiplicado por el número de entidades que, potencialmente, puedan formar un grupo fiscal. Es cierto que, siendo voluntario el régimen de los grupos fiscales, los grupos empresariales podrán adoptar la decisión más apropiada a sus intereses, pero también lo es que una mejor construcción del límite hubiera podido evitar ese dilema, en aras de la neutralidad.

La buena construcción del límite exigiría referirlo a la unidad económica en lugar de a la jurídica, por cuanto esta es susceptible de fraccionamiento, en tanto que la primera no lo es, cualquiera que fuere el régimen fiscal –individual o de grupo– en el que tributan las entidades que pertenecen a la unidad económica. Un ejemplo de límite bien trazado respecto de la aplicación de un determinado régimen fiscal lo proporciona el artículo 108.3 del TRLIS, concerniente a las empresas de reducida dimensión, ya que, en efecto, se proyecta respecto de una unidad económica, antes que sobre las diversas formas jurídicas a través de las cuales aquella se manifiesta.

Esta configuración de la franquicia evita el aliciente que al fraccionamiento de formas jurídicas procura la configuración proyectada sobre la forma jurídica y, al tiempo, la distorsión adversa al régimen de los grupos fiscales.

En suma, a cada unidad económica su franquicia y nada más que su franquicia, cualquiera que fueren las formas societarias que se integran en la misma, cuyo importe sería distribuido entre dichas formas societarias de acuerdo con un criterio objetivo como puede ser el valor de los activos.

7.6. ARBITRAJE EN LA CAPTACIÓN DE LA FINANCIACIÓN

Se entiende por tal la selección de la entidad más apropiada para tomar financiación frente a terceros por motivos fiscales. Nótese que aunque la selección de la entidad que tomará la financiación frente a terceros no variará el exceso grupal sí lo hará el exceso individual o el límite para utilizar beneficio operativo pendiente, entre otros aspectos. Ahora bien, la financiación será utilizada por la entidad que verdaderamente la precise, de aquí que pueda hablarse de entidad tomadora de la financiación y entidad utilizadora de la financiación. La literalidad de la norma lleva a entender que la financiación frente a terceros concurre en la entidad tomadora de la misma, pero no cabe descartar una lectura más incisiva que señale a la entidad que la utiliza como la deudora frente a terceros. Esta lectura incisiva sería particularmente intensa en los casos en los que una entidad del grupo monopoliza las operaciones de financiación del grupo.

7.7. GASTOS FINANCIEROS NETOS PENDIENTES DE APLICACIÓN Y BENEFICIO NETO PENDIENTE DE UTILIZACIÓN EN EL MOMENTO DE LA EXTINCIÓN DEL GRUPO FISCAL O DE LA SEPARACIÓN DE UNA ENTIDAD

Acerca de estos gastos dice el apartado 4 del artículo 20 de la norma con rango de ley que tendrán el mismo tratamiento que corresponde a las bases imponibles negativas pendientes de compensar, en los términos previstos en el artículo 81 de esta ley, lo que implica que las distintas entidades del grupo fiscal extinguido o la sociedad o sociedades que del mismo se separan asumirán el derecho en la proporción en que hubieren contribuido a su formación.

Como quiera que en cada ejercicio el exceso ha de distribuirse entre las distintas entidades que lo integran en los términos antes señalados, la base de reparto para el caso de extinción o separación deriva de esa distribución.

La resolución no ha entrado en este asunto, tal vez por entender que la remisión al artículo 81 es suficientemente explicativa.

La lógica en la que descansa la asunción del derecho a la aplicación de los gastos financieros netos pendientes de deducción igualmente puede amparar la asunción de beneficios operativos netos pendientes de aprovechamiento. Sin embargo, ni la norma de rango legal ni la resolución amparan la asunción. Tampoco lo hace el artículo 81, habida cuenta de que el concepto que se examina no puede subsumirse en ninguno de los descritos en el mismo.

7.8. LAS ENTIDADES *HOLDING*

La Consulta número 2 del BOICAC 79/2009 (NFC035411) considera que los productos de las inversiones financieras efectuadas por una entidad *holding* forman parte de su cifra de negocios. Pues bien, la resolución apunta que los derivados de la cesión a terceros de capitales propios no por ello pierden la consideración de ingresos financieros. En consecuencia minorarán los gastos financieros a efectos de determinar el importe de los gastos financieros netos, y no formarán parte del beneficio operativo.

Esta precisión es de especial relevancia en el caso de las operaciones de adquisición apalancada de sociedades operativas mediante entidades *holding*, por cuanto los ingresos y gastos financieros de esas entidades determinarán unos gastos financieros netos sujetos al límite, aun cuando contablemente sean considerados conceptos determinantes del resultado de explotación. No obstante, en el beneficio operativo de estas entidades deberá integrarse el beneficio distribuido por la sociedad operativa. Nótese, por tanto, que el límite fiscal estimula la distribución del beneficio, lo que puede ser inconveniente para la correcta gestión de la sociedad participada. La solución está en la tributación en régimen de grupo fiscal del constituido por ambas entidades. También podría estarlo en la fusión por absorción, pero ciertas sentencias de la Audiencia Nacional han sido contrarias a la aplicación del régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, y las consultas de la Dirección General de Tributos parecen haber virado en ese sentido.

7.9. SUBROGACIÓN EN LAS OPERACIONES DEL CAPÍTULO VIII DEL TÍTULO VII

La amplitud de la fórmula de subrogación que emplea el artículo 90 del TRLIS, esto es, los derechos y las obligaciones tributarias de la entidad transmitente, permite sostener que tanto el saldo de gastos financieros netos pendiente de deducción como el excedente de beneficio operativo pendiente de aprovechamiento se transmitirán a la entidad adquirente. Por otra parte, no operará la restricción a la compensación de bases imponibles negativas por cuanto ambos conceptos no responden a esa naturaleza.

7.10. CONSOLIDAR O NO CONSOLIDAR FRENTE AL LÍMITE

Siempre que el exceso global sea superior a la suma de los excesos en régimen individual de las entidades que integran el grupo fiscal, la consolidación ofrece una economía de opción, con tal de que no se vea rebasada por el impacto, en sentido contrario, de la referencia de la franquicia al grupo fiscal.

Cuando concurren entidades de crédito la tributación en el régimen de los grupos fiscales es aplastantemente ventajosa dado que, de acuerdo con la resolución, los gastos financieros netos a limitar no incluyen los intereses devengados frente a las entidades de crédito del grupo fiscal. De esta suerte, la financiación a través de las entidades de crédito del grupo fiscal es inmune al límite.

Son entidades de crédito las enumeradas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986: el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las Cooperativas de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito.

8. LA DEDUCCIÓN DE GASTOS FINANCIEROS EN EL PROYECTO DE LA OCDE SOBRE LA EROSIÓN DE BASES IMPONIBLES (BEPS)

En febrero de 2013, con ocasión de la reunión del G-20 en Moscú, la OCDE presentó el informe titulado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (19/2/2013)*. Se trata de un estudio de carácter general preparatorio de un programa de acción más concreto a presentar en junio de 2013.

El programa de acción habrá de ser necesariamente muy vasto y en él no podrá faltar el tema relativo a la deducción de los gastos financieros, pues de sobra es sabido que los mismos pueden ser un instrumento demoledor de la erosión de bases imponibles. Varias serán las cuestiones que habrán de resolverse, pero preliminarmente tendrá que dilucidarse si los intereses deben seguir el tratamiento de los dividendos. Esta opción igualatoria, conocida como *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT), apenas ha encontrado refrendo positivo, pero la reciente modificación de la legislación francesa sobre la materia demuestra que el debate sigue vivo. En efecto, a partir de 1 de enero de 2012 solamente serán deducibles el 85 % de los gastos financieros netos y a partir de 1 de enero de 2014 el 75 %. Se trata, bien se ve, de una limitación objetiva a la deducción de intereses que llevada al límite desemboca en la opción igualatoria.

Si la cuestión preliminar se resuelve en el sentido de que los intereses deben ser fiscalmente deducibles, aun cuando bajo ciertos criterios limitativos que embriden la erosión de bases imponibles, se deberá determinar si dichos criterios deben afectar exclusivamente a los intereses vinculados o a la totalidad de los intereses. Nótese que las más recientes reformas normativas se están proyectando sobre la totalidad de los intereses, a diferencia de las normas antisubcapitalización de primera generación que versaban exclusivamente sobre los de carácter vinculado.

¿Cómo deben definirse los criterios limitativos? ¿Ratios de apalancamiento, ratios de intereses sobre resultados de explotación, ratios relativos a medias estadísticas sectoriales comparables, distribución de los intereses soportados por el grupo entre las distintas entidades que lo forman?

La contemplación de las más modernas normas antisubcapitalización, entre ellas las establecidas por Alemania, Francia, Holanda, Reino Unido y Nueva Zelanda, permite colegir que se están abriendo paso dos ideas:

- Que los intereses que deben ser admitidos a efectos fiscales son los que tienen una indudable efectividad por ser satisfechos a terceros, poniéndose en entredicho los de carácter puramente interno a un grupo de empresas (*debt cap UK*).

- Que los intereses pagados a terceros por el grupo de empresas como un todo deben ser equitativamente distribuidos entre las entidades que se integran en el mismo (cláusulas de escape de las normas antisubcapitalización alemana, francesa y holandesa).

Estos antecedentes invitan a intuir que la OCDE se inclinará hacia una recomendación construida sobre una regla de reparto de la carga financiera que soporta el grupo de empresas entre todas las entidades que lo integran. Varios son los problemas que deberán resolverse:

- Delimitación de los intereses frente a la remuneración de los socios o accionistas.
- Determinación de la fórmula de reparto. Un criterio apropiado, entre otros, es la relación en la que se hallan los activos del balance individual que se integran en el balance consolidado respecto del total activo del balance consolidado, habida cuenta de que es el activo el determinante de los ingresos. Esa relación se aplicará sobre los intereses pagados a terceros por el grupo de empresas como un todo, obteniéndose el límite de deducción de los gastos financieros netos. Puede apreciarse que las carteras de valores no ameritarían la imputación de gastos financieros netos.
- La información pertinente se extraería de los balances, individual y consolidado, debidamente aprobados. Si ambos son redactados de acuerdo con las mismas normas contables la aplicación del criterio limitativo se verá facilitado, pero la diversidad de normas contables no será un obstáculo, pues las operaciones de homogeneización previas a la consolidación contable lo allanarán.

Una norma del estilo de la esbozada debería ir acompañada de la posibilidad de que el obligado tributario ejercitase una prueba en contrario basada directamente en el principio de libre concurrencia. Ciertamente, esa norma no está alejada del entorno de dicho principio, en cuanto versa sobre intereses satisfechos a terceros, pero la posibilidad de prueba en contrario reforzaría la adecuación a ese principio.

En fin, no se ocultará el notable interés que para España tienen los trabajos que previsiblemente la OCDE acometerá respecto de la deducción de gastos financieros, habida cuenta de la reciente modificación que en esta materia ha introducido el Real Decreto-Ley 12/2012.

LA OBLIGACIÓN DE FACTURACIÓN EN LAS OPERACIONES INTERNACIONALES

Francisco Javier Sánchez Gallardo

Economista

Inspector de Hacienda del Estado (excedente)

EXTRACTO

La nueva regulación sobre facturación en vigor desde el 1 de enero de 2013 regula la obligación de expedición de factura en operaciones internacionales. De acuerdo con esta regulación, la localización de las operaciones es la que determina igualmente la obligación de expedición de factura, por lo que las facturas han de sujetarse a la normativa del Estado en el que se entiendan realizadas las operaciones. Hay supuestos en los que no es así, que son básicamente aquellos en los que el sujeto pasivo que realiza la operación no se encuentra establecido en el Estado en el que se localiza la operación y, adicionalmente, se aplica la inversión del sujeto pasivo. Este trabajo analiza en profundidad este reparto de normas aplicables y los requisitos que han de cumplir las facturas así expedidas.

Palabras claves: facturas, territorialidad, normativa aplicable e inversión del sujeto pasivo.

Fecha de entrada: 25-05-2013 / Fecha de aceptación: 14-06-2013

INVOICING AND INTERNATIONAL TRANSACTIONS

Francisco Javier Sánchez Gallardo

ABSTRACT

New invoicing regulation in force since 1st January 2013 regulates invoicing on international transactions. According to this regulation, the obligation to issue an invoice is based on the place of supply of the transactions, therefore, invoices must accomplish regulations of the State in which the transactions are deemed to be carried out. There are some exceptions to this, basically those in which the taxable person carrying out the transaction is not established in the State in which the transaction is located and, additionally, the reverse charge mechanism applies. In this work it is deeply analyzed this split of applying regulations and the requirements for these invoices.

Keywords: invoices, territoriality, applying regulation and reverse charge.

Sumario

- I. Consideraciones generales
- II. Normativa aplicable a la expedición de factura en operaciones internacionales
 - A. Regulación comunitaria
 - B. Normativa interna
- III. Delimitación de la obligación de expedición de factura en operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del IVA
 - A. Supuestos en los que ha de expedirse factura por operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del IVA
 - B. Contenido de dichas facturas correspondientes a operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del IVA
 - C. En particular, el régimen aplicable en la documentación de las operaciones financieras o de seguros
- IV. La justificación del derecho a la deducción en operaciones sujetas al IVA efectuadas por empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto
 - A. Obligación de expedición de factura en estos casos
 - B. Justificación del derecho a la deducción. En particular, la supresión de la autofactura

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El pasado 1 de enero de 2013 entró en vigor el nuevo Reglamento sobre obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, Reglamento de facturación en adelante, una de cuyas principales virtudes es la continuidad respecto a su norma predecesora. Esta continuidad es encomiable por cuanto supone de ahorro en una faceta de la actividad empresarial que, como tal, no parece que suscite especiales problemas, más allá del coste de su cumplimiento.

Con todo, el nuevo Reglamento introduce ciertas matizaciones o aclaraciones que son interesantes, una de las cuales se refiere al alcance y forma de cumplimiento de las obligaciones de facturación en operaciones internacionales, esto es, en operaciones en las que intervienen operadores establecidos en jurisdicciones fiscales distintas.

El problema no es nuevo, pero sí es la primera vez que se afronta, regulándose por el artículo 2.3 del Reglamento de facturación. Esta regulación, a su vez, trae causa del artículo 219 bis de la Directiva 2006/112/CE, cuya redacción se introdujo por la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio, que es precisamente la que ha dado lugar al Reglamento de facturación aprobado por el Real Decreto 1619/2012.

Los dos preceptos que se han mencionado, tanto el nacional como el comunitario, refieren la cuestión a la normativa que ha de aplicarse a las facturas que documenten las operaciones, indicación que, en una primera lectura, bien podría entenderse como limitada al señalamiento del contenido de las facturas correspondientes; sin embargo, de una lectura más sosegada de los mismos, se puede llegar a una interpretación más amplia, deduciendo que, con esta expresión, no solo está apuntando la norma conforme a la cual ha de determinarse el contenido de la factura que documente una operación, antes bien, lo que hace es delimitar, en una operación en la que pueda haber dos jurisdicciones fiscales en liza, conforme a cuál de la normativa de ellas ha de establecerse el conjunto de las obligaciones de documentación asociadas a la misma.

Esta interpretación de la norma, algo más amplia de lo que podría colegirse a simple vista, permitirá resolver ciertas dudas que, como veremos, de otro modo quedarían sin solución. En las páginas siguientes profundizaremos en esta cuestión, amén de otras relacionadas con la facturación en operaciones internacionales.

II. NORMATIVA APLICABLE A LA EXPEDICIÓN DE FACTURA EN OPERACIONES INTERNACIONALES

A. REGULACIÓN COMUNITARIA

Como decíamos, la determinación de la normativa aplicable a la obligación de facturación en operaciones internacionales se realiza por el artículo 2.3 del Reglamento de facturación, que es transposición del artículo 219 bis de la Directiva 2006/112/CE. Este, a su vez, fue introducido por la Directiva 2010/45/UE, de 13 de julio, cuya pretensión, a estos efectos, es la de dotar a las empresas de la adecuada seguridad jurídica a estos efectos, tal y como indica su considerando 5.

Según indica el citado artículo 219 bis de la Directiva 2006/112/CE, la normativa aplicable a la expedición de facturas en operaciones internacionales es la siguiente:

- a) En principio, la factura se expedirá conforme a la normativa del Estado en el que la operación que se documenta haya de entenderse realizada, aspecto este que habrá que concretar conforme a las reglas de localización de entregas de bienes y prestaciones de servicios.
- b) No obstante, en caso de que el empresario o profesional que realiza la operación no se encuentre establecido en el Estado en el que se localice la misma y sea su cliente o destinatario quien tenga la condición de sujeto pasivo, deudor, del IVA correspondiente, la normativa aplicable será la del Estado en el que se encuentre establecido el proveedor.

El esquema que se establece es relativamente sencillo. Con carácter general, la obligación de facturación sigue a la localización de las operaciones, de forma que el lugar en el que estas hayan de entenderse realizadas será el que determine la norma aplicable a la referida obligación formal. Únicamente cuando la operación se localice en un Estado distinto al del proveedor y, adicionalmente, sea su destinatario quien tenga la condición de sujeto pasivo del tributo, se excepcionará este principio, siendo aplicable en tal caso la norma del Estado del proveedor.

Adicionalmente, cabe concluir que, determinada la normativa conforme a la cual habrá de expedirse la factura que documenta una operación, será únicamente dicha normativa la que determinará el régimen de facturación correspondiente, no existiendo obligación de expedir factura conforme a ninguna otra. De este modo, si respecto a una operación concreta, la norma aplicable es la del Estado del prestador o proveedor, cabe entender que dicho proveedor no tendrá ninguna obligación documental en el Estado en el que se localice la operación.

Podemos ilustrar este reparto de competencias con algún ejemplo.

EJEMPLO 1

Un empresario cuya sede de actividad se encuentra en París viaja a Madrid por razones de trabajo. Dicho empresario se aloja en un hotel de la capital española, por el que paga 150 euros de precio y 15 de IVA.

La operación que se ha descrito se localiza en el territorio IVA, según resulta de la aplicación de la regla que se contiene en el artículo 70.uno.1.º de la Ley 37/1992, del IVA, Ley del IVA en lo sucesivo. Considerando la empresa que presta el servicio como establecida en el referido territorio, la norma conforme a la cual habrá que expedir la factura que documente la operación será el Reglamento de facturación español.

EJEMPLO 2

Un empresario establecido en Alemania presta un servicio de publicidad a un cliente que se encuentra establecido en Reino Unido. El prestador del servicio no dispone de ningún tipo de establecimiento permanente en el Estado de su cliente.

El servicio que se ha descrito ha de entenderse localizado en el Estado del cliente o destinatario de la operación, Reino Unido, siendo igualmente aplicable la inversión del sujeto pasivo, ya que el prestador del servicio no dispone de ninguna infraestructura en dicho Estado que se pueda considerar como un establecimiento permanente. La normativa aplicable a la facturación de esta operación será la del Estado del prestador, en este caso, Alemania. Esto significa que la normativa sobre facturación del Estado del cliente no es aplicable a esta operación, por lo que el empresario que la realizó únicamente tendrá las obligaciones de facturación que correspondan resultantes de la normativa alemana, sin tener que cumplir ninguna obligación para la documentación de la misma en el Reino Unido.

Supuestos en los que los empresarios o profesionales que intervienen en las operaciones se encuentran establecidos en un único Estado de la Comunidad no deberían dar lugar a mayores dudas, más allá de las que puedan resultar de la aplicación de las reglas de localización de las operaciones o de la procedencia de la inversión del sujeto pasivo, aspectos todos ellos que trascienden de las pretensiones de estas páginas. Para el caso de empresarios o profesionales establecidos en diversas jurisdicciones fiscales, a lo anterior habría que añadir el análisis de la existencia de establecimientos permanentes y la atribución de operaciones a los mismos.

El anterior reparto de competencias encuentra dos excepciones o matices que hay que considerar.

La primera de ellas consiste en que si se otorga un **acuerdo para la expedición de facturas por el destinatario** de las operaciones, será la normativa del Estado de establecimiento de este la que resulte de aplicación. Parece de sentido común; si el empresario o profesional que realiza una operación faculta a su cliente o destinatario para que sea este quien expida la factura para su documentación, tiene toda la lógica que esta factura, aunque expedida en nombre y por cuenta del empresario o profesional que efectuó la entrega de bienes o prestación de servicios que se está documentando, se confeccione conforme a la norma del Estado en el que se encuentre establecido quien la expide materialmente.

EJEMPLO 3

Una empresa establecida en Barcelona suscribe un contrato de suministro de *software* con un proveedor británico. El acuerdo prevé igualmente que sea el destinatario, la empresa de Barcelona, quien expida las facturas para la documentación de los servicios prestados. La norma aplicable a las facturas expedidas para la documentación de las operaciones será la española.

De otra parte, en **operaciones localizadas fuera de la Comunidad**, la normativa aplicable a la expedición de las facturas que las documenten será en todo caso la normativa del Estado en el que se encuentre establecido el empresario o profesional que las efectúe. En este caso, no es posible trasladar el régimen jurídico aplicable a la expedición de factura a la jurisdicción de destino, siendo esta no comunitaria, ya que no hay norma de armonización que resulte aplicable ni, por tanto, certeza acerca del régimen legal correspondiente. En consecuencia, se dispone la obligatoriedad de documentar las operaciones conforme a la norma del Estado en el que se encuentre establecido el empresario o profesional que las efectúe.

Este juego al reparto de competencias supone, en determinados casos, una relativa **extraterritorialidad** de las normas que va más allá de la determinación de los criterios para la localización de las operaciones, extraterritorialidad que se concreta en que por operaciones que se puedan considerar realizadas en el territorio de un determinado Estado, se admite que su documentación se efectúe conforme a la norma de otro, tal y como hemos ilustrado en alguno de los ejemplos que hemos propuesto. La citada extraterritorialidad, sin embargo, es propia de situaciones en la que, en el contexto de operaciones en las que hay dos Estados distintos afectados, se efectúa un reparto entre ellos, aunque sea, como en este caso, en relación con aspectos formales.

B. NORMATIVA INTERNA

La configuración comunitaria de la obligación de expedición de factura se transpone por el nuevo Reglamento de facturación de manera algo más sistemática, separando entre operaciones que

han de considerarse no sujetas al IVA por entenderse realizadas fuera de su territorio de aplicación y las que, por el contrario, han de entenderse efectuadas en el citado territorio, sujetas al tributo.

En cuanto a las **operaciones no sujetas al IVA** por no considerarse realizadas en su territorio de aplicación, el artículo 2.3 b) del nuevo Reglamento de facturación indica que la normativa aplicable a la expedición de factura será el citado Reglamento, esto es, la norma española, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de operaciones efectuadas por empresarios o profesionales establecidos en el citado territorio, considerando como tales a los que tengan en el mismo la sede de su actividad, un establecimiento permanente o, en su defecto, su domicilio o residencia habitual, a condición de que, en cualquiera de los casos que se han citado, las operaciones se hayan de considerar realizadas desde dichas localizaciones.
- b) Que las operaciones hayan de considerarse realizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto conforme a las reglas de localización que correspondan. A estos efectos, sin embargo, hay que distinguir en función del lugar en el que hayan de entenderse efectuadas:
 - i. Si dicho lugar se encuentra en otro Estado comunitario, la normativa aplicable a la expedición de la factura será la española, salvo en los casos en que es el destinatario el que procede a la expedición de la factura, previo otorgamiento del oportuno acuerdo de autofacturación.
 - ii. En el supuesto de que la operación haya de considerarse realizada fuera de la Comunidad, la norma aplicable será la española sin excepción. Nótese que, a diferencia con el supuesto anterior, en este caso el hecho de que se haya suscrito un acuerdo para la expedición de facturas por el destinatario carece de efecto en la determinación de la norma aplicable.

Resultando aplicable la norma española a la documentación de cualquier transacción, el empresario o profesional que la realice no tendrá ninguna obligación documental en ningún otro Estado comunitario, supuesto, como cabe suponer, que los demás Estados de la Comunidad han transpuesto la Directiva 2010/45/UE en tiempo y forma. Fuera de la misma no se puede afirmar lo anterior con la misma contundencia, aunque sería lo deseable.

EJEMPLO 4

Un abogado presta servicios a dos clientes, uno de los cuales es un empresario alemán que no dispone de establecimientos permanentes fuera de Alemania. El otro es un cliente japonés.

.../...

.../...

Por las dos operaciones que se han señalado, el profesional que las realizó habrá de expedir factura conforme a la normativa española. En lo que a Alemania se refiere, este profesional no tendrá ninguna obligación de facturación, ya que la única normativa aplicable a esta operación, conforme al artículo 219 bis de la Directiva 2006/112/CE, es la española. En cuanto a Japón, habrá que estar a la normativa de este país.

EJEMPLO 5

El mismo profesional del ejemplo anterior tiene otro cliente alemán al que asimismo presta servicios. Con este cliente se ha suscrito un acuerdo conforme al cual es él quien expide las facturas para la documentación de las operaciones. En este caso, la normativa aplicable a estas facturas será la alemana.

Respecto a las **operaciones sujetas al IVA** por considerarse realizadas en su territorio de aplicación, el artículo 2.3 a) del nuevo Reglamento de facturación establece una regulación muy parecida, aunque simétrica, a la que se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, la normativa aplicable a las operaciones realizadas por empresarios o profesionales establecidos en otros Estados será la española cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la operación, conforme a las reglas de localización aplicables, haya de entenderse realizada en el territorio de aplicación del impuesto.
- b) Que el empresario o profesional que la realice no se encuentre establecido en el citado territorio.
- c) Que el sujeto pasivo del impuesto sea el destinatario de la operación. Nótese que, con ello, se incluye asimismo el supuesto de que el empresario o profesional que realizó la operación se encuentra establecido en el territorio de aplicación del impuesto, pero el establecimiento permanente del que se dispone en dicho territorio no interviene en la realización de la operación (art. 84.dos de la Ley del IVA).
- d) Que dicho destinatario sea quien expida la factura para la documentación de la operación, previa suscripción de oportuno acuerdo de facturación por el cliente.

Cumplidos todos estos requisitos, la factura correspondiente a la operación, expedida por el destinatario de la operación, estará sujeta a la norma española.

En otro caso, esto es, si deja de cumplirse cualquiera de los requisitos que se han expuesto, hay que distinguir:

- a) Si no es aplicable la inversión del sujeto pasivo, habrá de expedir la factura conforme a la norma española. Nótese que desde la entrada en vigor de la Ley 2/2010 y la modificación del artículo 84.dos de la Ley del IVA, para ello ya no basta con que exista un establecimiento permanente en el territorio de aplicación del impuesto, se exige que el mismo intervenga en la realización de las operaciones.
- b) En caso de que no se cumpliera el último de los requisitos que se han expuesto, la factura se expediría conforme a la norma del Estado en el que se encuentre establecido el empresario o profesional que realizó la operación.

Obviamente, a esta regulación habría que añadir las operaciones sujetas realizadas por empresarios o profesionales establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y solo en él, que son las operaciones a las que, por antonomasia, ha de aplicarse la normativa interna.

Podemos ilustrar las anteriores consideraciones mediante la siguiente tabla:

Documentación de operaciones localizadas en territorio IVA (TAI)			
Empresario o profesional que realiza la operación	Cliente	Acuerdo de autofacturación	Normativa de facturación
No establecido en el TAI ¹	Establecido en el TAI	No existe	Estado del proveedor. No hay obligación de facturación en el TAI
No establecido en el TAI ¹	Establecido en el TAI	Existe	Española. No hay obligación de facturación en el Estado del proveedor
Establecido en el TAI ²	Irrelevante ³	Irrelevante	Española
¹ Se asimilan los empresarios o profesionales con establecimiento permanente en el territorio IVA cuando dicho establecimiento no interviene en la realización de las operaciones. ² Con ello se incluyen tanto empresarios o profesionales únicamente establecidos en el territorio IVA como aquellos otros que, establecidos en varios Estados, cuentan con un establecimiento permanente en el citado territorio, o varios, si hay intervención en la realización de las operaciones. ³ Nótese que el cuadro se refiere en todo caso a operaciones localizadas en el territorio IVA, por lo que, en caso de que su localización se produjera fuera del citado territorio, quedarían fuera del mismo.			

EJEMPLO 6

Una empresa establecida en Sevilla contrata una campaña de publicidad con una agencia de publicidad italiana. La agencia de publicidad que presta el servicio no dispone de ningún

.../...

.../...

establecimiento permanente en el territorio de aplicación del impuesto español ni se ha suscrito ningún acuerdo para la expedición de factura por el cliente.

La operación descrita habrá de documentarse conforme a la normativa italiana sobre facturación, sin que el empresario o profesional que la realice tenga ninguna obligación, en cuanto a la documentación de la misma, que sea exigible conforme a la norma española.

EJEMPLO 7

Si en el mismo supuesto del ejemplo anterior ocurriera que las partes hubieran suscrito un acuerdo de autofacturación, la factura para la documentación de la operación, que se expediría por la empresa sevillana, habría de cumplir la normativa española, no la italiana.

EJEMPLO 8

Si la agencia de publicidad que presta el servicio que se ha referido en los dos ejemplos anteriores dispusiera de un establecimiento permanente en el territorio IVA y dicho establecimiento permanente interviniese en la prestación del servicio, ya no sería aplicable la inversión del sujeto pasivo, por lo que la agencia de publicidad debería proceder a la reperusión del impuesto. En tal caso, la norma sobre facturación aplicable sería la española.

Los ejemplos que se han propuesto se refieren en todo caso a operaciones efectuadas entre empresarios o profesionales establecidos en la Comunidad, para los cuales el artículo 219 bis de la Directiva 2006/112/CE dispone las reglas de reparto de las competencias en cuanto a la determinación de la normativa aplicable a la documentación de las operaciones.

Para el caso de las operaciones extracomunitarias, la Directiva contempla el régimen de «salida», pero no el de «entrada».

Con ello, nos queremos referir a que el supuesto de operaciones efectuadas por empresarios o profesionales que, desde la Comunidad, realizan entregas de bienes o prestaciones de servicios que han de considerarse localizadas fuera de la Comunidad tiene un régimen de atribución de competencias normativas que es claro, ya que dichas operaciones han de documentarse conforme a la

norma del Estado en el que se encuentre la sede de actividad o establecimiento permanente desde el que se efectúen las operaciones.

El caso contrario, esto es, el de las operaciones localizadas en la Comunidad realizadas desde fuera de la misma no es objeto de tratamiento en la Directiva, aunque sí en la norma nacional. Esta, al excluir de la obligación de documentación conforme al Reglamento de facturación español las operaciones efectuadas por no establecidos, cumplidos ciertos requisitos, sin distinción en función del lugar desde el que se realicen, abarca con ello tanto a las efectuadas por empresarios o profesionales de otros Estados de la Comunidad como a empresarios o profesionales no comunitarios. Esta previsión, que probablemente va más allá de lo dispuesto por el citado artículo 219 bis de la Directiva, parece coherente, no obstante, tanto por la conveniencia de evitar discriminaciones a estos efectos como por lo poco realista que sería pensar que para estas transacciones el empresario no comunitario expedirá una factura conforme a la norma española. De este modo, el documento que soporte la anotación contable de la transacción será el que opere como justificante de la misma a efectos de la deducción del IVA correspondiente.

EJEMPLO 9

Una empresa establecida en Málaga contrata con una agencia de publicidad brasileña una campaña para la difusión de sus productos en este país. Los honorarios por la prestación ascienden a 48.000 euros. La agencia de publicidad documenta su prestación en lo que denomina un «cupom fiscal», documento similar a una factura, pero que no contiene toda la información que sería exigible a una factura conforme a la normativa europea.

El justificante formal y contable de la operación será el documento expedido por la empresa brasileña, aunque no pueda ser considerado como una factura. Por esta operación no habrá obligación de expedir ningún otro documento ni por la empresa prestadora del servicio ni por su cliente.

III. DELIMITACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE EXPEDICIÓN DE FACTURA EN OPERACIONES LOCALIZADAS FUERA DEL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA

A. SUPUESTOS EN LOS QUE HA DE EXPEDIRSE FACTURA POR OPERACIONES LOCALIZADAS FUERA DEL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA

En el epígrafe anterior hemos delimitado la normativa aplicable en operaciones internacionales, partiendo de que las reglas de localización aplicables determinan el lugar en el que las

mismas han de entenderse realizadas. Estas reglas de localización dan lugar a que operaciones efectuadas desde un determinado país, esto es, por empresarios o profesionales establecidos en dicho país y, en ocasiones, solo en él, deban considerarse no realizadas en su territorio, quedando, por tanto, no sujetas a imposición en el mismo. Dichas operaciones son las que, en principio, se documentan conforme a la normativa del Estado en el que se encuentre establecido el empresario o profesional que las efectuó, con alguna excepción, que ya hemos comentado.

El aspecto que analizaremos ahora es el del alcance de la obligación de documentación de operaciones efectuadas desde el territorio de aplicación del IVA pero no sujetas al mismo por entenderse localizadas fuera del mismo. Más concretamente, lo que determinaremos es el perímetro objetivo al que ha de referirse la obligación de expedición de factura en operaciones no sujetas efectuadas por empresarios o profesionales establecidos en el territorio de aplicación del impuesto y que actúa desde el mismo, ya que la llevanza de esta obligación fuera de unos términos razonables puede conducir a conclusiones carentes de sentido.

Quizá no esté de más recordar que, conforme al artículo 2.1 del Reglamento de facturación, **la obligación de expedir factura** alcanza a las **operaciones no sujetas** al impuesto, sin que la norma limite el alcance de esta obligación, de entrada, configurada en términos de gran amplitud. De hecho, este es el ámbito más claro en el que existen operaciones no sujetas al tributo respecto de las cuales, sin embargo, existe la obligación de expedir factura, ya que, en este caso, la realización de estas operaciones no supone la repercusión del impuesto, pero sí tiene trascendencia a la hora de determinar el derecho a la deducción de quien las realizó. Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley del IVA, que califica como operaciones generadoras del derecho a la deducción las que se encuentran no sujetas por aplicación de las reglas de localización del impuesto tales que, en el caso de que se considerasen realizadas en el territorio de aplicación del tributo, generarían el citado derecho. Igualmente, generan este derecho las operaciones financieras y de seguros con destinatarios no comunitarios o vinculadas a la realización de exportaciones.

El precitado precepto no es nuevo en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 2.1 del Reglamento de facturación aprobado por el Real Decreto 1496/2003 tenía una dicción equivalente, habiendo sido matizado por la doctrina de la Dirección General de Tributos, DGT en adelante, en el sentido de que la obligación de expedir factura por las operaciones no sujetas realizadas por empresarios o profesionales debe entenderse referida respecto de aquellas operaciones cuya realización tenga **incidencia** en algún aspecto sustancial de la **liquidación del impuesto** [contestaciones de 13 de junio de 2005, n.º V1052/2005 (NFC021116), o 7 de junio de 2011, n.º V1464/2011 (NFC041739), entre otras]. Cabe concluir, pues, que operaciones que carezcan de este efecto habrían de considerarse al margen de la obligación de expedición de factura, lo cual, por otro lado, ha de considerarse como coherente, ya que si no hay efecto que comprobar, debe entenderse que decae una obligación cuyo sentido es la verificación o control del adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias. Parece lo lógico que esta pauta interpretativa se extienda a la intelección del artículo 2.3 b) del vigente Reglamento de facturación en la delimitación de las operaciones no sujetas por las que ha de expedirse factura conforme a la norma española.

Los criterios para la delimitación de las operaciones no sujetas que, no obstante, inciden en la liquidación del tributo en nuestro país se encuentran establecidos por la propia Ley del IVA, que trata esta cuestión en dos de sus preceptos, el primero de los cuales es el antes referido artículo 94.uno.2.º, conforme al cual generan el derecho a la deducción, como ya dijimos, las operaciones no sujetas al impuesto por aplicación de las reglas de localización correspondientes que, en caso de que se entendieran efectuadas en el territorio de aplicación del impuesto, serían operaciones generadoras del citado derecho.

Para **empresarios o profesionales** que se encuentren **establecidos en único Estado**, las consecuencias del anterior mandato son sencillas de determinar; lo único que procede es, para las operaciones no sujetas, hacer la ficción de trasladarlas al territorio de aplicación del IVA para, una vez localizadas en el mismo, determinar su régimen en cuanto a la generación del derecho a la deducción. La excepción a lo anterior se encuentra en las operaciones financieras y de seguro, a las cuales el ordinal 3.º del artículo 94.uno de la Ley del IVA les atribuye la condición de generadoras del derecho a la deducción cuando trascienden del ámbito de la Unión Europea aunque, como tales, no deberían generar tal derecho de localizarse en el territorio de aplicación del impuesto. Generadoras del derecho a la deducción o no, es sabido que el procedimiento de la prorrata es el que posibilita la aplicación efectiva de estos principios, según proceda. Desde esta lógica, tiene todo el sentido que operaciones no sujetas que inciden en el derecho a la deducción de los empresarios o profesionales que las realizaron se documenten en factura y, como tales, se registren en el libro registro de facturas expedidas.

La situación de los **empresarios o profesionales establecidos en diferentes Estados** es ligeramente distinta. En tal caso, es de suponer que soportarán cuotas de IVA en los Estados en los que se encuentren establecidos, por lo que, de alguna forma, habrá que especificar el régimen de deducción de dichas cuotas. Asumido que, al menos por ahora, la exacción del IVA se realiza de manera individual por cada Estado, lo que de alguna manera habrá que hacer es especificar las operaciones que, por referencia a cada uno de ellos, han de computarse para determinar el régimen de deducciones aplicable en el mismo.

En nuestro país, esta determinación se concreta por la Ley del IVA a través de dos principios, que son los siguientes:

- a) Indicando que para el cálculo de la prorrata no se tendrán en cuenta las operaciones efectuadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio de aplicación del IVA cuando los costes relativos a las mismas no se soporten por establecimientos permanentes situados dentro del mismo (art. 104.tres.1.º).
- b) Señalando que en ejecuciones de obras y prestaciones de servicios realizadas fuera del territorio de aplicación del IVA, el importe que se computará será el resultante de multiplicar la total contraprestación por el coeficiente obtenido de dividir la parte de coste soportada en su territorio de aplicación por el coste total de la operación, ello sin computar los gastos de personal dependiente de la empresa (art. 104.cinco).

La norma distingue, pues, dos supuestos distintos, que son los siguientes:

- 1.º **Operaciones** efectuadas por completo desde establecimientos permanentes ubicados fuera del territorio de aplicación del impuesto, **que no se computan en ninguna medida**. Por estas operaciones, en tanto que carentes de efecto en el derecho a la deducción del IVA soportado en España, habría que concluir que no procede expedir factura en nuestro país, ya que carecen por completo de efecto en el mismo. De otro modo, probablemente se daría lugar a una extraterritorialidad en la aplicación de la norma completamente fuera de lugar.

Nótese que la interpretación que se propone no es la que se infiere de la letra de la norma, ya que, literalmente, concurren todos los requisitos para, conforme a lo dispuesto por el artículo 2.3 a) del Reglamento de facturación, expedir factura por estas operaciones; pero es la única que nos parece coherente y que, como ya hemos visto, ha sido dispuesta por la DGT llegado el caso de determinar el alcance de la obligación de facturación para operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto en vigencia de una norma previa cuya dicción era igualmente amplia.

EJEMPLO 10

Una empresa cuya sede se encuentra en Sevilla y se dedica a la fabricación textil dispone de varias divisiones. Cada una de ellas es completamente independiente de las demás. La división de ropa de hogar tiene sus instalaciones en Pakistán, país en el que se encuentra igualmente el centro de diseño y venta para esta línea de producto. La estructura en Pakistán carece de personalidad jurídica propia, constituyendo un establecimiento permanente de la casa central.

Las operaciones efectuadas desde Pakistán son operaciones no sujetas al IVA que, al no dar lugar a costes soportados en el territorio de aplicación del IVA, no han de computarse para la determinación del derecho a la deducción de la empresa que las efectuó. Por estas operaciones tampoco será preceptiva la expedición de factura conforme a la norma española sobre facturación.

- 2.º **Operaciones** efectuadas desde establecimientos permanentes situados fuera del territorio de aplicación del impuesto **para las cuales una parte de sus costes se soportan en el citado territorio**.

Para estos casos, la Ley del IVA dispone que el importe a computar será el resultante de multiplicar la total contraprestación por el coeficiente obtenido de dividir la parte de coste soportada en territorio IVA por el coste total de la operación, sin

computar los gastos de personal. Sin entrar en el detalle de este método de cálculo ni de las operaciones a que se refiere, se puede concluir que para cualquier operación que se entienda realizada fuera del territorio IVA en la que exista una parte de costes que se soporte en territorio IVA, en cuanto habrá un importe a computar en los términos de la prorrata, nacerá la obligación de expedir factura.

Es importante no confundir lo anterior con el hecho de que si la operación que se documenta en factura es una operación no sujeta, lo sea por el total de su importe. A este respecto, no hay ningún matiz o especificación, por lo que, en los términos que después veremos, la operación no sujeta que ha de documentarse conforme a la norma española, lo ha de ser por el total de su importe (véase epígrafe III b); sin perjuicio de que dicha operación, si es el caso, únicamente haya de computarse en los términos de la prorrata de la entidad que la realizó en la parte proporcional que corresponda.

EJEMPLO 11

Una empresa colombiana está estudiando la posibilidad de expandirse por el resto de Sudamérica, para lo cual encarga un estudio de mercado a una empresa establecida en Madrid que tiene asimismo una sucursal en Bogotá. El precio total del estudio es de 60.000 euros. El estudio es ultimado en territorio IVA español, pero hay una parte del mismo que se efectúa desde el establecimiento permanente colombiano. La aplicación de la regla de cálculo que se contiene en el artículo 104.cinco de la Ley del impuesto conduce a que un 60 % del importe del estudio haya de imputarse a costes incurridos en territorio IVA español.

De acuerdo con el artículo 69.uno.1.º de la Ley del IVA, esta operación no ha de considerarse realizada en el territorio de aplicación del impuesto; no obstante, hay una parte de su importe de la operación que sí que ha de tenerse en cuenta para la determinación de la prorrata de la empresa que la realizó. El importe que habrá que computar es el 60 % de 60.000 euros, esto es, 36.000 euros. Este importe habrá de considerarse como correspondiente a operaciones generadoras del derecho a la deducción, ya que la operación descrita es tal que, si se entendiera localizada en el territorio de aplicación del impuesto, sería una operación generadora del derecho a la deducción.

Siendo una operación que incide en la mecánica de liquidación del IVA, será obligatoria la expedición de una factura para su documentación. Esta factura tiene como destinataria a la empresa colombiana, que es quien ha contratado el servicio. Nótese que la factura que habría que expedir lo sería, en buena lógica, por el total del importe cobrado, 60.000 euros, aunque el importe que se compute para el cálculo de la prorrata sea solo de 36.000 euros (el 60 % de 60.000 euros).

Las anteriores consideraciones se referían a empresarios establecidos a la vez en el territorio de aplicación del IVA y en otros territorios. Adicionalmente, hay que analizar el alcance de

la obligación de facturación para las operaciones realizadas por **empresarios o profesionales no establecidos** en el territorio IVA. Para estos supuestos, en la medida en que el empresario o profesional no establecido realice operaciones que no se consideren localizadas en el territorio IVA, ha de entenderse que no tiene obligación de expedir factura alguna en relación con ellas. Tal conclusión únicamente podría suscitar alguna duda para el caso de que este empresario o profesional haya soportado cuotas de IVA en España en relación con cuyo derecho a la deducción haya que tomar en consideración estas operaciones.

Como es sabido, los empresarios o profesionales no establecidos en el territorio de aplicación del impuesto, en quienes concurren los requisitos previstos en los artículos 119 y 119 bis de la Ley del IVA, tienen derecho a solicitar la devolución del IVA satisfecho en dicho territorio en la medida en que utilicen los bienes o servicios adquiridos en la realización de operaciones que les originen el derecho a la deducción, determinado este derecho tanto en aplicación de lo dispuesto en la normativa vigente en el Estado miembro en el que estén establecidos como de lo dispuesto en la propia Ley del impuesto, y aplicando a estos efectos las reglas de prorrateo especial. Para ese caso particular, la realización por parte de empresarios o profesionales no establecidos en territorio IVA de operaciones que no se consideran sujetas al IVA tiene incidencia en el IVA español; no obstante, llevar esta incidencia a la obligación de expedir factura por estas operaciones probablemente sería una interpretación del artículo 2.1 del Reglamento de facturación exagerada. A la misma conclusión conduce el artículo 2.3 b) del Reglamento de facturación, ya que el prestador del servicio no dispone de ningún lugar fijo de negocios en el territorio de aplicación del impuesto.

La determinación del carácter generador del derecho a la deducción de las operaciones realizadas por el empresario o profesional no establecido habrá de realizarse por cualquier otro medio y verificarse, en su caso, a través de la cooperación administrativa con el Estado en que se encuentre establecido el empresario o profesional concernido.

EJEMPLO 12

Una agencia de publicidad italiana organiza un evento publicitario para un cliente alemán. Uno de los gastos en que incurre es la realización de un evento, en el que se ofrece un servicio de *catering*. El evento tiene lugar en Madrid.

Los servicios prestados por la agencia de publicidad al cliente alemán no están sujetos al IVA español, debiendo tributar en Alemania (art. 44 de la Directiva 2006/112/CE y norma de transposición en Alemania). La agencia de publicidad, que no realiza operación alguna sujeta al IVA español, puede recuperar las cuotas que soporta en territorio español a través del procedimiento de devolución para no establecidos que se regula en el artículo 119 de la Ley del IVA [el *catering* es un servicio distinto, que se localiza donde se realiza materialmente –arts. 55 de la Directiva 2006/112/CE y 70.uno.5.º A.b) de la Ley del IVA–, por lo

.../...

.../...

que la agencia de publicidad soporta el IVA español]. En relación con los servicios publicitarios prestados a su cliente alemán, de los que el *catering* es un *input*, se puede concluir que no tiene obligación de expedir factura conforme a la normativa española, sin perjuicio de las obligaciones formales que deba cumplir en Italia o Alemania.

B. CONTENIDO DE DICHAS FACTURAS CORRESPONDIENTES A OPERACIONES LOCALIZADAS FUERA DEL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IVA

Determinados los supuestos en los que ha de expedirse factura por operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto realizadas por empresarios o profesionales con presencia en dicho territorio, el siguiente aspecto que hay que analizar es el de las particularidades que pueden presentar dichas facturas.

Con carácter previo, quizá convenga aclarar que por estas operaciones **en ningún caso** cabe la expedición de una **factura simplificada**, tal y como establece expresamente el artículo 4.4 d) del Reglamento de facturación. Los supuestos en que operaciones no sujetas al IVA hayan de documentarse, no obstante, mediante facturas expedidas conforme a la norma española darán lugar, en todo caso, a «facturas completas», nunca a facturas simplificadas.

Centrados en las referidas facturas completas, de entrada, no hay ninguna indicación especial en cuanto al contenido de las facturas que documentan operaciones realizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto, por lo que, en principio, serían exigibles los mismos requisitos que a las facturas correspondientes a operaciones efectuadas dentro del citado territorio. Hay, sin embargo, algunos matices en los que sí que conviene hacer alguna consideración adicional, como son la identificación de los destinatarios de las operaciones, la descripción de estas y la delimitación de su régimen de tributación.

En cuanto a la **identificación de los destinatarios**, el artículo 6.1 c) del Reglamento de facturación no distingue, por lo que no parece que proceda distinguir. En toda factura hay que consignar el nombre y apellidos, razón o denominación social completa tanto del obligado a su expedición como del destinatario de la misma. El único problema que se puede suscitar a estos efectos es el de la obtención y correcta consignación de estos datos, que en operaciones internacionales puede resultar más complejo que en las de ámbito doméstico; no obstante, en ausencia de una norma especial, no parece que haya excepción a la que se pueda apelar.

Un aspecto específico de la identificación de los destinatarios de las operaciones que, en lo que a la gestión del IVA se refiere, es de una importancia especial, es el relativo al **Número de**

Identificación Fiscal o NIF. El artículo 6.1 d) del Reglamento de facturación obliga a consignar el NIF del destinatario, entre otras, en las operaciones cuyo destinatario sea el sujeto pasivo del impuesto correspondiente a las mismas. Esta indicación, que en operaciones internas puede parecer coherente y resultar posible de aplicar, se complica cuando se lleva al contexto de las operaciones internacionales tanto por lo que se refiere a la procedencia de la aplicación del procedimiento de inversión del sujeto pasivo, cuestión de la que nos ocuparemos al final del epígrafe, como por su aplicación por sí misma.

De nuevo, hay que distinguir entre operaciones comunitarias y extracomunitarias.

Dentro de la Comunidad, hay supuestos en los que la inversión del sujeto pasivo, cumplidos ciertos requisitos, es obligatoria –básicamente, las prestaciones de servicios a las que se aplica la regla general de localización y han de entenderse realizadas en un Estado en el que el prestador del servicio no dispone de un establecimiento permanente que intervenga en su realización, supuesto que el destinatario sea empresario o profesional–. Para estas operaciones, que han de consignarse en la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias, tiene todo el sentido que se disponga del NIF-IVA del cliente y que se consigne en la factura que las documente.

En otros supuestos de operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto, la aplicación de la inversión del sujeto pasivo depende de la normativa interna, sin que exista norma de armonización, por lo que habrá que hacer un análisis caso a caso. Este análisis, de cualquier modo, es necesario y no solo por la correcta cumplimentación de la factura, sino también por la adecuada tributación de la operación, ya que quien la realice habrá de conocer si ha de repercutir el tributo o no es el caso, siguiéndose de ello el cumplimiento de las obligaciones de documentación.

EJEMPLO 13

La filial española de un grupo multinacional presta servicios de maquila para otra filial del grupo, que es la que se encarga de la distribución del producto dentro de toda Europa. Los servicios se facturan según las líneas de producto. Para una de ellas los servicios prestados durante el mes de marzo del año N tienen un valor de 470.000 euros. La entidad destinataria del servicio, que se encuentra establecida en Francia, suministra su NIF-IVA francés, que es el FR-12345678.

El servicio que se ha descrito habrá de documentarse en una factura expedida conforme a la norma española, ya que se cumplen todos los requisitos para ello. En dicha factura habrá que consignar el NIF-IVA francés de la empresa destinataria de la prestación. Con este mismo dato se consignarán los datos de la operación en la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

EJEMPLO 14

Otra empresa vecina de la anterior se dedica a fabricar *software*. Uno de sus clientes es una entidad británica que pretende que no le repercuta IVA al considerar aplicable la regla general de localización de las prestaciones de servicios; no obstante, carece de un NIF-IVA atribuido por la Administración tributaria británica.

El problema con el que se encuentra la empresa prestadora del servicio en este caso no solo se refiere a la consignación de los datos necesarios para la elaboración de la factura, sino también a la tributación misma de la operación, ya que, no disponiendo del NIF-IVA del cliente, se puede encontrar con problemas para acreditar la condición de empresario o profesional del mismo, amén de estar impedida para cumplir la obligación de consignación de la operación en la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

EJEMPLO 15

Una empresa cuya sede se encuentra en Barcelona comercializa moda en varios Estados europeos, uno de los cuales es Alemania. La empresa dispone de un cierto *stock* en este país con el que atiende sus pedidos, pero desconoce si, conforme a la normativa alemana, dicho *stock* le puede conducir a ser considerada como establecida en este país. Tampoco conoce el funcionamiento de la regla de inversión del sujeto pasivo en estas operaciones.

En las entregas que la empresa realiza tendrá que averiguar si opera o no la regla de inversión. Si la respuesta es afirmativa, en la factura, que habrá de expedirse conforme a la norma española, deberá constar el NIF-IVA del cliente.

Para el caso de las operaciones cuyos **destinatarios** son **no comunitarios**, huelga decir que no hay norma de armonización que resulte aplicable, por lo que, más allá de la información que pueda proporcionar el cliente o que pueda recabar el empresario o profesional que realizó la operación, no hay mucha más referencia. Por otra parte, hay que tener en cuenta la escasa, cuando no nula, relevancia que puede tener la indicación en factura del NIF que el destinatario de una operación pueda tener en un Estado no comunitario, con el cual, sin perjuicio de supuestos concretos, y en los términos del acuerdo bilateral correspondiente, si lo hay, no existirá ningún procedimiento de intercambio de información en lo que al IVA se refiere.

En este punto se produce una cierta paradoja, ya que operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto y, en principio, ajenas a la normativa española, se ven incididas

por esta, que obliga a consignar el NIF-IVA del cliente, incurriendo en una cierta extralimitación territorial, como ya antes expusimos en términos más genéricos. Esta, con todo, no debe extrañar, ya que es el resultado de la interacción entre dos circunstancias, que son la de que, por un lado, la factura ha de expedirse conforme a la norma española y, por otro, la de que lo que se documenta es una operación que ha de considerarse localizada en el territorio de otro Estado comunitario. De esta interacción de normas aplicables resulta la citada obligación, la cual, al menos en el ámbito de la Unión Europea, es coherente con la de hacer constar estas operaciones en la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

A todo ello hay que añadir la problemática que se puede plantear cuando el destinatario de la operación dispone de **varios números de identificación fiscal** a los efectos del IVA atribuidos por diversas administraciones tributarias, considerando que nada obliga a que sea el del Estado de destino de las operaciones el que haya de utilizarse, aunque parece lo más adecuado, especialmente si se pretende que la información que consta en factura sea coherente con la que se consigne en la antes referida declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias.

Igualmente compleja puede resultar la cuestión del **domicilio** del destinatario, que ha de indicarse igualmente en factura y que, en supuestos en los que se disponga de varios lugares de negocio, debe hacerse constar por referencia al que esté involucrado en la operación si dicha referencia es relevante para la determinación del régimen de tributación correspondiente a la operación. El alcance de la norma y su sentido son claros; en la medida en que el lugar de negocio –sede de actividad o establecimiento permanente– sean determinantes del régimen de tributación de la operación, la información correspondiente ha de constar en factura. Considerando la cantidad de operaciones cuya localización atiende a estos criterios, no parece complicado encontrarle el alcance práctico a esta disposición; no obstante, en su aplicación práctica puede suscitar problemas.

EJEMPLO 16

Una gestoría presta servicios consistentes en la presentación de las declaraciones tributarias de la sucursal española de una empresa alemana. Los servicios son contratados directamente por la sucursal, a través de la persona habilitada para ello. La sucursal cumple todos los requisitos para ser considerada como establecimiento permanente a los efectos del IVA.

Los servicios descritos han de considerarse localizados en el territorio IVA, ya que se prestan al establecimiento permanente que la empresa alemana tiene en el citado territorio. En estas circunstancias, el domicilio que habría de consignarse en las facturas que documenten los servicios prestados por la gestoría es el de la sucursal, ya que es determinante para la localización de los referidos servicios. Lo anterior debería entenderse sin perjuicio de que en la factura se haga constar igualmente el domicilio de la sede social, aunque en concepto de información adicional.

EJEMPLO 17

Una empresa situada en Bilbao entrega, llave en mano, una maquinaria para una empresa francesa. La maquinaria se instala cerca de Marsella, aunque la empresa adquirente tiene su sede en París.

La operación que se ha descrito se localiza en el lugar en el que se produzca la instalación de la maquinaria (supondremos que concurren los requisitos para ello), localización que no depende del domicilio del destinatario. Por esta razón, es indiferente que en la factura que documente la operación se haga constar el domicilio social del cliente en París o la dirección de las instalaciones en la que se entrega la maquinaria.

A este respecto, las dudas más bien han de entenderse referidas a la **información** que proporcione el **cliente** o destinatario, a la forma en la que esta se consigne en factura y la necesaria coherencia de la misma con el resto de documentos correspondientes a la operación.

A estos efectos, pueden ser relevantes los criterios para la vinculación de las prestaciones de servicios a los establecimientos permanentes, que se regulan por el artículo 22 del Reglamento 282/11/UE, de ejecución de la Directiva 2006/112/CE, en los que no abundaremos por razones de brevedad, no sin dejar de recordar que en muchos casos la localización de las operaciones se hace depender del uso que se haga de los servicios, aspecto que puede resultar de difícil apreciación para los proveedores.

Si la información proporcionada por el cliente es coherente con estos criterios, cabe entender que este aspecto de la confección de la factura se podrá considerar cumplido adecuadamente; sin embargo, puede darse el caso de que no sea así, en cuyo caso habrá que asumir las consecuencias del incumplimiento. Huelga decir que dichas consecuencias pueden ir más allá de la mera documentación de las operaciones.

EJEMPLO 18

Una entidad financiera cuya sede se encuentra en Estados Unidos contrata con una empresa establecida en el territorio de aplicación del impuesto la prestación de un determinado servicio de consultoría informática. El cliente comunica como domicilio a efectos de facturación el de la sede, en Estados Unidos, por lo que, en ausencia de otra información, la empresa española factura sus servicios sin adición de cuota alguna de IVA, ya que entiende

.../...

.../...

que sus servicios no están localizados en el territorio de aplicación del impuesto. La entidad financiera, sin embargo, dispone de un lugar fijo de negocios en el territorio de aplicación del impuesto de cuya condición de establecimiento permanente no hay especiales dudas.

Los servicios prestados consisten en la adecuación de los sistemas informáticos de la sucursal española de la entidad a ciertos requerimientos en materia de información sobre activos de los clientes derivados de determinadas modificaciones en la normativa española. En consecuencia, cabe entender que la utilización o explotación efectiva de los servicios tiene lugar en el territorio de aplicación del IVA.

En este caso, se produce una descoordinación entre la tributación efectiva del servicio y la comunicación proporcionada por el cliente a los efectos de su consignación en factura y, en última instancia, de la repercusión del impuesto. En el supuesto de que la entidad española atienda la pretensión del cliente y facture sus servicios sin repercusión del tributo, tendrá que asumir las consecuencias que, en su caso, se puedan producir.

Junto con la información relativa a la identificación de los intervinientes, de la que ya nos hemos ocupado, en este tipo de facturas hay que consignar igualmente cierta información relativa al **tratamiento de las operaciones**, aspecto respecto al cual hay que distinguir entre la descripción de las mismas y la indicación de su régimen de tributación en el IVA.

En principio, toda operación que se documenta en factura ha de describirse adecuadamente. Así resulta del artículo 6.1 f) del Reglamento de facturación.

Ocurre, sin embargo, que para las operaciones no localizadas en el territorio de aplicación del impuesto pero sí en otro Estado comunitario, el apartado 3 del mismo artículo 6 contiene una indicación específica, señalando que en tales casos: «el obligado a expedir la factura podrá omitir la información prevista en las letras f), g) y h) del apartado 1 de este artículo e indicar en su lugar, mediante referencia a la cantidad o al alcance de los bienes o servicios suministrados y su naturaleza, el importe sujeto al impuesto de tales bienes o servicios».

De entrada, parece lo más lógico que en dichas facturas la información relativa a descripción de las operaciones, base imponible, tipo y cuota, se sustituya por una referencia a su naturaleza y la indicación de que se trata de operaciones no sujetas al impuesto por considerarse localizadas fuera de su territorio de aplicación. Sin embargo, lo cierto y verdad es que la norma se expresa de manera un tanto peculiar, ya que la referencia al importe sujeto al impuesto choca cuando se trata, precisamente, de operaciones localizadas fuera de su territorio de aplicación, no sujetas, por tanto, al tributo. Sea como fuere, parece lo más coherente entender esta referencia como relativa al importe de las operaciones efectuadas por empresarios o profesionales actuando como tales, sin perjuicio de que la regla de localización aplicable conduzca a su no sujeción.

EJEMPLO 19

Una editorial española cede a una editorial americana los derechos de autor de una novela para su edición y distribución en todo el mercado americano. La cesión se realiza a cambio de una cantidad fija de 80.000 euros más un variable del 5 % del importe de las ventas obtenidas.

El servicio no está sujeto al impuesto; no obstante, la información que habrá que hacer constar en factura es la descripción del servicio y su contraprestación, sin referencia a tipo o cuota, ya que se trata de una prestación no sujeta a tributación en el territorio de aplicación del impuesto. Lo chocante de la mención que se contiene en el artículo 6.3 del Reglamento de facturación es que la referencia al importe de las operaciones se efectúe citando «el importe sujeto al impuesto», cuando se trata de transacciones, por naturaleza, no sujetas al tributo.

Por otra parte, es curioso que la referencia que acabamos de analizar se limite a operaciones localizadas en otros Estados comunitarios, sin que esté prevista su extensión a las que corresponda ubicar fuera de la Comunidad. Desde el punto de vista del destinatario, puede tener sentido, ya que dentro de la Comunidad la factura expedida por el prestador operará como justificante formal de la operación, función que no se puede extender a negocios extracomunitarios. Sin embargo, analizada la cuestión desde el punto de vista del empresario o profesional que efectúa la operación, no deja de ser chocante que se establezca esta posibilidad para operaciones localizadas en otros Estados comunitarios y no para las que se localizan fuera de la Comunidad. No siendo exigible, por lo que tampoco cabría sancionar su incumplimiento, parece que lo más lógico sería consignar esta información en todas las operaciones no sujetas al IVA por regla de localización, tanto si las mismas han de considerarse efectuadas en el territorio de otro Estado de la Comunidad como si lo han de ser fuera de la misma (nótese que la norma que se comenta es una facultad, no otra cosa).

Tampoco resulta fácil la intelección de dos referencias para estas operaciones cuya presencia y ausencia, respectivamente, en la regulación de la materia en vigor desde el 1 de enero de 2013 no es sencilla de delimitar; se trata de la consideración de las operaciones como no sujetas y la indicación de la procedencia de aplicar la inversión del sujeto pasivo.

La primera de las referencias citadas ha desaparecido de la norma. Desde la citada fecha (1 de enero de 2013) ya no es necesario, cuando se documenta una operación localizada fuera del territorio de aplicación del impuesto, indicar que dicha **operación** ha de considerarse como **no sujeta** al mismo.

Esta modificación responde a una mejor adecuación de la norma interna a la Directiva 2006/112/CE, ya que ni en la redacción resultante de la Directiva 2010/45/UE ni en su redacción previa había ninguna previsión en este sentido.

Efectivamente, el artículo 226.11 de la Directiva 2006/112/CE, que no se ha visto modificado desde la entrada en vigor de la misma, únicamente se refiere, como supuestos específicos en los que hay que proporcionar información adicional en factura, a los casos en los que operan normas de exención o en los que es aplicable la inversión del sujeto pasivo, pero no a situaciones de no sujeción.

En consecuencia, únicamente operaciones exentas o en las que se aplique la inversión del sujeto pasivo serán operaciones en las que haya que incluir, en la factura que las documente, algún tipo de indicación adicional señalando esta circunstancia. Para las operaciones no sujetas por aplicación de las normas de localización, nunca fue necesario, en vigencia de la Directiva 2006/112/CE, hacer ninguna mención expresa ni, desde el 1 de enero de 2013, desde la perspectiva de la norma interna.

Con todo, hay que tener en cuenta que, de la descripción de las operaciones que en todo caso hay que hacer constar en factura, debería obtenerse la información correspondiente a su régimen de tributación, aunque sea somera, régimen de tributación que parece lógico que comprenda una referencia a su no sujeción al impuesto, especialmente cuando lo que se factura es una operación en la que no se repercute cuota alguna de IVA.

Respecto a la necesidad de consignar la procedencia de la aplicación de la regla de **inversión del sujeto pasivo**, el artículo 226.11 bis así obliga a proceder. En este punto, la Directiva 2010/45/UE ha supuesto un cierto cambio, ya que hasta su entrada en vigor, la norma comunitaria trataba conjuntamente los supuestos de exención con los de autoliquidación, señalando que en ambos casos, había que incluir una indicación al respecto en factura. La Directiva 2010/45/UE ha dado lugar a una cierta matización en este sentido, especificando ambas circunstancias por separado y constituyéndolas en requisitos distintos de la facturación. De esta manera, cuando se documenta una operación exenta hay que indicar que así es. Si lo que se plasma es una operación a la que se aplica la inversión del sujeto pasivo, es preceptivo igualmente hacer constar la expresión «inversión del sujeto pasivo».

No parece, pues, que haya reproche que hacer a la norma interna. Lo que es más chocante es que una factura que se expide conforme a la norma española, y así lo establecen claramente tanto el artículo 219 bis.2 a) de la Directiva 2006/112/CE como el 2.3 b) del Reglamento sobre obligaciones de facturación, en los términos que ya hemos analizado, deba contener una indicación que, en relación con operaciones localizadas fuera del territorio de aplicación del impuesto, no puede concretarse si no es en atención a la norma correspondiente al Estado en el que la citada operación deba considerarse efectuada.

En operaciones no localizadas en el territorio de aplicación del impuesto pero sí en otros Estados comunitarios, la Directiva 2006/112/CE puede ayudar en la labor de concreción de si se aplica o no la inversión del sujeto pasivo, aunque no siempre, ya que hay ciertos elementos de desarmonización en este ámbito; sin embargo, en ámbitos no comunitarios se carece de cualquier

elemento de ayuda a estos efectos, por lo que su aplicación práctica puede resultar enormemente dificultosa, cuando no imposible.

EJEMPLO 20

Una agencia de publicidad con sede en Madrid presta servicios, respectivamente, a dos clientes establecidos en Alemania y en Japón. Ambos servicios se localizan en los países de establecimiento de sus destinatarios.

En el primero de los casos, el servicio se localiza en Alemania y es aplicable la regla de inversión del sujeto pasivo, tal y como resulta del artículo 196 de la Directiva 2006/112/CE en relación con su artículo 44. No parece que en este supuesto haya grandes problemas en el cumplimiento de esta obligación.

El segundo supuesto que se ha presentado es más complejo, ya que, supuesto que el servicio haya de considerarse prestado en Japón, extremo que habría que concretar conforme a la normativa japonesa, no existe ninguna norma a la que se pueda referir la posible aplicación de la inversión del sujeto pasivo. En tal caso, y sin perjuicio de que el prestador del servicio pueda hacer otras averiguaciones acerca del tratamiento de la operación en Japón, el cumplimiento de esta obligación puede resultar complejo.

C. EN PARTICULAR, EL RÉGIMEN APLICABLE EN LA DOCUMENTACIÓN DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS O DE SEGUROS

El esquema de reparto de competencias normativas y de obligación de documentación de las operaciones que hemos analizado con anterioridad se completa con una regulación específica de las operaciones financieras y de seguros. Dicha regulación se establece por el artículo 3.2 del nuevo Reglamento de facturación. En este caso, la norma va más allá, ya que no se limita a señalar los supuestos en los que, por razones de territorialidad, hay que expedir factura o no, sino que releva de la obligación de facturación a determinadas operaciones localizadas en el territorio de aplicación del impuesto. A todo ello hay que añadirle la posibilidad de cumplir esta obligación a través de la expedición de documentos específicos.

El antecedente de esta normativa se encuentra en el artículo 220.2 de la Directiva 2006/112/CE, el cual, en su redacción aplicable desde el 1 de enero de 2013 dispone que: «no se exigirá la expedición de una factura por las prestaciones de servicios exentos de conformidad con el artículo 135, apartado 1, letras a) a g)», preceptos estos que constituyen el amparo comunitario de las exenciones que, para operaciones financieras y de seguros, se establecen en los ordinales 16.º

y 18.º del artículo 20.uno de la Ley del IVA. Adicionalmente, el artículo 221.2 de la Directiva permite a los Estados comunitarios exigir la expedición de factura para estas operaciones cuando se localizan en su territorio o fuera de la Comunidad. Respecto a las operaciones financieras o de seguros sujetas y no exentas no se dispone tratamiento específico alguno en la Directiva.

De acuerdo con el artículo 3.2 del Reglamento de facturación, se exige de la obligación de expedir factura a las **operaciones exentas** que se contemplan como tales en la Ley del IVA, artículo 20.uno.16.º –seguros y relacionadas– y 20.uno.18.º, letras a) a n) –operaciones financieras, con excepción de los servicios prestados por fedatarios públicos, excluidos de la excepción–.

Quedan excluidas de la excepción a la obligación de expedir factura, debiendo, por tanto, expedirse factura, las operaciones financieras o de seguros que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se entiendan localizadas en el territorio de aplicación del impuesto o en el de cualquier otro Estado de la Unión Europea.
- b) Que sean operaciones sujetas y no exentas.

En lo que se refiere a **operaciones** que hayan de considerarse **localizadas en el territorio de aplicación del impuesto**, no parece que este requisito haya de suscitar especiales dudas. En operaciones financieras o de seguros sujetas pero exentas conforme a las disposiciones que antes se citaron no es necesario expedir factura. Otras operaciones financieras o relativas al sector asegurador que hayan de considerarse fuera del ámbito de las exenciones habrían de documentarse en factura, completa o simplificada.

En lo que concierne a operaciones localizadas en **otros Estados comunitarios**, la obligación de expedición de factura debería entenderse referida a operaciones que, localizadas en los mismos, hayan de calificarse como sujetas y no exentas, cabe suponer que conforme a su normativa de aplicación.

De este modo, operaciones financieras o de seguros localizadas en la Comunidad y exentas, quedan eximidas de la obligación de expedir factura. El resto, esto es, las localizadas dentro de la Comunidad y no exentas, han de documentarse mediante factura.

En los supuestos más habituales, la aplicación efectiva de estas disposiciones no parece especialmente dificultosa; sin embargo, hay otros en los que las normativas e interpretaciones de los Estados comunitarios presentan divergencias, lo que podría suscitar dudas importantes.

En este caso, se vuelve a suscitar la cuestión de si la norma conforme a la cual ha de determinarse el régimen tributario correspondiente a la operación es la española o la del Estado del cliente, esto es, la de localización de la operación. Resultando de aplicación la primera, esto es, la española, se podría defender que el régimen de exención o no de la operación que se trata de documentar debería concretarse conforme a la norma española, sin perjuicio de que en el Estado de destino y posible localización de la operación el régimen sea distinto. Tampoco con ello se acaban los problemas, como veremos.

EJEMPLO 21

Una entidad financiera española presta servicios de gestión discrecional de carteras a un cliente empresario o profesional ubicado en otro Estado de la Comunidad. La entidad prestadora del servicio considera dichos servicios fuera del ámbito de la exención, tal y como resulta de la doctrina administrativa nacional aplicable desde principios de 2013. Sin embargo, en el Estado en el que han de considerarse localizadas las operaciones, opera la exención, de acuerdo con la aproximación de sus autoridades fiscales.

La entidad española habrá de documentar las operaciones en factura, aunque sin proceder a repercutir el tributo, ya que, por regla de localización, el servicio habrá de considerarse prestado en el Estado de establecimiento del cliente, todo ello sin perjuicio del tratamiento que se le dé a la operación en dicho Estado.

En el ejemplo anterior hemos ilustrado el problema que se plantea como consecuencia de la vinculación de la obligación de expedir factura por estas operaciones a la exención o no de las mismas, vinculación que en operaciones que involucran a dos jurisdicciones fiscales distintas puede suscitar dudas importantes. El resultado del anterior supuesto era la expedición de factura por la operación, lo cual, de suyo, no ha de suponer mayores problemas; sin embargo, también se puede dar el caso contrario.

EJEMPLO 22

Una entidad financiera establecida en el territorio de aplicación del impuesto presta servicios de *outsourcing* de funciones a un cliente empresario o profesional establecido en otro Estado comunitario. La entidad prestadora del servicio entiende que el mismo se encuentra exento de tributación, ya que cumple los requisitos que establece la doctrina administrativa interna para ello. En consecuencia, se abstiene de expedir factura por el mismo.

En el Estado del prestatario del servicio, la doctrina administrativa es mucho más exigente que en España, por lo que el servicio ha de considerarse sujeto y no exento.

La disfunción que se ha generado en este caso consiste en que el cliente o destinatario del servicio, que habrá de autoliquidar el impuesto, va a carecer de una factura en la que se documente la operación. En la hipótesis de que este fuera el justificante que las autoridades fiscales locales le exigieran para la deducción del IVA correspondiente a la operación, esta falta de expedición de factura supondría un problema para dicho cliente.

Por último, hemos de referirnos a las **operaciones financieras o de seguros extracomunitarias**, respecto a las cuales habría que distinguir entre operaciones exentas y operaciones no exentas.

Para las primeras, probablemente hay que concluir que se trata de operaciones que no han de documentarse en factura, aunque generen derecho a la deducción, habida cuenta de la generalidad de la primera frase del artículo 3.2 del Reglamento de facturación. Por el contrario, operaciones financieras o de seguros excluidas de la exención localizadas fuera de la Comunidad habrían de dar lugar a la expedición de una factura. En este punto, quizá es más clara la norma comunitaria, que limita la excepción a la obligación de facturación a las operaciones financieras o de seguros exentas, sin que sea necesario el juego de la excepción al que acude la norma interna.

De otra parte, hay que señalar que la norma que se ha expuesto no tiene excepciones, ni siquiera en caso de que el cliente o **destinatario** de la operación sea un **empresario o profesional** que actúa en el desarrollo de su actividad. Nótese que el inciso inicial del precepto no hace distinción, por lo que tampoco parece que proceda hacerla en su aplicación.

Cuestión distinta es, una vez determinadas las operaciones por las que ha de expedirse factura y aquellas otras por las que no, la forma en la que ha de cumplirse esta obligación. A estos efectos, hay que hacer referencia a la disposición transitoria primera.³ del Real Decreto 1619/2012, conforme a la cual las autorizaciones concedidas al amparo del Reglamento de facturación aprobado por el Real Decreto 1496/2003 para la emisión de facturas que obligaran a consignar en los documentos expedidos a su amparo la fecha de expedición, la identidad del obligado a su expedición, la identificación del tipo de bienes entregados o de servicios prestados y la cuota tributaria o los datos que permitan calcularla, mantendrán su vigencia mientras no se revoquen expresamente. Estas autorizaciones, que eran las que amparaban la validez de los extractos bancarios, mantienen, pues, su vigencia a pesar de la entrada en vigor del Real Decreto 1619/2012.

Nótese que estos documentos únicamente serán de expedición preceptiva en los supuestos antes descritos, esto es, cuando se trate de operaciones financieras o de seguros que hayan de documentarse obligatoriamente en factura, no así en otro caso.

IV. LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA DEDUCCIÓN EN OPERACIONES SUJETAS AL IVA EFECTUADAS POR EMPRESARIOS O PROFESIONALES NO ESTABLECIDOS EN EL TERRITORIO DE APLICACIÓN DEL IMPUESTO

El supuesto inverso al analizado en los epígrafes anteriores es el de las operaciones sujetas al IVA por aplicación de las reglas de localización del mismo y realizadas por empresarios o profesionales no establecidos en su territorio de aplicación. En estos casos, y a salvo de la hipótesis de que se hubiera otorgado un acuerdo de autofacturación, el análisis ha de referirse al justificante del derecho a la deducción del que ha de disponerse y las vicisitudes de este.

A. OBLIGACIÓN DE EXPEDICIÓN DE FACTURA EN ESTOS CASOS

El primer aspecto que hay que analizar a este respecto es el alcance de la obligación de expedición de factura en estas operaciones, esto es, si resulta necesario expedir factura por ellas, para lo cual es necesario distinguir en función de la condición del destinatario de la operación.

Si el citado **destinatario no** es un **empresario o profesional** que actúa como tal, no se aplica la inversión del sujeto pasivo. Consecuencia de ello, el empresario o profesional no establecido que realizó la entrega de bienes o prestación de servicios habrá de cumplir el conjunto de obligaciones que se establecen en el artículo 164 de la citada Ley y, en particular, la de repercutir e ingresar el tributo. A la misma conclusión habría que llegar si el citado destinatario es una persona jurídica que haya suministrado su NIF-IVA en los casos señalados en el artículo 84.uno.3.º de la Ley del IVA. El empresario o profesional que efectúe la operación habrá de expedir factura, completa o simplificada, considerando asimismo que es únicamente a través de dicha expedición como puede efectuar la repercusión de su importe a los destinatarios de las operaciones.

EJEMPLO 23

Un promotor de conciertos cuya sede de actividad se encuentra en Milán arrienda una plaza de toros en territorio IVA y contrata un conocido grupo internacional para que dé un concierto.

Suponiendo que el total de sus clientes sean particulares, los servicios prestados por este empresario o profesional a los asistentes al concierto se encuentran sujetos al IVA [Ley del IVA, art. 70.uno.7.º c)]. En consecuencia, el promotor habrá de repercutir el IVA con las entradas al concierto (supondremos que no se trata de una entidad de carácter social) y expedirle a cada uno de ellos la correspondiente factura, que podrá ser simplificada en la hipótesis de que la contraprestación sea inferior a 400 euros.

Puede ocurrir que el **destinatario** de la transacción sea **empresario o profesional** y actúe como tal. De ser este el caso, con carácter general será de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo, por lo que será el empresario o profesional destinatario de la operación quien habrá de liquidar e ingresar el tributo, así como proceder a su deducción, en su caso.

En lo que a documentación de las operaciones se refiere, habría que determinar si la facturación de la operación ha de realizarse conforme a la normativa del Estado en el que se localice la operación o en el que se encuentre establecido el empresario o profesional que la realizó. Supuesto que no exista ningún acuerdo para la expedición de la factura por el destinatario de la operación, la normativa conforme a la cual habrá de documentarse esta operación es la del Estado del prestador, lo cual tiene dos implicaciones:

- a) Que las normas específicas conforme a las cuales habrá de expedirse dicha factura serán las de dicho Estado, el del prestador.
- b) Que el empresario o profesional que realice la operación no tendrá ninguna obligación tributaria en Estado de su cliente.

EJEMPLO 24

Una empresa con sede en Málaga contrata los servicios de una agencia de publicidad con sede en Milán para introducir sus productos en el mercado italiano. La agencia de publicidad, que no se encuentra establecida más que en Italia, cobra 50.000 euros por sus servicios.

La operación que se ha descrito constituye una prestación de servicios sujeta al IVA conforme al artículo 69.uno.1.º de la Ley del IVA, siendo sujeto pasivo del tributo el empresario destinatario por inversión del sujeto pasivo. La agencia italiana ha de remitirle una factura sin repercusión del tributo. Esta factura habrá de expedirse conforme a la normativa italiana, sin que el empresario o profesional que la realizó tenga ninguna obligación de facturación conforme a la normativa española.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.cuatro de la Ley del IVA, conforme al cual también hay que calificar como empresarios o profesionales, a los efectos de la localización de las operaciones, a los **empresarios o profesionales mixtos** y a las **entidades con personalidad jurídica que dispongan de un NIF-IVA**. Esta atribución del estatuto de empresario o profesional, sin embargo, lo es exclusivamente en cuanto a la localización de las operaciones, no respecto a la determinación de los sujetos pasivos de las operaciones. Por tanto, esta atribución ha de reconducirse a los supuestos que se enuncian a continuación.

Supuesto que en ambos casos opera la inversión del sujeto pasivo como en el caso de empresarios o profesionales que, actuando como tales, adquieren bienes o servicios, y el artículo 84.uno.2.º de la Ley del IVA da pie para ello, habría que concluir que las consideraciones que hemos expuesto con anterioridad operan en igualdad de condiciones.

B. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA DEDUCCIÓN. EN PARTICULAR, LA SUPRESIÓN DE LA AUTOFACTURA

El último aspecto que analizaremos es el alcance que ha de darse a la obligación de expedición de factura que se ha analizado para operaciones realizadas por no establecidos en las que opere la inversión del sujeto pasivo, ello al hilo de la supresión de la obligación de expedición de autofactura operada el 1 de enero de 2011.

La evaluación de esta modificación normativa, en una primera aproximación, no parece especialmente compleja, ya que implica, siempre desde este enfoque reduccionista, que ya no es necesario añadir, al documento remitido por el proveedor, un documento adicional expedido conforme a la normativa española. La falta de dicho documento –la autofactura– tampoco habilita ya la denegación del derecho a la deducción, como era práctica relativamente habitual en las actuaciones administrativas, si bien la judicatura ya se había encargado de señalar su improcedencia. La cuestión, como también es costumbre que ocurra, es algo más compleja de lo que aparenta.

El artículo 97.uno.4.º de la Ley del IVA condiciona el ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas soportadas o satisfechas en los supuestos de inversión del sujeto pasivo a que se disponga de alguno de los documentos a que se hace referencia en el mismo precepto, que son el justificante contable para el caso de las operaciones extracomunitarias y la factura original para el de las comunitarias (entiéndase por tales las realizadas, respectivamente, por empresarios o profesionales establecidos fuera de la Comunidad o dentro de ella).

Supuesto que se disponga de dicho documento y el mismo satisfaga las exigencias que correspondan en cada caso, no parece que deban existir especiales dudas en cuanto al citado ejercicio del derecho a la deducción. Si se cumplen los demás requisitos al respecto, la deducción se podrá practicar de manera inmediata, por lo que la adquisición de bienes o servicios correspondiente no tendrá coste, en términos de IVA, para el empresario o profesional destinatario de la misma. Únicamente dejará de ser así en caso de que, en relación con dichas cuotas, existiera alguna restricción en cuanto al derecho a la deducción.

La primera duda que planteamos se refiere a lo que puede ocurrir en caso de que el **justificante** formal del que se disponga **no** se considere **ajustado a derecho** o incluso se carezca de él.

De entrada, se podría considerar que en semejante situación no cabe el derecho a la deducción, al carecer del documento al que la Ley del IVA atribuye la función de justificante formal del derecho a la deducción. Esta problemática, sin embargo, ha de analizarse con algo más de cuidado.

Como es sabido, hay varios pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta cuestión de fecha más o menos reciente. Por todas ellas, tomaremos la Sentencia de 28 de septiembre de 2010, recurso de casación 549/2006 (NFJ040725), cuyo Fundamento de Derecho Quinto dispone lo siguiente:

«(...) En realidad, como hemos dicho en la sentencia de 12 de noviembre de 2009 (casación 1398/2004), con decisiones como la de la sentencia de 25 de marzo de 2009, en la que rechazábamos de forma rotunda que pueda negarse el derecho a la deducción en los supuestos de inversión del sujeto pasivo por el mero incumplimiento de las obligaciones formales, no hacíamos otra cosa que recoger la doctrina sentada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 8 de mayo de 2008 (asunto Ecotrade SpA, asuntos acumulados C-95/07 y C-96/07) parágrafos 56 a 73.

Estas mismas consideraciones han sido reiteradas en la sentencia de 10 de mayo de 2010 (Casación 1454/2005), que ha concluido que **cuando al amparo del ar-**

título 18.1 d) de la Sexta Directiva los Estados miembros establezcan formalidades relativas al ejercicio del derecho a deducir en casos de autoliquidación, la vulneración de aquellas por parte del sujeto pasivo no puede privarle de su derecho a deducir. El principio de neutralidad fiscal exige que se conceda la deducción de las cuotas soportadas si se cumplen los requisitos materiales, aun cuando los sujetos pasivos hayan omitido determinados requisitos formales.

(...).»

La sentencia, que se extiende a otras consideraciones, como pueden ser el devengo, y consiguiente nacimiento del derecho a la deducción, del IVA en operaciones asimiladas a la importación y, más en general, en supuestos de autoliquidación, el derecho a la regularización completa por parte del contribuyente o la liquidación de intereses de demora, es contundente en lo que a obligaciones formales a inversión del sujeto pasivo se refiere; es claro, a los ojos del Alto Tribunal español, que la **carencia de la autofactura**, cuando esta era obligatoria, no supone más que el incumplimiento de un requisito formal, el cual, como tal, no puede impedir el ejercicio de un derecho material, como es el derecho a la deducción. Existiendo varias sentencias al respecto, como se cita en los párrafos que se han transcrito, no parece que la cuestión pueda considerarse controvertida.

A esta cuestión se ha referido también la **jurisprudencia comunitaria** o de la Unión, como ya anunciaba nuestro Tribunal Supremo. La primera de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE en lo sucesivo, sobre el particular es la de 1 de abril de 2004, asunto C-90/02 (NFJ016128), Bockemuhl. Amén de otros aspectos, relativas al caso específico, la cuestión prejudicial tenía por objeto dilucidar si, en un supuesto de inversión del sujeto pasivo, el derecho a deducción solo podía ejercerse si dicho sujeto pasivo poseía una factura expedida conforme a los artículos 217 y siguientes de la Directiva 2006/112/CE, equivalentes al 22.3 de la 77/388/CEE, Sexta Directiva. Las conclusiones del TJUE, ya en 2004, fueron las siguientes:

«51. (...) Cuando **la administración tributaria dispone de los datos necesarios** para determinar que el sujeto pasivo es deudor del IVA, en su condición de destinatario de los servicios de que se trate, **no puede imponer**, respecto al derecho de dicho sujeto pasivo de deducir el IVA, **requisitos suplementarios** que puedan tener como efecto la imposibilidad absoluta de ejercer tal derecho.

52. Por tanto, cuando un sujeto pasivo, por su condición de destinatario de servicios, es designado deudor del IVA correspondiente a tales servicios, la administración tributaria no puede exigir como requisito suplementario del derecho a deducción que esté en posesión de una factura emitida conforme al artículo 22, apartado 3, de la Sexta Directiva. En efecto, tal exigencia daría lugar, por una parte, a que un sujeto pasivo sea deudor del IVA por su condición de destinatario de los servicios, corriendo el riesgo, por otra parte, de no poder deducir este impuesto.»

La Sentencia de 8 de mayo de 2008, recaída en los asuntos acumulados C-95/07 y C-96/07 (NFJ028276), Ecotrade, insiste en las anteriores consideraciones, aunque añade otras, relativas a

la regularización de estas situaciones, que pueden ser relevantes. En este caso, además de la falta de ingreso del impuesto correspondiente a determinadas operaciones que habían de considerarse localizadas en Italia, la empresa destinataria, Ecotrade, había incurrido en determinados incumplimientos formales. El TJUE, además de insistir en las anteriores consideraciones, relativas a la información a disposición de la Administración y la improcedencia de exigir ulteriores requisitos que puedan hacer imposible el ejercicio del derecho a la deducción (apdo. 64), dispuso lo siguiente:

«67. (...) una práctica de rectificación y de recaudación, como la controvertida en los asuntos principales, que sanciona la inobservancia por el sujeto pasivo de obligaciones de contabilidad y de declaración con la **denegación del derecho a deducir** va manifiestamente más allá de lo necesario para lograr el objetivo de asegurar la correcta ejecución de tales obligaciones en el sentido del artículo 22, apartado 7, de la Sexta Directiva, siendo así que el Derecho comunitario no impide que los Estados miembros impongan, en su caso, una **multa o una sanción** pecuniaria proporcionada a la gravedad de la infracción a fin de castigar la vulneración de dichas obligaciones.»

Llegamos a la Sentencia de 30 de septiembre de 2010, asunto C-392/09 (NFJ040125), *Uszodaépítő*, que es la última en la que el TJUE se ha pronunciado sobre este particular ya de un modo que cabe calificar como concluyente, indicando lo siguiente:

«43. (...) no se discute que, en el momento en que la autoridad tributaria negó a la demandante en el litigio principal el derecho de deducir el IVA, dicha autoridad disponía, sobre la base de la declaración tributaria correspondiente al ejercicio 2007 y de la declaración de 14 de febrero de 2008, de toda la información necesaria para determinar que la demandante en el litigio principal, en cuanto destinataria de los trabajos de construcción llevados a cabo por sus subcontratistas, estaba sujeta a IVA.

45. Habida cuenta de la jurisprudencia citada en los apartados 39 y 40 de la presente sentencia, procede considerar que los artículos 167, 168 y 178, de la Directiva 2006/112, se oponen a la imposición de formalidades como las controvertidas en el litigio principal.»

El contenido de la sentencia, en los apartados que se han reproducido, es contundente: concurriendo los requisitos materiales en cuanto al derecho a la deducción y disponiendo la administración tributaria de todos los datos necesarios al respecto, el IVA autoliquidado por los trabajos de construcción efectuados por los subcontratistas era deducible para la entidad.

Es importante insistir en que el supuesto controvertido era un supuesto en el que se aplicaba la inversión del sujeto pasivo, por lo que la cuota que se pretendía deducir era una cuota que el mismo empresario o profesional estaba obligado a ingresar en tanto que deudor del impuesto o sujeto pasivo. Probablemente, esta es la referencia que se quiere hacer en el inciso final del apartado 43 de la sentencia. En estos términos, concurriendo en una misma persona o entidad las condiciones de obligado al ingreso del tributo y titular del derecho a su deducción, es comprensible la conclusión del TJUE.

En el análisis de este argumento, probablemente hay que distinguir entre operaciones en las que opera **el instituto de la repercusión**, del cual la factura actúa como soporte documental, y aquellas otras en las que se aplica la mal llamada autorrepercusión, en la cual parece que el empresario o profesional se traslada a sí mismo la carga del tributo, que se soportaba hasta el 31 de diciembre de 2010 en la autofactura. En esta distinción habría que basar la función que, en uno y otro caso, se podía asignar al referido documento.

En los supuestos de funcionamiento ordinario del impuesto, es evidente que la factura surte, respecto del mecanismo de la repercusión, una doble función. Es el instrumento en el que se soporta la misma, esto es, la traslación de la cuota del IVA por parte del empresario o profesional que efectúa la entrega de bienes o prestación de servicios a su destinatario. Esta cuota, que será deducible para quien la soporta si a su vez es empresario o profesional, se controla en sede de quien realizó la operación a través de la anotación del documento que le sirvió de soporte en el libro registro de facturas expedidas. De este modo, cuotas que son deducibles para unos empresarios o profesionales –los proveedores– son susceptibles de control para otros –sus clientes– y el nexo de dicho control viene dado por la factura que los vincula.

Cuando se aplica la inversión del sujeto pasivo, la cuota deducible para el empresario o profesional que es sujeto pasivo por inversión es ingresada por él mismo, por lo que ya no es necesario acudir a ningún vínculo documental entre ellos. Desde este punto de vista, tiene sentido que el Tribunal Supremo haya desvirtuado la función que correspondía al justificante documental al que se refería la norma como vehículo de la misma, esto es, a la autofactura. Coincidiendo en una misma persona las figuras de obligado al ingreso del impuesto y de titular del derecho a su deducción, no resulta tan importante disponer de un documento que los vincule, como es la factura en el resto de los casos. Hemos visto igualmente que el TJUE ha abundado en estas mismas consideraciones, a las cuales se refiere nuestra judicatura.

Esta consideración suscita la duda de la relevancia que habría de darse en la actualidad a los **documentos que se citan por el artículo 97.uno.4.º de la Ley del IVA**, que son la factura expedida por el empresario o profesional que realizó la operación en caso de que se encuentre establecido en la Comunidad o el justificante contable en otro caso, con el requisito añadido de que, en el primer supuesto, la factura ha de cumplir los requisitos que establece, para toda la Comunidad, el artículo 226 de la Directiva 2006/112/CE.

Con estos antecedentes, es **dudoso**, especialmente en los casos en que no resulte controvertida la existencia misma de la operación, si el hecho de que el justificante de la misma adolezca de algún error deberá conducir a la denegación del derecho a la deducción. Una entrega de bienes o prestación de servicios cuya realidad es pacífica y que, como tal, se acredita documentalmente, dando lugar a la obligación de ingreso de la cuota de IVA correspondiente por aplicación de la inversión del sujeto pasivo, no debería ver comprometido su derecho a la deducción si la factura, o justificante alternativo, expedido por el empresario o profesional que la efectuó, presenta algún error.

Es importante señalar que se trata de supuestos en los que las cuotas cuya obligación de ingreso nadie discute, pueden ver comprometido su derecho a la deducción como consecuencia de las carencias de ciertos documentos a cuya disposición se condiciona el ejercicio del citado derecho. En tal caso, se podría dar la circunstancia de que, a pesar de venir obligado el ingreso como consecuencia de la concurrencia de todos los elementos necesarios para ello, no fuera deducible el IVA así ingresado, lo cual está fuera de toda lógica, como señala el mismo TJUE en la sentencia Bockemuhl –el inciso final del apartado 52–.

Habida cuenta de las dificultades a las que se pueden enfrentar los empresarios o profesionales que resulten sujetos pasivos por inversión para la obtención de los justificantes correspondientes de su derecho a la deducción, una alternativa interesante sería la **expedición por ellos de autofacturas** en términos equivalentes a los que se establecían por la Ley del IVA hasta 31 de diciembre de 2010. Con ser una posibilidad interesante, es de ver que carece de soporte en nuestra normativa, al menos en tanto que justificante del derecho a la deducción.

Las anteriores consideraciones se han hecho partiendo de una premisa importante; el procedimiento que prevé la norma para la **resolución de discrepancias** en materia de facturación, que es la vía económico-administrativa, no parece especialmente operativa en estos supuestos, en los que una de las partes es ajena al territorio de aplicación del impuesto, sin perjuicio de que, llegado el momento, disponer de una resolución evacuada por un Tribunal con competencia para dirimir sobre la cuestión pueda resultar conveniente.

Finalmente, hay que hacer referencia al régimen de **sanciones** establecido a estos efectos. Sin ánimo de entrar a dilucidar el alcance de la infracción que se tipifica en el artículo 170.dos.4.º de la Ley del IVA, tampoco está de más recordar su existencia, aunque tenga un alcance discutido. En este caso, la principal duda vendría dada por la aplicación de la misma en caso de que la discusión tenga su origen en una indebida documentación de las operaciones, defecto de documentación al que, como ya hemos visto, la judicatura tanto nacional como comunitaria resta efectos cuando se trata de este tipo de operaciones.

IRPF: CAMBIOS EN LA TRIBUTACIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

Miguel Alejandro Sánchez Ferrándiz

Técnico de Hacienda

EXTRACTO

En los últimos meses se han producido diversas modificaciones normativas en el ámbito del IRPF que inciden de manera muy relevante sobre la vivienda habitual. Así, se han adoptado medidas que eliminan los beneficios fiscales que ocasionaba la inversión en vivienda habitual, bien sea eliminando totalmente la compensación fiscal para las adquisiciones anteriores a 20 de enero de 2006, bien suprimiendo la tradicional deducción por inversión en vivienda habitual, aunque en este caso sí se ha establecido un régimen transitorio. Junto con estas medidas restrictivas, tendentes a cumplir el objetivo de consolidación de las finanzas públicas, existen otras que pretenden activar el mercado inmobiliario a través del establecimiento de reducciones en la tributación de las ganancias patrimoniales. Finalmente, la actual situación ha hecho recomendable la adopción de medidas paliativas del coste que supone, también, en el ámbito fiscal, la dación en pago de la vivienda habitual. En las próximas páginas se abordan, en definitiva, todas aquellas modificaciones legislativas que, de una u otra forma, afectan a la tributación en el IRPF de la vivienda habitual.

Palabras claves: vivienda habitual, régimen transitorio, ganancia patrimonial y dación en pago.

Fecha de entrada: 21-04-2013 / *Fecha de aceptación:* 30-05-2013

PIT: CHANGES IN THE TAXATION OF THE HABITUAL DOMICILE

Miguel Alejandro Sánchez Ferrándiz

ABSTRACT

In the last months various legislative changes have been made in connection with PIT which have significant impact on the habitual domicile. Measures have been adopted which eliminate the tax benefits derived from the investment in the habitual domicile, either by fully eliminating the tax compensation granted to taxpayers who acquired their domicile prior to January 20th, 2006, or by abolishing the traditional deduction for investments in the habitual domicile (although in this latter case a transitory regime has been established). Along with these restrictive measures which are aimed at complying with the objective of consolidating the country's finances, there are others aimed at stimulating the real estate market by establishing reductions in the taxation of capital gains. Finally, the current situation makes it advisable to adopt cost palliation measures including, in the tax realm, the dation in payment of the habitual domicile. The following pages describe all the legislative modifications which in on way or another affect the PIT treatment of the habitual domicile.

Keywords: habitual domicile, transitory regime, capital gain and dation in payment.

Sumario

1. Introducción
2. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos
3. Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero
4. Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad
5. 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
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La fiscalidad de las operaciones inmobiliarias se ha convertido en los últimos años en protagonista permanente de la actividad legislativa, ya sea por la vía de urgencia del real decreto-ley o por la parlamentaria. La primera modificación normativa, aprobada mediante el Real Decreto-Ley 9/2011, de 19 de agosto, incidió sobre la imposición indirecta –y exclusivamente en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA)– afectando únicamente –y con efectos desde el 20 de agosto de 2011 y vigencia exclusiva hasta el 31 de diciembre de 2011– a **las entregas de inmuebles destinados a vivienda** a las que se refiere el artículo 91.Uno.1.7.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, que tributarían al **tipo superreducido del 4 %** en lugar del 10 % habitual. Como bien es sabido, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, amplió la medida hasta el 31 de diciembre de 2012. Junto con las modificaciones en la imposición indirecta, en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) los cambios tienen diversas motivaciones:

- Reducción del coste que supone la entrega de la vivienda en dación en pago: Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.
- Saneamiento de los activos inmobiliarios del sector financiero: Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, posteriormente derogado por la Ley 8/2012, de 30 de octubre. Se trata, en este supuesto, de hacer atractiva la adquisición de inmuebles mediante el establecimiento de una exención parcial de la ganancia patrimonial que pudiera generarse en su transmisión posterior.
- Reducción del déficit público mediante el incremento de los ingresos en concepto de IRPF: Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y 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.

En las próximas páginas se analizan las diversas medidas adoptadas en el ámbito de la fiscalidad en el IRPF relativas a la vivienda habitual.

2. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

El artículo 10 de la indicada norma añade una disposición adicional trigésima sexta a 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), del siguiente tenor:

«Estará exenta de este impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del anexo de dicha norma.»

Como puede apreciarse se trata de una exención que solo resulta de aplicación a las daciones en pago de los bienes a que se refiere la norma en cuestión (vivienda habitual), efectuadas por los deudores en ella indicados. En consecuencia, la exención, nos tememos, no alcanzará a demasiados contribuyentes pues solo cabe cuando se produce en el desarrollo del «Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual».

Sin embargo, pese a la posible escasa relevancia práctica que pueda tener la medida adoptada, sí ha supuesto, al menos, un pronunciamiento expreso del legislador sobre la tributación en la imposición directa del negocio jurídico de la dación en pago o *datio pro soluto* dado el silencio legal (y administrativo) sobre la cuestión. Ya hemos comentado, en extenso, en nuestra obra *Memento Experto: dación de inmuebles en pago de deudas* la naturaleza jurídica de la dación en pago y la tributación que entendíamos aplicable en el IRPF (y en otros impuestos directos e indirectos) por lo que a ella nos remitimos con el objeto de no reiterar argumentos ya expresados con anterioridad.

No obstante, la disposición adicional merece algunos comentarios:

- 1.º Es la primera norma que de manera expresa indica no solo el impuesto directo que resulta aplicable a la figura jurídica sino, además, el tipo de renta dentro de este. Ha de recordarse que había llegado a plantearse su consideración como donación, por lo que el pronunciamiento legal resulta ciertamente relevante.
- 2.º La norma determina la exención de las ganancias que pudieran generarse como consecuencia de la dación; nada dice de las pérdidas patrimoniales que, eventualmente, puedan generarse por lo que estas podrán ser objeto de compensación en los términos indicados en la LIRPF.
- 3.º El real decreto-ley no solventa, al menos en apariencia, la duda que, a nuestro juicio, planteaba la tributación de la *datio pro soluto* cual es si había de calcularse, como defienden ciertos sectores, dos alteraciones patrimoniales: una, tomando la

parte que se cancela proporcional al coste de adquisición de la vivienda objeto de financiación, a incluir en la base imponible del ahorro, y otra, constituida por la diferencia hasta la deuda total cancelada que se configuraría como una ganancia patrimonial que no deriva de la transmisión de elemento patrimonial alguno y, en consecuencia, a integrar en la parte general de la base imponible del impuesto. Esta forma nos conduciría, en la mayoría de los casos, a la determinación de una pérdida patrimonial en el primero de los cálculos –pérdida que dado el perfil de los contribuyentes que pueden acogerse a esta medida está condenada a no poder compensarse con renta alguna–. Como hemos explicado con profusión en la obra arriba citada, no compartimos esta postura, sino que entendemos que el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial debe ser único.

Sin embargo, calculada una única ganancia, en su caso, los beneficios fiscales que pudieran resultar de aplicación¹ opinamos que solo deben aplicarse a la parte cancelada que en proporción se utilizó para la adquisición de la vivienda y no la sobrefinanciación con destino a otros consumos. En defensa de esta postura, podemos citar que el propio real decreto-ley indica, como uno de los requisitos para la aplicación de las medidas en él contenidas, «que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y **concedido para la adquisición de la misma**²». Esta redacción, a nuestro entender, aboga por una interpretación restrictiva del beneficio fiscal, de tal forma que aunque el crédito o préstamo se haya concedido, principalmente, para la adquisición de la vivienda habitual solo la parte que de manera efectiva se destinó a tal fin puede considerarse en el cálculo de la exención. En otros casos, junto con el préstamo para la adquisición de la vivienda se cancelan deudas de diversa naturaleza: descubiertos en cuenta, saldo pendientes de pago de tarjetas de crédito, etc. Veamos algunos ejemplos³:

EJEMPLO 1

El señor X adquirió la que constituye su vivienda habitual por un precio de 225.000 euros más unos gastos e impuestos de 20.000 euros. Para la adquisición del inmueble obtuvo un préstamo de 245.000 euros. Ha entregado la vivienda en dación en pago por un importe total de deuda hipotecaria cancelada por todos los conceptos de 260.000 euros.

.../...

¹ Piénsese no solo en la nueva exención incorporada por el real decreto-ley, sino, por ejemplo, en la exención aplicable a los casos de transmisión de la vivienda habitual por mayores de 65 años o de grandes dependientes o dependientes severos.

² La negrita es nuestra.

³ En la resolución de los ejemplos se prescinde de los coeficientes de actualización monetaria.

.../...

- Valor de transmisión: 260.000 euros.
- Valor de adquisición: 245.000 euros.
- Ganancia patrimonial obtenida: 15.000 euros.

Esta ganancia resultaría exenta en su totalidad toda vez que el préstamo que se cancela con la entrega de la vivienda se empleó en su integridad en la adquisición de esta.

EJEMPLO 2

Mismo caso que el ejemplo anterior pero el contribuyente había entregado cantidades a cuenta al promotor con anterioridad a la adquisición de la vivienda por importe de 50.000 euros.

El cálculo de la ganancia se realiza de la misma manera, resultando una ganancia de 15.000 euros. Ahora bien, si con anterioridad a la entrega de la vivienda ya se había pagado parte de su precio, existe sobrefinanciación por la parte previamente abonada; dicho de otra manera, parte del préstamo obtenido y que se cancela con la dación no fue destinado a la adquisición del indicado inmueble razón por la que, como hemos dicho más arriba, no debe beneficiarse de la exención. Deberá realizarse la proporción correspondiente:

$$\frac{195.000}{245.000} \times 100 = 79,59 \% \text{ (préstamo destinado a adquisición)}$$

Ganancia exenta: $15.000 \times 79,59 \% = 11.938,50$ euros.

EJEMPLO 3

El señor Y adquirió su vivienda habitual por 150.000 euros, gastos incluidos. La adquisición fue financiada con un préstamo hipotecario por importe de 175.000 euros. Pasados tres años desde su concesión, y cuando quedaba un capital pendiente de amortizar de 155.000 euros lo amplió hasta el importe de 180.000 euros. Ha entregado la vivienda en dación en pago siendo la deuda total hipotecaria cancelada de 170.000 euros.

.../...

.../...

- Valor de transmisión: 170.000 euros.
- Valor de adquisición: 150.000 euros.
- Ganancia patrimonial obtenida: 20.000 euros.

Ahora bien, ya en la obtención del primer préstamo hubo parte no destinada a la adquisición de la vivienda habitual:

$$\frac{150.000}{175.000} \times 100 = 85,71 \% \text{ (parte financiada)}$$

De la posterior ampliación solo podremos entender procedente de la adquisición la proporción siguiente:

$$\frac{155.000 \times 85,71 \%}{180.000} \times 100 = 73,80 \%$$

Ganancia exenta: $20.000 \times 73,80 \% = 14.760$ euros.

EJEMPLO 4

El señor Z compró su vivienda habitual por un importe de 125.000 euros, tributos y gastos incluidos. Fue financiada en su totalidad con un préstamo hipotecario de la misma cuantía. Ha entregado la vivienda en dación en pago cancelando una deuda total con el desglose siguiente:

- Deuda hipotecaria: 115.000 euros.
- Préstamo personal (vehículo): 20.000 euros.
- Crédito dispuesto tarjeta de crédito: 2.000 euros.
- Descubierto en cuenta corriente: 3.000 euros.
- Total deuda cancelada: 140.000 euros.
- Valor de transmisión: 140.000 euros.
- Valor de adquisición: 125.000 euros.
- Ganancia patrimonial obtenida: 15.000 euros.

.../...

.../...

Como puede observarse en el enunciado parte de la deuda cancelada nada tiene que ver con la adquisición de la vivienda, ni se corresponde con el préstamo hipotecario que garantizaba el inmueble por lo que la ganancia proporcional no debería quedar exenta:

$$\frac{(140.000 - 25.000)}{140.000} \times 100 = 82,14 \% \text{ (parte del valor de transmisión relacionado con préstamo)}$$

Ganancia exenta: $15.000 \times 82,14 \% = 12.321$ euros.

- 4.º Otro aspecto que resulta más que dudoso es cuál es el concepto de vivienda habitual indicado en el real decreto-ley que debe tenerse en consideración, y si aquel debe ser el mismo para que opere la dación en pago obligatoria y para la aplicación de la nueva exención.

En el primero de los casos, esto es, qué ha de entenderse por vivienda habitual entre las partes del contrato de crédito o préstamo para que pueda llevarse a cabo la dación, conforme con la norma, entendemos que es algo que trasciende al ámbito tributario y queda al entendimiento entre deudor y acreedor; no obstante, el real decreto-ley fija como forma de justificar la habitualidad de la vivienda la siguiente: «certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores». Como puede apreciarse, este «concepto» de vivienda habitual difiere del contenido en el Reglamento del IRPF (RIRPF), que exige una residencia en la vivienda de, al menos, tres años. Por ello, cabría plantearse si la exención incorporada solo resulta de aplicación cuando la vivienda transmitida tiene la consideración en el IRPF de vivienda habitual para el transmitente o si el concepto que ha de prevalecer es el del real decreto-ley. Nuestra opinión es que ha de estarse al concepto de vivienda habitual «propio» del real decreto-ley, sin acudir al RIRPF y ello pese a que la redacción literal de la nueva disposición adicional trigésima sexta pudiera haber sido más clara: «Estará exenta de este impuesto la ganancia patrimonial que se pudiera generar en los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, con ocasión de la dación en pago de su vivienda prevista en el apartado 3 del anexo de dicha norma». Puede apreciarse que la disposición remite a unos deudores concretos y a una vivienda determinada, por lo que tratándose de dichos sujetos y del referido inmueble entendemos aplicable la exención –con las precisiones comentadas en el ordinal anterior–, si bien, como decimos, la redacción podría haber sido más acertada pues el posesivo «su» previo al término vivienda podría

interpretarse como que solo el deudor que resida habitualmente –en los términos del propio real decreto-ley– en la vivienda puede beneficiarse de la aplicación de la exención. Esta posibilidad no es ni mucho menos descabellada, el artículo 3.1, letra f), del real decreto-ley ya prevé la existencia de codeudores que no formen parte de la unidad familiar residente en la vivienda hipotecada. En definitiva, a nuestro juicio, el beneficio fiscal alcanza a todos los deudores, residan o no en la vivienda dada en pago de la deuda hipotecada y sin contrastar si dicho inmueble, en los términos de la normativa tributaria, tiene la consideración de vivienda habitual. No obstante, sería recomendable que el legislador no empleara términos con hondo –y casi unívoco– significado fiscal para denominar, detallar o calificar otras circunstancias.

3. LEY 8/2012, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE SANEAMIENTO Y VENTA DE LOS ACTIVOS INMOBILIARIOS DEL SECTOR FINANCIERO

La Ley 8/2012 tuvo como antecedente, al que deroga, el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero. Ambas normas contenían la siguiente modificación de la LIRPF:

«Disposición adicional trigésima séptima. *Ganancias patrimoniales procedentes de la transmisión de determinados inmuebles.*

Estarán exentas en un 50 % las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de inmuebles urbanos adquiridos a título oneroso a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 18/2012 y hasta el 31 de diciembre de 2012.

No resultará de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el inmueble se hubiera adquirido o transmitido a su cónyuge, a cualquier persona unida al contribuyente por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido, a una entidad respecto de la que se produzca, con el contribuyente o con cualquiera de las personas anteriormente citadas, alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Cuando el inmueble transmitido fuera la vivienda habitual del contribuyente y resultara de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 38 de esta ley, se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida, una vez aplicada la exención prevista en esta disposición adicional, que corresponda a la cantidad reinvertida en los términos y condiciones previstos en dicho artículo.»

La disposición adicional incorporada a la LIRPF establece una nueva exención con las características siguientes:

- a) El bien objeto de la alteración patrimonial ha de ser un inmueble urbano, no existe especificación de tipo concreto, dentro de estos, por lo que puede tratarse de terrenos, locales comerciales, viviendas, etc.
- b) El inmueble debe ser adquirido de forma onerosa en un determinado lapso de tiempo comprendido entre el 12 de mayo de 2012 (entrada en vigor del RDL 18/2012) y el 31 de diciembre de ese mismo año. No existe plazo fijado para su transmisión y esta puede ser onerosa o no.
- c) No debe existir «vinculación» –en los términos indicados en la disposición– entre los sujetos intervinientes tanto en la adquisición como en la posterior transmisión.
- d) Si el inmueble adquirido y que posteriormente se transmita pudiera beneficiarse de la exención parcial por reinversión en vivienda habitual, esta se practicará con posterioridad a la exención del 50 % regulada en la disposición adicional.

Como puede apreciarse, y aunque el nuevo beneficio fiscal se incorpora en el seno de una norma sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, no se exige especialidad alguna –salvo las cautelas de la vinculación entre las partes– en la persona del transmitente de la operación inicial. Tampoco la entrega que se hubiera realizado hasta 31 de diciembre del pasado año debe constituir primera entrega, entendiendo esta como la que realiza el promotor de la edificación sino que la medida resulta igualmente aplicable a segundas o ulteriores entregas. En definitiva, se trata de una medida que beneficia por igual a todos los inmuebles urbanos, y no a los procedentes de entidades financieras o a las viviendas de nueva construcción que pudieran formar parte del inmenso *stock* inmobiliario español.

Aun cuando la disposición solo se refiere expresamente al caso de la exención parcial por reinversión en una nueva vivienda habitual conviene comentar el diverso juego que puede dar la aplicación conjunta de ambas exenciones:

- a) Reinversión total del importe obtenido sin incumplimiento posterior de los requisitos de la exención por reinversión: en este supuesto la nueva exención carecería de aplicación práctica pues con la ya existente por reinversión el contribuyente obtendría el pleno beneficio fiscal de no tributación por la alteración patrimonial.
- b) Reinversión total del importe obtenido con incumplimiento posterior de los requisitos de la exención por reinversión: nos referimos al supuesto en que la vivienda adquirida mediante la reinversión del importe de la anterior no llega a tener la consideración de vivienda habitual (incumplimiento del plazo de los doce meses para el inicio de la residencia o de los tres años de permanencia en ella); en consecuencia, la exención por reinversión resulta incorrecta y la ganancia obtenida debe tributar; es, entonces, cuando cabría aplicar la exención del 50 % de la ganancia.

EJEMPLO 5

El señor H adquirió su vivienda habitual el 15 de diciembre de 2012 por un valor total, gastos y tributos incluidos de 158.000 euros. En esa misma fecha entró a residir en ella. Transcurridos tres años desde la anterior fecha el contribuyente la transmite por un precio de 225.000 euros y reinvierte el importe total obtenido en la adquisición de una nueva vivienda habitual que, no obstante, y voluntariamente, abandona tras habitarla un año.

1.º Cálculo de la ganancia en el año 3:

- Valor de transmisión: 225.000 euros.
- Valor de adquisición: 158.000 euros.
- Ganancia patrimonial obtenida: 67.000 euros.
- Ganancia patrimonial exenta por reinversión: 67.000 euros.

2.º Tributación de la ganancia en el año 4 (respecto del año 3):

- Ganancia exenta por aplicación disposición adicional 37.ª LIRPF: $67.000 \times 50\% = 33.500$ euros.
- Ganancia no exenta (incumplimiento reinversión): 33.500 euros.

- c) Reinversión parcial del importe obtenido en la enajenación sin incumplimiento posterior de los requisitos: en este caso la mitad de la ganancia resultaría exenta por aplicación de la disposición adicional trigésima séptima; el restante 50 % estaría exento en la proporción en que se produzca la reinversión con respecto al total que debe ser reinvertido.

EJEMPLO 6

El señor S adquirió su vivienda habitual el 1 de octubre de 2012 por un importe de 325.000 euros. Cuatro años más tarde procede a su enajenación por un precio de 475.000 euros. En la adquisición obtuvo un préstamo, que destinó íntegramente a pagar parte del precio, de 275.000 euros; en el momento de la venta quedaba pendiente un capital de 265.000 euros. Ha adquirido una nueva vivienda habitual en la que ha empleado, procedente de la anterior, 150.000 euros.

1.º Cálculo de la ganancia en el año 4:

- Valor de transmisión: 475.000 euros.
- Valor de adquisición: 325.000 euros.

.../...

.../...

- Ganancia patrimonial obtenida: 150.000 euros.
- Ganancia patrimonial exenta por aplicación disposición adicional 37.^a: 75.000 euros.

2.º Cálculo de la ganancia exenta por reinversión parcial:

- 50 % ganancia susceptible de exención por reinversión: 75.000 euros.
- Importe que debe reinvertirse para exención total del importe anterior:
475.000 – 265.000 = 210.000 euros.

$$\% \text{ de reinversión: } \frac{150.000}{210.000} \times 100 = 71,42 \%$$

Ganancia exenta por reinversión parcial: 75.000 × 71,42 % = 53.565 euros.

Ganancia no exenta sujeta a tributación: 75.000 – 53.565 = 21.435 euros.

- d) Reinversión parcial del importe obtenido en la enajenación con incumplimiento posterior de los requisitos: estaríamos ante un caso similar al de la letra c) solo que el cálculo se hace en dos momentos distintos.

4. REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD

El real decreto-ley citado, y con el objetivo de consolidación fiscal, «suprime en el periodo impositivo 2012 la compensación fiscal por deducción en adquisición de vivienda habitual aplicable a los contribuyentes que adquirieron su vivienda antes de 20 de enero de 2006.» Así, el artículo 25. Primero dispone lo siguiente: «Con efectos desde la entrada en vigor de este real decreto-ley se suprime la letra c) de la disposición transitoria decimotercera 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».

Ciertamente, y aun cuando el artículo 25 establece los efectos desde la entrada en vigor del decreto, la realidad es que la supresión se ha producido desde el 1 de enero de 2012 pues la Ley de Presupuestos Generales del Estado no contiene previsión alguna sobre la compensación fiscal aludida. Por tanto, en la declaración del IRPF de 2012 ya no podrá aplicarse⁴.

⁴ Vid. INFORMA AEAT 132679.

Aun cuando pueda parecer un asunto menor, por tratarse de una compensación fiscal, el efecto puede verse en el siguiente cuadro para el IRPF de 2010:

Tramos de rend. e imputac. (miles de euros)	Datos generales		Información sobre la partida 738				
	Liquidaciones número total	Distribución número	Liquidaciones partida		Importe partida		
			Número	Distribución número	Importe	Distribución	Media
Negativo y cero	167.157	0,87	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.
Hasta 1,5	1.017.503	5,28	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.
1,5-6	2.618.366	13,60	576	0,02	21.166	0,00	36,75
6-12	3.728.504	19,36	377.349	10,99	50.679.014	8,75	134,30
12-21	5.179.940	26,90	1.195.411	34,80	190.214.654	32,83	159,12
21-30	2.988.519	15,52	796.829	23,20	137.442.351	23,72	172,49
30-60	2.864.563	14,88	855.926	24,92	158.640.017	27,38	185,34
60-150	619.635	3,22	191.824	5,58	38.720.093	6,68	201,85
150-601	67.744	0,35	16.308	0,47	3.459.429	0,60	212,13
Mayor de 601	5.189	0,03	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.	S.E.
Total	19.257.120	100,00	3.435.096	100,00	579.364.613	100,00	168,66
Fuente: estadísticas tributarias AEAT.							

Como puede verse, en el ejercicio 2010, 3.435.096 declaraciones aplicaron la compensación por un importe total de más de 579 millones de euros.

5. 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

Como es bien sabido, la ley indicada suprime la deducción por inversión en vivienda habitual a partir de 1 de enero de 2013. A diferencia de la anterior modificación –que no llegó a tener aplicación efectiva– la supresión ha sido total y no vinculada a la base imponible del contribuyente.

No obstante, se establece un régimen transitorio por el que podrán continuar practicando la deducción por inversión en vivienda en ejercicios futuros todos aquellos contribuyentes que hu-

bieran adquirido antes de 1 de enero de 2013 su vivienda habitual o satisfecho cantidades antes de dicha fecha para la construcción, ampliación, rehabilitación o realización de obras por razones de discapacidad en aquella. En efecto, la norma ha establecido en la LIRPF la disposición transitoria decimoctava en los siguientes términos:

«1. Podrán aplicar la deducción por inversión en vivienda habitual en los términos previstos en el apartado 2 de esta disposición:

a) Los contribuyentes que hubieran adquirido su vivienda habitual con anterioridad a 1 de enero de 2013 o satisfecho cantidades con anterioridad a dicha fecha para la construcción de la misma.

b) Los contribuyentes que hubieran satisfecho cantidades con anterioridad a 1 de enero de 2013 por obras de rehabilitación o ampliación de la vivienda habitual, siempre que las citadas obras estén terminadas antes de 1 de enero de 2017.

c) Los contribuyentes que hubieran satisfecho cantidades para la realización de obras e instalaciones de adecuación de la vivienda habitual de las personas con discapacidad con anterioridad a 1 de enero de 2013 siempre y cuando las citadas obras o instalaciones estén concluidas antes de 1 de enero de 2017.

En todo caso, resultará necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción por inversión en vivienda habitual en relación con las cantidades satisfechas para la adquisición o construcción de dicha vivienda en un periodo impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2013, salvo que hubiera resultado de aplicación lo dispuesto en el artículo 68.1.2.^a de esta ley en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012.

2. La deducción por inversión en vivienda habitual se aplicará conforme a lo dispuesto en los artículos 67.1, 68.1, 70.1, 77.1 y 78 de la Ley del Impuesto, en su redacción en vigor a 31 de diciembre de 2012, sin perjuicio de los porcentajes de deducción que conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2009 hayan sido aprobados por la comunidad autónoma.

3. Los contribuyentes que por aplicación de lo establecido en esta disposición ejerciten el derecho a la deducción estarán obligados, en todo caso, a presentar declaración por este impuesto y el importe de la deducción así calculada minorará el importe de la suma de la cuota íntegra estatal y autonómica del impuesto a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 69 de esta ley.

4. Los contribuyentes que con anterioridad a 1 de enero de 2013 hubieran depositado cantidades en cuentas vivienda destinadas a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, siempre que en dicha fecha no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años desde la apertura de la cuenta, podrán sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica devengadas en el ejercicio 2012 las deducciones practicadas hasta el ejercicio 2011, sin intereses de demora.»

Como características del régimen transitorio podemos citar las siguientes:

- La proyección temporal es indeterminada y, salvo posterior modificación normativa que pueda eliminarlo, dependerá, en los casos de financiación ajena, de la duración de los préstamos o créditos que se obtuvieron para su adquisición.
- Se consolidan las inversiones iniciadas con anterioridad a la supresión de la deducción, salvando todos los supuestos de deducción por inversión en vivienda habitual, salvo las cuentas vivienda que no podrán ser objeto de deducción aun cuando su apertura se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2013. Tampoco se podrá practicar la deducción, por no preverlo la disposición transitoria, en los supuestos de separación matrimonial.
- Como aspecto curioso, se «elevan» a rango de ley las modalidades de la deducción relativas a construcción y ampliación que no se contenían en la redacción que se deroga del artículo 68, sino que se asimiló a la adquisición por vía reglamentaria.
- Si la deducción es por adquisición esta debe haberse producido antes del 1 de enero de 2013. Debe recordarse que ha de adquirirse la titularidad jurídica de la plena propiedad de la vivienda habitual. Diversas dudas pueden darse que planteamos en forma de ejemplo:

EJEMPLO 7

El señor A firmó un contrato privado con el señor B para la adquisición de la que constituirá su vivienda habitual el 1 de diciembre de 2012. En el momento de la firma del contrato abonó 25.000 euros. El otorgamiento de la escritura pública, momento en el que el señor A tomó posesión de la vivienda, se efectuó el 15 de enero de 2013.

La adquisición jurídica se produce el 15 de enero de 2013 por lo que, aun cuando se hayan satisfecho cantidades en 2012 no procederá aplicar el régimen transitorio.

EJEMPLO 8

El señor J adquirió el usufructo de la vivienda en la que reside habitualmente el 19 de marzo de 2000. El 25 de febrero de 2013 adquiere la nuda propiedad del inmueble.

La deducción por adquisición exigía que el contribuyente ostentara la plena propiedad del inmueble. En el presente ejemplo esta circunstancia se produce en el ejercicio 2013 por lo que no es aplicable la disposición transitoria.

EJEMPLO 9

El señor K adquirió para su sociedad conyugal el 8 de septiembre de 2000 la que constituye su vivienda habitual para lo cual obtuvo un préstamo que sigue pagando en la actualidad. Con motivo de su separación legal adquirió la mitad correspondiente a su cónyuge por un importe de 50.000 euros el 15 de enero de 2013, habiendo financiado la adquisición con un préstamo hipotecario.

Solo sería posible aplicar la disposición transitoria decimoctava con respecto al préstamo que se refiere a la mitad indivisa adquirida el 8 de septiembre de 2000. Por la parte adquirida ya en 2013 no cabe aplicación de la disposición transitoria.

EJEMPLO 10

Mismo caso que el ejemplo 9 pero el señor K le entregó a cuenta de la adquisición, en el año 2012, a su excónyuge 20.000 euros.

La titularidad jurídica de la otra mitad se produce en 2013, por lo que no cabe deducción por dicha parte aun cuando se hayan entregado cantidades con anterioridad a la compra.

- Si la deducción es por construcción de la vivienda habitual (en sus dos modalidades de autoconstrucción y entregas a cuenta al promotor), la norma exige que se hayan satisfecho cantidades antes del 1 de enero de 2013 para su construcción. La redacción de la disposición plantea algunas dudas interpretativas:
 - a) Al indicarse que deben haberse satisfecho cantidades para su construcción podría interpretarse que los referidos importes han de materializarse, de manera efectiva, en la ejecución material de la obra. Entendemos que esto no es así y que se debe a una redacción confusa de la norma pues si bien esto podría ser conocido por el contribuyente en los casos de autoconstrucción no sería posible cuando el tipo de deducción lo es por cantidades entregadas a cuenta al promotor de la vivienda.
 - b) Cuestión relevante es que, en todo caso, no vale el inicio de la inversión –a los efectos de la posterior aplicación de la disposición transitoria– sin haber abonado cantidad alguna. Así podría producirse que el contribuyente hubiera firmado un contrato con una promotora inmobiliaria con anterioridad a 1 de

enero de 2013 pero sin abonar cantidad alguna en el momento de la firma y sí después de la «fatídica fecha». En estos casos, la deducción no es posible.

- c) Como puede apreciarse no se fija un plazo máximo de terminación de la inversión que sí ocurre en el resto de las modalidades de deducción. Ello es, evidentemente, porque el plazo de construcción cuenta, con la normativa a 31 de diciembre de 2012, con su propio cómputo de cuatro años desde el inicio de la inversión, por lo que este debe mantenerse. Sin embargo, nos surge la duda de si este plazo inicial de cuatro años puede ser ampliado con posterioridad a 1 de enero de 2013 por la concurrencia de las circunstancias que en el RIRPF permiten su ampliación. Nada dice la norma al respecto, pues tampoco la LIRPF es la que regulaba estos aspectos de la deducción, sino su reglamento que, hasta la fecha, no ha sido modificado. La regulación del régimen transitorio parece indicar que dándose las circunstancias del apartado 1 de la disposición transitoria decimoctava la aplicación de la deducción sigue el régimen existente a 31 de diciembre de 2012 y que cuando ello no debe ser así, esto es, cuando se pretende apartar de dicha regulación anterior, se cita expresamente: las cuentas vivienda. Entenderlo de otra manera ocasionaría un grave perjuicio para el contribuyente que no solo vería modificadas las «reglas del juego» una vez iniciada la inversión sino que, además, al no prever nada la norma, debería reintegrar las deducciones practicadas con anterioridad, con adición de los intereses de demora, lo que supondría un agravio respecto, por ejemplo, con las cuentas vivienda. Lo que sí consideramos necesario es que el derecho a la deducción del contribuyente se mantenga vivo a lo largo del tiempo sin interrupciones, esto es, que si producido el concurso del promotor o acaecidas las circunstancias excepcionales no imputables al contribuyente este no actúa de conformidad con lo prevenido en el RIRPF no solo perdería las deducciones practicadas con anterioridad, sino que no podría aplicar la disposición transitoria decimoctava de la LIRPF. Veamos algunos ejemplos de lo que decimos.

EJEMPLO 11

El señor K inició la construcción de su vivienda habitual el 15 de enero de 2009 habiendo practicado deducciones por tal concepto desde el indicado ejercicio. El 10 de marzo de 2013 presenta, ante su Administración de la AEAT, escrito solicitando una ampliación del plazo de cuatro años toda vez que han concurrido circunstancias no imputables al contribuyente que le han impedido la conclusión de las obras.

El plazo para solicitar la ampliación del plazo de construcción es de un mes desde que se cumplen los cuatro años desde el inicio de la inversión. Al presentarse la soli-

.../...

.../...

cidad el 10 de marzo de 2013 se ha excedido aquel, pues debió presentarse hasta el 15 de febrero de 2013. Esta extemporaneidad provoca no solo la pérdida de las deducciones practicadas en ejercicios anteriores, que deberán reintegrarse junto con los intereses de demora, sino que imposibilita, en nuestra opinión, la aplicación del régimen transitorio pues el nacimiento del «nuevo» derecho a la deducción se produce ya en 2013.

EJEMPLO 12

El señor L inició la construcción de su vivienda habitual el 1 de febrero de 2008 deduciendo desde dicho ejercicio las cantidades invertidas. A 1 de febrero de 2012, y por circunstancias ajenas a su voluntad, no ha podido concluir su construcción por lo que, en el plazo fijado en el RIRPF, solicitó la ampliación del plazo por dos años más, ampliación que fue concedida por el administrador de la AEAT correspondiente.

Al haberse solicitado la ampliación del plazo para la conclusión de las obras en tiempo y forma, el derecho inicial a la deducción se mantiene por lo que se cumplen los requisitos fijados en la disposición transitoria.

EJEMPLO 13

El señor T comenzó las entregas a cuenta para la adquisición de la que constituirá su vivienda habitual el 20 de febrero de 2006. Cuatro años más tarde no ha adquirido aun jurídicamente la vivienda. En la declaración de IRPF de 2013 practica deducciones por inversión en dicha vivienda habitual, pues para el abono de las entregas a cuenta solicitó un préstamo personal.

Las deducciones practicadas en los cuatro años siguientes al inicio de la inversión devienen indebidas por lo que debieron reintegrarse, junto con los intereses de demora, en la declaración del IRPF de 2010, a presentar en 2011. Regularizada la situación el contribuyente puede iniciar de nuevo la deducción por las cantidades que satisfaga a partir de aquellas que ha regularizado por incumplimiento del plazo. Este «reinicio» implica el comienzo de un nuevo cómputo de cuatro años. Como este nuevo derecho nace antes del 1 de enero de 2013, cabe la aplicación de la disposición transitoria decimoctava.

EJEMPLO 14

Mismo caso que el anterior pero el contribuyente satisfizo entregas en los ejercicios 2006 a 2010 y adquiere jurídicamente la vivienda en 2013, ejercicio en el que pretende aplicar la disposición transitoria.

En el año 2010 el contribuyente incumple el plazo de cuatro años para la conclusión de las obras por lo que las deducciones practicadas devienen indebidas. Al no haber solicitado la ampliación del plazo, el derecho a la deducción desaparece; como tampoco se han vuelto a abonar cantidades con posterioridad al incumplimiento y el nuevo derecho –esta vez por adquisición y no por construcción– surge ya en 2013, no es posible aplicar la transitoriedad de la deducción.

- d) Por otra parte, entendemos, dado el espíritu del régimen transitorio, que en los supuestos de construcción este continuará una vez adquirida jurídicamente la vivienda, aun cuando esta adquisición se haya producido con posterioridad a 1 de enero de 2013.
- En el resto de modalidades de la deducción por inversión –salvo cuentas vivienda–, esto es, rehabilitación, ampliación y obras e instalaciones de adecuación de las personas con discapacidad, se exige que se hayan satisfecho cantidades antes del 1 de enero de 2013 para la realización de dichas obras y que estas concluyan antes de 1 de enero de 2017 lo que en la práctica puede suponer que para estas obras que, por naturaleza, deben ser menores que las relativas a la construcción, el plazo para su terminación pueda ser mayor. Vemos que vuelve a utilizarse indistintamente para todas estas modalidades de la deducción el término «obras» lo que vuelve a plantear la cuestión ya respondida más arriba sobre el sentido que debe darse a dicha expresión. Igualmente pueden surgir dudas en el caso de la ampliación cuando lo que se adquiere es una vivienda contigua a la ya poseída con el objeto de anexarla a esta y en donde la inversión, en realidad, no está constituida por las obras necesarias para la comunicación interna de las dos sino por la compra de la nueva. La Dirección General de Tributos (DGT) en diversas consultas exige que ambos inmuebles estén unidos físicamente⁵ por lo que opinamos que las obras necesarias para esa unión deben haberse iniciado –y efectuado algún pago– con anterioridad al cambio normativo, pues de otra manera se desconoce si la adquisición de la vivienda lo es en concepto de ampliación o no.

⁵ DGT 1660/1997, de 21 de julio (NFC047894); 352/1999, de 17 de marzo (NFC009081); 496/1999, de 12 de abril (NFC047893); 2025/2000, de 6 de noviembre (NFC012032); 496/2001, de 9 de marzo (NFC047895); 655/2002, de 6 de mayo (NFC016244) y V0230/2006, de 9 de febrero (NFC021905).

- Sin embargo, a nuestro juicio, una de las cuestiones más confusas que plantea la disposición transitoria decimoctava es el párrafo relativo al efectivo ejercicio del derecho a la deducción: «En todo caso, resultará necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción por inversión en vivienda habitual en relación con las cantidades satisfechas para la adquisición o construcción de dicha vivienda en un periodo impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2013, salvo que hubiera resultado de aplicación lo dispuesto en el artículo 68.1.2.^a de esta ley en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012». Ciertamente, ya expusimos en nuestra obra *Memento Experto: Deducción por inversión en vivienda habitual*, al hilo de la «fallida» modificación anterior, que la norma que la regulaba no exigía el ejercicio efectivo del derecho en periodos impositivos anteriores, hecho que considerábamos acertado, precisamente, para salvar los supuestos que, ahora, indica la disposición transitoria (deducciones anteriores y ganancia exenta por reinversión). Ahora sí se exige, pero ello no obsta a que se planteen diversas dudas. En primer lugar, no sabemos si la redacción es defectuosa o si, realmente, se pretende que el efectivo ejercicio del derecho a la deducción en periodos impositivos anteriores a 2013 se vincule solo con las modalidades de adquisición y construcción, o con todas. El párrafo controvertido se inserta, precisamente, después de haber enumerado todas las modalidades de inversión que pretenden «salvarse» por lo que, al menos, por su ubicación en la disposición transitoria, parecería que se refiere a todas ellas, máxime cuando comienza con la expresión «en todo caso»; sin embargo, avanzando en su redacción es cuando parece referirse solo a los supuestos de adquisición y construcción. Quizá lo que se pretendía era indicar expresamente el supuesto en que no se deduce por la existencia de deducciones anteriores o de una ganancia exenta por reinversión pero, en este caso, faltaría incluir la rehabilitación.

Por todo, la redacción que se nos antoja más acertada podría ser la siguiente:

«En todo caso, resultará necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción por inversión en vivienda habitual en un periodo impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2013. No obstante, lo anterior se entenderá sin perjuicio, en relación con las cantidades satisfechas para la adquisición, construcción o rehabilitación de dicha vivienda, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 68.1.2.^a de esta ley⁶ en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012.»

En segundo lugar, y en nuestra opinión la cuestión más relevante, es cuál debió ser el momento en que se ejercitó el derecho a deducir los importes satisfechos para permitir el mantenimiento de la deducción en ejercicios futuros. Así, la disposición transitoria indica que «resultará necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción [...] en un periodo impositivo de-

⁶ Debe recordarse que esta regulación se aplica también cuando con carácter previo se han depositado cantidades en cuentas vivienda de tal forma que mientras las cantidades satisfechas para la adquisición o rehabilitación no superan la base de los importes deducidos por cuenta vivienda, la deducción no es posible [Resolución TEAC de 9 de octubre de 1997, RG 494/1995 (NFJ005946), para la unificación de criterio].

vengado con anterioridad a 1 de enero de 2013». Según esta redacción la deducción debe aplicarse en algún periodo impositivo anterior a la repetida fecha. Y esto es absolutamente claro cuando el ejercicio de la deducción se ha realizado en plazo reglamentario de presentación de la declaración pues es este el cauce formal habitual de exteriorizarse la práctica del derecho. En definitiva, el legislador ha pretendido que no solo se tenga derecho a la deducción en ejercicios anteriores a 2013, sino que este derecho debe haberse manifestado; de otra forma, resultaría innecesaria la inclusión del párrafo. Sin embargo, la actuación del contribuyente, en cuanto a la presentación de la declaración del IRPF y la inclusión en ella de la deducción por inversión en vivienda habitual, puede ser (declaración del IRPF de 2012) o haber sido (ejercicios anteriores) muy diversa:

- El contribuyente, con cuota íntegra positiva, deduce por inversión en vivienda habitual: se aplica el régimen transitorio.
- Se presenta declaración por el IRPF con cuota íntegra igual a cero y consignando cantidades en concepto de deducción por inversión en vivienda habitual: entendemos que aun cuando la deducción no haya tenido efectos económicos, toda vez que la cuota íntegra es cero, el contribuyente ha manifestado su pretensión de ejercitar el derecho a la deducción.

Los dos anteriores supuestos son los más claros; sin embargo, existen diversas situaciones que, a nuestro juicio, ofrecen mayores dificultades para dilucidar la procedencia o no de la aplicación de la disposición transitoria:

- Contribuyente no obligado a declarar por razón de sus rentas que, aun habiendo satisfecho cantidades por inversión en vivienda habitual, no ha ejercitado el derecho a la deducción.
- Contribuyente obligado a declarar que no incluyó, por olvido, la deducción por inversión en vivienda en ejercicios anteriores.
- Contribuyente obligado a declarar por obtener rentas que le obligan a ello pero que no consigna el importe de la deducción porque su efecto económico es nulo (cuota íntegra cero).

En suma, se trata de supuestos en que el contribuyente no ha manifestado expresamente el ejercicio del derecho a la deducción, aun cuando este existe. Lo que nos planteamos, pues, es si el contribuyente puede, existiendo el derecho a la deducción, subsanar la falta de su ejercicio en periodos impositivos anteriores a 2013 para, de esta forma, aplicar la disposición transitoria. Así, si el obligado tributario no presentó declaración por el IRPF en ejercicios pasados, ¿puede ahora hacerlo ejercitando el derecho a la deducción? Y si la declaración presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2012 no incluyó la deducción, ¿cabe la rectificación de la autoliquidación? Evidentemente, cualquiera de las dos actuaciones es perfectamente posible pero la cuestión no es esta sino si con ello el contribuyente puede acceder a la aplicación de la disposición transitoria toda vez que la manifestación del ejercicio del derecho a la deducción por inversión en

vivienda habitual se produce con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo régimen (supresión y disp. trans.) de la deducción. En definitiva, ¿puede el ejercicio del derecho a deducir manifestado con posterioridad a 1 de enero de 2013 permitir la aplicación de la disposición transitoria decimoctava? En nuestra opinión, y salvo lo relativo a la declaración del IRPF de 2012, a presentar en 2013, no. Y concluimos esto porque, de otra forma, resultaría innecesario el párrafo controvertido; su ausencia hubiera permitido la aplicación del régimen transitorio con el solo cumplimiento de los requisitos contenidos en el resto de párrafos del apartado 1 de la disposición transitoria. Sin embargo, la redacción del precepto siembra de dudas la aplicación del régimen pues el ejercicio del derecho a la deducción puede realizarse con posterioridad a la aprobación de la Ley. Una redacción del párrafo que hubiera cerrado cualquier duda de las que planteamos podría haber sido:

En todo caso, resultará necesario que el contribuyente hubiera practicado la deducción por inversión en vivienda habitual en un periodo impositivo devengado con anterioridad a 1 de enero de 2013. No obstante, lo anterior se entenderá sin perjuicio, en relación con las cantidades satisfechas para la adquisición, construcción o rehabilitación de dicha vivienda, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 68.1.2.^a de esta ley en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. El ejercicio del derecho a la deducción, en el caso de periodos impositivos anteriores a 1 de enero de 2012, deberá haberse producido con anterioridad al 4 de octubre de 2012⁷; tratándose de periodos impositivos relativos a 2012 la deducción deberá practicarse mediante la presentación, dentro del plazo reglamentario, de la declaración por el impuesto.

Diversos ejemplos, aclararán nuestra opinión:

EJEMPLO 15

El señor F practicó deducciones por su anterior vivienda habitual por una base de 29.000 euros. En 2011 adquirió su nueva vivienda habitual habiendo satisfecho en el ejercicio el importe de 30.000 euros, sin embargo no dedujo cantidad alguna en la declaración del IRPF presentada. En 2012 no ha abonado cantidad alguna.

El contribuyente pudo deducir en el ejercicio 2011 por una base de 1.000 euros, sin embargo, por las circunstancias que fueran no ejerció su derecho. En consecuencia, y aunque podría instar la rectificación de la autoliquidación presentada, a tenor del artículo 120.3 de la Ley General Tributaria (LGT), aquella no provocaría la aplicación en ejercicios posteriores de la disposición transitoria, sino tan solo la práctica de la deducción en 2011. En definitiva, al haber iniciado el ejercicio de su derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/2012 –y no tratarse de la declaración del IRPF de 2012– no cabe aplicación del régimen transitorio.

⁷ Fecha de publicación del Proyecto de Ley en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

EJEMPLO 16

El señor P adquirió su vivienda habitual el 26 de febrero de 2000. Ha venido presentando todos los años la declaración por el impuesto pero sin incluir la deducción por inversión en vivienda habitual por cuanto su inclusión no tenía efectos económicos (cuota íntegra cero). Publicada la Ley 16/2012, y con el objeto de no ver perjudicada la posibilidad de practicar deducciones por la vivienda en futuros ejercicios, instó la rectificación de su autoliquidación del ejercicio 2011 en fecha 15 de marzo de 2013, en el sentido de incluir las cantidades satisfechas por el préstamo hipotecario que grava su vivienda.

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». Entendemos que el precepto ha de entenderse en el sentido de que esos intereses legítimos dañados deben existir en el momento en que se produjo la presentación de la autoliquidación cuya modificación se solicita, aun cuando los hechos que provocan el perjuicio se produzcan con posterioridad, pero no así cuando lo que varía no son los hechos, sino el derecho. En consecuencia, no procede la rectificación de la autoliquidación y, en consecuencia, tampoco la aplicación de la disposición transitoria. Evidentemente, la situación se salva si ha satisfecho cantidades en 2012 y presenta declaración ejercitando el derecho a la deducción.

EJEMPLO 17

Mismo caso que el anterior pero el contribuyente no dedujo por olvido por lo que resultó una cuota diferencial a devolver menor.

En este supuesto, procede la rectificación de la autoliquidación del ejercicio o ejercicios en cuestión pues sus intereses legítimos sí fueron perjudicados pero la estimación de la rectificación no habilita la aplicación de la disposición transitoria pues la «manifestación» del derecho se produce con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

EJEMPLO 18

El señor Q abonó al promotor de la que será su vivienda habitual el importe de 6.000 euros en el ejercicio 2011. En dicho año no presentó declaración del IRPF por no hallarse obligado por motivo de las rentas obtenidas y, en caso de practicar la deducción,

.../...

.../...

la cuota resultante sería a ingresar. En 2012 no ha satisfecho cantidad alguna. El 25 de febrero de 2013, y con el objeto de aplicar la disposición transitoria, presenta la declaración del IRPF del año 2011 de la que resulta una cuota a ingresar de 500 euros.

Entendemos que la presentación de la declaración no permite la aplicación de la disposición transitoria por cuanto se ha realizado con posterioridad a la entrada en vigor de la ley.

EJEMPLO 19

El señor T adquirió su vivienda habitual el 6 de septiembre de 2009 por un importe total de 175.000 euros. Para pago del anterior importe obtuvo un préstamo hipotecario de esa misma cuantía. En el ejercicio 2009 abonó cuotas por importe de 3.500 euros y en cada uno de los años siguientes por importe de 8.250 euros. De la anterior vivienda había deducido sobre una base de 30.000 euros. No ha presentado declaración desde 2009. En el periodo impositivo de 2013 pretende aplicar la disposición transitoria.

Hasta que las cantidades abonadas por la nueva vivienda no excedan la base de las deducciones de la anterior, no procede la práctica de deducción alguna. Así, es en el año 2012 cuando la suma de lo pagado por la nueva supera la base deducida $[30.000 - 3.500 - (8.250 \times 3)] = 1.750$ euros. Como el contribuyente no ha ejercido su derecho en ese ejercicio no es posible aplicar la disposición transitoria en periodos impositivos posteriores.

Aquellos contribuyentes para los que el periodo impositivo de 2012 sea el primero en el que pueden practicar la deducción deberán, dada la redacción del precepto y la interpretación que defendemos, valorar si no les resulta económicamente más ventajoso presentar declaración por el IRPF, aun cuando no se hallen obligados a ello sino por el mero ejercicio del derecho a deducir y pese a que la cuota diferencial que resulte sea positiva.

En fin, éramos partidarios de un régimen transitorio en el que lo relevante fuera estar en posesión del derecho a deducir por inversión en vivienda habitual, de conformidad con la redacción vigente de la LIRPF a 31 de diciembre de 2012, y sin exigir su ejercicio antes de esta fecha pues, como vemos, esta última circunstancia provoca situaciones confusas y pérdidas del derecho de difícil justificación.

En relación con las cantidades depositadas en cuentas vivienda se ha producido, a nuestro juicio, una de las consecuencias más gravosas de la modificación normativa. Sin duda, el legislador podría haber optado por otra solución que hubiera sido menos perjudicial para quienes, vigente la anterior regulación, habían iniciado su inversión mediante la fórmula de la cuenta vivienda; sin embargo, la redacción de la disposición transitoria solo «perdona» los intereses de demora. Lo dicho en la disposición es lo siguiente: «Los contribuyentes que con anterioridad a 1 de enero

de 2013 hubieran depositado cantidades en cuentas vivienda destinadas a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, siempre que en dicha fecha no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años desde la apertura de la cuenta, podrán sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica devengadas en el ejercicio 2012 las deducciones practicadas hasta el ejercicio 2011, sin intereses de demora». En consecuencia:

- 1.º Las cantidades depositadas en cuentas vivienda a partir de 1 de enero de 2013 no dan derecho a deducción alguna pues no se contienen entre las actuaciones del contribuyente susceptibles de aplicar la disposición transitoria.
- 2.º Las cantidades aportadas con anterioridad a 1 de enero de 2013 en la medida en que se materialicen en adquisiciones o rehabilitaciones iniciadas con posterioridad a la repetida fecha se convertirán en deducciones indebidas por cuanto la nueva adquisición o rehabilitación no puede ser objeto de deducción por aplicación de la disposición transitoria; de ahí, a nuestro juicio, el sentido del párrafo arriba transcrito. No obstante, sobre esto conviene hacer ciertos comentarios:
 - a) El legislador podría haber establecido un régimen transitorio mucho más benevolente y determinar que si conforme con la normativa vigente a 31 de diciembre de 2012 la adquisición o rehabilitación posterior hubiera generado derecho a deducir no se produjera la pérdida de las cantidades depositadas hasta una determinada fecha que podría ser 31 de diciembre de 2012 o la de publicación del proyecto de ley en el BOCG. La AEAT, en relación con este aspecto, ha publicado en el INFORMA la siguiente consulta:

132815-CUENTA VIVIENDA ANTERIOR a 1 de enero de 2013: REGULARIZACIÓN ANTES 4 AÑOS **Pregunta:** Contribuyente que tiene abierta una cuenta vivienda antes de 1 de enero de 2013. ¿Debe devolver las deducciones practicadas hasta ese momento?

Respuesta: Los contribuyentes que con anterioridad a 1 de enero de 2013 hubieran depositado cantidades en cuentas vivienda destinadas a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, siempre que en dicha fecha no hubiera transcurrido el plazo de cuatro años desde la apertura de la cuenta, podrán sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica devengadas en el ejercicio 2012 las deducciones practicadas hasta el ejercicio 2011, **sin intereses de demora.**

Es decir, la nueva normativa del impuesto establece la posibilidad de regularizar en el **ejercicio 2012** las deducciones practicadas hasta 2011, siempre que no hayan transcurrido cuatro años desde su apertura sin tener que abonar intereses de demora. No obstante, si finalmente se destina el saldo de la cuenta en el plazo de cuatro años desde su apertura, no se perderá el derecho por las deducciones practicadas.

Normativa/Doctrina: Disposición transitoria decimoctava Ley 35/2006, de 28 de noviembre de 2006. Añadida L 16/2012 (27.12) Medidas Tribut Consolidada Finanzas. Consulta Vinculante de la DGT V0564/2011, de 8 de marzo de 2011. Consulta Vinculante de la DGT V0640/2011, de 14 de marzo de 2011.

Sin embargo, no compartimos este criterio por diversas razones:

- Nada se dice en la disposición transitoria que conduzca a interpretar de manera clara que las cantidades depositadas conforme con la normativa vigente a 31 de diciembre de 2012 en cuentas vivienda se consoliden cuando la adquisición o rehabilitación (en los términos contenidos en la disp. trans.) se producen con posterioridad a dicha fecha.
 - La supresión del artículo 68.1 de la LIRPF regulador de la deducción por inversión en vivienda habitual ha supuesto la eliminación del concepto de vivienda habitual que ha sido reformulado, como se verá, por la disposición adicional vigésima tercera de dicho cuerpo legal pero solo a los efectos de determinadas exenciones, y no para ningún otro supuesto.
 - La inexistencia de régimen transitorio para las cuentas vivienda, además, contribuiría a reforzar la tendencia legislativa de favorecer las inversiones inmobiliarias hasta 31 de diciembre de 2012 (tipo impositivo reducido en IVA, exención parcial en IRPF, etc.).
 - La cuestión del INFORMA se remite a consultas de la DGT evacuadas en relación con la anterior reforma, inaplicada, en donde el derecho a la deducción por adquisición o rehabilitación en vivienda habitual no desaparecía, sino que se reducía a un determinado tramo de base imponible. Por ello, y como quiera que el contribuyente podría tener derecho unos años a la deducción y otros no, se hacía necesario consolidar las deducciones por cuenta vivienda cuando, dándose el resto de requisitos objetivos y subjetivos de la deducción, su ejercicio no se llevaba a cabo por el límite de la base imponible.
- b) En determinados supuestos pueden producirse actos del contribuyente que habilitan la aplicación de la disposición transitoria y que, entendemos, supondrían el mantenimiento de las deducciones por cuenta vivienda. Algunos ejemplos aclararán lo que decimos:

EJEMPLO 20

El señor Ñ abrió una cuenta vivienda el 1 de mayo de 2009 depositando 5.000 euros. En los años siguientes (2010 y 2011) ha ido ingresando 3.000 euros. El 1 de marzo de 2012 adquirió su primera vivienda habitual efectuando un primer pago de 5.000 euros en dicha fecha y el resto de 120.000 euros los abona el 1 de marzo de 2013 mediante un préstamo hipotecario solicitado al efecto y del que ha abonado cuotas en 2013 por importe de 7.500 euros.

.../...

.../...

El contribuyente habrá deducido en los ejercicios 2009 a 2011 por cantidades depositadas en cuenta vivienda. La adquisición de la vivienda con anterioridad a 1 de enero de 2013 permite la aplicación a su fin, y sin pérdida de las deducciones practicadas, del saldo de la cuenta aun cuando ello se produzca, en parte, en 2013. Así, en la declaración del IRPF de 2012 no procederá deducción de cuantía alguna en concepto de deducción por inversión en vivienda habitual por cuanto las cantidades satisfechas no han superado las deducciones anteriores pero habilita la aplicación, en ejercicios posteriores, de la disposición transitoria. En la declaración de 2013 podrá deducir, por aplicación del régimen transitorio, sobre una base de 1.500 euros que resulta ser la diferencia de la base de las deducciones anteriores por cuenta vivienda y la suma de las cuotas del préstamo satisfechas.

EJEMPLO 21

El señor L abrió una cuenta vivienda el 1 de abril de 2011 depositando 7.000 euros. En el año 2012 ingresó 4.000 euros, de estos 3.000 euros fueron depositados el 30 de diciembre de 2012. El 1 de junio de 2012 firmó con una promotora inmobiliaria un contrato de compraventa de una vivienda que se halla en construcción por un importe total de 200.000 euros. En el momento de la firma del contrato entregó 3.000 euros que no proceden del saldo de la cuenta vivienda. En 2013 entregará 10.000 euros y en 2014 está prevista la entrega de la vivienda y abono del resto del precio.

El señor L habrá deducido por cuenta vivienda en el ejercicio 2011. El inicio de la inversión en concepto de construcción de su vivienda habitual (entregas a cuenta al promotor) el 1 de junio de 2012 permitirá la aplicación de la disposición transitoria y supone que las cantidades depositadas en la cuenta vivienda no deban reintegrarse pues se materializan en una inversión que sí tiene cabida en el régimen transitorio. Así, en 2012 podrá deducir sobre una base de 7.000 euros; de estos, 4.000 euros corresponden a la cuenta vivienda y 3.000 euros a lo entregado al promotor. Debe recordarse que la deducción por cuenta ahorro vivienda es compatible con la deducción por inversión en vivienda habitual en su modalidad de construcción en la medida en que, obviamente, no se refieran a las mismas cantidades.

EJEMPLO 22

Mismo caso que el anterior pero en 2013 las entregas al promotor suman un total de 3.500 euros y, además, se han hecho aportaciones a la cuenta vivienda por 3.000 euros.

.../...

.../...

En el ejercicio 2013 no cabe ya la deducción por cantidades depositadas en cuenta vivienda, por lo que solo podrá deducir por las cuantías entregadas al promotor, en la medida en que no procedan del saldo de la cuenta vivienda. Las deducciones anteriores a 2013, como en el ejemplo anterior, no han de reintegrarse.

Abandonando, al menos en parte, la deducción por inversión en vivienda habitual y su régimen transitorio, la Ley 16/2012 modifica la disposición adicional vigésima tercera de la LIRPF que pasa a tener la siguiente redacción:

«Disposición adicional vigésima tercera. *Consideración de vivienda habitual a los efectos de determinadas exenciones.*

A los efectos previstos en los artículos 7 t), 33.4 b) y 38 de esta ley se considerará vivienda habitual aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas.

Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el párrafo anterior se computará desde esta última fecha.»

La supresión del artículo 68.1 de la LIRPF desde el 1 de enero de 2013 conlleva la eliminación del concepto de vivienda habitual contenido en la norma; por ello, y como persisten determinados beneficios fiscales aplicables a la vivienda habitual, se hacía necesario plasmar nuevamente en la LIRPF dicho concepto. Sin embargo, se ha hecho con algunos matices con respecto a la redacción existente hasta 31 de diciembre de 2012.

La Ley 16/2012 mantiene, con respecto a la vivienda habitual, los siguientes beneficios fiscales:

- Artículo 7, letra t): la exención de las rentas «derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual, regulados en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica».
- Artículo 33.4 b): las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto «con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformi-

dad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia».

- Artículo 38: «Podrán excluirse de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida».

Decíamos que la nueva redacción del concepto de vivienda habitual contaba con algunos matices:

- Desaparece de entre las circunstancias que habilitan su consideración como habitual, aun cuando no se haya residido al menos tres años el supuesto de fallecimiento. Esta desaparición no es sino consecuencia de que los tres artículos que se mantienen en la LIRPF relativos a la vivienda habitual recogen situaciones no aplicables a contribuyentes fallecidos por lo que no era necesario mantener, o mejor dicho, redefinir el concepto de habitualidad conteniendo esta situación concreta.
- El matiz más relevante, sin embargo, se contiene en el párrafo segundo de la disposición adicional. En primer lugar, porque eleva a rango legal la forma, contenida hasta ahora solo en el RIRPF, en que ha de habitarse la vivienda: efectiva y permanente. En segundo lugar, porque siempre se había entendido que el cómputo de los tres años se iniciaba, en todo caso, con la residencia en los términos indicados (efectividad y permanencia). Así, con la regulación anterior una vez adquirida la vivienda o concluidas las obras el contribuyente debía habitarla de manera efectiva y permanente en un plazo de doce meses y residir en ella durante tres años a contar desde el inicio de dicha residencia. Ahora, si el contribuyente comienza la residencia efectiva y permanente dentro de los doce meses siguientes a la adquisición o conclusión de las obras, el cómputo de los tres años comienza con la fecha de adquisición o de terminación de las obras; si la residencia tiene su principio con posterioridad a los doce meses, entonces, los tres años de residencia deberán cumplirse desde el inicio de su residencia efectiva y permanente en la vivienda.

6. CONCLUSIONES

Diversas son las medidas, de entre las muchas aparecidas en el año 2012, que afectan a la fiscalidad en el IRPF de la vivienda habitual. Una de ellas supone la pérdida de los beneficios fiscales que suponía su adquisición, si bien se ha establecido un régimen transitorio para determinadas inversiones iniciadas con anterioridad a 1 de enero de 2013. Otras, en cambio, implican una mejora de la fiscalidad derivada de la transmisión del inmueble mediante el establecimiento de exenciones parciales o totales de la ganancia patrimonial que, en su caso, se origine.

EMPRESAS POLÍTICAMENTE CONECTADAS Y CREDIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTABLE



Carolina Bona Sánchez

Jerónimo Pérez Alemán

Domingo Javier Santana Martín

Profesores de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio Estudios Financieros 2013** en la modalidad de **Contabilidad**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Carlos BARROSO RODRÍGUEZ, don Juan CORBERÁ MARTÍNEZ, doña Begoña GINER INCHAUSTI y doña María Amparo RUIZ GENOVÉS.

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

EXTRACTO

El objetivo de este trabajo es analizar la incidencia de la presencia de consejeros políticos en la credibilidad de la información contable divulgada por la empresa. A partir de una muestra de sociedades no financieras cotizadas españolas a lo largo del periodo 2003-2011 se muestra como en torno al 48 % de las empresas cuentan con al menos un consejero político y un incremento de políticos de alto nivel consejeros de las sociedades cotizadas a lo largo del periodo analizado. Además, los resultados muestran una incidencia negativa de la presencia de conexiones políticas en la credibilidad de los resultados contables, como consecuencia de la presencia de un efecto información que conlleva que tanto accionistas como políticos estén interesados en ofrecer al mercado la menor información posible. Asimismo, nuestro trabajo evidencia que en las empresas políticamente conectadas a medida que aumenta la divergencia entre los derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante aumenta la capacidad informativa de los resultados contables. Este resultado es consistente con la presencia de un efecto alineamiento que conlleva una disminución de los incentivos a la expropiación de rentas a los minoritarios ante un aumento de la preocupación por la reputación en escenarios de alto escrutinio público y social.

Palabras claves: consejero político, conexión política y capacidad informativa.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 08-07-2013

POLITICALLY CONNECTED FIRMS AND EARNINGS INFORMATIVENESS

Carolina Bona Sánchez

Jerónimo Pérez Alemán

Domingo Javier Santana Martín

ABSTRACT

The objective of this study is to analyse the effect of firms' political ties on earnings informativeness. By examining a sample of politically connected non-financial listed firms over the period 2003-2011 we show that around 48 % of sample firms have appointed at least one politician to their boards. Our analysis also shows an increase in the appointment of high-level politicians to their boards. Moreover, our results show a negative incidence of political connections on earnings informativeness, consistent with an information effect, whereby politicians and shareholders are interested in providing as little information to the market as possible in order to protect the firm's political ties from public scrutiny. In addition, we find a positive incidence of the divergence between the dominant owner's voting and cash flow rights on earnings informativeness in politically connected firms. This latter result is consistent with the presence of an alignment effect, whereby the existence of political ties reduces the dominant owner's incentive to expropriate minority shareholders' wealth, thus increasing earnings informativeness.

Keywords: politically connected firms and earnings informativeness.

Sumario

1. Introducción
2. Las conexiones políticas en las empresas cotizadas españolas
3. Las conexiones políticas y la credibilidad de la información contable
4. Metodología
 - 4.1. Muestra
 - 4.2. Determinación de las conexiones políticas
 - 4.3. La capacidad informativa de los resultados contables
5. Análisis empírico
 - 5.1. Estadísticos descriptivos
 - 5.2. Resultados
 - 5.3. Análisis de sensibilidad
6. Consideraciones finales

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La crisis financiera e institucional que desde mediados de 2007 sufre España junto con otros países europeos como Italia, Irlanda, Portugal o Grecia, ha aumentado el interés del mundo académico, de los profesionales y de la ciudadanía en general por las relaciones entre el ámbito político y el empresarial, así como por los efectos de tales relaciones en el comportamiento de las empresas y, en particular, en la credibilidad de la información contable divulgada. En este sentido, en nuestro país resulta paradigmático el caso de Bankia, entidad caracterizada, hasta su intervención por el Estado español, por la fuerte presencia de políticos en su consejo de administración. Dicha compañía pasó de presentar unas cuentas anuales con unos beneficios de 305 millones de euros para el año 2011 a declarar, tras reformular las cuentas, unas pérdidas en torno a los tres mil millones de euros, lo que ha supuesto graves pérdidas para miles de pequeños accionistas. Sin embargo, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, no existen trabajos que analicen la incidencia de la presencia de conexiones políticas en la calidad de la información contable de las grandes empresas españolas, de manera que el nivel de conocimiento sobre esta realidad no va más allá de aquellos casos con mayor repercusión mediática o de lo meramente anecdótico, por lo que el estudio de dicha interrelación es una cuestión potencialmente interesante.

Entre otros aspectos, la presencia de políticos en el consejo de administración favorece el intercambio sistemático de favores entre las élites políticas y empresariales (AGRAWAL y KNOEBER, 2001); no obstante, no está claro el efecto de dicha presencia sobre la calidad de las cifras contables divulgadas. En este sentido, si bien es cierto que la escasa evidencia empírica disponible apunta, en términos generales, a una relación negativa entre la presencia de conexiones políticas y la calidad de la información contable reportada (*e. g.*, RAHI-BELKAoui, 2004; CHANEY et ál., 2011), en ocasiones, sin embargo, el diseño de la investigación de los trabajos precedentes no permite discriminar adecuadamente entre las diferentes explicaciones que justifican la relación entre conexión política y calidad de la información contable (CHANEY et ál., 2011). Además, la mayoría de los estudios precedentes adoptan una perspectiva internacional, lo que conlleva que la interpretación de los resultados sea complicada, ya que pueden verse afectados por las diferencias en factores legales, judiciales y culturales (*e. g.*, MILLER, 2004; GUL, 2006). De esta manera, FACCIO (2010) muestra que las diferencias entre las empresas políticamente conectadas y las no conectadas son mayores en entornos institucionales de débil protección, señalando que los costes y beneficios de las conexiones políticas dependen de las características específicas de cada país.

En España, las conexiones políticas se llevan a cabo en un entorno caracterizado por la presencia generalizada de accionistas dominantes (entre los que destacan los grupos familiares y las entidades bancarias) y por el uso frecuente de instrumentos que permiten a dichos propietarios dominantes poseer niveles de voto por encima de los que corresponde a su participación en el

capital de la empresa (estructuras piramidales, medidas de blindaje, emisión de acciones con diferente nivel de voto, etc.); es decir, se trata de instrumentos que posibilitan al accionista dominante separar entre sus derechos de voto y de *cash flow*. La concentración de propiedad existente en las empresas españolas facilita el establecimiento de conexiones políticas, debido precisamente a la presencia a largo plazo de tales propietarios; continuidad que no estaría garantizada si el control lo ostentara un directivo o un accionista con escaso nivel de propiedad. De este modo, la existencia de propietarios dominantes permite la presencia de un «capitalismo oligárquico» que otorga los incentivos para establecer relaciones de confianza entre el ámbito político y el empresarial que permite preservar el statu quo (MORCK et ál., 2004).

De esta forma, el objetivo de este trabajo es analizar la incidencia de la presencia de consejeros políticos en la credibilidad de la información contable divulgada por la empresa, medida a través de la capacidad informativa de los resultados contables. Para ello utilizamos una muestra de empresas no financieras cotizadas españolas a lo largo del periodo 2003-2011. El análisis descriptivo pone de manifiesto que en torno al 48 % de las empresas cuentan con al menos un consejero político, así como un incremento significativo de nombramientos de políticos de alto nivel como miembros del consejo de administración de las sociedades cotizadas a lo largo del periodo analizado. Asimismo, los resultados muestran una incidencia negativa de la presencia de conexiones políticas en la credibilidad de los resultados contables, como consecuencia de la menor vulnerabilidad de las empresas políticamente conectadas a la presión ejercida por los mercados de capitales. Además, nuestro trabajo también evidencia que en un escenario de altos incentivos a la expropiación de rentas a los minoritarios, derivado de la utilización de estructuras piramidales, el mercado espera que la información contable de la empresa políticamente conectada se erija en un fiel reflejo de las operaciones realizadas, más que en un instrumento a disposición del accionista dominante para el logro de sus fines particulares. Este resultado es consistente con un aumento de la preocupación por la reputación ante un incremento del escrutinio público y social al que está sometida su actuación.

Considerando los resultados alcanzados, nuestro estudio contribuye a la literatura de tres formas diferentes. En primer lugar, proporcionando evidencia sobre los efectos de las conexiones políticas en el comportamiento corporativo en un contexto caracterizado por una elevada concentración de propiedad y en el que las empresas políticamente conectadas pueden poseer a priori elevados incentivos a la expropiación de rentas a los minoritarios, debido a la presencia de estructuras que posibilitan la divergencia entre derechos de voto y *cash flow*. En segundo lugar, analizamos el efecto de la divergencia entre derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante sobre la capacidad informativa de los resultados contables de las empresas políticamente conectadas, aspecto que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no ha sido abordado en la literatura precedente. En tercer lugar, abarcamos un periodo amplio de tiempo centrándonos en un único país y, por ende, en un único entorno institucional, lo que garantiza una interpretación más precisa de los resultados obtenidos.

De este modo, el trabajo se estructura de la siguiente forma. Tras la introducción nos centramos en el análisis de las conexiones políticas en España. Posteriormente exponemos los argumen-

tos teóricos que justifican la incidencia de las conexiones políticas en la capacidad informativa de los resultados contables. En el cuarto apartado se expone la metodología del estudio en la que se basará el análisis empírico, el cual se expone en el quinto apartado. Finalmente, en el sexto apartado exponemos las consideraciones finales del trabajo.

2. LAS CONEXIONES POLÍTICAS EN LAS EMPRESAS COTIZADAS ESPAÑOLAS

La escasa transparencia relacionada con las vinculaciones entre los ámbitos corporativo y político, junto con la ausencia de una definición generalmente aceptada de conexión política, dificulta la realización de trabajos empíricos que analicen la relación entre las conexiones políticas y el comportamiento corporativo (CHEN et ál., 2011). Así, las relaciones políticas de las empresas pueden ser el resultado del movimiento de políticos desde el ámbito público al empresarial (*revolving door*) o del movimiento de empresarios desde la empresa privada a la política (*reverse revolving door*). En este sentido, la literatura precedente se ha centrado en el primer caso, ya que fundamentalmente analiza la presencia de políticos en el consejo de administración de las sociedades cotizadas (e. g., FACCIO, 2006; GOLDMAN et ál., 2009; CHANEY et al., 2011; CHEN et ál., 2011; BOUBRAKI et ál., 2012, DUCHIN y SOSYRA, 2012).

En principio, se podría esperar que las conexiones políticas sean más relevantes en entornos caracterizados por la debilidad del sistema legal, la presencia de elevados niveles de corrupción y una menor transparencia (FACCIO, 2006). Además, como señalan AGRAWALL y KNOEBER (2001) la presencia de conexiones políticas puede ser importante en entornos en los que la regulación y el control del estado pueden tener importantes consecuencias para la empresa. No obstante, no contamos con resultados concluyentes en relación con las características de un entorno institucional que hacen más probables los nexos entre políticos y empresas. Autores como FACCIO (2006) y CHEN et ál. (2011) encuentran que las conexiones políticas son más fuertes y habituales en países con sistemas legales débiles y elevados niveles de corrupción. Sin embargo, la conectividad política también es elevada en entornos institucionales altamente desarrollados. Así, MORCK et ál. (2000) muestran un elevado número de conexiones políticas en las empresas canadienses y GOLDMAND et ál. (2009) y COOPER et ál. (2010) señalan la elevada conectividad política de las empresas estadounidenses.

La literatura precedente ha puesto de manifiesto que las empresas políticamente conectadas poseen un peso relevante en la capitalización de las grandes sociedades cotizadas. Así, FACCIO (2006) muestra que las empresas políticamente conectadas suponen el 86 % de la capitalización en Rusia, el 41 % en Tailandia, el 39 % en USA o el 22 % en Irlanda, señalando que la media mundial se encuentra en el 8 %. Si nos centramos en el caso español, en la **tabla 1** presentamos los porcentajes de empresas españolas en las que existen consejeros políticos. De esta manera se aprecia que, en promedio, el 47,56 % son empresas políticamente conectadas, siendo un 34,34 % las empresas que han incorporado políticos de alto nivel a sus consejos de administración. En

cuanto a la evolución experimentada a lo largo del periodo 2003-2011¹ se aprecia un aumento del peso de las empresas políticamente conectadas, ya que mientras en el año 2003 suponían un 42,9%, a finales de 2011 alcanzan el 48,5%. Esta evolución se aprecia también en la presencia de políticos de alto nivel en los consejos de administración, observándose un incremento del 11% a lo largo del todo el periodo analizado.

Tabla 1. Evolución de la presencia de consejeros políticos en las empresas cotizadas españolas

	2003	2005	2007	2009	2011	Media
Empresas políticamente conectadas (%)	42,9	50,00	47,3	49,1	48,5	47,56
Empresas políticamente conectadas con políticos de alto nivel (%)*	28,6	32,6	34,8	36,1	39,6	34,34

Porcentajes calculados sobre una muestra de 114 empresas no financieras cotizadas españolas entre 2003 y 2011.

* Se considera a una empresa políticamente conectada cuando al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local. Se considera que una empresa está políticamente conectada con un político de alto nivel cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel estatal o europeo.

Los datos expuestos en la **tabla 1** reflejan la importancia de las conexiones políticas para las empresas cotizadas españolas, mostrando la importancia de aumentar el conocimiento sobre la incidencia de dichas conexiones en el comportamiento corporativo. En este sentido, la literatura previa señala diversos factores que justifican la presencia de políticos en los consejos de administración. Así, los consejeros políticos pueden ser una importante fuente de beneficios para la empresa, ya que aportan conocimientos sobre los procedimientos burocráticos y legislativos (e. g., AGRAWAL y KNOEBER, 2001; GOLDMAN et ál., 2009). Así, FACCIO (2006) señala que las conexiones políticas favorecen el tratamiento preferente por parte de los gobernantes, que puede materializarse en la obtención de ventajas fiscales, la preferencia en la adjudicación de contratos por parte de las administraciones públicas, un menor control regulador sobre la empresa o un mayor control sobre los rivales. Además, KHAWAJA y MIAN (2005) argumentan que las empresas políticamente conectadas obtienen mayores fondos de las entidades financieras y BOUBAKRI et ál. (2012) muestran que las empresas políticamente conectadas sufren menores restricciones presupuestarias y son menos sensibles a la competencia. De acuerdo con esta visión, se ha evidenciado que el mantenimiento de una estrecha relación con la élite política de forma sostenida en el tiempo es una estrategia que genera valor para la empresa. En esta línea, FISMAN (2001) muestra que en Indonesia el valor de mercado de las empresas políticamente conectadas a la familia gobernante liderada por el presidente Suharto experimentó un cambio significativo cuando se anunciaron noticias adversas sobre su salud. Por su parte, FACCIO (2006), utilizando una mues-

¹ Se han analizado las conexiones políticas para todos los años, no obstante, presentamos los datos de los años impares al objeto de simplificar la exposición de los datos.

tra internacional, examina las empresas con conexiones políticas y encuentra que las empresas políticamente conectadas disfrutaban de ciertos privilegios como un acceso más fácil a la financiación bancaria o tasas impositivas más bajas, así como mayores valores de mercado. Asimismo, FACCIO y PARSLEY (2009) encuentran un decremento significativo en el valor de la empresa tras la muerte de políticos que residían o nacieron en la misma área geográfica que las sociedades matrices. Finalmente, GOLDMAN et ál. (2009) obtienen evidencia de que, en comparación con la existencia de consejeros políticamente conectados, las donaciones corporativas son un indicador menos fiable de las rentabilidades futuras.

A pesar de lo anterior, las conexiones políticas, especialmente en entornos en los que se proporciona escasa protección a los intereses de los inversores externos, pueden favorecer que los propietarios controladores expropien rentas a los accionistas minoritarios. En este sentido, QIAN et ál. (2011) señalan que las actividades de *tunneling* y *self dealing* por parte de los accionistas dominantes son más pronunciadas en las empresas políticamente conectadas cuando el objetivo de la conexión política es garantizar el acceso a la financiación bancaria. En esta línea, CHEN et ál. (2010) encuentran que en las empresas políticamente conectadas son mayores las asimetrías de información entre directivos y accionistas.

De esta manera, lo anterior pone de relieve la importancia de considerar el entorno en el que se realizan las conexiones políticas, ya que de ello puede depender no solo la finalidad perseguida con las mismas, sino también los costes y beneficios derivados de la presencia de tales conexiones. En esta línea, FACCIO (2010) muestra que las diferencias entre empresas conectadas y no conectadas son mayores en entornos institucionales de débil protección, señalando que los costes y beneficios de las conexiones políticas dependen de las características específicas de cada país.

Las conexiones políticas en las empresas españolas se realizan en un entorno caracterizado por una significativa implicación del estado en el sistema económico y una débil protección legal del inversor externo. Además, el sistema de gobierno corporativo de las empresas cotizadas españolas se caracteriza por una alta concentración de propiedad en manos de bancos y familias en las que el control de la actuación directiva descansa en manos de los referidos accionistas controladores. Como señala CUERVO (2002) bajo este sistema el consejo de administración está controlado por consejeros internos o consejeros externos vinculados al núcleo de accionistas, mientras que los mercados de capitales son relativamente ilíquidos y con escasa capacidad de control. Adicionalmente, dado que las empresas cotizadas españolas suelen adoptar mecanismos defensivos, nos encontramos con un mercado de control corporativo escasamente activo que aísla a dichas empresas de los mercados de capitales, conllevando un mayor protagonismo de los contratos implícitos y de las relaciones informales. El escenario descrito traslada el tradicional conflicto de agencia entre directivos y accionistas a la divergencia de intereses entre propietarios controladores y accionistas minoritarios, ya que los segundos pueden verse perjudicados por la actuación de los primeros. En este contexto, CHEN et ál (2011) argumentan que la concentración de propiedad conlleva al menos tres ventajas en el establecimiento de conexiones políticas. En primer lugar, incrementa la homogeneidad de los intereses de los accionistas y reduce los costes de llevar a cabo acciones colectivas para establecer y mantener las conexiones con el ámbito político. En segun-

do lugar, ayuda a asegurar que el beneficio obtenido de la conexión realizada por el accionista dominante no se diluya por la participación de otros. Tercero, reduce la necesidad de transferir información sobre las rentas políticas, lo que beneficia no solo al propietario dominante sino también a los políticos, ya que ambos tienen intereses en mantener oculto el intercambio de favores.

Además, la literatura previa señala que, fuera del entorno anglosajón, los accionistas dominantes utilizan las estructuras piramidales para ejercer su poder (e. g., LA PORTA et ál., 1999; CLAESSENS et ál., 2000; FACCIO y LANG, 2002). Las pirámides proporcionan la acumulación de poder porque permiten el control de una mayor parte de la riqueza corporativa con una menor inversión por parte del propietario dominante, lo que reduce los costes de transacción en la realización de políticas de *lobbying* (MORCK et ál., 2004). En esta línea, KHANNA y PALEPU (2000) argumentan que las estructuras piramidales permiten coordinar favores y relaciones de confianza, posibilitando que se alcancen economías de escala en el uso de la reputación en las relaciones entre las élites corporativas y políticas. Este hecho puede ser de especial interés cuando los mercados de capitales están menos desarrollados y las relaciones de confianza son relevantes para celebrar contratos. Adicionalmente, las pirámides permiten la creación de un mercado de capitales interno (e. g., CUERVO, 2002; ALMEIDA y WOLFENZON, 2006) cuya viabilidad se incrementa ante la existencia de conexiones políticas ya que las ventajas financieras que derivan de dichas conexiones se extienden a la estructura piramidal.

A este respecto, en el contexto europeo continental y en España en particular las conexiones políticas pueden facilitar el acceso a recursos económicos a través de distintas fuentes como la financiación bancaria, la obtención de subvenciones o bien obteniendo ingresos a través de la venta de productos o servicios a las administraciones públicas. En este sentido, la significativa intervención del estado en la economía que caracteriza a los países de Europa Continental frente a otros contextos como el anglosajón dota a la conexión política de un valor especial (AGRAWALL y KNOEBER, 2001), al posibilitar que el estado pueda convertirse en un cliente de especial relevancia para múltiples empresas de sectores como el sanitario, energético o incluso el alimentario.

De otra parte, el sistema financiero de nuestro país ha estado caracterizado tradicionalmente por una fuerte intervención del estado en la economía tanto a través del Banco de España como a través de la influencia en la gestión de las cajas de ahorros que hasta periodos recientes formaban parte destacada del sistema financiero español. En este sentido, la conexión política podía facilitar a la empresa una mayor y mejor financiación bancaria frente a sus competidores. En esta línea, BOUBAKRI et ál. (2012) muestran que las empresas políticamente conectadas disfrutaban de unos menores costes de capital frente a las empresas que no están políticamente conectadas.

Adicionalmente, la cada vez mayor incidencia en las empresas de nuestro país de las decisiones que se toman en el ámbito de la unión económica y monetaria europea dota a las conexiones políticas de alto nivel de especial protagonismo, ya que estas pueden facilitar a las empresas la obtención de recursos financieros procedentes de Europa. En este sentido, tal como se ha recogido en la **tabla 1**, es significativo el aumento de la presencia de políticos de alto nivel en el consejo de administración de las empresas cotizadas españolas frente a políticos de nivel autonómico o local.

3. LAS CONEXIONES POLÍTICAS Y LA CREDIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTABLE

La influencia del ámbito político en la contabilidad ha sido expresamente considerada en la literatura contable (WATTS y ZIMMERMAN, 1978, 1986). Así, algunos trabajos proporcionan evidencia empírica de la incidencia del contexto político en las prácticas contables, evidenciado cómo los directivos tienden a ajustar el *reporting* financiero en función del grado de implicación del estado en las decisiones económicas (e. g., BUSHMAN *et al.*, 2004; BUSHMAN y PIOTROSKI, 2006), mientras que otros analizan cómo ciertas prácticas de *lobbying* pueden influenciar la regulación contable (e. g., VAN LENT, 1997; JORISSEN *et al.*, 2012; MCLEAY *et al.*, 2000; GINER y ARCE, 2013). De manera reciente, un incipiente grupo de estudios analiza cómo la presencia de conexiones políticas en el ámbito empresarial puede afectar a los incentivos de los agentes internos en relación con la elaboración y suministro de información contable a terceros. Así, RAHI-BELKAOUI (2004) apunta al contexto político como un importante determinante del nivel de opacidad de un país. Utilizando una muestra internacional, dicho autor obtiene evidencia de que el nivel de opacidad en los resultados está positivamente relacionado con el porcentaje de empresas políticamente conectadas, y negativamente relacionado con el porcentaje de capitalización de mercado de estas empresas y la eficacia del sistema legal del país.

Por su parte, CHANEY *et al.* (2011) documentan, en un estudio internacional, que la calidad de la información contable de las empresas políticamente conectadas es inferior a la calidad de las no conectadas. Los autores anteriores atribuyen estos resultados a la menor exposición a las presiones del mercado por parte de las primeras, lo que conlleva menores costes derivados del suministro a terceros de una información contable de menor calidad. En este sentido, encuentran una relación negativa entre la calidad de la información contable y el coste de la deuda solo para las empresas que no están políticamente conectadas. De otra parte, CHEN *et al.* (2010) utilizando una muestra internacional, analizan la relación entre las conexiones políticas empresariales y las predicciones de resultados efectuadas por los analistas financieros. Dichos autores encuentran que los resultados de las empresas políticamente conectadas presentan para los analistas mayores dificultades de predicción en comparación con los resultados de las empresas no conectadas. En este sentido, las conexiones políticas incrementan la asimetría informativa entre accionistas y directivos. Así, dado que las transacciones que conllevan favoritismo político frecuentemente no son reveladas, los analistas poseen serias dificultades para predecir los resultados futuros de la empresa basándose en datos históricos y el resto de información pública disponible. Finalmente, GUL (2006) analiza el papel de las conexiones políticas en el *reporting* financiero y en el proceso de auditoría. Sus resultados muestran un mayor incremento en los honorarios de auditoría para las empresas políticamente conectadas en comparación con las no conectadas como resultado de la crisis financiera asiática. Sin embargo, con posterioridad a la introducción de ciertos controles de capital por parte del estado que brindan mayor protección financiera a las empresas conectadas se produce un decremento en los honorarios de auditoría para dichas empresas.

En un entorno en el que el principal conflicto de agencia deriva de la divergencia de intereses entre propietarios controladores y accionistas minoritarios y en el que el sistema legal pro-

porciona escasa protección a los inversores externos podría argumentarse que si los accionistas dominantes llevan a cabo actividades de expropiación de rentas y ocultan dicha expropiación a través de la información contable, su elevada participación en el capital de la empresa y su horizonte de inversión a largo plazo provocaría que tales accionistas soportaran las consecuencias negativas derivadas de la reversión de los efectos de dicha conducta expropriatoria (e. g., FAN y WONG, 2002; BONA et ál., 2011; BONA et ál., 2013). No obstante, la mayor accesibilidad a fuentes de financiación alternativas a los mercados de capitales por parte de las empresas políticamente conectadas (KHAWAJA y MIAN, 2005) conlleva una disminución del poder disciplinario de tales mercados sobre la actuación de los agentes internos (e. g., CHANEY et ál., 2011; QIAN et ál., 2011), lo que podría aumentar los incentivos a la expropiación de rentas a los minoritarios por parte de los propietarios dominantes (*efecto expropiación*). En este escenario los inversores externos prestarán menor atención a la información contable reportada, por cuanto más que en un fiel reflejo de la realidad de las operaciones realizadas por la empresa, esperan que refleje los intereses particulares del accionista controlador.

Dado que podemos esperar una mayor tendencia de las empresas políticamente conectadas a acudir a fuentes de financiación alternativas, tales como mercados de capitales internos o la financiación bancaria (e. g., MORCK et ál., 2004; FACCIO, 2006; KHANNA y YAFEH, 2007), disponibles a un coste menor y favorecidas por la existencia de las conexiones políticas, la información contable pierde protagonismo como vía esencial para la resolución de asimetrías informativas derivadas de la separación entre propiedad y control, debido a la existencia de canales informativos privados (e. g., BALL et ál., 2003; BALL y SHIVAKUMAR, 2005). En este contexto, la relación negativa entre la presencia de conexiones políticas y calidad de la información contable también podría venir justificada por la presencia de un *efecto información* (FAN y WONG, 2002) en la que tanto accionistas como políticos estarían interesados en proporcionar al mercado la menor información posible. De esta forma, para las empresas políticamente conectadas la credibilidad de la información contable puede verse reducida ya que el mercado anticipa una preferencia por la opacidad al objeto de brindar protección a la conexión política. En este sentido, LEUZ y OBERHOLZER-GEE (2006) argumentan que la mayor transparencia asociada a la inversión extranjera hace más difícil para las empresas políticamente conectadas extraer favores políticos, especialmente aquellos de dudosa legalidad. En consecuencia, las empresas conectadas que disfrutaban de beneficios políticos sustanciales son más proclives a decantarse por menores grados de transparencia, acudiendo a los mercados financieros domésticos.

Frente a los efectos expropiación e información anteriormente considerados podría argumentarse que la preocupación por la reputación del cargo político, unida a la mayor visibilidad y escrutinio al que está sometida la actuación de las empresas políticamente conectadas por parte de la prensa y la opinión pública, podrían conllevar una mayor tendencia a suministrar al mercado una información contable de mayor calidad (*efecto reputación*). Así, en el entorno descrito la mayor calidad podría ser una estrategia de las empresas políticamente conectadas para aumentar su reputación señalizando al mercado que las conexiones políticas no se usan para expropiar riqueza a los accionistas minoritarios sino más bien para crear valor a largo plazo. En este contexto, la literatura precedente ha puesto de manifiesto que los directivos preocupados por la re-

putación limitan las prácticas de expropiación de rentas (*e. g.*, FAMA, 1980; KREPS et ál., 1982; KREPS, 1990) lo que redundan en un aumento de la calidad de las cifras contables (*e. g.*, WANG, 2006; ALI et ál., 2007). Además, como señalan BUSHMAN et ál. (2004) un componente importante de la transparencia corporativa es la diseminación de la información a través de los medios de comunicación y los analistas financieros. Así, en línea con BUSHMAN y SMITH (2001), los autores anteriores señalan que la falta de una infraestructura de comunicación de la información impide el adecuado flujo de la información reportada por la empresa, limitando la capacidad de dicha información para llegar a los agentes económicos interesados. No obstante, en el caso de las empresas políticamente conectadas, el mayor seguimiento por parte de analistas financieros y los medios de comunicación conlleva un entorno de mayor escrutinio que supone no solo una mayor probabilidad de detección de este tipo de conductas no maximizadoras del valor a largo plazo sino también un aumento de los costes asociados a las mismas. Así pues, ante un efecto reputación, el mercado esperaría que la información contable se convirtiera en un fiel reflejo de las operaciones realizadas por la empresa más que en un mecanismo a disposición del accionista dominante para el logro de sus fines particulares.

Dado que los argumentos teóricos anteriores conllevan efectos de signo contrario (efectos expropiación/información versus efecto reputación), serán los resultados empíricos los que determinen el sentido de la interrelación entre la presencia de conexiones políticas y la capacidad informativa de los resultados contables. De este modo, nuestra primera hipótesis objeto de contraste es:

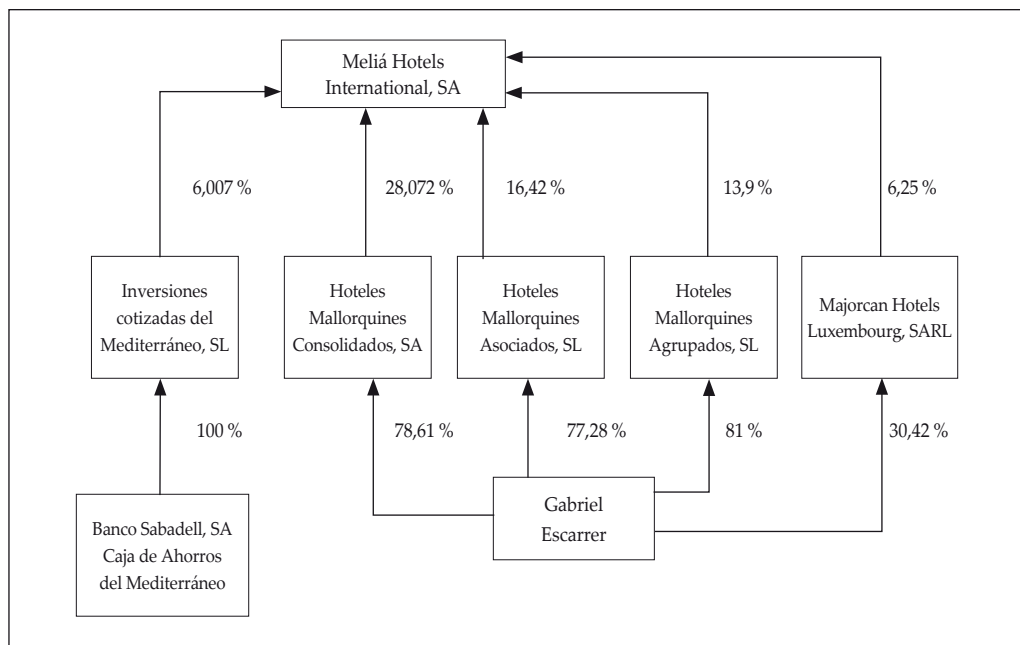
H1: *La presencia de conexiones políticas incide en la calidad de la información contable divulgada.*

H1 (a): *La presencia de conexiones políticas incide negativamente en la calidad de la información contable divulgada.*

H1 (b): *La presencia de conexiones políticas incide positivamente en la calidad de la información contable divulgada.*

De otra parte, la literatura previa señala que, fuera del entorno anglosajón, los accionistas dominantes utilizan las estructuras piramidales para ejercer su poder (*e. g.*, LA PORTA et ál., 1999; CLAESSENS et ál., 2000; FACCIO y LANG, 2002). Estas estructuras conllevan la conexión de varias empresas a través de relaciones de propiedad en las que un propietario dominante ostenta el control de forma directa o indirecta de todas las empresas que conforman la pirámide. A modo de ejemplo, mostramos en la **figura 1** la cadena de control de Meliá Hotels International a finales de 2012. A través de dicha figura se dibuja una estructura piramidal en la que don Gabriel Escarrer es el propietario dominante con un 64,642 % de los derechos de voto (la suma de los enlaces más débiles de cada una de las cadenas de empresas que separan a don Gabriel Escarrer de Meliá Hotels International), mientras que solo posee el 47,91 % de los derechos de *cash flow* (la suma de los productos de los enlaces de cada una de las cadenas de empresas que separan a don Gabriel Escarrer de Meliá Hotels International).

Figura 1. Cadena de control de Meliá Hotels International, SA a 31 de diciembre de 2012



Tal como argumenta CUERVO (2002), la utilización de grupos piramidales que separan propiedad y control facilita el crecimiento de proyectos empresariales y el desarrollo de un mercado financiero interno que puede trasladar fondos de una de las partes de la pirámide a otra. En esta línea, ALMEIDA y WOLFENZON (2006) argumentan que las estructuras piramidales permiten incluir nuevas empresas que estarán bajo el control de los accionistas de la empresa original que formó el grupo piramidal. De este modo, aunque los accionistas dominantes cedan parte de las acciones a pequeños accionistas siguen manteniendo el control de todo el *cash* que se mueve en la estructura piramidal. Como argumentan los autores anteriores la estructura piramidal puede crear un mercado financiero interno que será más necesario cuanto menos eficiente sea el sistema financiero. Además, los grupos piramidales permiten otorgar garantías implícitas a los inversores externos debido a la posibilidad de trasladar flujos monetarios a través de la pirámide (RIYANTO y TOOLSEMA, 2008).

Además, tal como se recoge en la **figura 1** las pirámides conllevan una divergencia entre derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante, lo que podría aumentar los incentivos a la expropiación de rentas a los accionistas minoritarios (*e. g.*, FAN y WONG, 2002; FRANCIS et ál., 2005; LEE, 2007; SANTANA et ál., 2007; BONA et ál., 2013), puesto que en este escenario el accionista controlador disfruta de los beneficios económicos asociados a dicha conducta expropiatoria soportando en menor medida los costes derivados de la realización de transacciones no maximizadoras del valor a largo plazo. Partiendo de esta justificación, la literatura

precedente ha puesto de manifiesto una relación negativa entre la divergencia entre los derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante y la calidad de los resultados contables (e. g., FAN y WONG, 2002; BONA et ál., 2011).

No obstante, no contamos con evidencia previa sobre el efecto de la divergencia sobre la calidad de la información contable divulgada en las empresas políticamente conectadas. A este respecto, tal como hemos comentado en el epígrafe anterior las pirámides favorecen la realización de prácticas de *lobbying* (e.g. MORCK et ál., 2004; KHANNA y PALEPU, 2000). Además, las garantías que otorgan los grupos piramidales a los inversores externos debido a la posibilidad de trasladar flujos monetarios a través de la pirámide (RIYANTO y TOOLSEMA, 2008) son «apalancadas» por la presencia de conexiones políticas al facilitar la obtención de fondos al grupo. De este modo, los políticos otorgan al mercado interno que conforma la pirámide de una mayor viabilidad en su conjunto, es decir, las ventajas financieras del político se «contagian» a lo largo de toda la estructura piramidal. En esta línea, FAN et ál. (2011) argumentan que en mercados financieros menos eficientes la competencia por los recursos financieros suele estar basada en mecanismos alejados de la libre oferta y demanda a partir del establecimiento de relaciones entre empresarios, banqueros y políticos. De este modo, los empresarios que poseen estas relaciones pueden utilizarlas para obtener ventajas para diversificar sus inversiones en varios sectores y formar grupos corporativos que facilitan el traslado de fondos de unas empresas a otras dentro del grupo (e. g., MORCK et ál., 2004; KHANNA y YAFEH, 2007).

Así, la existencia de mercados alternativos a los mercados de capitales propiciados por la existencia de conexiones políticas, tales como los mercados internos o la financiación bancaria, podría conllevar que las empresas políticamente conectadas pertenecientes a un grupo piramidal fuesen menos vulnerables a las presiones de los mercados de capitales, lo que podría aumentar sus incentivos a la expropiación de rentas. De este modo, la presencia de conexiones políticas podría intensificar la relación negativa entre la divergencia entre derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante y la capacidad informativa de los resultados contables, ya que en este contexto el mercado espera que la información contable refleje, más que las operaciones realizadas por la empresa, los intereses particulares del accionista dominante (*efecto expropiación*).

Asimismo, a medida que aumenta la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow* en las empresas políticamente conectadas, aumentará también su coste de capital (e. g., SHLEIFER y VISHNY, 1986; CLAESSENS et ál., 2000; BEBCHUCK et ál., 2000; FACCIO et ál., 2001), ya que el mercado descontará a través del precio el aumento de los incentivos a expropiar por parte de los accionistas dominantes. Ello aumentaría la propensión de estas empresas a acudir a otras fuentes de financiación alternativas a los mercados de capitales, como son los mercados de capitales internos o la financiación bancaria, disponibles a un coste menor precisamente por la existencia de conexiones políticas. En este contexto, la información contable perdería protagonismo como vía para la resolución de asimetrías informativas derivadas de la separación entre propiedad y control, debido a la existencia de canales informativos privados (e. g., BALL et ál., 2003; BALL y SHIVAKUMAR, 2005), lo que conllevaría una mayor tendencia a la opacidad al objeto de proteger la conexión política. En este escenario, por tanto, tanto los accionistas como los consejeros políticos estarían interesados en suministrar al mercado la menor información posible (*efecto información*).

Frente a estos efectos expropiación e información, es preciso indicar que las estructuras piramidales atraen la atención de los inversores externos, ya que los propietarios dominantes en este tipo de estructuras utilizan la reputación y las conexiones políticas para el desarrollo de un mercado financiero interno que facilite la incorporación de nuevas unidades de negocio. Así, en línea con LA PORTA et ál. (2000) en entornos de débil protección legal la reputación se convierte en un mecanismo sustitutivo de la defensa del sistema legal para los inversores externos. Adicionalmente, a medida que aumenta la dimensión del grupo piramidal en empresas políticamente conectadas aumenta la visibilidad de la empresa. Así pues, este aumento del escrutinio unido a la importancia de la reputación reduce los incentivos a la expropiación de rentas por parte del propietario dominante (e. g., FAMA, 1980; KREPS et ál., 1982; KREPS, 1990). En este escenario el mercado espera que la información contable se erija en un fiel reflejo de las operaciones realizadas por la empresa más que en un instrumento a disposición del accionista de control para el logro de sus fines particulares (*efecto reputación*).

Dado que también en este caso los argumentos anteriores predicen efectos de signo contrario, serán los resultados empíricos los que determinen el sentido de la interrelación entre la divergencia entre derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario controlador de empresas políticamente conectadas y la capacidad informativa de los resultados contables. De este modo, nuestra segunda hipótesis objeto de contraste es:

H2: *La divergencia de derechos de voto y de cash flow del propietario dominante de las empresas políticamente conectadas incide en la capacidad informativa de los resultados contables.*

H2 (a): *La divergencia de derechos de voto y de cash flow del propietario dominante de las empresas políticamente conectadas incide negativamente en la capacidad informativa de los resultados contables.*

H2 (b): *La divergencia de derechos de voto y de cash flow del propietario dominante en las empresas políticamente conectadas incide positivamente en la capacidad informativa de los resultados contables.*

4. METODOLOGÍA

4.1. MUESTRA

La población utilizada en el estudio comprende las sociedades no financieras cotizadas en el Mercado Continuo español. En concreto, la muestra parte de las 114 empresas no financieras que cotizaban en dicho mercado entre 2003 y 2011. De este modo, las conexiones políticas son analizadas a través de una muestra final de 901 observaciones empresa-año, de manera que más del 95% de las sociedades incluidas en el estudio poseen 5 o más observaciones en el periodo muestral. La elección del año 2003 como punto de partida para el análisis de las conexiones po-

líticas se justifica por la entrada en vigor de la Ley 26/2003 en la que se establece la obligación por parte de las sociedades cotizadas de realizar un informe de gobierno corporativo en el que, entre otros aspectos, se describe la composición del consejo de administración de la sociedad. Para la eliminación de valores extremos hemos utilizado la metodología desarrollada por HADI (1994). Este método nos permite detectar múltiples valores extremos en datos multivariantes.

4.2. DETERMINACIÓN DE LAS CONEXIONES POLÍTICAS

Como comentamos anteriormente no existe una definición generalmente aceptada de conexión política, aspecto que dificulta su estudio (CHEN et ál., 2011). No obstante, la literatura precedente se ha centrado en el análisis de la presencia de políticos en el consejo de administración de las sociedades cotizadas (*e.g.*, FACCIO, 2006; GOLDMAN et ál., 2009; CHANEY et ál., 2011; CHEN et ál., 2011; BOUBRAKI et ál., 2012; DUCHIN y SOSYRA, 2012). De este modo, para determinar la presencia de políticos en el consejo de administración para cada uno de los años del periodo 2003-2011 se ha requerido la elaboración a mano de una base de datos utilizando diferentes fuentes de información. Así, se ha analizado el currículum vitae de los consejeros independientes del consejo de administración a partir de los informes anuales de gobierno corporativo publicados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las páginas web de las empresas cotizadas. Además, en las escasas empresas en las que la información requerida para cumplimentar la base no había sido publicada en estas fuentes, se procedió a la realización de consultas a la sociedad y a la búsqueda de posibles cargos públicos anteriormente desempeñados por un consejero a través de internet. Así, a modo de ejemplo, la empresa Gas Natural es calificada como una empresa políticamente conectada en el año 2011 ya que al menos uno de sus consejeros ocupó un cargo político a nivel estatal como es don Felipe González Márquez que ocupó el cargo de Presidente del Gobierno Español entre los años 1982-1996. De este modo, el estudio se centra, al igual que los trabajos precedentes, en los casos de *revolving door*, al identificar a los políticos que pasan al sector privado ejerciendo como consejeros de sociedades cotizadas.

4.3. LA CAPACIDAD INFORMATIVA DE LOS RESULTADOS CONTABLES

La capacidad informativa hace referencia al nivel de credibilidad que tiene para los mercados el resultado contable (y por ende la información contable) divulgada por las empresas. El procedimiento seguido en la literatura previa (*e.g.*, TEO y WONG, 1993; IMHOFF y LOBO, 1992; WARFIELD et ál., 1995; SUBRAMANYAN y WILD, 1996; FAN y WONG, 2002; YEO et ál., 2002; FRANCIS et ál., 2005) para medir la capacidad informativa parte de la siguiente regresión, que especifica la relación básica entre la rentabilidad de las acciones y los resultados contables:

$$CAR_{it} = \psi_0 + \psi_1 NI_{it} + \varepsilon_i \quad [\text{Ec.1}]$$

Donde:

- CAR_{it} es la rentabilidad acumulada de las acciones ajustada por la evolución del mercado de la empresa i en el año t . Esta variable es calculada de manera continua con los precios 12 meses antes del último día para la presentación de las cuentas anuales según la normativa bursátil (ventana 9-3)².
- NI_{it} es el resultado neto de la empresa i , deflactado por el valor de mercado de las acciones al principio del año t .
- ε_{it} es el término de error de la empresa i en el año t .

De esta manera, el coeficiente ψ_j de la ecuación Ec.1 captura la capacidad informativa de los resultados contables. Partiendo de tal relación básica, y en línea con los estudios citados, la incidencia de otras variables adicionales sobre la capacidad informativa de los resultados contables es considerada en el modelo interactuándolas con la variable relativa a los resultados (NI_{it}). Así pues, con el fin de contrastar nuestras hipótesis, consideramos las siguientes ecuaciones (Ec.2 y Ec.3).

$$CAR_{it} = \alpha_0 + NI_{it} + \alpha_2 POLITICOS_{it} \times NI_{it} + \alpha_3 POLITICOS_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NI_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i \quad [Ec.2]$$

$$CAR_{it} = \chi_0 + \chi_1 NI_{it} + \chi_2 POLITICOS_AN_{it} \times NI_{it} + \chi_3 POLITICOS_AN_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \chi_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \chi_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \chi_6 END_{it} \times NI_{it} + \chi_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i \quad [Ec.3]$$

Así, con la finalidad de contrastar las hipótesis planteadas, incluimos en la ecuación Ec.2 la variable $POLITICOS_{it}$ como una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local y 0 en caso contrario. Esta definición se encuentra en consonancia con la literatura precedente (e. g., FACCIO, 2006; GOLDMAN et ál., 2009; CHANEY et ál., 2011; BOUBAKRI et ál., 2012; DUCHIN y SOSYURA, 2012). Además, en la ecuación Ec.3 incorporamos la variable $POLITICOS_AN_{it}$ que es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político de alto nivel (estatal o europeo) y 0 en caso contrario.

Por su parte, en línea con la literatura precedente (e. g., FAN y WONG, 2002; SANTANA et ál., 2007; BONA et ál., 2013) hemos considerado en las dos ecuaciones diversas variables de control³, por su posible incidencia en la capacidad informativa de los resultados contables. La primera de ellas es $DIVERG_{it}$, que mide la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow* en manos del propietario dominante, calculado como diferencia entre los derechos de voto y los derechos de *cash*

² Para las empresas cotizadas, el último día para la presentación de las cuentas anuales es el 31 de marzo. Por tanto, la ventana utilizada ha sido de 9 meses antes y 3 meses después del cierre del año fiscal.

³ Véase FAN y WONG (2002) para una explicación exhaustiva sobre la inclusión de las variables de control.

flow de dicho accionista. Teniendo en cuenta el objetivo de nuestro trabajo, es fundamental controlar por esta variable. La inclusión de esta variable permite que los resultados no vengan afectados por la existencia de distintos niveles de incentivos para la expropiación de rentas a los minoritarios.

De otra parte, con el fin de considerar el efecto de las oportunidades de crecimiento en el análisis de la relación resultados-rentabilidad se ha incluido en el modelo la variable $MKBOOK_{it}$, que mide la relación existente entre el valor de mercado de las acciones y el valor contable de los fondos propios al principio del año t . También se ha incorporado en el análisis el nivel de endeudamiento END_{it} , medido a través de la relación entre el valor contable de la deuda y el total de activos al principio del año t . Por último, se incluye la dimensión de la empresa TAM_{it} , medida a través del logaritmo natural del valor de mercado de las acciones al principio del año t . Asimismo, también hemos incluido variables dicotómicas con el fin de controlar el efecto sector (ϕ_j) y el efecto anual (η_k).

5. ANÁLISIS EMPÍRICO

5.1. ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

En la **tabla 2** (Panel A) mostramos los estadísticos descriptivos de la variable dependiente y las variables independientes. El valor promedio de CAR_{it} es $-0,0336$, siendo su mediana de $0,0106$. Por su parte, el valor promedio de NI_{it} es de $0,0485$, con una mediana de $0,0560$. Tales variables no presentan, por tanto, una elevada dispersión. Por su parte, el accionista de referencia posee más derechos de voto que de *cash flow*. Concretamente, la media de la variable $DIVERG_{it}$ indica que los niveles de voto se sitúan en términos promedios un $4,53\%$ por encima de los niveles de derechos de *cash flow*.

En la **tabla 2** (Panel B) mostramos la matriz de correlaciones. El mayor valor de $0,48$ se corresponde con las variables $POLITICOS_{it}$ y $POLITICOS_AN_{it}$, pero no generan ningún problema de multicolinealidad en los modelos por cuanto ambas variables no aparecen conjuntamente en las regresiones. Con el fin de asegurarnos de que el problema de multicolinealidad no estaba presente, hemos calculado el Factor de Inflación de la Varianza (FIV) para cada variable independiente incluida en los modelos estimados. Los valores FIV fueron en todos los casos muy inferiores a 5 , que es el valor indicativo de que podría existir un problema de multicolinealidad (STUDENMUND, 1997).

Tabla 2. Estadísticos descriptivos

Panel A					
	Media	Mediana	Desviación típica	Mínimo	Máximo
CAR_{it}	-0.0336	0.0106	0.3447	-1.5212	1.1820
.../...					

Panel A					
	Media	Mediana	Desviación típica	Mínimo	Máximo
.../...					
NI_{it}	0.0485	0.0560	0.0817	-0.3074	0.3586
$DIVERG_{it}$	4.5332	0	7.4147	0	36.64
$MKBOOK_{it}$	2.3420	1.8326	1.8075	-3.6238	9.7266
END_{it}	0.7081	0.6615	0.3758	0.0872	5.7080
TAM_{it}	13.4786	13.3116	1.8380	9.3833	18.480

Panel B							
	CAR_{it}	NI_{it}	$POLITICOS_{it}$	$POLITICOS_AN_{it}$	$DIVERG_{it}$	$MKBOOK_{it}$	END_{it}
NI_{it}	0,32						
$POLITICOS_{it}$	0,01	-0,03					
$POLITICOS_AN_{it}$	0,00	0,01	0,48				
$DIVERG_{it}$	-0,01	0,01	0,05	-0,04			
$MKBOOK_{it}$	0,08	0,06	0,04	0,07	0,03		
END_{it}	-0,07	0,05	0,00	-0,03	0,01	0,14	
TAM_{it}	0,24	0,25	0,27	0,23	0,13	0,05	0,16

CAR_{it} es la rentabilidad acumulada de las acciones ajustada por la evolución del mercado de la empresa i en el año t (ventana 9-3). NI_{it} representa el resultado neto de la empresa, deflactado por el valor de mercado de las acciones al principio del año. $POLITICOS_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local y 0 en caso contrario. $POLITICOS_AN_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político de alto nivel (estatal o europeo) y 0 en caso contrario. $DIVERG_{it}$ mide la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow*, medido como diferencia entre los derechos de voto y los derechos de *cash flow* en manos del accionista de referencia. $MKBOOK_{it}$ mide la relación existente entre el valor de mercado de las acciones y el valor contable de los fondos propios al principio del año t . END_{it} es la relación entre el valor contable de la deuda y el total de activos al principio del año t . TAM_{it} es el logaritmo natural del valor de mercado de las acciones al principio del año t .

5.2. RESULTADOS

Las regresiones han sido estimadas utilizando el Método Generalizado de los Momentos (MGM) desarrollado por ARELLANO y BOND (1991), incorporando las correcciones propuestas

por ARELLANO y BOVER (1995) y BLUNDELL y BOND (1998). La estimación en dos etapas estima las regresiones con errores robustos a la heterocedasticidad. Asimismo, la versión del MGM en niveles (o en sistemas), introducido por ARELLANO y BOVER (1995) y BLUNDELL y BOND (1998), mejora el estimador original al combinar un conjunto de ecuaciones en primeras diferencias con niveles retardados de las variables como instrumentos adicionales. De esta manera, la metodología permite abordar tanto el problema de heterogeneidad como de endogeneidad. El problema de heterogeneidad es superado al modelizarlo con un efecto individual que es eliminado al realizarse las primeras diferencias de las variables. El problema de endogeneidad es superado al utilizarse como instrumentos de las variables independientes los retardos de las mismas. Las variables relativas a los años y a los sectores fueron consideradas estrictamente exógenas.

Para contrastar las hipótesis enunciadas estimamos las regresiones correspondientes a las ecuaciones Ec.2 y Ec. 3 (Modelo 2 y Modelo 3, **tabla 3**). De este modo, si nos centramos en la hipótesis H1 los resultados del Modelo 2 muestran una incidencia negativa y significativa de la presencia de políticos en el consejo de administración sobre la capacidad informativa de los resultados contables ($\alpha_2 = -0,93$). En el Modelo 3 se aprecia que dicha incidencia es también negativa y significativa si se considera únicamente la presencia de políticos de alto nivel ($\chi_2 = -0,76$). Estos resultados se encuentran en consonancia con la hipótesis H1a. Con el fin de discriminar entre las dos explicaciones alternativas propuestas en los argumentos teóricos para justificar la relación negativa entre la presencia de conexiones políticas y la capacidad informativa de los resultados contables (efecto expropiación versus efecto información), estimamos cómo incide la presencia de consejeros políticos en el valor de la empresa. De esta manera, si la incidencia de la presencia de consejeros políticos en el valor de la empresa fuera negativa los signos de α_2 y χ_2 en las ecuaciones 2 y 3, respectivamente, vendrían explicados por la presencia de un efecto expropiación, mientras que si la incidencia fuera positiva los signos de α_2 y χ_2 vendrían explicados por un efecto información.

Tabla 3. Incidencia de la presencia de consejeros políticos en la capacidad informativa de los resultados contables

Modelo 1 (Ec. 1): $CAR_{it} = \psi_0 + \psi_1 NI_{it} + \varepsilon_i$			
Modelo 2 (Ec. 2): $CAR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 NI_{it} + \alpha_2 POLITICOS_{it} \times NI_{it} + \alpha_3 POLITICOS_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NI_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$			
Modelo 3 (Ec.3): $CAR_{it} = \chi_0 + \chi_1 NI_{it} + \chi_2 POLITICOS_AN_{it} \times NI_{it} + \chi_3 POLITICOS_AN_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \chi_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \chi_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \chi_6 END_{it} \times NI_{it} + \chi_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$			
	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
NI_{it}	0,31***	0,02***	0,49***
	(3,34)	(4,38)	(4,20)
			.../...

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
.../...			
POLITICOS _{it} × NI _{it}		-0,93*** (-11,56)	
POLITICOS_AN _{it} × NI _{it}			-0,76*** (-12,17)
POLITICOS × DIVERG × NI _{it}		0,11*** (10,82)	
POLITICOS_AN × DIVERG × NI _{it}			0,09*** (7,15)
DIVERG _{it} × NI _{it}		-0,04*** (-4,04)	-0,013*** (-1,76)
MKBOOK _{it} × NI _{it}		0,001 (1,44)	0,0008 (0,94)
END _{it} × NI _{it}		0,25** (1,99)	0,02 (0,15)
TAM _{it} × NI _{it}		0,09*** (2,98)	0,03*** (2,42)
Constante	-0,05*** (-3,77)	-0,09*** (-3,69)	-0,07*** (-2,81)
Efecto año		Sí	Sí
Efecto sector		Sí	Sí
Test de Hansen	7,61 (0,37)	97,59 (1,00)	101,48 (1,00)
Test m2	-1,29 (0,19)	-0,71 (0,48)	-0,84 (0,40)
			.../...

	Modelo 1	Modelo 2	Modelo 3
.../...			
Test z1		1063,05***	216,46***
Test z2		49,57***	33,47***
Test z3		359,43***	676,55***

t-student en paréntesis. *** p<0,01, ** p<0,05, * p<0,1

CAR_{it} es la rentabilidad acumulada de las acciones ajustada por la evolución del mercado de la empresa i en el año t (ventana 9-3). NI_{it} representa el resultado neto de la empresa, deflactado por el valor de mercado de las acciones al principio del año. $POLITICOS_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local y 0 en caso contrario. $POLITICOS_AN_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político de alto nivel (estatal o europeo) y 0 en caso contrario. $DIVERG_{it}$ mide la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow*, medido como diferencia entre los derechos de voto y los derechos de *cash flow* en manos del accionista de referencia. $MKBOOK_{it}$ mide la relación existente entre el valor de mercado de las acciones y el valor contable de los fondos propios al principio del año t . END_{it} es la relación entre el valor contable de la deuda y el total de activos al principio del año t . TAM_{it} es el logaritmo natural del valor de mercado de las acciones al principio del año t .

Test de Hansen. Ho: Los instrumentos no están correlacionados con los residuos. *Test m2*. Ho: No existe correlación serial de segundo orden en los residuos en primeras diferencias. z1, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los años. z2, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los sectores. z3, test de Wald de significación conjunta de los coeficientes obtenidos.

En la **tabla 4** mostramos los resultados de la incidencia de la presencia de consejeros políticos en el valor de la empresa (Ec.4 y Ec.5; Modelo 4 y Modelo 5, **tabla 4**).

$$TOBINQ_{it} = \lambda_0 + \lambda_1 POLITICOS_{it} + \lambda_2 DIVERG_{it} + \lambda_3 TAM_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i \quad [Ec.4]$$

$$TOBINQ_{it} = \omega_0 + \omega_1 POLITICOS_AN_{it} + \omega_2 DIVERG_{it} + \omega_3 TAM_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i \quad [Ec.5]$$

Donde $TOBINQ_{it}$ es la Q de Tobin, calculada como cociente de la suma del valor de mercado de las acciones y deuda entre el valor contable de los activos de la empresa.

Los resultados revelan una relación positiva entre la presencia de conexiones políticas y el valor de la empresa ($\lambda_1 = 0,1579$ y $\omega_1 = 0,3120$), lo que nos permite concluir que es el efecto información el que justifica en el contexto español una relación negativa entre la presencia de conexiones políticas y la credibilidad de los resultados contables.

Tabla 4. Incidencia de la presencia de consejeros políticos en el valor de la empresa

Modelo 4 (Ec.4): $TOBINQ_{it} = \lambda_0 + \lambda_1 POLITICOS_{it} + \lambda_2 DIVERG_{it} + \lambda_3 TAM_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$
Modelo 5 (Ec.5): $TOBINQ_{it} = \omega_0 + \omega_1 POLITICOS_AN_{it} + \omega_2 DIVERG_{it} + \omega_3 TAM_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$

.../...

.../...

	Modelo 6	Modelo 7
POLITICOS _{it}	0,1579*** (15,63)	
POLITICOS_AN _{it}		0,3120*** (11,43)
DIVERG _{it}	-0,005*** (-8,08)	-0,0006*** (-4,12)
TAM _{it}	0,1640*** (27,37)	0,1641*** (26,84)
Constante	-0,6617*** (-7,06)	-0,6752*** (-7,83)
Efecto año	Sí	Sí
Efecto sector	Sí	Sí
Test de Hansen	89,96 (0,797)	91,78 (0,756)
Test m2	-2,12 (0,538)	-2,18 (0,573)
Test z1	791,28***	221,08***
Test z2	313,88***	116,67***
Test z3	288,77***	391,55***

t-student en paréntesis. *** p<0,01, ** p<0,05, * p<0,1

TOBINQ_{it} es la Q de Tobin, calculada como cociente de la suma del valor de mercado de las acciones y deuda entre el valor contable de los activos de la empresa. POLITICOS_{it} es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local y 0 en caso contrario. POLITICOS_AN_{it} es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político de alto nivel (estatal o europeo) y 0 en caso contrario. TAM_{it} es el logaritmo natural del valor de mercado de las acciones al principio del año *t*. Test de Hansen. Ho: Los instrumentos no están correlacionados con los residuos.

Test m2. Ho: No existe correlación serial de segundo orden en los residuos en primeras diferencias. z1, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los años. z2, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los sectores. z3, test de Wald de significación conjunta de los coeficientes obtenidos.

Asimismo, en la **tabla 3** también se aprecia una incidencia positiva y significativa de la presencia de políticos en el consejo de administración sobre la capacidad informativa de los resultados contables a medida que aumenta la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow* ($\alpha_3 = 0,11$; $\chi_3 = 0,09$). Estos resultados son consistentes con la hipótesis H2b, siendo por tanto el efecto reputación el que determina la incidencia de la divergencia en empresas políticamente conectadas en la credibilidad de la información contable.

En relación con las variables de control, a medida que aumenta la divergencia entre derechos de voto y *cash flow* en manos del accionista de referencia disminuye la capacidad informativa de los resultados contables (los coeficientes de $DIVERG_{it} \times NI_{it}$ en ambos modelos son negativos y estadísticamente significativos). Los resultados son consistentes con la literatura precedente (e. g., FAN y WONG, 2002; FRANCIS et ál., 2005; LEE, 2007; SANTANA et ál., 2007; BONA et ál., 2013) que muestra que la mayor separación entre derechos de voto y *cash flow* en manos del propietario dominante limita la internalización de los costes derivados de cualquier actuación expropiatoria para dicho accionista, lo que reduce la capacidad informativa de los resultados contables.

En cuanto al resto de variables de control, se aprecia que los resultados de las empresas de mayor tamaño poseen un mayor contenido informativo, ya que el coeficiente de $NI_{it} \times TAM_{it}$ es positivo y estadísticamente significativo. El coeficiente de $NI_{it} \times END_{it}$ cuando es positivo (y significativo en el modelo 4), al igual que también $NI_{it} \times MKBOOK_{it}$, que es también positivo y significativo en ambos modelos. Esto indica que el mayor endeudamiento y las mayores oportunidades de crecimiento están asociadas a una mayor capacidad informativa de los resultados contables. Todo ello está en consonancia con los resultados obtenidos, para otros contextos geográficos, por FAN y WONG (2002) y FRANCIS et ál. (2005).

Dado que la primera y esencial propiedad de un instrumento es su independencia estadística con respecto a los residuos, contrastamos si los instrumentos utilizados son adecuados mediante un test de restricciones sobreidentificadas (*test de Hansen* en la **tabla 3**), bajo la hipótesis nula de que todos los instrumentos no están correlacionados con los residuos. Si la hipótesis nula es rechazada, existirían dudas sobre la idoneidad de los instrumentos (BAUM, 2006). Como la hipótesis nula no es rechazada en ninguno de los casos podemos concluir que los instrumentos utilizados son adecuados. Además de dicho contraste, ARELLANO y BOND (1991) muestran que la consistencia de los estimadores MGM depende de manera crucial de la inexistencia de correlación serial de segundo orden en los residuos en primeras diferencias. Para determinar si no existe tal correlación utilizamos el estadístico de ARELLANO y BOND (*test m2*) que contrasta la hipótesis nula de ausencia de correlación serial de los residuos en primeras diferencias. En la estimación de los modelos se puede apreciar que podemos considerar la ausencia de este tipo de correlación. Finalmente, realizamos tres contrastes adicionales: $z1$, un test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los años; $z2$, un test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los sectores; y $z3$, un test de Wald de significación conjunta de los coeficientes obtenidos. En todos los contrastes de Wald se rechaza la hipótesis nula de ausencia de significación conjunta.

5.3. ANÁLISIS DE SENSIBILIDAD

Con el fin de contrastar la robustez de los resultados obtenidos hemos reestimado los Modelos 4 y 5 considerando las siguientes variaciones:

- Hemos utilizado una medida alternativa del resultado, donde el resultado neto es sustituido por el resultado de explotación. Los resultados son mostrados en los Modelos 6 y 7 de la **tabla 5**.
- Hemos incorporado la variable $CRISIS_t$, que toma el valor 1 para los años 2008-2011 y 0 en otro caso. Con ello pretendemos controlar el efecto de la crisis financiera en la capacidad informativa de los resultados contables. Los resultados son mostrados en los Modelos 8 y 9 de la **tabla 5**.

En ninguno de los casos se aprecian diferencias significativas en los coeficientes de las variables experimentales, viéndose afectada únicamente la significatividad de algunas variables de control. Asimismo se aprecia en los Modelos 8 y 9 que la crisis ha supuesto una menor capacidad informativa de los resultados contables de las empresas.

Tabla 5. Incidencia de la presencia de consejeros políticos en la capacidad informativa de los resultados contables. Análisis de sensibilidad

Modelo 8 (Ec. 8): $CAR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 NO_{it} + \alpha_2 POLITICOS_{it} \times NO_{it} + \alpha_3 POLITICOS_{it} \times DIVERG_{it} \times NO_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NO_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NO_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NO_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$ Modelo 9 (Ec. 9): $CAR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 NO_{it} + \alpha_2 POLITICOS_AN_{it} \times NO_{it} + \alpha_3 POLITICS_AN_{it} \times DIVERG_{it} \times NO_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NO_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NO_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NO_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$ Modelo 10 (Ec. 10): $CAR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 Ni_{it} + \alpha_2 POLITICOS_{it} \times NI_{it} + \alpha_3 POLITICOS_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NI_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \alpha_8 CRISIS_t \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$ Modelo 11 (Ec. 11): $CAR_{it} = \alpha_0 + \alpha_1 NI_{it} + \alpha_2 POLITICOS_AN_{it} \times NI_{it} + \alpha_3 POLITICOS_AN_{it} \times DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_4 DIVERG_{it} \times NI_{it} + \alpha_5 MKBOOK_{it} \times NI_{it} + \alpha_6 END_{it} \times NI_{it} + \alpha_7 TAM_{it} \times NI_{it} + \alpha_8 CRISIS_t \times NI_{it} + \eta_k + \phi_j + \varepsilon_i$				
	Modelo 6 (NO_{it})	Modelo 7 (NO_{it})	Modelo 8 ($CRISIS_t$)	Modelo 9 ($CRISIS_t$)
NI_{it}			2,72*** (7,64)	2,24*** (4,10)
				.../...

	Modelo 6 (NO _{it})	Modelo 7 (NO _{it})	Modelo 8 (CRISIS _l)	Modelo 9 (CRISIS _l)
.../...				
NO _{it}	1,62*** (11,69)	1,03*** (6,02)		
POLITICOS _{it} × NI _{it}			-0,79*** (-10,13)	
POLITICOS _{it} × NO _{it}	-0,99*** (-7,72)			
POLITICOS_AN _{it} × NI _{it}				-0,949*** (-5,34)
POLITICOS_AN _{it} × NO _{it}		-0,55*** (-8,37)		
POLITICOS _{it} × DIVERG _{it} × NI _{it}			0,13*** (9,49)	
POLITICOS _{it} × DIVERG _{it} × NO _{it}	0,07*** (4,17)			
POLITICOS_AN _{it} × DIVERG _{it} × NI _{it}				0,13 (7,06)
POLITICOS_AN _{it} × DIVERG _{it} × NO _{it}		0,04*** (6,04)		
DIVERG _{it} × NI _{it}			-0,04*** (-3,46)	-0,04** (-2,13)
DIVERG _{it} × NO _{it}	-0,08*** (-7,15)	-0,04*** (-13,71)		
.../...				

	Modelo 6 (NO _{it})	Modelo 7 (NO _{it})	Modelo 8 (CRISIS _{it})	Modelo 9 (CRISIS _{it})
.../...				
MKBOOK _{it} × NI _{it}			0,004*** (4,02)	0,002*** (3,83)
MKBOOK _{it} × NO _{it}	0,004*** (5,07)	0,001* (1,66)		
END _{it} × NI _{it}			1,05*** (8,01)	1,06 (6,29)
END _{it} × NO _{it}	0,81*** (4,32)	-0,09 (-0,63)		
TAM _{it} × NI _{it}			0,06*** (2,81)	0,14*** (3,12)
TAM _{it} × NO _{it}	0,27*** (19,98)	0,14*** (7,79)		
CRISIS _{it} × NI _{it}			-2,00*** (18,81)	0,64*** (3,49)
Constante	-0,03 (-1,62)	0,009 (0,42)	-0,08*** (-4,07)	-0,11*** (3,29)
Efecto año	Sí	Sí	Sí	Sí
Efecto sector	Sí	Sí	Sí	Sí
Test de Hansen	94,26 (1,00)	89,34 (1,00)	94,67 (1,00)	43,60 (0,70)
Test m2	-1,12 (0,26)	-1,18 (0,24)	-0,65 (0,514)	-0,72 (0,47)
.../...				.../...

	Modelo 6 (NO _{it})	Modelo 7 (NO _{it})	Modelo 8 (CRISIS _i)	Modelo 9 (CRISIS _i)
.../...				
Test z1	297,18***	356,94***	870,10***	42,18***
Test z2	85,81***	124,21***	61,62***	7,16***
Test z3	184,19***	270,85***	288,23***	119,42***

t-student en paréntesis. *** $p < 0,01$, ** $p < 0,05$, * $p < 0,1$. CAR_{it} es la rentabilidad acumulada de las acciones ajustada por la evolución del mercado de la empresa i en el año t (ventana 9-3). NI_{it} representa el resultado neto de la empresa, deflactado por el valor de mercado de las acciones al principio del año. NO_{it} representa el resultado de explotación de la empresa, deflactado por el valor de mercado de las acciones al principio del año. $POLITICOS_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político a nivel europeo, estatal, autonómico o local y 0 en caso contrario. $POLITICOS_AN_{it}$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 cuando en la empresa al menos uno de sus consejeros independientes ha ocupado un cargo político de alto nivel (estatal o europeo) y 0 en caso contrario. $DIVERG_{it}$ mide la divergencia entre derechos de voto y de *cash flow*, medido como diferencia entre los derechos de voto y los derechos de *cash flow* en manos del accionista de referencia. $MKBOOK_{it}$ mide la relación existente entre el valor de mercado de las acciones y el valor contable de los fondos propios al principio del año t . END_{it} es la relación entre el valor contable de la deuda y el total de activos al principio del año t . TAM_{it} es el logaritmo natural del valor de mercado de las acciones al principio del año t . $CRISIS_i$ es una variable dicotómica que toma el valor 1 para los años 2008-2011 y 0 en otro caso. *Test de Hansen*. Ho: Los instrumentos no están correlacionados con los residuos. *Test m2*. Ho: No existe correlación serial de segundo orden en los residuos en primeras diferencias. z1, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los años. z2, test de Wald de significación conjunta de las variables relativas a los sectores. z3, test de Wald de significación conjunta de los coeficientes obtenidos.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo hemos analizado cómo la presencia en el consejo de administración de un consejero que ha ocupado un cargo político podría condicionar los incentivos de los agentes internos en relación con las políticas de elaboración y suministro de información contable a terceros. De esta forma, nos centramos en la incidencia de los consejeros políticos en la capacidad informativa de los resultados contables, es decir, en la credibilidad que proporciona el mercado a la información contable suministrada por las empresas políticamente conectadas.

Nuestros resultados muestran que en un entorno en el que el principal conflicto de agencia deriva de la divergencia de intereses entre propietarios dominantes y accionistas minoritarios y en el que el sistema legal proporciona escasa protección a los inversores externos, la incidencia de la presencia de conexiones políticas en la credibilidad de los resultados contables es negativa. Estos resultados son consistentes con la presencia de un efecto información por el que tanto accionistas como políticos están interesados en proporcionar al mercado la menor información posible. De este modo, el mercado anticipa una preferencia por la opacidad al objeto de brindar protección al consejero político, reduciendo la posibilidad de exponer al político a la falta de objetividad en la asignación de recursos. De este modo, a diferencia de otros trabajos (CHANEY et ál.,

2011) el diseño de nuestra investigación permite concluir que en España las conexiones políticas no se utilizan para la expropiación de riqueza a los minoritarios sino más bien para la creación de valor a largo plazo.

Adicionalmente, nuestro trabajo aborda un aspecto que no ha sido considerado en trabajos precedentes, esto es, la incidencia de la divergencia entre el nivel de derechos de voto y la participación en el capital del propietario dominante en la capacidad informativa de los resultados contables en empresas políticamente conectadas. En este sentido, nuestro estudio revela una incidencia positiva de dicha divergencia en la credibilidad de los resultados contables. Estos resultados son consistentes con un aumento de la preocupación por la reputación a medida que aumenta la dimensión del grupo piramidal y, por tanto, su visibilidad. De esta manera, en escenarios de alto escrutinio público y mediático la posibilidad de detención de dichas conductas es elevada y también son significativos los costes asociados a las mismas.

Estos resultados son especialmente interesantes ya que mientras la literatura precedente encuentra una incidencia negativa de la divergencia en la capacidad informativa de los resultados contables (FAN y WONG, 2002; BONA et ál., 2011), nuestro trabajo evidencia que dicha influencia es positiva cuando consideramos conjuntamente la divergencia y la presencia de consejeros políticos. De este modo, QIAN *et al.* (2011) encuentran para una muestra de empresas cotizadas chinas que las conexiones políticas incrementan los incentivos a la expropiación de rentas a los minoritarios en empresas que tienen asegurado el acceso a fuentes de financiación alternativas al mercado como la financiación bancaria. Sin embargo, nuestro trabajo evidencia que las conexiones políticas limitan las actuaciones expropiatorias a pesar de la presencia de estructuras que favorecen la creación de un mercado de capitales interno como las pirámides. A este respecto, cabe señalar que aún en esta situación en la que existen fuentes de financiación alternativas a los mercados de capitales, la presencia de políticos en el consejo conlleva que mecanismos de gobierno externos tales como el mercado de capitales, los analistas financieros o los medios de comunicación adquieran un protagonismo esencial como vía para construir o, en su caso, restar reputación, a diferencia de lo que ocurre en una economía centralizada como China, en la que el nivel de escrutinio público y mediático al que está sometida la actuación del consejero político es mucho menor.

Nuestro estudio contribuye al debate actual sobre el papel desempeñado por los consejeros políticos en el consejo de administración de las empresas cotizadas al proporcionar evidencia empírica sobre el efecto de las conexiones políticas en la credibilidad de las cifras contables reportadas por la empresa en un contexto donde el principal conflicto de agencia deriva de la divergencia de intereses entre propietarios dominantes y accionistas minoritarios. Así, proporcionamos a los organismos reguladores elementos de juicio que posibiliten la adopción de medidas que promuevan una asignación más eficiente de los recursos. En este sentido, los resultados de este estudio pueden ser de gran utilidad para organismos supervisores y auditores, dada su preocupación por el aumento de la transparencia. Igualmente, los resultados pueden ser de utilidad para inversores y analistas financieros, puesto que evidencian la importancia de considerar determinadas características específicas del sistema de gobierno de cada empresa

cuando se lleva a cabo el análisis de la interrelación entre el gobierno corporativo y la credibilidad otorgada por el mercado a las cifras contables. En este sentido, sería deseable un mayor nivel de transparencia de las operaciones realizadas en el ámbito empresarial que supongan interrelación con el ámbito político.

No obstante, nuestro trabajo presenta también algunas limitaciones principalmente vinculadas a la dificultad de medir la existencia de conexiones políticas ya que aunque nos hemos centrado en las que se explicitan en el informe de gobierno corporativo, pueden existir otro tipo de vínculos entre los ámbitos corporativo y político que no han podido ser captadas en nuestro estudio, por ejemplo los derivados de vínculos familiares o societarios.

El presente trabajo abre líneas de investigación futuras como el análisis de la relación entre conexión política y capacidad informativa en función de la naturaleza familiar o no del propietario dominante, de la presencia de accionistas institucionales, de la cotización de la empresa en distintos mercados o de la consideración de ciertas características del consejo de administración, como puede ser el grado de implicación del consejero político en las funciones propias del consejo. Finalmente, nuestro trabajo evidencia la necesidad de seguir profundizando en la identificación de medidas que permitan cuantificar la preocupación por la reputación al objeto de analizar su influencia directa sobre la calidad de las cifras contables reportadas.

Bibliografía

AGRAWAL, A. y KNOEBER, C.R. [2001]: «Do some outside directors play a political role», *Journal of Law and Economics*, 44, págs. 179-198.

ALI, A.; CHEN T. Y. y RADHAKRISHNAN, S. [2007]: «Corporate disclosures by family firms». *Journal of Accounting and Economics*, 44, págs. 238-286.

ALMEIDA, H. V. y WOLFENZON, D. [2006]: «A Theory of Pyramidal Ownership and Family Business Groups», *The Journal of Finance*, LXI, págs. 2.637-2.680.

ARELLANO, M. y BOND, S. [1991]: «Some tests of specification for panel data: Monte Carlo evidence and an application to employment equations», *Review of Economic Studies*, 58, págs. 277-297.

ARELLANO, M. y BOVER, O. [1995]: «Another look at the instrumental variable estimation of error-components models», *Journal of Econometrics*, 68, págs. 29-51.

BALL, R.; ROBIN, A. y WU, J. S. [2003]: «Incentives versus standards: properties of accounting income in four East Asian countries and implications for acceptance of IAS», *Journal of Accounting & Economics*, 36, págs. 235-270.

BALL, R. y SHIVAKUMAR, L. [2005]: «Earnings quality in UK private firms: Comparative loss recognition timeliness», *Journal of Accounting and Economics*, 39, págs. 83-128.

BEBCHUK, L.; KRAAKMAN, R. y TRIANTIS, G. [2000]: *Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Creation and Agency Costs of Separating Control from Cash Flow Rights in Concentrated Corporate Ownership*, Randall MORCK, University of Chicago Press.

BLUNDELL, R. y BOND, S. [1998]: «Initial conditions and moment restrictions in dynamic panel data models», *Journal of Econometrics*, 87, págs. 115-143.

BONA SÁNCHEZ, C.; PÉREZ ALEMÁN, J. y SANTANA MARTÍN, D. J. [2011]: «Ultimate Ownership and Earnings Conservatism», *European Accounting Review*, 20, págs. 57-80.

– [2013]: «Control institucional dominante y capacidad informativa de los resultados contables», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, forthcoming.

BOUBAKRI, N.; GUEDHAMI, O.; MISHRA, D. y SAFFAR, W. [2012]: «Political connections and the cost of equity capital», *Journal of Corporate Finance*, 18, págs. 541-559.

BUSHMAN, R. M. y PIOTROSKI, J. D. [2006]: «Financial reporting incentives for conservative accounting: The influence of legal and political institutions», *Journal of Accounting and Economics*, 42, págs. 107-148.

BUSHMAN, R.; PIOTROSKI, J. y SMITH, A. [2004]: «What Determines Corporate Transparency?» *Journal of Accounting Research*, 42 (Supplement 2004), págs. 207-52.

BUSHMAN, R. y SMITH, A. [2001]: «Financial Accounting Information and Corporate Governance», *Journal of Accounting and Economics*, 31, págs. 237-333.

CHANEY, P. K.; FACCIO, M. y PARSLEY, D. [2011]: «The quality of accounting information in politically connected firms», *Journal of Accounting and Economics*, 51, págs. 58-76.

CHEN, C. J. P.; LI, Z.; ZU, X. y SUN, Z. [2011]: «Rent-seeking incentives, corporate political connections, and the control structure of private firms: Chinese evidence», *Journal of Corporate Finance*, 17, págs. 229-243.

CLAESSENS, S.; DJANKOV, S. y LANG, L. [2000]: «The separation of ownership and control in East Asian corporations», *Journal of Financial Economics*, 58, págs. 81-112.

COOPER, M. J.; GULEN, H. y OVTCHINNIKOV, A. V. [2010]: «Corporate political contributions and stock returns», *The Journal of Finance*, 65, págs. 687- 724.

CUERVO, A. [2002]: «Corporate governance mechanisms: A plea for less code of good governance and more market control», *Corporate Governance: An International Review*, 10, págs. 84-93.

DUCHIN, R. y SOSYURA, D. [2012]: «The politics of government investment», *Journal of Financial Economics*, 106, págs. 24-48.

FACCIO, M. [2006]: «Politically-connected firms», *American Economic Review*, 96, págs. 369-386.

– [2010]: «Differences between Politically Connected and Non connected Firms: A Cross-Country Analysis», *Financial Management*, 39, págs. 905-928.

FACCIO, M. y PARSLEY, D. C. [2009]: «Sudden deaths: Taking stock of geographic ties», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 44 (3), págs. 683-718.

FACCIO, L. y LANG, L. [2002]: «The ultimate ownership of Western European corporations», *Journal of Financial Economics*, 65, págs. 365-395.

FACCIO, M.; LANG, L. y YOUNG, L. [2001]: «Dividends and Expropriation», *American Economic Review*, 91, págs. 54-78.

FAMA, E. [1980]: «Agency problems and the theory of the firm», *Journal of Political Economy*, 88(2): págs. 288-307.

FAN, J. P. H. y WONG, T. J. [2002]: «Corporate ownership structure and the informativeness of accounting earnings in East Asia», *Journal of Accounting y Economics*, 33, págs. 401-425.

FISMAN, R. [2001]: «Estimating the value of political connections», *American Economic Review*, 91, págs. 1.095-1.102.

FRANCIS, J.; SCHIPPER, K. y VINCENT, L. [2005]: «Earnings and dividend informativeness when cash flow rights are separated from voting rights», *Journal of Accounting y Economics*, 39, págs. 329-360.

GINER, B. y ARCE, M. [2012]: «Lobbying on Accounting Standards: Evidence from IFRS 2 on Share-Based Payments», *European Accounting Review*, 21:4, págs. 655-691.

GOLDMAN, E.; ROCHOLL, J. y SO, J. [2009]: «Do politically connected boards affect firm value?», *The Review of Financial Studies*, 22, págs. 2.331-2.360.

GUL, F. A. [2006]: «Auditors' Response to Political Connections and Cronyism in Malaysia», *Journal of Accounting Research*, 44, págs. 931-963.

HADI, A. [1994]: «A Modification of a Method for the Detection of Outliers in Multivariate Samples», *Journal of the Royal Statistical Society*, 56, págs. 393-396.

IMHOFF, E. A. y LOBO, G. J. [1992]: «The effect of ex ante earnings uncertainty on earnings response coefficients», *The Accounting Review*, 67, págs. 427-439.

JOHNSON, S. y MITTON, T. [2003]: «Cronyism and capital controls: evidence from Malaysia», *Journal of Financial Economics*, 67, págs. 351-382.

JORISSEN, A.; LYBAERT, N.; ORENS, R. y VAN DER TAS, L. [2012]: «Formal participation in the IASB's due process of standard setting: a multi-issue/multi-period analysis», *European Accounting Review*, 21-4, págs. 693-729.

KHANNA, T. y PALEPU, K. [2000]: «Is group affiliation profitable in emerging markets? An analysis of diversified Indian business group», *The Journal of Finance*, 55, págs. 867-893.

KHANNA, T. y YAFEH, Y. [2007]: «Business groups in emerging markets: paragons or parasites?», *Journal of Economic Literature*, 45, págs. 331-372.

KHWAJA, A. I. y MIAN, A. [2005]: «Do lenders favor politically connected firms? Rent seeking in an emerging financial market», *Quarterly Journal of Economics*, 120, págs. 1.371-1.411.

KREPS, D. [1990]: «Corporate culture and economic theory», *Perspectives on Positive Political Economy*, Cambridge University Press, págs. 90-143.

KREPS, D.; MILGROM, P. R. y WILSON, R. [1982]: «Rational cooperation in the finitely repeated prisoner's dilemma», *Journal of Economic Theory*, 27(2), págs. 245-282.

LA PORTA, R.; LÓPEZ-DE-SILANES, F. y SHLEIFER, A. [1999]: «Corporate ownership around the world», *The Journal of Finance* LIV, págs. 471-517.

- LA PORTA, R.; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [2000]: «Investor protection and corporate governance», *Journal of Financial Economics*, 58, págs. 3-27.
- LEE, K. [2007]: «Corporate voluntary disclosure and the separation of cash flow rights from control rights», *Review of Quantitative Finance and Accounting*, 28, págs. 393-416.
- LEUZ, C. y OBERHOLZER-GEE, F. [2006]: «Political relationships, global financing, and corporate transparency: Evidence from Indonesia», *Journal of Financial Economics*, 81, págs. 411-439.
- MCLEAY, S.; ORDELHEIDE, D. y YOUNG, S. [2000]: «Constituent lobbying and its impact on the development of financial reporting regulations: evidence from Germany», *Accounting, Organizations and Society*, 25(1), págs. 79-98.
- MILLER, G. S. [2004]: «Discussion of What Determines Corporate Transparency», *Journal of Accounting Research*, 42, págs. 253-268.
- MORCK, R.; STANGELAND, D. A. y YEUNG, B. [2000]: «Inherited wealth, corporate control, and economic growth: The Canadian Disease», en: MORCK, R. (ed.) *Concentrated Corporate Ownership*, University of Chicago Press, Chicago.
- MORCK, R.; WOLFENZON, D. y YEUNG, B. [2004]: «Corporate governance, economic entrenchment and growth», *National Bureau of Economics Research*, WP: 10692.
- PIOTROSKI, J. D.; WONG, T. J. y ZHANG, T. [2008]: «Political incentives to suppress negative financial information: evidence from state-controlled Chinese firms», *Working Paper*, Stanford University.
- QIAN, M.; PAN, H. y YEUNG, B. [2011]: «Expropriation of minority shareholders in politically connected firms», *SSRN Working Paper*.
- RAHI-BELKAOUI, A. [2004]: «Politically-Connected Firms: Are They Connected to Earnings Opacity?» *Research in Accounting Regulation*, 17: 25.
- RIYANTO, Y. E. y TOOLSEMA, L. A. [2008]: «Tunneling and propping: A justification for pyramidal ownership», *Journal of Banking & Finance*, 32, págs. 2.178-2.187.
- SANTANA MARTÍN, D. J.; BONA SÁNCHEZ, C. y PÉREZ ALEMÁN, J. [2007]: «Estructura de propiedad y capacidad informativa de los resultados contables», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 133, págs. 55-72.
- SHLEIFER, A. y VISHNY, R. W. [1986]: «Large Shareholders and Corporate Control», *Journal of Political Economy*, 94, págs. 461-488.
- STUDENMUND, A. H. [1997]: *Using Econometrics: A Practical Approach*, Addison-Wesley.
- SUBRAMANYAM, K. R. y WILD, J. J. [1996]: «Going-Concern status, earnings persistence, and informativeness of earnings», *Contemporary Accounting Research*, 13, págs. 251-273.
- TEO, S. H. y WONG, T. J. [1993]: «Perceived auditor quality and the earnings response coefficients», *The Accounting Review*, 68, págs. 346-367.
- VAN LENT, L. [1997]: «Pressure and politics in financial accounting regulation: the case of the financial conglomerates in the Netherlands», *Abacus*, 33(1), págs. 88-114.
- WANG, D. [2006]: «Founding family ownership and earnings quality», *Journal of Accounting and Research*, 44, págs. 619-655.

WARFIELD, T. D.; WILD, J. J. y WILD, K. L. [1995]: «Managerial ownership, accounting choices and informativeness of earnings», *Journal of Accounting y Economics*, 20, págs. 61-91.

WATTS, R. L. y ZIMMERMAN, J. L. [1978]: «Towards a positive theory of the determination of accounting standards», *The Accounting Review*, January, págs. 112-134.

– [1986]: *Positive accounting theory*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ.

YEO, G.; TAN, P.; HO, K. y CHEN, S. [2002]: «Corporate Ownership Structure and the Informativeness of Earnings», *Journal of Business Finance & Accounting*, 29, págs. 1.023-1.046.

NORMAS DE REGISTRO Y VALORACIÓN DEL INMOVILIZADO MATERIAL Y DE LAS INVERSIONES INMOBILIARIAS. RESOLUCIÓN DEL ICAC DE 1 DE MARZO DE 2013 (II)

Anna Ayats Vilanova

Pilar García Giménez

Profesoras del CEF

EXTRACTO

El presente trabajo es una continuación del publicado en la RCyT. CEF, número 363, de junio de 2013, acerca de la Resolución del Inmovilizado Material e Inversiones Inmobiliarias, aprobada por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), el 1 de marzo de 2013.

La resolución se divide en cinco normas:

- Primera: Valoración inicial.
- Segunda: Valoración posterior.
- Tercera: Formas especiales de adquisición del inmovilizado material.
- Cuarta: Baja en cuentas.
- Quinta: Inversiones inmobiliarias.

En este artículo nos centramos en el estudio de la norma tercera hasta la quinta, haciendo hincapié en el tema de permutas, aportaciones no dinerarias, la dación en pago y las nuevas formas de reclasificación de inmovilizado a existencias.

Palabras claves: ICAC, inmovilizado material, inversiones inmobiliarias, permuta, dación en pago, adquisición a título gratuito y aportaciones no dinerarias de capital.

ACCOUNTING AND VALUATION OF FIXED ASSETS AND INVESTMENTS PROPERTY. ORDER OF THE ICAC OF MARCH 1, 2013 (II)

Anna Ayats Vilanova

Pilar García Giménez

ABSTRACT

The present work is a continuation of that published in *RCyT*. CEF, number 363, about the Order of the Institute of Accounting and Auditing (ICAC) of March 1st, 2013, which establishes rules for registration and valuation of the assets and the property investments.

The order is divided into five rules:

- First: Initial valuation.
- Second: Subsequent valuation.
- Third: Special ways of acquisition of fixed assets.
- Fourth: Derecognition.
- Fifth: Property investments.

In this work we focus on the third to the fifth standard, emphasizing the theme of swaps, non-cash contributions, dation in payment and new forms of reclassification of assets to stocks.

Keywords: ICAC, tangible assets, investment property, tangible assets swap, dation in payment, acquisition for free and non-cash capital contribution.

Sumario

Norma tercera: Formas especiales de adquisición del inmovilizado material

1. Adquisiciones a título gratuito
2. Permutas de inmovilizado material
 - 2.1. La permuta comercial
 - 2.2. La permuta no comercial
3. Aportaciones de capital no dinerarias
 - 3.1. Operación realizada entre sociedades independientes
 - 3.2. Operación realizada entre sociedades que pertenecen al mismo grupo de sociedades

Norma cuarta: Baja en cuentas

1. Regla general
2. Casos especiales
 - 2.1. Entregas a título gratuito
 - 2.2. Baja por expropiación
 - 2.3. Baja por siniestro
 - 2.4. Elementos del inmovilizado material, distintos de los inmuebles, adquiridos para su arrendamiento temporal y posterior venta en el curso ordinario de las operaciones
 - 2.5. Baja en ejecución de una garantía, y por la dación en pago o para pago de una deuda

Norma quinta: Inversiones inmobiliarias

1. Definición
2. Registro y valoración
3. Cambio de destino
 - 3.1. Reclasificación de inversiones inmobiliarias a inmovilizado material
 - 3.2. Reclasificación de inversiones inmobiliarias a existencias
 - 3.3. Reclasificación de inmovilizado material a inversiones inmobiliarias
 - 3.4. Reclasificación de existencias a inversiones inmobiliarias

NORMA TERCERA: FORMAS ESPECIALES DE ADQUISICIÓN DEL INMOVILIZADO MATERIAL

En esta tercera parte se incluyen las diferentes formas especiales de adquisición del inmovilizado material. Son:

1. Adquisiciones a título gratuito.
2. Permutas de inmovilizado material.
3. Aportaciones de capital no dinerarias.

Estas formas especiales generan valoraciones distintas a las estudiadas en los casos de adquisición y producción del inmovilizado material. La regla general para las formas especiales de adquisición es que se valora el inmovilizado material adquirido por el valor razonable.

No se han incluido en este apartado la adquisición del usufructo de un bien de inmovilizado material porque se ha considerado que debe ser contabilizada aplicando la norma sobre arrendamientos [norma de registro y valoración (NRV) 8.^a del Plan General de Contabilidad (PGC)] ni la adquisición de una construcción a cambio de la cesión de uso de un terreno por entender que también debe ser objeto de estudio en la citada norma octava.

Otras cuestiones descartadas han sido la adquisición de un inmovilizado procedente de un cliente y la cesión de activos del inmovilizado a clientes en el marco de un contrato de suministro por un plazo determinado y con un volumen mínimo de compras. En estos casos el motivo de su no inclusión ha sido porque se ha juzgado que la cuestión importante en estas situaciones era el momento en que debía registrarse el ingreso, aspecto que trata la NRV 14.^a del PGC.

1. ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO

El inmovilizado material adquirido a título gratuito se contabilizará por su **valor razonable**, de acuerdo con lo previsto en la NRV 18.^a «Subvenciones, donaciones y legados recibidos» del PGC.

De acuerdo con lo anterior, si son donaciones de terceros distintos a los socios o propietarios, deberá dar de alta el inmovilizado material en el subgrupo 21 según la naturaleza del bien, siendo la contrapartida un ingreso imputable al patrimonio neto, cuenta 941, «Ingresos de donaciones y legados de capital». A continuación, hay que considerar los aspectos fiscales de la operación, ya que su tributación en el Impuesto sobre Sociedades dependerá de que el donatario tenga la condición de entidad sin ánimo de lucro o no. El saldo de la cuenta 941, «Ingresos por donaciones y

legados de capital» se traspasa a la cuenta 131, «Donaciones y legados de capital», incrementa el valor del patrimonio neto, pero no se puede repartir a los socios.

El traspaso de ingreso directamente imputable al patrimonio neto a la cuenta de pérdidas y ganancias al ser un activo se producirá en correlación con los gastos que genera, como la amortización, en el caso de bienes depreciables, o, en su caso, cuando se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance. Para tal fin se va a utilizar la cuenta 841, «Transferencia de donaciones y legados de capital» con abono a la cuenta 746, «Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio». De esta forma se refleja en el cuadro correspondiente del estado de ingresos y gastos reconocidos del estado de cambios en el patrimonio neto el importe que cada año se traspasa.

EJEMPLO 1. Donación de inmovilizado no reintegrable

El 1 de octubre de 2013 la sociedad Nanorobots, SL dedicada a la investigación recibe de una fundación la donación de unos equipos de laboratorio valorados en 300.000 euros. La vida útil de los equipos se estima en 10 años, amortizándose de forma lineal.

A efectos de determinar el Impuesto sobre Sociedades de 2013 disponemos de los siguientes datos:

- El resultado contable antes de impuestos es de 30.000 euros y el único ajuste fiscal procede de la donación anterior, que tributa por la totalidad en este ejercicio.
- El tipo de gravamen es del 30 %.
- Las deducciones del ejercicio en concepto de I+D son 10.000 euros.
- El importe de las retenciones y pagos a cuenta ascienden a 12.750 euros.

Se pide

Registrar las operaciones del ejercicio 2013.

Solución

1 de octubre de 2013. Por la recepción de los equipos de laboratorio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	300.000	
941	Ingresos de donaciones y legados de capital		300.000

.../...

.../...

31 de diciembre de 2013. Por la amortización de los equipos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	7.500	
2813	Amortización acumulada de maquinaria (300.000/10 años × 3/12) (octubre a diciembre)		7.500

A continuación se debe transferir el ingreso de la donación a resultado del ejercicio, debido a que la cuota de amortización no ha sido coste para la empresa.

Código	Cuenta	Debe	Haber
841	Transferencia de donaciones y legados de capital	7.500	
746	Donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		7.500

Y, por último, debemos determinar la cuota a pagar de Impuesto sobre Sociedades:

Resultado contable antes de impuestos	+30.000
+/- Ajustes fiscales	
Donación equipos laboratorios (art. 15.2 y 3 TRLIS)	+292.500
Base imponible 2013	322.500
Tipo gravamen	× 30 %
Cuota íntegra	96.750
– Deducciones I+D-2013: 10.000	
Límite (50 % × 96.750 = 48.375)	–10.000
Cuota líquida	86.750
Retenciones y pagos a cuenta	–12.750
Deuda tributaria (a pagar)	74.000

El ajuste fiscal por la donación de los equipos de laboratorio procede de la diferencia del valor razonable del equipo (300.000 €) y el importe que se ha transferido como ingreso del ejercicio (7.500 €), debido a que fiscalmente de acuerdo con los apartados 2 y 3 del artículo 15 del TRLIS se debe valorar a precio de mercado e imputarlo en el ejercicio en el que se recibe la donación, mientras que la NRV 18.^a 1 del PGC lo imputa al resultado a medida que el bien se amortiza.

.../...

.../...

Con relación a la deducción por I+D se puede aplicar en su totalidad porque no supera el límite conjunto que indica la norma fiscal.

31 de diciembre de 2013. Por el registro de la cuota líquida:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8300	Impuesto corriente $[(300.000 - 7.500) \times 30\%]$	87.750	
6300	Impuesto corriente $[(30.000 \times 30\%) - 10.000]$		1.000
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		12.750
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		74.000

Tal como se puede observar existen dos cuotas líquidas, por lo que debemos separar los ingresos y gastos que tributan y se reflejan en el patrimonio neto, como es el caso de la donación, del resultado que procede de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por la incorporación al patrimonio neto de la donación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
941	Ingresos por donaciones y legados de capital	300.000	
841	Transferencia de donaciones y legados de capital transferidos a resultado del ejercicio		7.500
8300	Impuesto corriente		87.750
131	Donaciones y legados de capital $[(300.000 - 7.500) \times 70\% \text{ (neto efecto impositivo)}]$		204.750

Si el inmovilizado material adquirido a título gratuito procede de uno de los socios de la empresa, la contrapartida es la cuenta 118, «Aportaciones de socios».

En este caso, hay que tener en cuenta qué proporción del capital social tiene el socio que realiza la donación, porque por la parte de valor del inmovilizado que corresponda a su participación se registrará en la cuenta 118, «Aportaciones de socios» y por el resto de valor, hasta completar la totalidad, se registrará como donación a terceros, cuenta 941, «Ingresos por donaciones y legados de capital».

Desde el punto de vista fiscal, el importe que se registra como aportación de socios no es ingreso fiscal, no tributa, pero la parte que es donación a terceros, de acuerdo con el artículo 15, apartados 2 y 3, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) debe tributarlo en el ejercicio que lo recibe, dando lugar a un ajuste fiscal.

Para el socio que realiza la donación, la contrapartida del inmovilizado cedido es un aumento del valor de su participación en la empresa, que registra en la misma cuenta en la que tiene reconocidas las acciones de la empresa, por la proporción correspondiente a su porcentaje de participación. Por la parte de valor que no se corresponde con su porcentaje de participación, debe registrar un gasto excepcional en la cuenta 678, «Gastos excepcionales». Este gasto no será deducible en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que procederá realizar un ajuste positivo en la base imponible. Tal ajuste será una diferencia permanente positiva.

EJEMPLO 2. Donación del socio a la sociedad

La sociedad M tiene el 90 % del capital de la sociedad A, a la cual hace entrega de un terreno sin percibir contraprestación, con la finalidad de edificar una nave industrial. El valor en libros del terreno en la contabilidad de M es de 150.000 euros, mientras que en la actualidad se valora por 200.000 euros.

Se pide

Registrar la operación anterior en ambas sociedades.

Solución

Contabilidad de M (donante)

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo, empresas del grupo (200.000 × 90 %)	180.000	
678	Gastos excepcionales (200.000 × 10 %)	20.000	
220	Inversiones en terrenos		150.000
772	Beneficios procedentes de inversiones inmobiliarias ... (200.000 – 150.000)		50.000

Las operaciones entre empresas del grupo han de registrarse por el valor razonable de mercado, de acuerdo con la NRV 21.^a del PGC y debe prevalecer el fondo económico. Al ser donación de la sociedad dominante a su filial, se produce un traspaso de patrimonio del socio a su sociedad, lo que supondrá mayor coste de la participación atendiendo a su porcentaje como socio y la parte que beneficia a terceros es liberalidad, lo que implica que la cuenta 678, «Gastos excepcionales» fiscalmente no es deducible y se considera diferencia permanente.

.../...

.../...

Contabilidad de A (donatario)

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	200.000	
118	Aportaciones de socios (200.000 × 90 %)		180.000
941	Ingresos por donaciones y legados de capital		20.000

La NRV 18.^a 2 del PGC indica que si la donación procede del socio no es ingreso sino que va directamente a patrimonio neto y no va a tributar, excepto la parte que beneficia a los socios externos que se considera donación a terceros y fiscalmente tributa íntegramente en este ejercicio. Contablemente se registra como ingreso de patrimonio neto y se va a transferir a pérdidas y ganancias cuando el terreno se venda.

En el caso de la adquisición a título gratuito del derecho de uso sobre bienes de inmovilizado material durante la práctica totalidad de su vida económica, se utilizará el mismo criterio. Es decir, valoración a **valor razonable** y aplicación de lo dispuesto en la NRV 18.^a del PGC.

Esta forma de contabilizar ya ha sido desarrollada anteriormente en la adaptación del PGC a las entidades sin fines lucrativos (Resolución de 26 de marzo de 2013), en el que se establece en la NRV 20.^a apartado 4.1 que «si el plazo de cesión es superior a la vida útil de la construcción, considerando el fondo económico de la operación, el derecho de uso atribuible a la misma se contabilizará como un inmovilizado material, amortizándose con arreglo a los criterios generales aplicables a estos elementos patrimoniales. Este mismo tratamiento resultará aplicable al terreno si se cede por tiempo indefinido».

La Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) de 1 de marzo de 2013, relativa al inmovilizado material y a las inversiones inmobiliarias, generaliza este criterio para todo el inmovilizado material que se encuentre en la situación en que la cesión sea completa, es decir, por la totalidad de la vida económica del activo.

EJEMPLO 3. Cesión de derecho de uso a perpetuidad

La sociedad Barnabus, SL cede a perpetuidad de forma gratuita un minibús a una fundación que trabaja con niños con síndrome de Down, que lo va a utilizar para el traslado de los alumnos de su domicilio al centro. El coste del vehículo fue de 90.000 euros, siendo la amortización hasta la fecha de 40.000 euros y su valor de mercado se estima en 30.000 euros.

.../...

.../...

La fundación lleva el vehículo al taller y se le hace una renovación importante sustituyendo frenos, carburador, diferencial y caja de cambios, con un coste total de 20.000 euros más el 21 % de IVA.

A efectos de la amortización se le calcula una vida útil de 5 años de forma lineal.

Se pide

Registrar la operación en ambas sociedades.

Solución

Contabilidad del cedente (Barnabus, SL)

Por la baja del minibús:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte	40.000	
678	Gastos excepcionales	50.000	
218	Elementos de transporte		90.000

Conforme con el artículo 14.1 e) la cesión gratuita se considera liberalidad, de ahí que la cuenta 678, «Gastos excepcionales», no sea deducible en el Impuesto sobre Sociedades, dando lugar a un ajuste fiscal positivo que se clasifica como diferencia permanente. Asimismo, al tratarse de una donación se rige por el artículo 15.2 del TRLIS el cual obliga a aplicar desde el punto de vista fiscal el valor de mercado, lo que supone comparar dicho valor (30.000 €) con el valor en libros (50.000 €), dando lugar a un ajuste negativo de 20.000 euros, que se considera diferencia permanente. Ambos ajustes suponen una tributación de 30.000 euros, sin perjuicio de que la sociedad pueda aplicar la deducción por donaciones a entidades sin ánimo de lucro.

Contabilidad de la sociedad receptora

Por la entrega del minibús:

Código	Cuenta	Debe	Haber
218	Elementos de transportes	30.000	
941	Ingresos por donaciones y legados de capital		30.000

.../...

.../...

Por los costes de renovación del vehículo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
218	Elementos de transportes	20.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	4.200	
410	Acreedores por prestación de servicios		24.200

Por la cuota de amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	10.000	
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte (50.000/5 años)		10.000

Por la transferencia del derecho de uso de patrimonio neto a resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
841	Transferencia de donaciones y legados de capital	6.000	
746	Donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (30.000/5 años)		6.000

No hay efecto impositivo porque al tratarse de una fundación y afectar el bien al objeto social no tributa.

Por la incorporación a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
941	Ingresos por donaciones y legados de capital	30.000	
841	Transferencia de donaciones y legados de capital		6.000
131	Donaciones y legados de capital		24.000

2. PERMUTAS DE INMOVILIZADO MATERIAL

La permuta regulada en la resolución es la operación por la que se recibe un inmovilizado material a cambio de la entrega de activos no monetarios o a cambio de una combinación de activos no monetarios y activos monetarios.

Se distinguen dos tipos de permuta:

- a) La permuta comercial.
- b) La permuta no comercial.

2.1. La permuta comercial

La permuta es **comercial** cuando la configuración de los flujos de efectivo en cuanto a riesgo, calendario e importe se refiere, del inmovilizado recibido difiere de la configuración de los flujos de efectivo del activo entregado; o cuando el valor actual de los flujos de efectivo después de impuestos de las actividades de la empresa afectadas por la permuta se ven modificados por la operación. Ambas condiciones aparecen establecidas en la NRV 2.^a apartado 1.3 del PGC.

También aparece sin modificación la regla por la que es necesario que las diferencias surgidas por cualquiera de las anteriores causas resulten significativas al compararlas con el valor razonable de los activos intercambiados.

La novedad estriba en que cuando en la operación de permuta se entregue como pago parcial efectivo u otro activo monetario, **se presumirán comerciales**, excepto en el caso en que la parte monetaria no sea significativa en comparación con la parte no monetaria de la operación de permuta.

Si la permuta es comercial, el inmovilizado material recibido se valora por el valor razonable del activo entregado más las contrapartidas monetarias **entregadas** a cambio, en caso de que existan. Si el valor razonable del activo recibido es más evidente, se valorará por este importe. El valor razonable del activo recibido actúa como límite de valoración.

Esta valoración es la que se incorporó en el apartado 1.3 de la NRV 2.^a del PGC.

La novedad contenida en la resolución es la que regula el otro punto de vista, es decir, el de la parte que **recibe** las contrapartidas monetarias que son en parte contraprestación por el activo entregado. En este caso, la empresa que entrega un elemento del inmovilizado material a cambio de otro más un diferencial monetario debe contabilizar el bien recibido por su valor razonable.

Puesto que el inmovilizado entregado se da de baja por su valor contable, al registrar la operación surgirá un resultado que se llevará a la cuenta de pérdidas y ganancias en las cuentas 771,

«Beneficios procedentes del inmovilizado material» o 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material».

Si el valor razonable por el que se registra el bien recibido es mayor que el valor contable del bien entregado, el resultado será positivo y se registrará en la cuenta 771, «Beneficios procedentes del inmovilizado material».

Si el valor razonable por el que se registra el bien recibido es menor que el valor contable del bien entregado, el resultado será negativo y se registrará en la cuenta 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material».

EJEMPLO 4. Permuta comercial entre sociedades que no forman parte del mismo grupo

La sociedad Z propietaria de un terreno que adquirió como inversión por 150.000 euros lo aporta a la sociedad X, cuya valoración por el experto independiente es de 250.000 euros, siendo el nominal escriturado de 100.000 euros. El porcentaje de participación que tendrá Z en la sociedad X es de un 10 % y la inversión se clasifica como disponible para la venta.

Se pide

Registrar la operación desde el punto de vista del aportante y la receptora.

Solución

Contabilidad de Z (aportante)

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	250.000	
220	Inversión en terrenos y bienes naturales		150.000
772	Beneficios procedentes de inversiones inmobiliarias ...		100.000

Es permuta comercial debido a que los flujos esperados de las dos inversiones son distintos. Con relación al terreno no se obtenían rentas, las expectativas del sector inmobiliario no eran muy buenas, como único gasto del terreno hay el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, mientras que la sociedad X es una sociedad operativa, que a lo mejor ya estaba constituida hace años, con un histórico de beneficios y reparte dividendos, etc., lo que implica que el valor de esta cartera variará en el tiempo y se van a percibir rentas financieras.

.../...

.../...

Contabilidad de X (receptora)

Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	250.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		250.000

Por la recepción del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales	250.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		250.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	250.000	
100	Capital social		100.000
110	Prima emisión		150.000

EJEMPLO 5. Compra de un inmovilizado entregando como parte del precio otro

La sociedad Ferrus, SL adquiere maquinaria nueva por valor de 600.000 euros más el 21 % de IVA. Se acuerda con el proveedor que se queda con la máquina vieja descontando del precio 50.000 euros más el 21 % de IVA. El precio de compra de la máquina antigua es de 500.000 euros y está amortizada hasta la fecha en 480.000 euros.

Se pide

Registrar la compra de la máquina nueva.

.../...

.../...

Solución

Por la baja de la máquina antigua:

Código	Cuenta	Debe	Haber
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado	60.500	
2813	Amortización acumulada de maquinaria	480.000	
213	Maquinaria		500.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		10.500
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material [50.000 – (500.000 – 480.000)]		30.000

Por la compra de la máquina nueva:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	600.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	126.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		726.000

Por el pago de la diferencia (contraprestación monetaria):

Código	Cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	726.000	
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado		60.500
572	Bancos, c/c		665.500

La entrega de la máquina antigua como una parte del coste de la maquinaria nueva se considera permuta comercial, debido a que la mayor parte del valor del nuevo activo se abona en metálico.

2.2. La permuta no comercial

Cuando no se den los requisitos para considerar a la permuta como comercial, se considerará no comercial.

Las reglas de valoración de las permutas no comerciales se utilizarán también en el caso de que no pueda obtenerse una estimación fiable de los valores razonables de los activos a intercambiar.

En estos casos, el activo recibido se valora por el valor contable del bien que se da de baja más, en caso de existir, las contrapartidas de carácter monetario que se vayan a **entregar** con el límite, si se conoce, del valor razonable del activo recibido en el caso de que sea menor.

Si el valor por el que se registra el bien recibido es inferior al valor contable del bien entregado, surge una pérdida a contabilizar en la cuenta 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material».

El inmovilizado que se entrega a cambio puede tener asociada una pérdida por deterioro de valor. En este caso, el valor contable del inmovilizado a entregar se calcula por la diferencia entre el precio de adquisición menos la amortización acumulada y menos el deterioro de valor. No obstante, para valorar el inmovilizado recibido se considera como límite para valorar este la diferencia entre el precio de adquisición y su amortización acumulada cuando el **importe recuperable** de este último sea mayor que el valor contable del bien entregado.

Llama la atención la utilización del concepto del importe recuperable para valorar el inmovilizado que se recibe, puesto que de acuerdo con la definición contenida en la NRV 2.^a apartado 2.2 del PGC el importe recuperable se determina como el mayor entre dos valores, esto es, el valor razonable menos los costes de venta y el valor en uso.

Cuando en la permuta comercial se da de baja el valor contable del inmovilizado cedido, puede reconocerse la reversión del deterioro si existe diferencia entre el valor por el que el inmovilizado recibido se ha contabilizado y el valor contable del inmovilizado entregado. La cuenta a utilizar para registrarlo será la 791, «Reversión del deterioro del inmovilizado material».

EJEMPLO 6. Permuta no comercial

Una sociedad inmobiliaria tiene en existencias un terreno cuyo coste fue de 250.000 euros, pero que en la actualidad está deteriorado en 100.000 euros, lo permuta con otra empresa del sector no vinculada al grupo cuyo valor de mercado actual es de 200.000 euros.

Se pide

Contabilizar la operación anterior.

.../...

.../...

Solución

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Terreno (recibe)	200.000	
390	Deterioro de valor de las mercaderías (bien entrega) ...	100.000	
300	Terreno (entrega)		250.000
793	Reversión del deterioro de existencias		50.000

Es una operación sujeta a IVA y no exenta, siendo la base el valor de mercado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($200.000 \times 21\%$)	42.000	
477	Hacienda Pública, IVA repercutido ($200.000 \times 21\%$)		42.000

Con relación al Impuesto sobre Sociedades no se produce ajuste fiscal, debido a que el valor de mercado del bien entregado es de 200.000 euros, siendo el valor en libros de 150.000 euros (Valor de coste – Deterioro de valor), siendo el beneficio fiscal de 50.000 euros, que se corresponde con la reversión del deterioro contable.

En el artículo 15.3 del TRLIS se recoge el criterio para valorar las permutas desde el punto de vista fiscal:

Valor normal de mercado de los elementos adquiridos – Valor contable de los
elementos entregados

Esta valoración conduce a que puedan surgir diferencias entre la consideración del resultado contable y el fiscal en las permutas. En las permutas no comerciales lo habrá si el valor razonable del bien recibido es mayor que el valor por el que se ha contabilizado.

También habrá que considerar un ajuste si en las permutas comerciales el inmovilizado recibido se valora por el valor razonable del activo entregado y este no coincide con el valor razonable del activo recibido.

3. APORTACIONES DE CAPITAL NO DINERARIAS

Los bienes de inmovilizado material que se reciban como aportación no dineraria de capital se valorarán por el **valor razonable** que tengan en el momento de hacer la aportación.

Debemos considerar los dos puntos de vista. En el caso de la sociedad receptora de la aportación no dineraria generalmente coincidirán el valor razonable y el valor escriturado pero si por alguna causa excepcional no coincidieran, la diferencia entre ambos valores se reflejará en la cuenta 110, «Prima de emisión o asunción».

$$\text{Valor razonable} - \text{Valor escriturado} = \text{Prima de emisión o asunción}$$

Desde el punto de vista del aportante, la operación se asimila a una permuta y debe contabilizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma segunda apartado 3 de la Resolución del ICAC.

Los distintos casos con los que nos podemos encontrar en este apartado son los siguientes:

- a) Operación realizada entre sociedades independientes.
- b) Operación realizada entre sociedades pertenecientes a un mismo grupo, donde se distinguen dos situaciones según si la aportación no dineraria constituye o no un negocio en sí.

3.1. Operación realizada entre sociedades independientes

Si la aportación no dineraria no representa la toma de control de la sociedad emisora de las acciones, se trata de una operación entre sociedades independientes.

La empresa aportante aplica la NRV 9.^a del PGC y la regulación contenida en la Resolución del ICAC sobre permutas.

La empresa emisora de las acciones debe aplicar la NRV 2.^a apartado 1.4 del PGC valorando la aportación no dineraria en el momento de ser recibida por su valor razonable.

EJEMPLO 7. Aportación de una unidad económica a una sociedad fuera del grupo

La sociedad Tenza, SL segrega una línea de actividad que consta de los siguientes elementos:

.../...

.../...

(213) Maquinaria	500.000
(2813) Amortización acumulada de maquinaria	(150.000)
(2913) Deterioro de valor de la maquinaria	(50.000)
Valor en libros de la maquinaria	300.000

Con la tecnología se transfiere un listado de clientes que se valoran en 50.000 euros, junto a contratos en exclusiva que se valoran en 100.000 euros. Ambas partidas no figuran en el balance de Tenza, SL.

El valor de la maquinaria en la actualidad es de 250.000 euros y se acuerda que la sociedad receptora se hará cargo de la deuda pendiente que asciende a 100.000 euros.

Anzo, SL, empresa receptora del patrimonio de Tenza, SL, acuerda abonar 375.000 euros por el negocio mediante la emisión de participaciones, lo que supondrá que Tenza tendrá el 30 % del capital de Anzo, SL, siendo el nominal escriturado de 200.000 euros.

Se pide

Registrar la operación desde el punto de vista de ambas sociedades.

Solución

Contabilidad de Tenza, SL (aportante)

Tenza, SL hace entrega de una unidad económica a cambio de una participación de un 30 % en la sociedad Anzo, SL, al ser sociedades independientes, cambia el control del negocio y los flujos de efectivo, dejamos de gestionar la unidad económica. A nivel de la cuenta de resultados de Tenza, SL se produce una sustitución de ingresos y gastos de explotación, y, se pasa a percibir rentas de participaciones en capital (dividendos, deterioros, valoración cartera, etc.), al ser distintos flujos de efectivo, la operación se califica de permuta comercial.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas ...	375.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	100.000	
2813	Amortización acumulada de maquinaria	150.000	
2913	Deterioro de valor de maquinaria	50.000	
671	Pérdidas procedentes del inmovilizado material [250.000 - (500.000 - 150.000 - 50.000)]	50.000	
			.../...

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
213	Maquinaria		500.000
770	Beneficios procedentes de inmovilizado intangible (50.000 + 100.000 + 75.000)		225.000

Valor Anzo, SL abona por el negocio..... 375.000

– Activos y pasivos identificados:

Maquinaria (250.000 – 100.000) (deuda) 150.000

Cartera de clientes 50.000

Contratos en exclusiva (100.000) 300.000

Fondo de comercio 75.000

Valor compra del negocio 375.000

Valor en libros de la maquinaria – Deuda pendiente 200.000

Resultado global de la operación 175.000

Este resultado se divide en dos:

1. Inmovilizado material (maquinaria) que es negativo debido a que la valoración actual es menor al valor en libros, son los 50.000 euros negativos que figuran en la cuenta 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material».
2. Valoración de activos intangibles que incluye la cartera de clientes, los contratos en exclusiva y el fondo de comercio, en total suma 50.000 + 100.000 + 75.000 = 225.000 euros que figuran en la cuenta 770, «Beneficios procedentes del inmovilizado intangible».

Contabilidad de Anzo, SL (receptora)

Por la emisión de las participaciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	375.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		375.000

.../...

.../...

Por la recepción de la unidad económica:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	250.000	
207	Cartera de clientes	50.000	
208	Contratos en exclusiva	100.000	
204	Fondo de comercio	75.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		100.000
190	Acciones o participaciones emitidas		375.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	375.000	
100	Capital social		200.000
110	Prima asunción		175.000

3.2. Operación realizada entre sociedades que pertenecen al mismo grupo de sociedades

Si la aportación no dineraria **no constituye negocio**, se debe valorar de acuerdo con lo establecido en la NRV 21.^a apartado 1 del PGC (alcance y regla general).

La empresa aportante debe valorar las acciones recibidas por el valor razonable y, si tiene la mayoría de las participaciones o acciones de la sociedad emisora, debe tratarse como una permuta no comercial tal y como recomienda la Consulta 9 del BOICAC 84 (en sintonía con la Consulta 6 del BOICAC 74).

La empresa emisora debe aplicar la NRV 2.^a apartado 1.4 del PGC, valorando los bienes recibidos por su valor razonable en el momento de la aportación.

EJEMPLO 8. Aportación de un terreno a una empresa del grupo

La sociedad M tiene el 100 % de la sociedad A, a la cual aporta un terreno que tenía como inversión inmobiliaria por un coste de 120.000 euros, siendo la valoración del experto independiente de 200.000 euros. La sociedad A amplía capital y califica el terreno como inmovilizado material, ya que tiene previsto edificar un nave para centralizar la distribución de sus productos. El nominal escriturado es de 150.000 euros y la diferencia se considera prima de emisión.

Se pide

Registrar las operaciones en ambas sociedades.

Solución

Contabilidad de M (dominante y aportante)

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo	120.000	
220	Inversiones en terrenos y bienes naturales		120.000

Al aportar un bien que no es negocio se aplica la regla general de la NRV 21.^a del PGC y como la sociedad M tiene la totalidad de las acciones se considera permuta no comercial, de ahí que las acciones que recibe se valoren por el valor en libros del terreno entregado.

Desde el punto de vista fiscal, al ser permuta se valora a precio de mercado y no se puede acoger al diferimiento, lo que implica que debe hacer un ajuste fiscal por $200.000 - 120.000 = + 80.000$ euros, que se califica como diferencia temporaria deducible, ya que va a revertir cuando se deteriore o se venda la cartera.

Contabilidad de A (dependiente y receptora)

Por la emisión de las participaciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	200.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		200.000

.../...

.../...

Por la recepción del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	200.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		200.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	200.000	
100	Capital social		150.000
110	Prima asunción		50.000

Si la aportación no dineraria constituye un negocio, se debe valorar de acuerdo con lo establecido en la NRV 21.^a apartado 2.1 del PGC (reglas particulares).

Desde el 1 de enero de 2010 la adquisición de participaciones que otorguen el control sobre un negocio tiene la calificación de combinación de negocios.

Ambas sociedades, aportante y emisora contabilizan la aportación no dineraria por el mismo importe, por el valor contable de los elementos patrimoniales entregados en las cuentas anuales consolidadas que desarrollan el Código de Comercio.

Las cuentas consolidadas a utilizar son las del grupo o subgrupo mayor en el que estén integrados los elementos patrimoniales siempre que la sociedad dominante sea española.

Si la sociedad dominante del subgrupo aplica las NIIF/NIC porque cotiza en Bolsa el subgrupo, se tomará el valor que aparezca en las cuentas consolidadas formuladas de acuerdo con la normativa internacional, siempre que este valor sea equivalente al que figuraría de haberse formulado las cuentas anuales de acuerdo con la legislación española (RD 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas).

Si se diera la situación en que no hubiera que formular cuentas anuales consolidadas (por tamaño del grupo o porque el subgrupo español tenga como matriz otra sociedad española o situada en otro Estado miembro de la Unión Europea y se cumplan los preceptivos requisitos), se

tomarán para contabilizar la operación de aportación no dineraria los valores que existían antes de realizar la operación en las cuentas individuales de la aportante.

En caso de que hubiera diferencias de valoración, se llevarían a reservas en la contabilidad de la sociedad aportante según recomienda la Consulta 3 del BOICAC 85 (NFC040255).

EJEMPLO 9. Canje de acciones entre empresas del grupo

La empresa A tiene el 100 % de la sociedad B y el 80 % de la sociedad C. Supongamos que A vende el 40 % de C a la empresa B, la cual amplía capital y entrega las acciones a la sociedad A, siendo el nominal escriturado de 50.000 euros.

El grupo está dispensado de consolidar por razones de tamaño, y en la fecha de canje el valor contable patrimonial de C es de 187.500 euros, mientras que su valor razonable es de 200.000 euros. Dichos valores corresponden al 100 % de C.

En la contabilidad de A el coste la inversión en C figura por valor de 120.000 euros.

Se pide

Contabilizar la operación en las sociedades A y B.

Solución

Contabilidad de la sociedad A (aportante)

La sociedad A recibe acciones de B a cambio del 40 % de la participación que tenía en C. Aunque no sean carteras de control, como el dominio se mantiene dentro del grupo, hay que aplicar las reglas particulares de aportaciones no dinerarias de operaciones con sociedades del grupo, que al no consolidar debemos aplicar valor contable de la aportante, con la opción de poder aplicar el valor contable del negocio aportado si es superior.

Opción 1. Valor contable de la sociedad aportante, si por el 80 % se pagó 120.000 euros, si se cede la mitad (40 %) a la sociedad B, damos de baja la mitad del coste.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en B»	60.000	
			.../...

.../...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en C»		60.000

Opción 2. Valor contable del negocio aportado que es C que son 187.500 euros si se calcula el 40 % equivale a 75.000 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en B»	75.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en C» (baja por el coste)		60.000
113	Reservas voluntarias		15.000

Contabilidad de la sociedad B (receptora y amplía capital)

En primer lugar escritura la ampliación en función del valor razonable de C que son 200.000 euros $\times$ 40 % = 80.000 euros, pero la recepción del 40 %, como proviene de una sociedad del grupo, como mucho la puede valorar por 75.000 euros, que equivale a su valor contable. La diferencia se ajusta con la prima de emisión, de ahí que el saldo de la cuenta 110, «Prima de emisión» se corresponda con el fondo económico de la operación y no con la prima escriturada.

Por la emisión de las participaciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	80.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		80.000

Por la recepción del 40 % de C:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas «Inversión en C»	75.000	

.../...

.../...

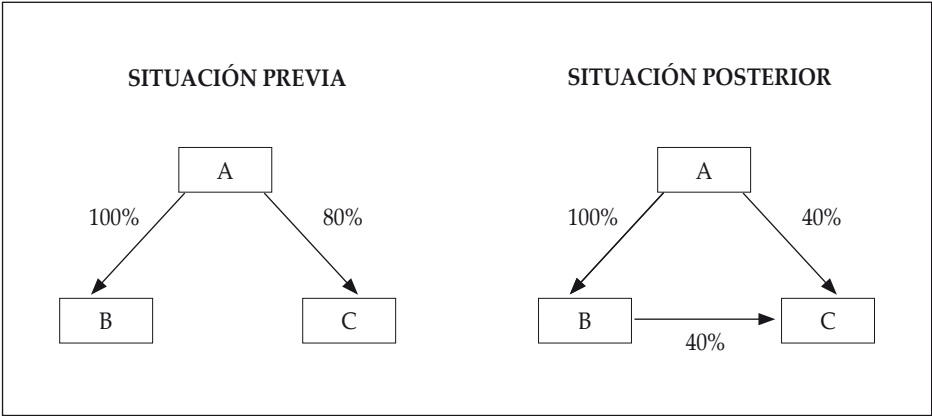
.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
110	Prima de emisión	5.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		80.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	80.000	
100	Capital social		50.000
110	Prima asunción		30.000

El organigrama del grupo después de la reestructuración empresarial es el siguiente:



EJEMPLO 10. Transacciones mixtas

La sociedad A controla el 100 % del capital de las sociedades B y C y supongamos que se produce la siguiente reestructuración: la sociedad A cede el 100 % de C a la sociedad B, a cambio de recibir el 60 % en acciones de B y el resto se lo abona en efectivo.

.../...

.../...

El grupo está obligado a consolidar y el valor del negocio C en el consolidado es de 350.000 euros, mientras que su valor razonable es de 600.000 euros.

La inversión de A en C se adquirió hace 4 años por 200.000 euros.

El nominal que escritura B en la ampliación es de 300.000 euros.

Se pide

Registrar las operaciones anteriores en la contabilidad de A y B.

Solución

Contabilidad de la sociedad A (aportante)

La sociedad A entrega el 100 % de la participación de C a B, a cambio de recibir una parte en efectivo y el resto en acciones de B. Es una operación mixta que de acuerdo con la Consulta 7 del BOICAC 85 (NFC040278) se valora por el valor razonable la parte en efectivo y el resto por el valor del consolidado.

Las diferencias de valoración entre el coste de la participación y el valor cobrado en efectivo se imputan a resultado del ejercicio, mientras que la parte que se percibe en acciones se considera ajuste de reservas.

Además al tratarse de una operación intragrupo, tanto el aportante como la receptora deben aplicar la misma valoración.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en B» ($350.000 \times 60\%$)	210.000	
572	Bancos, c/c ($600.000 \times 40\%$)	240.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo «Inversión en C» (cancela a coste)		200.000
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo, empresas del grupo (parte efectivo) ($240.000 - 200.000 \times 40\%$)		160.000
113	Reservas voluntarias ($210.000 - 200.000 \times 60\%$)		90.000

Contabilidad de la sociedad B (receptora)

La sociedad B amplía capital y pasa a tener el control del 100 % del negocio C.

.../...

.../...

Por la emisión de las participaciones, de acuerdo con su valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	360.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción (600.000 × 60 %)		360.000

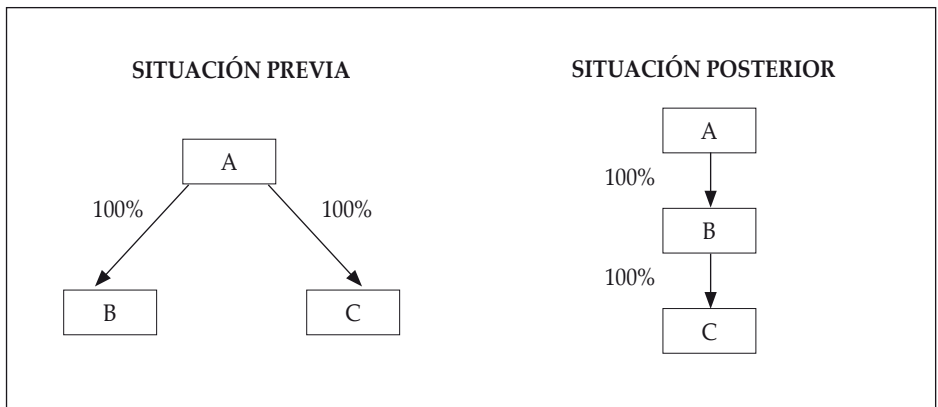
Por la recepción del 100 % de C:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas «Inversión en C» [210.000 (aportación no dineraria) + + 240.000 (efectivo)]	450.000	
110	Prima de emisión (360.000 – 210.000)	150.000	
190	Acciones emitidas		360.000
572	Bancos, c/c		240.000

Por la inscripción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	360.000	
100	Capital social		300.000
110	Prima asunción		60.000

El organigrama del grupo después de la reestructuración empresarial es el siguiente:



NORMA CUARTA: BAJA EN CUENTAS

En la norma cuarta se estudia la baja en cuentas del inmovilizado, en particular, la enajenación del mismo y el registro del resultado correspondiente. También se estudian otros motivos de baja distintos de la enajenación. El contenido es el siguiente:

1. Regla general.
2. Casos especiales, que comprenden:
 - a) Entregas a título gratuito.
 - b) Baja por expropiación.
 - c) Baja por siniestro.
 - d) Elementos del inmovilizado material, distintos de los inmuebles, adquiridos para su arrendamiento temporal y posterior venta en el curso ordinario de las operaciones.
 - e) Baja en ejecución de una garantía, y por la dación en pago o para pago de una deuda.

1. REGLA GENERAL

En este apartado se pone el énfasis en dos aspectos: el momento en que debe darse de baja el inmovilizado material y el resultado que va a obtenerse.

En cuanto al momento, los elementos de inmovilizado material deben darse de baja cuando se vendan o cuando no se espere obtener con su uso beneficios o rendimientos económicos futuros.

Para calcular el resultado de la operación, debe compararse el precio de venta con el valor neto contable del elemento. El valor neto contable será el resultado del cálculo siguiente:

$$\text{Valor neto contable} = \text{Valor de adquisición} - \text{Amortización acumulada} - \text{Deterioros de valor}$$

En el caso de la obtención de un beneficio, la cuenta a utilizar es la 771, «Beneficio procedente del inmovilizado material» y si el resultado obtenido fuera una pérdida debería contabilizarse en la cuenta 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material». Estas cuentas deben incluirse en el apartado 11, «Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado» dentro del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias.

Los gastos relacionados con la venta del activo no corriente deben reflejarse no en las cuentas de gastos por naturaleza correspondientes sino como mayor valor de la pérdida obtenida, utilizando la cuenta 671, «Pérdidas procedentes del inmovilizado material» o como menor valor del beneficio obtenido, utilizando la cuenta 771, «Beneficio procedente del inmovilizado material». En este último caso, debe registrarse un cargo en la cuenta 771, «Beneficio procedente del inmovilizado material».

EJEMPLO 11. Venta de un inmovilizado

La sociedad Pick, SL vende un terreno por 300.000 euros más el 21 % de IVA, que compró hace 5 años por 180.000 euros y figura como inversión inmobiliaria.

Con relación a la operación anterior se abona al agente de propiedad inmobiliaria (API) una comisión del 10 % del precio de venta más el 21 % de IVA. Y tres meses más tarde se liquida el impuesto sobre plusvalía por 5.000 euros.

Se pide

Registrar la venta e indicar el resultado global de la operación.

Solución

Por la venta del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado	363.000	
220	Inversión en terrenos		180.000
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias		120.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		63.000

Por el cobro de la venta del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	363.000	
543	Créditos a corto plazo por enajenación de inmovilizado		363.000

.../...

.../...

Por la comisión del API:

Código	Cuenta	Debe	Haber
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias	30.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	6.300	
410	Acreedores por prestación de servicios		36.300

Por el pago de la comisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
410	Acreedores por prestación de servicios	36.300	
572	Bancos, c/c		36.300

Por el pago del impuesto sobre plusvalía:

Código	Cuenta	Debe	Haber
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias	5.000	
572	Bancos, c/c		5.000

El resultado final de la operación es de $120.000 - 30.000 - 5.000 = 85.000$ euros.

La NRV 2.^a 3 del PGC indica que los gastos relacionados con la venta o baja de un inmovilizado se consideran menor margen de la venta o mayor pérdida, por ello se registran utilizando la misma cuenta que el resultado.

2. CASOS ESPECIALES

2.1. Entregas a título gratuito

Si la empresa da de baja un bien sin contraprestación alguna, debe registrar el importe de la pérdida correspondiente por el importe del valor neto contable del bien.

La pérdida se llevará a la cuenta de pérdidas y ganancias incluyéndola en el apartado 11, «Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado» dentro del resultado de explotación. La cuenta que puede utilizarse para reflejar esta pérdida es la cuenta 678, «Gastos excepcionales».

El tratamiento fiscal de las donaciones supone un gasto que no es deducible en la declaración del Impuesto sobre Sociedades (art. 14 TRLIS) y un ajuste a valor de mercado (art. 15 TRLIS) por la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable. Ambos ajustes tienen carácter permanente para la sociedad donante.

Hay que tener en consideración las reglas especiales que son de aplicación a las operaciones entre empresas vinculadas en cuanto a estas donaciones.

Si la sociedad donante posee el 100 % del capital social de la sociedad donataria, el importe de lo donado se va a registrar como mayor valor de la participación, en la cuenta 2403, «Participaciones a largo plazo en empresas del grupo».

Si la sociedad donante posee un porcentaje inferior al 100 % del capital social de la sociedad donataria, por la parte del valor del bien donado que se corresponde con el porcentaje de la participación en la donataria, debe usarse la cuenta 2403, «Participaciones a largo plazo en empresas del grupo» y por la parte de valor que correspondería al resto de socios, la cuenta 678, «Gastos excepcionales».

EJEMPLO 12. Donación de equipos informáticos

La sociedad SPD, SL dona material informático a una ONG que tiene escuelas en Mali. El coste de los equipos fue de 40.000 euros y hasta la fecha están amortizados en 25.000 euros, aunque su valor de mercado es de 10.000 euros.

Se pide

Registrar la baja de los activos.

Solución

Por la baja de los ordenadores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2817	Amortización acumulada de equipos para procesos de información	25.000	
678	Gastos excepcionales	15.000	
217	Equipos para procesos de información		40.000

.../...

.../...

Por la regularización del IVA por autoconsumo externo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
631	IVA, autoconsumo externo (10.000 × 21 %)	2.100	
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		2.100

Al regalar los ordenadores se tiene que regularizar el IVA abonado en la compra, siendo la base imponible el valor en libros del bien (40.000 – 25.000), excepto que su valor de mercado sea inferior.

A efectos de la declaración del Impuesto sobre Sociedades de este ejercicio la pérdida excepcional se considera liberalidad y no tiene la condición de gasto deducible, además se deberá ajustar la diferencia entre el valor de mercado y el valor en libros. Hay doble ajuste:

- Por la liberalidad [art. 14.1 e) TRLIS], el ajuste positivo de 15.000 euros, diferencia permanente.
- Por la diferencia con el valor de mercado (art. 15.2 y 3 TRLIS), ajuste negativo por 10.000 – 15.000 = –5.000 euros, diferencia permanente.

2.2. Baja por expropiación

El momento en que deben darse de baja los elementos del inmovilizado material es cuando se produzca su puesta a disposición mediante la firma del acta de consignación del precio y la ocupación del bien.

Es entonces cuando se reconoce el resultado en la cuenta de pérdidas y ganancias teniendo en cuenta para calcularlo la diferencia entre el valor neto contable del bien y el importe de la contraprestación a recibir.

En ocasiones, el importe final a recibir puede estar condicionado porque haya un litigio en curso que verse sobre este importe. Si finalmente el juez determinase que debía pagarse un precio adicional, el derecho de cobro correspondiente al mismo solo podrá contabilizarse cuando la sentencia adquiera firmeza, esto es, que haya transcurrido el periodo de recurso de la misma.

El importe a percibir por la expropiación debe registrarse como un activo financiero a incluir en la categoría «Préstamos y partidas a cobrar» de la NRV 9.^a del PGC apartado 2.1 y se valoran por el coste amortizado, debiéndose contabilizar un ingreso financiero calculado de acuerdo con la tasa de interés efectiva.

Puede darse la circunstancia de que la empresa reciba un depósito previo a cuenta del justiprecio o una indemnización por rápida ocupación. En esta situación debe reflejarse la entrada en tesorería y un pasivo por el importe recibido. Este pasivo tiene la consideración de un anticipo que se dará de baja cuando se produzca la baja del activo.

El anticipo es un pasivo financiero y se incluye en la categoría de «Débitos y partidas a pagar» de la NRV 9.^a del PGC apartado 3.1 y se valora por su coste amortizado, generando un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias.

La Resolución del ICAC establece que el gasto financiero solo debe contabilizarse en el caso en que se pueda estimar fiablemente.

EJEMPLO 13. Expropiación forzosa y rápida ocupación

La sociedad OMS, SL es propietaria de un terreno rústico que figura como inversión inmobiliaria por 120.000 euros. Con fecha 1 de abril de 2013 recibe la notificación de expropiación debido al desdoblamiento de la autovía, percibiendo 30.000 euros como anticipo a cuenta del justiprecio por rápida ocupación.

El 1 de octubre de 2013 empiezan las obras en los terrenos y nos comunican que el precio de expropiación es de 180.000 euros. La empresa decide recurrir a los tribunales por considerarlo insuficiente.

El 1 de marzo de 2014 se llega un acuerdo con la Administración pública, siendo el precio acordado de 220.000 euros, descontando el anticipo.

El 1 de junio de 2014 se cobra el importe anterior más 7.500 euros de intereses de demora.

Se pide

Registrar las operaciones anteriores.

Solución

1 de abril de 2013. Por el cobro anticipado por rápida ocupación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	30.000	
521	Anticipo a cuenta por expropiación forzosa		30.000

.../...

.../...

1 de octubre de 2013. Por la ocupación del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
543	Créditos a corto plazo por enajenación inmovilizado ..	150.000	
521	Anticipo a cuenta por expropiación forzosa	30.000	
220	Inversiones en terrenos		120.000
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias (180.000 – 120.000)		60.000

1 de marzo de 2014. Por el acuerdo en el precio con la Administración pública:

Código	Cuenta	Debe	Haber
543	Créditos a corto plazo por enajenación inmovilizado ..	40.000	
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias (220.000 – 180.000)		40.000

1 de junio de 2014. Por el cobro de la Administración pública:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	197.500	
543	Créditos a corto plazo por enajenación inmovilizado ..		190.000
762	Ingresos de créditos		7.500

2.3. Baja por siniestro

El bien siniestrado debe darse de baja por su valor neto contable siempre que no pueda utilizarse en los casos en que haya sido afectado por incendios, inundaciones u otros siniestros. Se debe reconocer un gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias. La cuenta a utilizar es la 678, «Gastos excepcionales».

En algunos casos el activo dado de baja estará asegurado, por lo que debemos distinguir distintas situaciones:

- a) La indemnización a recibir es prácticamente cierta o segura. Según la Resolución del ICAC, la empresa se encuentra en una situación parecida a la del titular de un

derecho de cobro, por lo que contabilizará la indemnización a cobrar reconociendo un ingreso en la cuenta 778, «Ingresos excepcionales». La contrapartida a este ingreso será la cuenta 440, «Deudores».

- b) Si hay incertidumbre sobre la cuantía a percibir como indemnización, la empresa solo podrá contabilizar un ingreso por el importe de la pérdida incurrida siempre que el importe mínimo asegurado sea inferior y la empresa aseguradora hubiese aceptado el siniestro.
- c) Si hay incertidumbre sobre la cuantía a percibir como indemnización, la empresa podrá contabilizar un ingreso por el importe mínimo asegurado siempre que el importe de la pérdida incurrida sea menor y siempre y cuando la entidad aseguradora haya aceptado el siniestro.

EJEMPLO 14. Siniestro total de un vehículo

Uno de los directivos sufre un accidente con el coche de la empresa y es declarado siniestro total. El coche se adquirió por 50.000 euros y está amortizado por 20.000 euros. Al estar asegurado a todo riesgo, el perito de la compañía de seguros ha fijado la indemnización en 25.000 euros.

Se pide

Registrar la operación anterior.

Solución

Por la baja del coche:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2818	Amortización acumulada de elementos de transporte ...	20.000	
678	Gastos excepcionales	30.000	
218	Elementos de transporte		50.000

Por la indemnización de la compañía de seguros:

Código	Cuenta	Debe	Haber
440	Deudores por partidas siniestradas	25.000	
778	Ingresos excepcionales		25.000

EJEMPLO 15. Incendio provocado en una nave industrial

El 1 de octubre de 2013 se produce un incendio en una nave industrial, cuya estructura queda parcialmente destruida, además dos máquinas sufren daños irreversibles. Las máquinas habían costado 250.000 euros y estaban amortizadas por 100.000 euros, mientras que del local debemos dar de baja 120.000 euros del coste, de los cuales 40.000 euros están amortizados.

Se abre un litigio con la compañía de seguros ya que existen indicios de que puede ser provocado, lo que supondría no recibir indemnización.

El 1 de marzo de 2015 tiene lugar el juicio y ante la falta de pruebas la compañía de seguros es condenada a indemnizar a la empresa en 200.000 euros.

Se pide

Registrar la operación.

Solución

1 de octubre de 2013. Por la baja de las partidas siniestradas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2813	Amortización acumulada de maquinaria	100.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones	40.000	
678	Gastos excepcionales	230.000	
213	Maquinaria		250.000
211	Construcciones		120.000

Como la compañía de seguros no acepta el siniestro, el reconocimiento del ingreso se demora hasta que exista la sentencia del litigio.

1 de marzo de 2015. Por la sentencia del litigio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	200.000	
778	Ingresos excepcionales		200.000

2.4. Elementos del inmovilizado material, distintos de los inmuebles, adquiridos para su arrendamiento temporal y posterior venta en el curso ordinario de las operaciones

Se aplica en el caso de que una empresa se dedique al arrendamiento de bienes de inmovilizado material distintos de los bienes inmuebles.

Se requiere que el arrendamiento sea operativo y si, posteriormente, vende los bienes destinados al arrendamiento, debe reclasificar estos bienes a las existencias en la fecha en que se acuerde el cambio de destino. La finalidad es que la venta de estos bienes previamente destinados al alquiler se incorpore a la cifra de negocios de la empresa.

EJEMPLO 16. Alquiler de maquinaria

La sociedad Maqcons, SL dedicada a la maquinaria para la construcción por disminución de su actividad pone a la venta dos excavadoras que figuran registradas por un coste de 900.000 euros y amortizadas por 300.000 euros. Se espera obtener 500.000 euros.

El plan de venta se inicia el 1 de julio de 2013 y las excavadoras se venden el 1 de diciembre de 2013 por 400.000 euros más el 21 % de IVA.

Se pide

Registrar la operación anterior.

Solución

1 de julio de 2013. Por la reclasificación a existencias:

Como el precio que se espera obtener para la venta es inferior al valor en libros, primero se registra el deterioro de valor y luego se reclasifica.

Por el deterioro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	100.000	
2913	Deterioro de valor de maquinaria [500.000 - (900.000 - 300.000)]		100.000

.../...

.../...

Por la reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías (excavadoras)	500.000	
2813	Amortización acumulada de maquinaria	300.000	
2913	Deterioro de valor de maquinaria	100.000	
213	Maquinaria		900.000

1 de diciembre de 2013. Por la venta de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	484.000	
700	Ventas de mercaderías (excavadoras)		400.000
477	Hacienda Pública, IVA repercutido		84.000

Por la regularización de las existencias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	500.000	
300	Mercaderías		500.000

2.5. Baja en ejecución de una garantía, y por la dación en pago o para pago de una deuda

Los bienes de inmovilizado que se entregan por la ejecución de una garantía, o porque se produce una dación en pago o que se entregan para pago de deudas, deben darse de baja por su valor contable o valor en libros (valor de adquisición menos amortización acumulada y menos los deterioros contabilizados).

Además, debe cancelarse el pasivo financiero en la parte correspondiente y reconocer un resultado.

En esta operación se dan dos resultados:

1. Un resultado de explotación por la diferencia entre el valor razonable del inmovilizado y su valor neto contable o en libros.
2. Un resultado financiero por diferencia entre el valor del pasivo que se cancela (su coste amortizado) y el valor razonable del bien que se entrega en ejecución de la garantía, como dación en pago o para pago de una deuda.

Ambos resultados tributan en el Impuesto sobre Sociedades y no es preciso hacer ningún ajuste contable.

EJEMPLO 17. Dación en pago

La sociedad Risc, SL solicitó un préstamo a una entidad financiera del cual queda pendiente de pago 300.000 euros de capital, de los cuales 100.000 euros corresponden a cuotas vencidas o a corto plazo. Además se adeudan 50.000 euros en intereses.

Dicho préstamo tenía como garantía un inmueble propiedad de la empresa que figura en el inmovilizado material por un coste total de 300.000 euros, siendo el valor del suelo de 150.000 euros y se encuentra amortizado en 80.000 euros; siendo su valor actual de mercado de 400.000 euros.

La entidad de crédito ejecuta la garantía y acepta la dación en pago.

Se pide

Registrar la operación.

Solución

En la operación se producen dos tipos de resultados:

- Resultado de explotación = Valor razonable del inmueble – Valor en libros del inmueble = $400.000 - (300.000 - 80.000) = 180.000$ euros.
- Resultado financiero = Valor razonable inmueble – Valor actual del pasivo = $400.000 - 350.000 = 50.000$ euros.

Por la cancelación del pasivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito	100.000	...
			...

.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	200.000	
527	Intereses a corto plazo de deudas	50.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones	80.000	
662	Intereses de deudas	50.000	
210	Terrenos y bienes naturales		150.000
211	Construcciones		150.000
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		180.000

NORMA QUINTA: INVERSIONES INMOBILIARIAS

Las inversiones inmobiliarias siguen los mismos criterios de registro y valoración que el inmovilizado material. En el balance aparecen en un epígrafe aparte para dar mejor información sobre el uso que tienen los distintos inmuebles que son propiedad de la empresa.

La Resolución del ICAC se centra en esta parte en las reclasificaciones que van a ser necesarias en el caso de que cambie el uso de estos bienes inmuebles. Será necesaria una reclasificación cuando se produzca el cambio de función de estos bienes en la empresa.

Los puntos que se desarrollan son:

1. Definición.
2. Registro y valoración.
3. Cambio de destino.

1. DEFINICIÓN

Las inversiones inmobiliarias son activos no corrientes, bienes inmuebles que no están afectos a la actividad normal de la empresa. Estas inversiones se mantienen para obtener rentas (derivadas del alquiler), plusvalías (por una venta de las mismas) o ambas.

Se excluyen:

- a) Los bienes inmuebles que van a usarse en la producción o distribución de bienes o servicios distintos del alquiler (oficinas, tiendas, fábricas, sede social, etc.). El tratamiento es considerarlos un inmovilizado material.
- b) Los bienes inmuebles que vayan a venderse por ser esta la actividad de la empresa (solares y edificaciones). Se incluyen en el activo corriente del balance de la empresa como existencias.

Puede darse la circunstancia de que se incluyan en el patrimonio de la empresa terrenos y construcciones cuyo uso futuro no esté determinado el día de la fecha del balance. En este caso, se califican como inversión inmobiliaria a la espera de determinar finalmente su uso.

Los inmuebles que estén en proceso de construcción o mejora se califican en función de su destino previsto, como inmovilizado material o como inversiones inmobiliarias.

Una empresa también puede tener inmuebles con un uso mixto, es decir, parte del inmueble se destina a la actividad de la empresa y, la otra parte, al alquiler. Si los distintos componentes pueden venderse de forma separada, se seguirá el criterio de registro que corresponda a cada parte según su naturaleza.

Si no es posible la venta de forma independiente, el inmueble se calificará como inversión inmobiliaria cuando la parte utilizada para servicios administrativos o para la producción y distribución de bienes y servicios sea insignificante.

Si se prestaran servicios complementarios a los ocupantes de un inmueble (limpieza, lavandería) y el importe es poco significativo con relación al valor del contrato global, el inmueble seguiría calificándose como inversión inmobiliaria. Por el contrario, si el importe de los servicios prestados a los ocupantes tuviera un valor significativo (hoteles, apartamentos), estaríamos ante la realización de una actividad distinta al simple alquiler de construcciones, por lo que el inmueble debe calificarse como inmovilizado material.

2. REGISTRO Y VALORACIÓN

La Resolución del ICAC se remite a las normas del inmovilizado material para el registro y la valoración de las inversiones inmobiliarias.

3. CAMBIO DE DESTINO

Una vez se ha adquirido o construido, el inmueble se califica en función de su futuro uso como inmovilizado material, inversiones inmobiliarias o existencias. No obstante, esta clasificación no es definitiva porque durante la vida del mismo pueden darse las circunstancias que motiven un cambio de destino y sea necesaria su reclasificación a otra categoría distinta.

3.1. Reclasificación de inversiones inmobiliarias a inmovilizado material

La reclasificación se realiza cuando la empresa empieza a utilizar el inmueble con su nuevo uso, es decir, como oficinas administrativas, fábrica, punto de venta, almacén, etc.

Se debe dotar amortización desde el inicio del ejercicio hasta el día del cambio de uso y reclasificar todas las cuentas relacionadas.

EJEMPLO 18. Reclasificación de inversión inmobiliaria a inmovilizado material

La sociedad CYP, SL compró hace tres años un local como inversión y debido a la creación de un nuevo departamento de ingeniería va a trasladar al personal administrativo a ese local que hasta la fecha permanecía cerrado. El inmueble se compró por 300.000 euros, de los cuales 90.000 euros corresponden al terreno y está amortizado hasta la fecha por 45.000 euros.

Se pide

Reclasificar la inversión.

Solución

Por la reclasificación del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	90.000	
220	Inversiones en terrenos		90.000

Por la reclasificación de la construcción:

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	210.000	
221	Inversiones en construcciones		210.000

.../...

.../...

Por la reclasificación de la amortización acumulada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
282	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias	45.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones		45.000

3.2. Reclasificación de inversiones inmobiliarias a existencias

Se producirá cuando la empresa vaya a emprender unas obras con la finalidad de modificar de forma sustancial el inmueble porque tiene la intención de venderlo.

Se debe dotar amortización desde el inicio del ejercicio hasta el día del cambio de uso y reclasificar todas las cuentas relacionadas.

El caso mencionado en este apartado es distinto de la situación de un inmueble que se encuentra «disponible para la venta» y al que se le debe aplicar la NRV 7.^a del PGC puesto que el primer requisito para poder hacer la reclasificación a la categoría de «Activos no corrientes mantenidos para la venta» es que «a) El activo ha de estar disponible en sus condiciones actuales para su venta inmediata...».

No hay contradicción entre ambas normas porque recogen supuestos distintos.

Si no se va a reformar el inmueble se seguirá considerando una inversión mobiliaria a menos que se cumplan los requisitos para clasificarlo como «Activo no corriente mantenido para la venta». Hay que recordar en este punto que, además del requisito mencionado anteriormente, existe un segundo requisito a cumplir: «b) Su venta ha de ser altamente probable». Para el cumplimiento del segundo requisito se exigen cuatro circunstancias que son concurrentes.

Por otra parte, la empresa puede iniciar una obra para mejorar el activo sin intención de vender, por lo que no procede a su reclasificación como existencias.

EJEMPLO 19. Rehabilitación de unos pisos para venderlos como oficinas

La sociedad TEC, SL que no se dedica al negocio inmobiliario dispone de dos pisos que aportó hace 5 años uno de los socios. Estos figuran como inversión inmobiliaria por importe

.../...

.../...

de 500.000 euros en total, de los cuales 180.000 euros corresponden al suelo y están amortizados por 50.000 euros. La sociedad decide rehabilitar ambos pisos, el proyecto es unir ambos pisos, modificar la estructura y convertirlo en oficinas con la intención de vender.

El proyecto se inicia el 1 de marzo de 2013 y la reforma dura hasta finales de septiembre siendo el coste total de 400.000 euros.

El 15 de diciembre de 2013 se ha vendido el local por 900.000 euros.

Se pide

Registrar la operación.

Solución

1 de marzo de 2013. Cuando se inician las obras se reclasifica los pisos a existencias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías (pisos)	450.000	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias	50.000	
220	Inversiones en terrenos		180.000
221	Inversiones en construcciones		320.000

30 de septiembre de 2013. Una vez finalizan las obras de rehabilitación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
300	Mercaderías (mayor inversión en los pisos)	400.000	
400	Proveedores		400.000

Al ser obras de rehabilitación se invierte el sujeto pasivo a efectos del IVA:

Código	Cuenta	Debe	Haber
472	Hacienda Pública, IVA soportado ($400.000 \times 21\%$)	84.000	
477	Hacienda Pública, IVA repercutido ($400.000 \times 21\%$)		84.000

.../...

.../...

15 de diciembre de 2013. Por la venta de las oficinas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	900.000	
700	Ventas de mercaderías		900.000

Por la regularización de existencias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
610	Variación de existencias de mercaderías	850.000	
300	Mercaderías		850.000

3.3. Reclasificación de inmovilizado material a inversiones inmobiliarias

La reclasificación se realiza cuando la empresa deje de utilizar el inmueble que tenía destinado para fines administrativos o para la producción o distribución de productos y servicios y se vaya a destinar al alquiler o cesión de uso o a la venta pero sin cumplir las condiciones exigidas en la NRV 7.^a del PGC.

Se debe dotar amortización desde el inicio del ejercicio hasta el día del cambio de uso y reclasificar todas las cuentas relacionadas.

EJEMPLO 20. Reclasificación de inmovilizado material a inversión inmobiliaria

PUT, SL es propietaria de un almacén, cuyo valor contable es de 200.000 euros, de los cuales 50.000 euros corresponden al suelo y estaba amortizado por 100.000 euros. A partir del mes de junio de 2013 se cede en alquiler por 5 años a otra sociedad.

Se pide

Reclasificar la inversión.

.../...

.../...

Solución

Por la reclasificación del terreno:

Código	Cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos	50.000	
210	Terrenos y bienes naturales		50.000

Por la reclasificación de la construcción:

Código	Cuenta	Debe	Haber
221	Inversiones en construcciones	150.000	
211	Construcciones		150.000

Por la reclasificación de la amortización acumulada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2811	Amortización acumulada de construcciones	100.000	
282	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias ..		100.000

3.4. Reclasificación de existencias a inversiones inmobiliarias

Este caso se aplicaría a las empresas que tienen como actividad principal la venta de bienes inmuebles.

Parte de las existencias de la empresa, al no poder venderlas, se destinan al alquiler. En este caso, es necesario que el contrato de alquiler se corresponda con un arrendamiento operativo.

Puesto que las existencias entraron en la contabilidad de la empresa con una cuenta de gastos, se debe reflejar el cambio de uso utilizando una cuenta de ingresos que se valorará por el valor de adquisición de las existencias de inmuebles que vayan a cambiar de uso.

EJEMPLO 21. Reclasificación de existencias a inversión inmobiliaria

Una sociedad inmobiliaria compró 15 plazas de *parking* por 180.000 euros con la intención de venderlas. Después de dos años sin conseguirlo, decide alquilarlas a una sociedad por 5 años. La vida económica de los *parkings* se estima en 60 años.

Se pide

Registrar la reclasificación.

Solución

Por la reclasificación de las plazas de *parking* (existencias a inversión inmobiliaria):

Código	Cuenta	Debe	Haber
221	Inversiones en construcciones	180.000	
300/738	Mercaderías o Incorporación al activo de existencias ..		180.000

Por la amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
682	Amortización de las inversiones inmobiliarias	3.000	
282	Amortización acumulada de inversiones inmobiliarias .. (180.000/60 años)		3.000

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

BOICAC núm. 85, marzo 2011. Consulta 12. «Operaciones entre empresas del grupo», NRV 21.^a Distribución de un dividendo en especie.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la distribución de un dividendo en especie que se materializa en un negocio desde la perspectiva de la sociedad que recibe el dividendo.

Respuesta:

La consulta versa sobre la correcta interpretación de la norma de registro y valoración (NRV) 21.^a «Operaciones entre empresas del grupo» del Plan General de Contabilidad (PGC), en la redacción introducida por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, en vigor para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2010.

La Consulta 2 del BOICAC número 47 (NFC010571), de septiembre de 2001, dispone lo siguiente:

«Si nace el derecho de cobro de un dividendo acordado, cuestión que deviene del campo jurídico, la contabilidad debe registrarlo, lo que genera el correspondiente ingreso. No obstante, cuestión distinta es la valoración contable de dicho derecho, ya que si bien esta debe atender al importe acordado, sin embargo dado que se va a intercambiar el derecho de cobro por un activo que de acuerdo con el criterio contable establecido en la consulta indicada en primer lugar, hubiera producido una valoración que no habría aumentado la valoración de la inversión inicial, cabe concluir que en consecuencia, y siendo el fondo económico de estas operaciones idéntico, el resultado de su contabilización debe ser igualmente unívoco. En definitiva, si el crédito derivado del devengo de

un dividendo, se paga con acciones liberadas emitidas al efecto, su valoración debe considerar los criterios recogidos en la Consulta 1 del BOICAC número 9 (NFC002583).»

Para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2010, la valoración contable del citado derecho es la incluida en la NRV 21.^a 2.3 que a su vez se remite al apartado 2.2. Adicionalmente, considerando que las normas de consolidación desconocen la operación económica del reparto de un dividendo, que se elimina contra reservas, al interpretar la NRV 21.^a 2.3 hay que razonar desde esta perspectiva y en consecuencia contabilizar igualmente el negocio recibido con abono a reservas.

EJEMPLO

Nuestra sociedad constituyó en un ejercicio previo la sociedad «ZIANSA, SA», dedicada al negocio editorial, suscribiendo el 100 % de las acciones. Dada la buena marcha de la sociedad, se acuerda el reparto de un dividendo, con cargo a resultados de ejercicios anteriores por importe de 60.000 u.m. Dicho dividendo se hará efectivo mediante la entrega de una división de la sociedad, dedicada a la publicación de libros técnicos, cuyos elementos patrimoniales figuran en cuentas, tanto individuales como consolidadas, por los siguientes importes:

	Valor contable
Maquinaria	24.000
Existencias	8.000
Total activos del negocio	32.000

Se pide:

Tratamiento de la operación en ambas sociedades.

Solución

1. Sociedad cedente

Al tratarse de una operación entre empresas del grupo, debe aplicarse lo dispuesto en la NRV 21.^a apartado 2.3 del PGC para el reparto de dividendos que consistan en un negocio. En concreto, establece la norma que la empresa cedente del negocio (aquella que reparte un dividendo que se materializa en la entrega de un negocio) debe reconocer la diferencia entre la deuda con el socio, y el valor contable del negocio con cargo a reservas.

.../...

.../...

«Operaciones de reducción de capital, reparto de dividendos y disolución de sociedades.

En las operaciones de reducción de capital, reparto de dividendos y disolución de sociedades se seguirán los siguientes criterios, siempre que el negocio en que se materializa la reducción de capital, se acuerda el pago del dividendo o se cancela la cuota de liquidación del socio o propietario permanezca en el grupo.

La empresa cedente contabilizará la diferencia entre el importe de la deuda con el socio o propietario y el valor contable del negocio entregado con abono a una cuenta de reservas.»

En la aprobación del dividendo se debe reconocer una deuda con el socio, y una disminución de las reservas con cargo a las cuales se reparte el dividendo por importe de 60.000 u.m.:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	60.000	
526	Dividendo activo a pagar		60.000

El dividendo se hará efectivo mediante la entrega de un negocio. Según establece el PGC, al tratarse de una operación entre empresas del grupo se debe reconocer la diferencia entre la deuda con el socio que figura con motivo de la aprobación del dividendo, y el valor contable de los elementos que se dan de baja, con cargo a reservas de la sociedad.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	60.000	
213	Maquinaria		24.000
3	Existencia		8.000
113	Reservas voluntarias		28.000

2. Sociedad cesionaria

Aclara la consulta que la sociedad cesionaria (aquella que recibe el negocio como dividendo en especie) debe valorar el mismo según lo dispuesto en las normas particulares de operaciones entre empresas del grupo, por lo que el derecho al dividendo que se materializa en un negocio debe reconocerse por el valor por el que figurasen los elementos patrimoniales del negocio en cuentas consolidadas.

.../...

.../...

Establece además la consulta que el derecho al dividendo debe reconocerse con abono a reservas, por lo que no procederá reconocer resultado alguno en ese reparto de dividendo que se materializa en la entrega de un negocio al socio:

«Para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2010, la valoración contable del citado derecho es la incluida en la NRV 21.^a 2.3 que a su vez se remite al apartado 2.2. Adicionalmente, considerando que las normas de consolidación desconocen la operación económica del reparto de un dividendo, que se elimina contra reservas, al interpretar la NRV 21.^a 2.3 hay que razonar desde esta perspectiva y en consecuencia contabilizar igualmente el negocio recibido con abono a reservas.»

El asiento por el reconocimiento del derecho al dividendo será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar	32.000	
113	Reservas voluntarias		32.000

Cuando se produzca la entrega, se deben reconocer los elementos patrimoniales constitutivos del negocio por el valor por el que figurasen los mismos en cuentas consolidadas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	24.000	
3	Existencias	8.000	
545	Dividendo a cobrar		32.000

**SUPUESTO PROPUESTO EN LA OPOSICIÓN PARA
EL CUERPO DE DIPLOMADOS EN CIENCIAS
EMPRESARIALES AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN
DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA**

**EXERCISE PROPOSED IN THE COMPETITIVE EXAMINATION
TO THE BODY OF GRADUATES IN BUSINESS STUDIES AT THE
SERVICE OF THE ADMINISTRATION OF THE AUTONOMOUS
REGION OF NAVARRA**

[Supuesto propuesto en la Oposición para el Cuerpo de Diplomados en Ciencias Empresariales al servicio de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, convocado por Resolución 202/2009, de 19 de noviembre (BON de 4 de diciembre)].

Fernando Vallejo Torrecilla

Licenciado en Ciencias Empresariales

Sumario

- **Cálculo del coste para un ayuntamiento del ciclo integral del tratamiento de residuos sólidos urbanos.**

ENUNCIADO

CÁLCULO DEL COSTE PARA UN AYUNTAMIENTO DEL CICLO INTEGRAL DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS

Un determinado ayuntamiento realiza la gestión y la explotación del ciclo integral de la recogida, tratamiento y eliminación de residuos del municipio. Con el objeto de elaborar la memoria económico-financiera para fijar la tasa en la correspondiente ordenanza fiscal, desea que tal memoria contenga el correspondiente estudio de costes aplicando para ello el sistema de *costes inorgánicos por procesos*, con el objeto de justificar la tasa que pretende cobrar por tal servicio.

Para llevar a cabo el citado estudio, se proporcionan los datos siguientes:

1. El ciclo integral consta de los siguientes *macroprocesos*:
 - Recogida de residuos sólidos urbanos (RSU).
 - Planta de tratamiento de RSU.
 - Vertedero.
2. Los gastos presupuestarios variables asignados a los macroprocesos anteriores se presentan en la siguiente tabla:

Macroproceso	Gasto presupuestario	Naturaleza del gasto	Actividad (Toneladas/año)
Recogida RSU	10.100.000	Contratas	100.000
Planta de tratamiento	860.000 3.560.000	Personal propio Contratas	100.000
Vertedero	240.000 945.000	Personal propio Contratas	65.000

3. Modelos de gestión de los *macroprocesos*:

- a) La recogida está externalizada por lo que los gastos presupuestarios recogidos en el cuadro anterior corresponden en su totalidad a los contratos con las empresas que realizan la recogida. Además, debe tenerse en cuenta que los gastos de personal y otros gastos corrientes que el ayuntamiento asigna a este proceso por su gestión ascienden a 250.000 euros. El medidor utilizado para repartir estos costes son las toneladas recogidas.
- b) La planta de tratamiento de RSU está gestionada directamente por el ayuntamiento. El coste de la inversión ha sido de 24.000.000 de euros, con una capacidad de 150.000 toneladas al año. La vida útil de la planta es de 20 años.
- c) El vertedero, también gestionado directamente por el ayuntamiento, ha supuesto una inversión de 6.000.000 de euros, estimando que su capacidad máxima es de 2.000.000 de toneladas. Los costes de sellado del vertedero a imputar en el periodo considerado ascienden a 180.000 euros.

Información complementaria:

Las toneladas entregadas en el vertedero proceden:

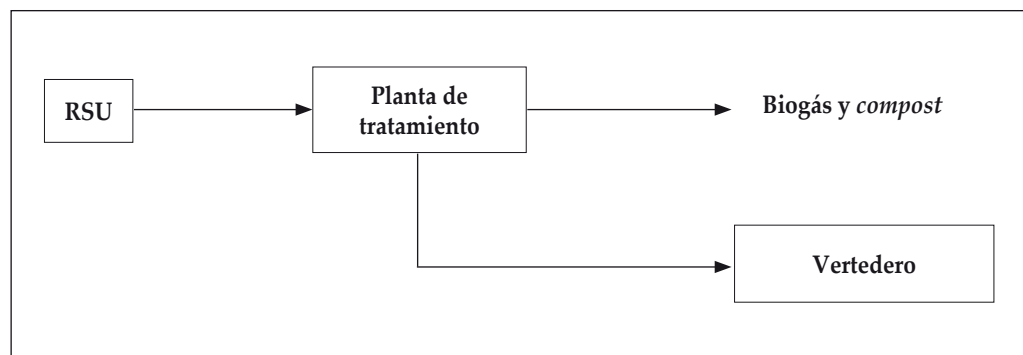
- a) 55.000 de la planta de tratamiento (rechazos), esto es, son las toneladas que no han podido ser aprovechadas y que finalmente acaban en el vertedero. Las 45.000 toneladas restantes tratadas en la planta son las que se han utilizado para la producción de biogás y *compost*.
- b) 10.000 entregadas directamente al vertedero por particulares y empresas.

Se pide:

- 1. Coste de la tonelada depositada en el vertedero y coste de la subactividad de la planta de tratamiento.
- 2. Tasa que debe repercutir por tonelada el ayuntamiento para recuperar los costes totales.
- 3. Porcentaje de aprovechamiento de la planta de tratamiento.

SOLUCIÓN

Esquema del proceso productivo del ciclo integral



1. COSTE DE LA TONELADA DEPOSITADA EN EL VERTEDERO Y COSTE DE SUBACTIVIDAD DE LA PLANTA

El coste de la tonelada depositada en el vertedero se compone de los siguientes costes:

A) COSTE DE LA RECOGIDA

$(10.100.000 + 250.000)$ euros = 10.350.000 euros.

Por tonelada: $10.350.000 \text{ euros} / 100.000 \text{ toneladas} = 103,5 \text{ euros/tonelada recogida}$.

B) COSTE DEL TRATAMIENTO EN LA PLANTA

Hasta su capacidad de 150.000 toneladas/año, la amortización de la planta es un coste fijo, ya que es independiente del nivel de producción, por lo cual, al haber capacidad no utilizada, la amortización de la planta se calculará según el porcentaje que representa la capacidad utilizada en relación con la capacidad prevista.

$$\text{Nivel de utilización} = \frac{\text{Capacidad utilizada}}{\text{Capacidad prevista}} = \frac{100.000 \text{ toneladas}}{150.000 \text{ toneladas}} = \frac{2}{3}$$

La planta está funcionando a 2/3 de su capacidad y en esta misma proporción se imputará su amortización.

$$\frac{\text{Inversión en planta}}{\text{Capacidad durante su vida útil}} = \frac{24.000.000 \text{ euros}}{150.000 \text{ toneladas} \times 20 \text{ años}} = 8 \text{ euros/tonelada y año}$$

Cuota de amortización anual:

$$8 \text{ euros/tonelada y año} \times 100.000 \text{ toneladas} \times 1 \text{ año} = 800.000 \text{ euros}$$

En cuanto al posible coste de subactividad para el periodo de cálculo, se corresponderá con la amortización relativa a la capacidad no utilizada. No hace falta apenas hacer cálculos, ya que si los 2/3 de la capacidad suponen 800.000 euros de amortización, el tercio restante supondrá la mitad, esto es, **400.000 euros**.

Este importe se considerará como coste del periodo, no como coste del producto.

Con los cálculos anteriores y los costes variables que proporciona directamente el enunciado, tendremos el siguiente resumen para la acumulación de costes para la planta:

Costes de personal	860.000
Contratas	3.560.000
Amortización planta	800.000
Total	5.220.000

Coste por tonelada: $5.220.000 \text{ euros} / 100.000 \text{ toneladas} = 52,2 \text{ euros/tonelada tratada}$.

El coste de la tonelada depositada en el vertedero es la suma de los costes de recogida y los de tratamiento: $103,5 + 52,2 = \mathbf{155,7}$ euros por tonelada depositada.

C) COSTE DEL VERTEDERO

El análisis de costes para el vertedero presenta similitudes, en cuanto a conceptos de coste se refiere, con el realizado para la planta en el apartado anterior, pero hay que incluir un componente nuevo: al igual que el agotamiento que se produce en la explotación de recursos naturales (como bosques madereros, minas, yacimientos petrolíferos o de gas, etc.) en este caso lo que se agota es el espacio o capacidad de almacenamiento de que dispone el vertedero y que supone un límite de 2.000.000 de toneladas.

El coste imputable al espacio consumido (agotamiento) por las toneladas vertidas será:

$$\text{Factor de agotamiento} = \frac{\text{Inversión}}{\text{Capacidad}} = \frac{6.000.000 \text{ euros}}{2.000.000 \text{ toneladas}} = 3 \text{ euros por tonelada vertida}$$

Y para el periodo: 65.000 toneladas $\times$ 3 euros/tonelada = 195.000 euros.

En cuanto al resumen de costes:

Costes de personal	240.000
Contratas	945.000
Agotamiento	195.000
Sellado	180.000
Total	1.560.000

Coste por tonelada vertida: 1.560.000 euros/65.000 toneladas = 24 euros/tonelada.

2. TASA QUE DEBE REPERCUTIR POR TONELADA EL AYUNTAMIENTO PARA RECUPERAR LOS COSTES TOTALES

De acuerdo con los cálculos anteriores, se pueden resumir los costes por procesos según las diferentes unidades en la tabla siguiente:

Descripción	Unidades	Recogida	Tratamiento	Vertedero	Total
Rechazadas en planta	55.000	103,5	52,2 (*)	24	179,7
Tratadas en planta	45.000	103,5	52,2	–	155,7
Entregadas por particulares	10.000	–	–	24	24
(*) Se ha supuesto que las rechazadas en planta lo son al final del proceso, pues en caso contrario habría que añadirles solo el porcentaje de costes correspondiente al grado de procesamiento.					

En cuanto a la tasa que hay que repercutir, puesto que las toneladas depositadas no proceden todas de la planta de tratamiento, cabría distinguir y calcular *dos* tasas: una para los RSU recogidos y que han recibido el tratamiento en planta y otra para los particulares y empresas que entregan directamente los RSU al vertedero.

Para los recogidos y que han recibido el tratamiento en planta, en principio, la tasa que hay que repercutir por tonelada para recuperar todos los costes será el importe del coste final de la tonelada tratada. Pero aquí hay que distinguir también dos tipos de unidades: las que acaban en el vertedero y las que son convertidas en biogás y *compost* (a las cuales no hay que añadir el coste del vertedero). A priori, no se sabe si una tonelada será válida o no, pero se conoce el porcentaje de aprovechamiento, el 45 % (se calcula en el apartado siguiente), por lo cual se puede calcular un coste medio ponderado que vendría a ser un coste medio estimado:

Coste medio estimado: $179,7 \times 0,55 + 155,7 \times 0,45 = 168,90$ euros por tonelada.

A la cifra anterior también se puede llegar de otra forma: $103,5 + 52,2 + 0,55 \times 24 = 168,90$, donde los costes del vertedero se han imputado en proporción a su probabilidad.

Cabe añadir que del coste anterior habría que descontar el importe de los ingresos netos (esto es, deducidos los costes posteriores de distribución u otros) procedentes de la previsible venta del biogás y del *compost* obtenidos mediante el proceso de biometanización en la planta, pero el enunciado no proporciona datos.

En cuanto a las toneladas depositadas directamente por los particulares, habría que repercutir el coste del vertedero únicamente, **24 euros por tonelada**, sin que proceda descontar nada por la posible venta de biogás o *compost*, ya que estas unidades no se procesan en la planta.

Podemos comprobar que las cifras anteriores permiten recuperar todos los costes (excepto el de subactividad, el cual, para recuperarlo, bastaría con incrementar la tasa repartiendo los 400.000 euros no imputados de amortización de la planta entre las 100.000 toneladas tratadas, lo que supondría un suplemento de 4 € por tonelada):

Costes:

Costes variables presupuestados	15.955.000
Amortización imputada	800.000
Agotamiento del vertedero	195.000
Sellado del vertedero	180.000
Total costes calculados	17.130.000

Ingresos según tasas calculadas:

100.000 toneladas recogidas y tratadas $\times 168,90$ euros/tonelada	16.890.000
10.000 entregadas directamente $\times 24$ euros/tonelada	240.000
Total ingresos por tasas	17.130.000

3. PORCENTAJE DE APROVECHAMIENTO DE LA PLANTA DE TRATAMIENTO

Puesto que de las 100.000 toneladas recibidas y tratadas en la planta, 55.000 son rechazadas y enviadas al vertedero, el grado de aprovechamiento será:

$$\frac{\text{Unidades no rechazadas}}{\text{Unidades tratadas}} = \frac{45.000}{100.000} = 45 \%$$

No hay que confundir este porcentaje de aprovechamiento con el porcentaje de utilización de la capacidad de la planta que se calculó anteriormente, 2/3, para determinar el coste de subactividad, ya que este último mide el nivel de utilización de la planta con relación a su capacidad productiva total, mientras que el porcentaje de aprovechamiento mide la calidad del proceso, relacionándola con las unidades realmente tratadas, sin tener en cuenta cuál es la capacidad admisible en la planta.

Recensiones bibliográficas

El coste para la Administración Pública de las obligaciones tributarias

Joaquín MOYA-ANGELER SÁNCHEZ
Tecnos, Madrid, 2012, 267 págs.

El autor del libro que recensamos es abogado, profesor y ponente de diversos cursos y seminarios y fue responsable del área de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Murcia. Su trabajo aporta una perspectiva novedosa en el tratamiento de las relaciones entre la Administración y los contribuyentes, como es el conocimiento de la cuantificación económica de los costes de las obligaciones y deberes derivados de la normativa tributaria.

Algunas obligaciones de la Administración, consecuencia del reconocimiento de derechos a los contribuyentes, son de fácil cuantificación por su contenido pecuniario, pero en otros casos (v. gr.: deberes de asistencia e información) la evaluación de su coste comportará determinar componentes diversos: personal, equipos informáticos, publicaciones, etc.

El libro se estructura en seis capítulos. Los primeros delimitan las obligaciones y deberes de la Administración en el marco de la relación jurídico-tributaria y pasan cumplida revista al contenido de las diferentes situaciones que pueden presentarse, siguiendo una sistematización que distingue, por una parte, las obligaciones impuestas a la Administración tributaria por su naturaleza económica, contenidas principalmente en los artículos 30 a 33 de la Ley General Tributaria (LGT).

Esas obligaciones comportarán para la Administración la realización de devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, devolución de ingresos indebidos, reembolso de los costes de las garantías aportadas para suspender la ejecución de un acto o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda tributaria y el abono de intereses de demora. El autor considera brevemente cada una de estas obligaciones en el capítulo segundo del libro.

Después se encaran las obligaciones que resultan del reconocimiento de derechos y garantías de los obligados tributarios señalados en el artículo 34 de la LGT, comentando, por este orden, la obligación-deber de información y asistencia –concretada por las tareas de publicación de textos actualizados de la normativa tributaria, realización de comunicaciones y actuaciones informativas, contestación de consultas de los contribuyentes y adopción de acuerdos previos de valoración–, el tener que aceptar el empleo de lenguas oficiales en el territorio de las comunidades autónomas y las obligaciones que debe cumplir la Administración en el curso de los procedimientos tributarios como consecuencia de la incorporación de derechos generales reconocidos por la norma de cabecera en dicho ámbito (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y de los directamente previstos en la LGT.

De los derechos procedimentales incorporados a esta norma no deduce el autor «ninguna carga ni coste añadido para la Administración... pues su ejercicio se deriva del propio impulso de los procedimientos, sin que haya que realizar ninguna actuación extraordinaria, ni dotar de ningún contenido presupuestario añadido». Aquí aparecen tratados derechos que, en última instancia, encuentran su referencia y amparo en la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución: derecho a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que sea parte, a conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración tributaria bajo cuya responsabilidad se tramitan las actuaciones y procedimientos tributarios en los que se tenga la condición de interesado, a solicitar certificado y copia de las declaraciones presentadas, derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados y a las devoluciones de originales, derecho a no aportar documentos no exigidos o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, a ser tratado con respeto y consideración, derecho al trámite de audiencia previa, etc.

Las obligaciones derivadas de derechos que no tienen un correlativo en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común aparecen tratadas posteriormente, dentro del capítulo tercero, al referirse al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, la necesidad de intervención mínima de esta para evitar situaciones gravosas para los obligados tributarios, la información sobre valores de bienes inmuebles que vayan a ser objeto de adquisición o transmisión, la documentación escrita de las manifestaciones con relevancia tributaria que se produzcan en los procedimientos, el reconocimiento de beneficios o regímenes fiscales que resulten aplicables y la formulación de quejas y sugerencias acerca del funcionamiento administrativo. Y, al final se consideran otras obligaciones procedimentales de gran trascendencia, como la obligación de resolver, el plazo máximo de resolución de los procedimientos y la prescripción.

Completando el tratamiento anterior, el siguiente capítulo se dedica a las obligaciones que provienen del reconocimiento de derechos de específico contenido en procedimientos tributarios concretos, tratándose por separado las situaciones que se darán en los procedimientos de gestión, inspección y recaudación, sin dejar de atender después a las obligaciones derivadas de derechos ejercitables en el procedimiento sancionador y en el de revisión de actos en vía administrativa.

En el capítulo quinto se advierte del coste que para la Administración supone la existencia de un órgano específico para defender la posición de los obligados tributarios. Aquí se analiza la posición y funciones del Consejo para la Defensa del contribuyente como medio para mejorar la prestación de servicios y la canalización de quejas y sugerencias, ofreciendo información estadística de las tramitadas desde la creación del Consejo y desglosando los últimos años por áreas de procedencia y tipos de resolución adoptada.

Por último, el capítulo sexto del libro se refiere a los costes del cumplimiento de las obligaciones materiales de gestión por las Administraciones, con especial referencia al ámbito financiero local. Dado que aquellos han de tener su reflejo en las correspondientes partidas presupuestarias, el autor acude a la clasificación presupuestaria estatal y a la aplicable en las cor-

poraciones locales, advirtiendo de las dificultades para conocer el gasto realizado por las comunidades autónomas por conceptos similares a los estudiados.

El análisis del coste de las obligaciones y deberes de la Administración tributaria se circunscribe al que resulta de la información contable de los artículos de la clasificación económica del estado de gastos, que han de figurar en los Presupuestos Generales del Estado y en los Presupuestos de las Entidades Locales, para dar cobertura al importe de los intereses de demora y otros gastos financieros, así como depósitos y fianzas constituidos.

Los datos manejados por el autor contemplan la serie de años 2003 a 2008, ofreciendo en diversos cuadros información de la participación de los gastos financieros en el total de gastos del Estado, atendiendo a los créditos definitivos, obligaciones reconocidas y pagos realizados, observando luego el grado de ejecución presupuestaria en esos años y el componente de gastos financieros correspondiente a intereses de demora, resaltando el errático comportamiento de los mismos a lo largo del periodo considerado. La misma metodología se aplica después a los gastos de las entidades locales y, en especial, de los municipios; ámbito en el que se desprende el continuo crecimiento desde 2004 de los créditos definitivos (también de las obligaciones reconocidas y, como no podía ser de otro modo, de los pagos efectuados) para gastos en depósitos, fianzas y otros.

Miguel Ángel Martínez Lago

¿Hay un principio de justicia tributaria?

Rafael CALVO ORTEGA
Civitas, Madrid, 2012, 127 págs.

Esta nueva monografía del profesor CALVO ORTEGA arranca con la formulación de varios interrogantes sobre la justicia tributaria: «¿Es un principio constitucional? ¿Legal? ¿Pertenece al grupo de los principios generales del Derecho a que se refiere el Código Civil? ¿Es un valor y no un principio? ¿Ha sido absorbido por el concepto de ética fiscal? ¿Es la justicia tributaria un fin universal del ordenamiento fiscal y no un principio? ¿Qué recurribilidad ofrecen las distintas afirmaciones sobre la justicia tributaria contenidas en nuestro ordenamiento?». Obviamente, el lector interesado acudirá directamente al trabajo, del que ahora nos limitaremos a reseñar sus principales líneas, para conocer las respuestas aportadas por el autor, quien advierte del escaso tratamiento de aquellas cuestiones en el ámbito de la doctrina jurídico-tributaria, aunque no falten en estudios sobre ética fiscal.

Pero esta no es única, como advierte CALVO ORTEGA, y está sujeta a valoraciones muy diversas y a la influencia de componentes políticos e ideológicos, operando en estadios previos a la producción normativa. Una vez establecidas las normas, constitucionales o reguladoras de los tributos, «dejan un campo reducido para el juego de la ética tributaria». Así las cosas, los principios tributarios de generalidad, capacidad económica, igualdad y progresividad, además del de reserva de ley en la materia, «se apoyan en una lógica irrefutable» que hace difícil ubicar a la ética fiscal.

A partir de las premisas anteriores, el trabajo se orienta a observar la declaración constitucional sobre la justicia tributaria efectuada en el artículo 31.1 de la CE. Aquí aparecen varias dudas: si aquella se refiere al «sistema» o a figuras tributarias concretas; si por «sistema tributario justo» se ha de incluir solamente al del Estado o también a los de nivel territorial inferior (autonómicos y municipales); si todos y cada uno de los principios enunciados resultan consustanciales o no a cualquier tributo. La justicia tributaria resulta, como señala el autor, una cualidad del sistema no definida constitucionalmente y que tampoco aparece configurada como un principio, aunque sí como un *valor superior* del ordenamiento, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 CE). La diferencia del *valor justicia* y del *principio de justicia tributaria* –inspirado, a su vez, en los de igualdad y progresividad– promueven la invocación de este último en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Después se consideran varias sentencias del Tribunal Constitucional, opinando que la aportación de este «al esclarecimiento del principio de justicia tributaria es escasa», aunque en descargo del Tribunal pueda servir que los principios del artículo 31.1 de la CE «tienen una mayor plasticidad y permiten una mejor exposición y defensa; y, por ello, una mejor argumentación ante los tribunales. Cubren la subjetividad pasiva, la cuantificación de la obligación tributaria y la exigencia de un trato igual al dado a otros obligados tributarios que se encuentren en la misma situación jurídica».

El profesor CALVO ORTEGA realiza diversas comparaciones entre bloques de situaciones tributarias colectivas que afectan al sistema. Se tratan aquí, por este orden, la diferencia entre el gra-

vamen de la riqueza inmobiliaria y mobiliaria, soportando esta última una menor carga por «su mayor necesidad de flexibilidad exigida por los mercados y por la competencia fiscal internacional»; la diferenciación entre la renta general y la renta del ahorro en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la que se puede haber «ganado en simplificación, pero se ha perdido, en cierta medida, en justicia»; la determinación de los beneficios empresariales, donde se advierte de la necesidad «de revisar continuamente el régimen de estimación objetiva y sustituir, en determinados casos, los módulos estrictamente físicos por otros que se aproximen con mayor fidelidad a los rendimientos netos»; la comparación de la carga tributaria soportada por las rentas del trabajo y del capital, que deja una imagen de «importantes desigualdades tributarias entre colectivos significativos»; la injusticia fiscal por «indiferenciación de situaciones desiguales», como en el caso del tratamiento de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles; la elección del legislador entre tasas o impuestos para la financiación de los servicios públicos esenciales, que «no pueden dejar de utilizarse por falta de capacidad económica». Todas estas situaciones favorecen la observación de cómo el principio de igualdad no ha inspirado debidamente al sistema y, «en consecuencia cabe hablar de un "sistema no justo", contrario al principio de justicia tributaria».

El otro principio inspirador del sistema, el de progresividad, junto a la prohibición de resultados confiscatorios, aparecen tratados también, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional que se ha referido a los mismos y entendiendo «innecesario invocar el derecho de propiedad como dique frente al alcance confiscatorio del sistema tributario». Con ello se completa la perspectiva material que afecta a la distribución de la carga tributaria con arreglo a los principios expresados en el artículo 31.1 de la CE.

Pero la justicia se mide también atendiendo a otros aspectos de la fiscalidad que aparecen expuestos a partir del apartado octavo del trabajo. Encabezando las situaciones subjetivas que se tienen en cuenta a la luz del principio de justicia tributaria están la «proporcionalidad en derechos y obligaciones, en prestaciones, en infracciones y sanciones, la exigencia de requisitos excesivos para alcanzar una determinada finalidad fiscal, en medidas exorbitantes para obtener información o para garantizar el cobro de la deuda tributaria». Tras su examen se advierte de los derechos y garantías de los obligados tributarios, cuya falta de respeto arrojaría un balance desfavorable de la justicia del sistema. En tercer lugar se alude a la «necesidad de un sistema de decisión de pretensiones rápido en materia fiscal y, además sencillo», aunque esto figure como un asunto pendiente de lograr, proponiendo CALVO ORTEGA que se inspire «en el arbitraje (simplificación, oralidad y concentración en un solo acto) sería suficiente para resolver gran parte de las discrepancias con la Administración tributaria debidas a una diferente interpretación de normas concretas». En cuarto lugar estaría la indiferenciación en el tratamiento de «colaboradores forzosos» de la Administración y los contribuyentes –también la panoplia de sustitutos, obligados a repercutir cuotas, a facilitar información, representantes– que supone también una transgresión de la igualdad y justicia del sistema tributario, oponiendo que la exigencia de prestaciones personales sea proporcionada. El autor reconoce que la extensión y complejidad de la cuestión exceden de su trabajo, pero sugiere, entre otros cauces: «una respuesta inmediata de las consultas que puedan plantearse, una asistencia informativa especial, un sistema de decisión de divergencias con la Administración dotado de una especial rapidez, el establecimiento de sanciones específicas dife-

rentes a las que se aplican a los contribuyentes salvo que el colaborador haya actuado de forma dolosa». Luego se observa cómo el establecimiento de medidas y figuras de garantía a favor de la Administración significa en muchos casos un coste y un riesgo para sujetos que no son contribuyentes, como los sustitutos y los responsables, máxime cuando la extensión de la deuda a estos últimos puede incluir sanciones impuestas al contribuyente.

Los últimos apartados del estudio del que damos cuenta exponen las relaciones entre los poderes del Estado y los entes territoriales como posible campo abonado también para la generación de situaciones contrarias a la justicia tributaria –v. gr.: no exigencia de determinados impuestos cedidos por parte de las comunidades autónomas, afectando al equilibrio del sistema y posibilitando que las figuras revirtieran a la Administración estatal; también situaciones de inacción legislativa que puedan significar una pérdida económica para los entes locales–, considerando el control de constitucionalidad en determinados supuestos en que no se ejerza la capacidad normativa autonómica atribuida en la legislación estatal o por la vía de conflictos en defensa de la autonomía local. Asimismo se observa la dicción reiterativa y algo farragosa de principios que realiza el artículo 3 de la Ley General Tributaria, aun cuando se entienda que «amplía las posibilidades de actuación y de recurribilidad» del principio de justicia *legal* tributaria.

En definitiva, y como concluye el autor, aquel «tiene un campo de aplicación muy amplio en el ordenamiento tributario español. Y ello, ya tenga carácter constitucional (porque la infracción sea sistémica) o naturaleza legal por haberse producido la transgresión a través de un reglamento o de un acto administrativo. La doctrina tiene la obligación de abrir un debate sobre esta figura, por lo demás esencial, y señalar los supuestos en que debe ser invocada, la necesidad de su aplicación y los efectos de su desconocimiento por las Administraciones y tribunales».

Miguel Ángel Martínez Lago