

- La condición de heredero a efectos tributarios
- El IS en 2012 (y IV). Gravámenes sobre rentas extranjeras. Medidas relativas a la actividad económica. Ayudas de Estado
- La denuncia del delito contra la Hacienda Pública
- Recargos del artículo 27 LGT a determinadas autoliquidaciones y declaraciones incorrectas
- Riesgo corporativo y crisis financiera
- Elaboración del estado de flujos de efectivo
- Consultas planteadas al ICAC
 - Transacciones mixtas entre empresas del grupo
 - Creación de sociedad como medio para la posterior enajenación de un negocio del grupo

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Octubre 2013 – Número 367

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*)

Carlos Palao Taboada (*Abogado Montero-Aramburu*)

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

63/2013	La condición de heredero a efectos tributarios	5
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013	
	(Claudio García Díez)	
64/2013	El Impuesto sobre Sociedades en 2012 (y IV). Gravámenes especiales sobre rentas extranjeras. Medidas limitativas y de estímulo a la actividad económica. Conflictos en materia de ayudas de Estado	57
	(Eduardo Sanz Gadea)	
65/2013	La denuncia administrativa de la defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública	97
	(Joan Iglesias Capellas)	
66/2013	La aplicación de los recargos del artículo 27 de la Ley General Tributaria a determinadas autoliquidaciones y declaraciones incorrectas	141
	(Víctor Manuel Sánchez Blázquez)	

CONTABILIDAD

67/2013	Riesgo corporativo y crisis financiera: el papel de los inversores institucionales	145
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013	
	(José M.ª Díez Esteban, Conrado Diego García Gómez y Óscar López de Foronda Pérez)	
68/2013	Metodología de elaboración práctica del estado de flujos de efectivo: un enfoque de empresa	177
	(Elena Cabal García y José Carlos Cuervo Huergo)	
69/2013	Consultas planteadas al ICAC	215
	(Juan del Busto Méndez)	

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS	243
---	-----

 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

Page

TAXATION

63/2013	The heir status for tax purposes ACCESIT PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (Claudio García Díez)	5
64/2013	Corporate Income Tax as of 2012 (IV). Special levies on foreign source income. Restrictive and incentive measures for economic activity. Illegal state aids conflict (Eduardo Sanz Gadea)	57
65/2013	Administrative complaint of tax fraud constitutes a crime against Public Treasury (Joan Iglesias Capellas)	97
66/2013	The application of surcharges under article 27 of the Spanish General Tax Law to specific erroneous self-assessments and returns (Victor Manuel Sánchez Blázquez)	141

ACCOUNTING

67/2013	Corporate risk taking and financial crisis: the role of institutional investors ACCESIT PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (José M. ^a Díez Esteban, Conrado Diego García Gómez y Óscar López de Foronda Pérez)	145
68/2013	A practical methodology for preparing the statement of cash flows: a business-oriented approach (Elena Cabal García y José Carlos Cuervo Huergo)	177
69/2013	Questions formulated to ICAC (Juan del Busto Méndez)	215

BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	243
------------------------------------	-----

Available only in digital

LA CONDICIÓN DE HEREDERO A EFECTOS TRIBUTARIOS

Claudio García Díez

*Abogado. Doctor en Derecho
Profesor de la UDIMA*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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

El presente trabajo efectúa una visión comparada (civil y tributaria) de la figura del heredero con el objeto de analizar el grado de coordinación existente entre ambos sectores del Ordenamiento. Desde una perspectiva tributaria, el heredero asume dos tipos de obligaciones tributarias. Unas que hacen referencia a su propia condición de deudor principal *propio* y que, fundamentalmente, se centran en el cumplimiento de la obligación tributaria principal dimanante del Impuesto de Sucesiones. Y otras que tienen su origen no en su persona, sino en la del causante y que hacen que adquiera la condición de sucesor en las deudas tributarias del fallecido.

Por tanto, la adquisición de la condición de heredero resulta fundamental a efectos fiscales pues solo a partir de ese momento el heredero tendrá la doble condición de *contribuyente* y de *sucesor tributario*. Y aquí es donde, en principio, opera nuestro Derecho sucesorio. Como vamos a poner de manifiesto, la falta de correspondencia de criterios existente entre ambas esferas normativas determina la existencia de importantes *disonancias* (materiales y procedimentales) entre el Derecho civil y el Derecho tributario acerca de la figura del heredero.

Palabras claves: Impuesto de Sucesiones, sucesor, causante, heredero, legatario, causahabiente, herencia yacente, devengo, derecho de deliberación, aceptación a beneficio de inventario, fideicomiso, sustituciones sucesorias y jurisdicción voluntaria no contenciosa.

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

THE HEIR STATUS FOR TAX PURPOSES

Claudio García Díez

ABSTRACT

This article presents a comparison between the civil and fiscal state of the inheritor with the objective of analyzing the level of coordination that exists between both sectors of the Legislation. From a fiscal perspective, the beneficiary assumes two types of tax obligations. Some of these obligations refer to his or her condition as primary debtor and mainly focus on tax liability arising from Estate Tax (Death Duty). Others are not attached to the inheritor as a person, but rather to the source, and they cause the beneficiary to inherit the condition of successor of the fiscal debts of the deceased.

Therefore, acquiring the condition of inheritor is essential to fiscal effects as it is only after this moment that the inheritor will have the double definition of *contributor* and *taxable successor*. This is where our Inheritance Law initially operates. As will be seen in this article, the lack of correspondence between existing criteria in each of the regulatory spheres determines the existence of important *dissonance* (material and procedural) between Civil Law and Tax Law regarding the figure of the inheritor.

Keywords: Estate Tax, successor, causative, heir, legatee, inheritance in abeyance, accrual, right of deliberation, acceptance under benefit of inventory, trust, substitution succession and voluntary non-contentious jurisdiction.

Sumario

- I. Introducción
- II. El heredero, *sucesor universal* del fallecido
- III. El heredero como *sucesor tributario* del causante: contenido y alcance
- IV. La adquisición de la condición de sucesor tributario, ¿existe coincidencia en los ámbitos civil y tributario?
- V. La aceptación del caudal relicto
- VI. El sujeto pasivo del Impuesto de Sucesiones
- VII. Herederos *sucesivos* sobre un mismo caudal relicto: los supuestos de sustitución
- VIII. El fideicomiso en el Impuesto de Sucesiones
- IX. La herencia yacente *en, durante*, e incluso, *después* de la sucesión de las deudas tributarias
- X. Eficacia del inventario formado en Jurisdicción voluntaria *no litigiosa* frente a las Administraciones tributarias acreedoras
- XI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La condición de heredero y, concretamente, la determinación del momento en que se adquiere tal condición resulta trascendente a efectos tributarios desde una doble perspectiva. En primer lugar, para fijar la condición de *sujeto pasivo contribuyente* del Impuesto de Sucesiones y, además, para asignarle la condición de *sucesor* en las deudas tributarias que dejó pendientes de pago el causante al tiempo del fallecimiento.

En este sentido, se pueden distinguir dos alternativas. La primera, considerar que la condición de heredero se adquiere *automáticamente* con motivo del fallecimiento del causante, sin necesidad de cumplir requisito adicional alguno. Y la segunda posibilidad que, a la par del óbito, necesita de una manifestación de voluntad del designado heredero aceptando tal condición, ya sea pura y simplemente, ya sea a beneficio de inventario.

Las consecuencias que en el plano tributario se derivan de una u otra posición son, sin duda, muy trascendentes, particularmente en la *concreción del momento* a partir del cual la persona designada como heredera asumirá la cualidad del *obligado tributario* respecto del Impuesto de Sucesiones devengado con el fallecimiento del causante, así como de las deudas tributarias que este haya dejado pendientes.

La solución a este dilema debe partir de un análisis, aunque sea somero, de la posición propiamente civilista para, acto seguido, estudiar la tesis tributaria y, finalmente, constatar si ambos sectores del Ordenamiento (Civil y Tributario) son o no coincidentes al establecer el momento en el que el heredero asume dicha condición.

II. EL HEREDERO, SUCESOR UNIVERSAL DEL FALLECIDO

1. De acuerdo con nuestro Código Civil el testador puede disponer de su herencia «a título de herencia o de legado» (art. 668 CC). La diferencia fundamental entre ambas modalidades sucesorias se encuentra en el alcance y extensión de la sucesión. Así, estaremos en presencia de herederos cuando se suceda «a título universal», y en presencia de legatarios si se sucede «a título particular» (art. 660 CC¹). No obstante, nuestra jurisprudencia también ha reconocido las afi-

¹ La doctrina legal del Tribunal Supremo, desde fechas tempranas, ha destacado las diferencias sustanciales de ambos títulos sucesorios, señalando que «la sucesión a título universal, equivale a herencia en sentido subjetivo, *quam sue-*

nidades existentes entre el heredero y un determinado tipo de legatario, el llamado *legatario de parte alicuota* y, consecuentemente, el reconocimiento a este de determinados derechos que, en principio, pertenecen al heredero²

En consecuencia y habida cuenta de la naturaleza *sucesoria universal* del heredero, este sucederá «al difunto (...) en *todos* sus derechos y obligaciones» (art. 661 CC), entre las que, obviamente, figurarán las obligaciones tributarias que el causante dejó pendientes de pago³. Solo

cessio in universum jus quod defunctus habuerit, ocupando el heredero en la sucesión universal la misma posición jurídica que tendría el causante con respecto a las relaciones todas, que no son inherentes a la personalidad de este y que no son atribuidas como bienes independientes, aislados, a un determinado suelo, mientras en la sucesión a título particular, la transmisión se opera para uno o más derechos singulares del causante, o para todos sus actuales derechos "uti singuli", el uno distinto e independiente del otro, por lo cual heredero es aquel sucesor a quien es atribuido la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, o una parte alicuota de aquellas, independientemente del nombre con que sea designado, legatario es el sucesor en bienes o derechos determinados, concepto confirmado por el artículo 768 de nuestro Código Civil, pues si el heredero instituido en una cosa cierta y determinada ha de ser considerado como legatario, recíprocamente el legatario de parte alicuota habrá de ser calificado como heredero» [STS (Sala de lo Civil) de 22 de enero de 1963. RJ 1963\447].

² STS (Sala de lo Civil) núm. 642/2006, de 12 de junio: «si bien el artículo 660 del mismo código distingue entre heredero y legatario considerando que el primero sucede a título universal y el segundo a título particular, *no puede desconocerse la asimilación a ciertos efectos de la figura del legatario de parte alicuota a la del heredero en cuanto acreedor de una parte de la herencia*. Así ha de entenderse que *el régimen del legado de parte alicuota* —que en este caso atribuyó el testador a sus sobrinos demandantes— *es distinto del legado de cosa específica* —cualquiera que sea la posición doctrinal que se adopte acerca de su naturaleza— *por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes* —aunque sea por diferente título— que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que le corresponde a uno y otro. Al respecto, la Sentencia de esta Sala de 22 de enero de 1963 ya señaló que "dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado y la ausencia de su reglamentación en nuestro Código Civil, *deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero*, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento por el sucesor del patrimonio en que haya de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alicuota aparece más destacada"» (Fundamento Segundo, NCJ047039).

³ Como se razona en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 118/2001, de 26 de abril, «(...) La palabra "herencia" en su concesión romanista significa "el fenómeno de subrogarse el heredero en la universalidad de los derechos y obligaciones del causante". Van, pues, comprendido dentro del concepto de herencia el activo y el pasivo, los derechos y obligaciones, con la sola excepción de aquellas que sean personalísimas e intransmisibles. Pero a esta concepción romana de sucesión del heredero en el "universo iuris" del difunto, se contraponen la concepción antitética del derecho germánico, que solo ve en la sucesión una transmisión de bienes determinados o suma de los mismos o el haber líquido dejado por el causante, de modo que al heredero le afectan las deudas de aquel en cuanto alcance a cubrirlas con los bienes de la sucesión. En la doctrina española actual, se mantiene la concepción de la herencia como *universitas iuris*, de la que forman parte derechos y obligaciones, como se colige del artículo 659 del C. Civil, donde se establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte. Reconocida la existencia de un patrimonio que durante la vida del causante constituye una unidad, no parece que haya dificultad en admitir que esa unidad subsiste después de la muerte, transmitiéndose el patrimonio como un todo al heredero o herederos, salvo la aceptación de la herencia a beneficio de inventario. A la luz de las consideraciones expuestas, se nos presenta la herencia en nuestro Derecho como "la continuación o sucesión, por modo unitario, en la totalidad del complejo formado por aquellas relaciones jurídicas patrimoniales activas y pasivas de un sujeto fallecido, que no se extingan por su muerte"» (Fundamento Primero, JUR 2001/173113).

en el caso de que toda la herencia se hubiera distribuido en legados, los legatarios responderán de las cargas del fallecido, concretamente «se prorratarán las deudas y gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa» (art. 891 CC⁴) y así se ha reconocido en la vía civil respecto de deudas tributarias *vivas* del causante en herencias distribuidas en legados⁵.

Vemos, pues, como desde una perspectiva iusprivatista no hay óbice alguno a que las deudas tributarias del testador formen parte del pasivo de su caudal relicto y de ahí, a su vez, que los llamados a una herencia a título de herederos deban extremar su prudencia al asumir tal condición, puesto que (valga la expresión) el heredero *sucede en todo*⁶; sin perjuicio, claro está, de las

⁴ Y esto es así porque en tales supuestos no existe heredero. En otras palabras, se trata de «una forma especial de sucesión hereditaria en la que se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios, por lo que se hace *innecesaria la intervención de los sucesores a título universal y absurda la exigencia de una declaración de herederos para el limitado fin de entregar las cosas relictas* (Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 diciembre 1916), de manera que, pese a las alegaciones la parte actora, no puede considerarse a la señora de las C. P. como heredera de su tía y adoptante» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 1 de febrero de 1995 (Fundamento Quinto, AC 1995\392).

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 1/2001, de 2 de enero: «(...) siendo indiscutible y aceptado por las partes, que la herencia de D.^a Natividad F. Z., se distribuyó en tres legados a favor de sus tres sobrinos ahora litigantes, los cuales fueron aceptados por todos ellos sin condicionamiento alguno, y que la testadora nada dispusiera sobre la forma de hacerse cargo cada legatario de las deudas y gravámenes de la herencia, clara es la aplicación de lo dispuesto en el artículo 891 del Código Civil (...) D.^a Natividad F. Z. no había satisfecho en vida el pago del impuesto sobre sucesiones correspondiente a la sucesión hereditaria de su hermana D.^a Antolina F. Z., y que ascendía a 385.948 pts. Por ello que tal deuda y gravamen que tenía D.^a Natividad, pase y se transmita a los legatarios-herederos (...) Siendo indiferente la procedencia y origen de dicha deuda tributaria, y por lo tanto si los bienes que soportara la misma se hubieran vendido o no, o si se hubieran, a su vez, transmitido por D.^a Natividad a cualquiera de sus sobrinos. Pues, en definitiva, tal deuda tributaria era una carga o gravamen de la herencia de aquella y, en cuanto tal, su pago se transfería a sus herederos al haber aceptado la herencia sin condicionamiento alguno al respecto» (Fundamento Segundo. JUR 2001\120452).

⁶ Como ha tenido la oportunidad de precisar una constante doctrina legal del Tribunal Supremo a la hora de diferenciar la figura del heredero de la del sucesor usufructuario aunque este último lo sea a título universal: «(...) Primero. Por su naturaleza jurídica la herencia implica, conforme al artículo 660 del CC, la transmisión del caudal relicto del causante en su integridad ("universum juscuoq defunctus habuerit"), de forma tal, que el heredero al adquirir en bloque o en parte *alícuota el patrimonio de aquel en su conjunción de derechos y obligaciones* (arts. 659 y 661), se coloca respecto del mismo en igual situación que el difunto, en tanto que en la sucesión usufructuaria, el designado se sitúa respecto de dicho caudal en posición distinta de la que gozaba el anterior propietario por sucederle tan solo era una parte cualitativa de su contenido económico, cual es el goce o disfrute sobre cosa ajena (art. 467) sin que se le transfiera el "jus disponendi" cualificativo del dominio, según el artículo 348, lo que hace que el contenido de su derecho se asemejó a un "uti singuli", comprendido en el artículo 660 en relación con el 668 al tener que coexistir con el nudo propietario instituido también universalmente, aparte de que mientras la herencia integra una figura jurídica de tracto único, el usufructo lo es de tracto sucesivo (art. 474). (...) Y sexta. Por sus efectos, el heredero responde de las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino con los suyos propios ("*ultra vires*") conforme a los artículos 1.003 y 1.084, salvo la aceptación a beneficio de inventario, autorizada por los 1.010 y siguientes (art. 1.023, núms. 1.º y 3.º), mientras que el usufructuario, únicamente queda afectado por lo general por los legados de pensión vitalicia y alimentos (art. 503) debido a la temporalidad de su disfrute, asemejándose con ello a los legatarios que responden de las cargas

opciones legales que permiten limitar el alcance de su responsabilidad y que, básicamente, son el ejercicio del derecho de deliberación y, sobre todo, la aceptación a beneficio de inventario.

2. El *derecho de deliberación* se encuentra reconocido en el párrafo segundo del artículo 1.010 del Código Civil⁷, opera antes del acto de aceptación de la herencia y por ello, más que un mecanismo de limitación de la responsabilidad sucesoria, es un instituto de prevención pues permite al heredero conocer el estado de deudas provenientes del fallecido para, a la vista de las mismas detalladas en el inventario, tomar la decisión de aceptar o renunciar a la herencia, dentro del plazo conferido en el artículo 1.019 del Código Civil⁸.

3. Por su parte, la *aceptación a beneficio de inventario* (previsto en el párrafo primero del art. 1.010 CC⁹) sí es un auténtico mecanismo de limitación de la responsabilidad sucesoria en el que el heredero responderá de las deudas del causante únicamente con el patrimonio procedente del difunto, nunca con el suyo propio; tal y como establece el artículo 1.023 del Código Civil¹⁰ y ha refrendado la jurisprudencia¹¹.

que les fueron impuestas (art. 858) o de las que existieran cuando toda la herencia se hubiese distribuido de esa forma (art. 891) sin responder con sus bienes particulares, si bien todos estos gravámenes repercuten en el usufructo, porque al disminuir el caudal mediante su pago, se merman correlativamente los réditos de tal derecho, que recaen sobre el patrimonio neto y no sobre la totalidad de la herencia, aunque para evitarla su titular está facultado para utilizar los derechos que le confiere el artículo 510; de todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alicuota y que, aunque esté designado a título universal, no se trata de un continuador de la personalidad del testador a efectos de no poder impugnar los actos por este realizados cuando, como en este caso, lesionan sus intereses nacidos, no del usufructo, sino de su condición de heredero de otra persona, con lo que decae el cuarto y último motivo del recurso y procede la desestimación de este en su totalidad» [STS (Sala de lo Civil) de 24 de enero de 1963, RJ 1963/518].

⁷ «Todo heredero (...) podrá pedir la formación de inventario antes de aceptar o repudiar la herencia, para deliberar sobre este punto» (art. 1.010 CC).

⁸ «El heredero que se hubiese reservado el derecho de deliberar, deberá manifestar al Juzgado, dentro de treinta días contados desde el siguiente al en que se hubiese concluido el inventario, si acepta o repudia la herencia. Pasados los treinta días sin hacer dicha manifestación, se entenderá que la acepta pura y simplemente» (art. 1.019 CC).

⁹ «Todo heredero puede aceptar la herencia a beneficio de inventario, aunque el testador se lo haya prohibido» (art. 1.010 CC).

¹⁰ «El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1. El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2. Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. 2. No se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia» (art. 1.023 CC).

¹¹ «(...) La ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se hayan pagado todos los acreedores (y legatarios). *Su función esencial, no otra, es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario.* Por ello, el efecto básico es *la no confusión de los patrimonios de heredero y causante* (art. 1.023.3.º CC) lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (art. 1.023.1.º) quedando la herencia en administración hasta que resulten pagados los acreedores (y legatarios) (art. 1.026)» [STS (Sala de lo Civil) 24/2011, de 28 de enero, Fundamento Segundo, NCJ054495].

Es importante destacar que esta modalidad de aceptación debe realizarse con un cumplimiento estricto de las formalidades legales exigibles y de los plazos (arts. 1.013¹² y 1.018 CC¹³), con abstención de cualquier actuación negligente (art. 1.024 CC¹⁴) o fraudulenta (art. 1.002 CC¹⁵) en la formación del inventario¹⁶, pues en caso contrario se perderá tal beneficio, convirtiéndose la aceptación en *pura y simple*.

¹² «La declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirá efecto alguno si no va precedida o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes» (art. 1.013 CC).

¹³ «Si por culpa o negligencia del heredero no se principiare o no se concluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.»

¹⁴ «El heredero perderá el beneficio de inventario: 1. Si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia. 2. Si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización» (art. 1.024 CC).

¹⁵ «Los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia, pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir» (art. 1.002 CC). La STS (Sala de lo Civil) núm. 752/2011, de 20 de octubre, ha precisado la naturaleza, fundamento y efectos de este precepto legal: «El comportamiento descrito en el artículo 1.002 de Código Civil (...) Hoy la generalidad de la doctrina entiende que no nos encontramos ante un supuesto de aceptación tácita en sentido propio, pero *sí ante una modalidad de sanción o pena civil derivada del comportamiento ilícito*. Existe "sustracción" cuando un heredero se apropia de uno o varios efectos hereditarios sin tener título alguno que lo justifique, lo que integra una conducta activa, mientras que existe "ocultación" cuando el heredero guarda un bien hereditario o calla sobre su existencia, la disimula o la encubre, lo que comporta una conducta pasiva en cuanto el heredero se abstiene de manifestar que un determinado bien forma parte de la herencia. *La doctrina, aun reconociendo que el artículo 1.002 no puede ser aplicado analógicamente a otros supuestos similares dado su carácter sancionador*, resalta que su interpretación no puede restringirse tanto que no pueda alcanzar otros supuestos idénticos a los contemplados en el precepto, siempre que se trate de disminuir el activo hereditario, aumentar el pasivo o defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores hereditarios. La misma doctrina entiende que la sustracción u ocultación puede tener por objeto tanto bienes inmuebles como muebles, aunque es más probable que se refiera a estos últimos por su facilidad para ser sustraídos o escondidos. *Lo que resulta en todo caso necesario, por así venir exigido claramente en el precepto, es que el comportamiento sancionable se realice después de la apertura de la sucesión, aunque también se impondrá la aceptación pura y simple cuando la ocultación o sustracción haya acontecido antes del fallecimiento del causante pero persistan con posterioridad a ese momento*. La finalidad de la norma y de la sanción que en ella se contiene es clara: *hacer responder al heredero con sus propios bienes de las deudas del causante* cuando, mediante la sustracción u ocultación de los que pertenecían al mismo, no se limitó a dejar a salvo su patrimonio personal –lo que podía hacer mediante la aceptación "a beneficio de inventario"– sino que fue más allá con el propósito de impedir la responsabilidad del caudal "intra vires hereditatis"» (Fundamento Cuarto, NCJ056276).

¹⁶ Como se razona en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 32/2010, de 2 de febrero, la razón a que obedece este formalismo en la aceptación a beneficio de inventario estriba «en interés de los acreedores y legatarios, a quienes les interesa saber cuál es la determinación del heredero; acreedores, dice Manresa, al que se refiere el apelante, que tienen derecho a exigir que dicha aceptación sea "indudable y que los bienes se determinen con toda exactitud, para que el heredero no pueda distraerlos o darles distinta aplicación de la que legalmente corresponde" y esa determinación exacta de los bienes la exige la ley sin necesidad de que el legatario o el acreedor la solicite, así lo dispuesto en el artículo 1.013 CC, por tanto la aceptación a beneficio de inventario no podrá ser solo una declaración formal sin más, porque ello dejaría sin contenido los límites o exigencia contenidos en la Ley, por tanto es preciso que vaya

III. EL HEREDERO COMO SUCESOR TRIBUTARIO DEL CAUSANTE: CONTENIDO Y ALCANCE

1. El artículo 35.2 de la Ley General Tributaria (LGT) incluye entre los obligados tributarios a los *sucesores* y, en desarrollo de tal previsión, el artículo 39 de la LGT identifica a los mismos cuando se trata de sucesores de personas físicas:

«1. A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia.

Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alicuota.

En ningún caso se transmitirán las sanciones. Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento.

2. *No impedirá la transmisión a los sucesores de las obligaciones tributarias devengadas el hecho de que a la fecha de la muerte del causante la deuda tributaria*

precedida o seguida de un "inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresan" en los artículos siguientes. Dicha exigencia tiene su razón de ser, porque mediante esta aceptación a beneficio de inventario, el heredero se convierte, decía Manresa, en "un intermediario que representa limitadamente la personalidad del difunto, para cumplir en nombre de este cuantas obligaciones contraído durante su vida o se impuso en su testamento; pero destinando solamente para ese fin los bienes que el causante dejó al tiempo de su muerte". Y el heredero tiene igualmente interés en que sus bienes no se confundan con los de su causante, por tanto el inventario es una relación descriptiva de objetos y en relación con la herencia, que para ser completa debe comprender todos los bienes, derechos y cargas, es decir, ha de tener un activo y pasivo de la sucesión (...) Los artículos 1.013 y 1.018 regulan supuestos fácticos distintos, y así se desprende de su lectura, disponiendo el primero de ellos que "La declaración a que se refieren los artículos anteriores no producirán efecto alguno si no va precedido o seguida de un inventario fiel y exacto de todos los bienes, hecho con las formalidades y dentro de los plazos que se expresarán en los artículos siguientes", y el artículo 1.018 CC dispone que "Si por culpa o negligencia del heredero no se principiara o no reconcluyere el inventario en los plazos y con las solemnidades prescritas en los artículos anteriores, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente"; el artículo 1.013 CC regula cuál es el efecto de no hacer el inventario por los herederos que han aceptado a beneficio de inventario, evidenciando que no basta una aceptación formal, sino que debe ser real y cierta, y ello se cumple con el inventario, y si este no se lleva a efecto la consecuencia prevista legalmente es la pérdida de los efectos referidos en el artículo 1.023 CC; y el artículo 1.018 CC contempla un supuesto distinto que es haber iniciado de forma deficiente el inventario o no haberlo concluido en debida forma, es decir, el supuesto de hecho es distinto al regulado en el anterior precepto porque en este caso los herederos sí han iniciado el inventario pero sin cumplir los plazos o exigencias legales, o bien no lo han terminado debidamente, y solo cuando esto ocurre se exige que medie culpa o negligencia para sancionarlos, teniéndolos por herederos "puros y simples"; culpa o negligencia que no se presume como bien indica la parte recurrente» (Fundamento Tercero. JUR 2010\125329).

no estuviera liquidada, en cuyo caso las actuaciones se entenderán con cualquiera de ellos, debiéndose notificar la liquidación que resulte de dichas actuaciones a todos los interesados que consten en el expediente.

3. Mientras la *herencia se encuentre yacente*, el cumplimiento de las obligaciones tributarias del causante corresponderá al representante de la herencia yacente.

Las actuaciones administrativas que tengan por objeto la cuantificación, determinación y liquidación de las obligaciones tributarias del causante deberán realizarse o continuarse con el representante de la herencia yacente. Si al término del procedimiento no se conocieran los herederos, las liquidaciones se realizarán a nombre de la herencia yacente.

Las obligaciones tributarias a que se refiere el párrafo anterior y las que fueran transmisibles por causa de muerte podrán satisfacerse con cargo a los bienes de la herencia yacente.»

A través de este precepto (junto con el art. 177.1, que regula el procedimiento de recaudación frente a los sucesores personas físicas¹⁷), la LGT pretende ofrecer una regulación *integral* a la figura del sucesor de personas físicas, abordando y solucionando todas las cuestiones de fondo (identificación de los sucesores, contenido y alcance de la responsabilidad sucesoria...) y de procedimiento (como la continuación de los procedimientos no finalizados...) que el fallecimiento del causante genera en el ámbito fiscal. Veamos como lo hace y el grado de correspondencia de la *solución tributaria* con el Código Civil.

2. Respecto a las personas que van a tener la condición de *sucesores*, el artículo 39.1 de la LGT designa a los *herederos* (en este sentido se puede afirmar que existe coincidencia plena con nuestro Derecho sucesorio que —como hemos visto— también establece al heredero con responsable universal de las deudas y cargas del caudal relicto del causante). Por tanto, resulta fundamental determinar si la institución del heredero es coincidente a efectos civiles y tributarios. Cuestión que abordaremos más adelante.

2.1. En aquellas situaciones (muy frecuentes) en las que coexistan varios herederos sobre una misma masa hereditaria se plantea si la Administración tributaria debe dirigirse individualmente a cada uno de ellos instando la satisfacción de las obligaciones tributarias pendientes del causante en función de su concreta adjudicación hereditaria o si, por el contrario, puede hacerlo de manera solidaria; esto es, si puede dirigirse indistintamente a cada uno de ellos exigiendo la asunción total de las deudas tributarias del fallecido.

¹⁷ Cfr., ALONSO MURILLO, F.: «Procedimiento de recaudación frente a sucesores», *Tratado sobre la Ley General Tributaria (Homenaje al Profesor Álvaro Rodríguez Bereijo)*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, págs. 733 y ss.

La Dirección General de Tributos, con base en lo dispuesto en el vigente artículo 35.7 de la LGT¹⁸ y en el artículo 1.084 del Código Civil¹⁹, sostiene que, como regla general, los herederos responderán de las obligaciones tributarias de difunto de forma solidaria, si bien diferenciando los casos de aceptación pura y simple de los de aceptación a beneficio de inventario, reconociendo en última instancia el derecho de los herederos a instar la división de las deudas tributarias de causante²⁰.

2.2. Sin embargo, la LGT efectúa una extensión en el alcance de responsabilidad sucesoria equiparando a efectos tributarios a los *legatarios* cuando toda la herencia se distribuya en legados y a los *legatarios de parte alicuota* con los herederos; de tal manera que las obligaciones tributarias pendientes del fallecido se transmitirán en tales casos a los legatarios *en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos*. Ahora bien, ¿esta ampliación guarda correspondencia con el Código Civil?

¹⁸ Artículo 35.7 de la LGT: «La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por Ley se disponga expresamente otra cosa. Las Leyes podrán establecer otros supuestos de solidaridad distintos del previsto en el párrafo anterior. Cuando la Administración solo conozca la identidad de un titular practicará y notificará las liquidaciones tributarias a nombre del mismo, quien vendrá obligado a satisfacerlas si no solicita su división. A tal efecto, para que proceda la división será indispensable que el solicitante facilite los datos personales y el domicilio de los restantes obligados al pago, así como la proporción en que cada uno de ellos participe en el dominio o derecho transmitido».

¹⁹ Artículo 1.084 del Código Civil: «Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda».

²⁰ Consulta núm. 17/2008, de 3 de septiembre (NFC030794): «(...) en principio, todos los herederos deben responder de las obligaciones del fallecido con carácter solidario. En consecuencia, la Hacienda Pública, acreedor, puede exigir a cualquiera de sus herederos la totalidad del importe de la obligación tributaria. No obstante, esto debe ser matizado por la distinción entre la aceptación pura y simple de la herencia y la aceptación a beneficio de inventario. (...) Hay, pues, una responsabilidad ilimitada en el caso de la aceptación pura y simple y, en el caso del beneficio de inventario, una responsabilidad limitada solo con el patrimonio heredado. Esta limitación de la responsabilidad no se debe confundir con el hecho de que la Hacienda Pública pueda dirigirse contra cualquiera de los herederos, cualquiera que sea su tipo de aceptación, a efectos de la exigencia de la totalidad de la obligación tributaria (con los límites cuantitativos que pudieran derivarse de lo expuesto anteriormente) (...) En cuanto al denominado "derecho a solicitar la división... de una deuda resultante de la liquidación practicada..." entendemos que la consultante se refiere a lo expresado en el artículo 35.6 párrafo 3.º de la Ley General Tributaria que dispone que: "Cuando la Administración solo conozca la identidad de un titular practicará y notificará las liquidaciones tributarias a nombre del mismo, quien vendrá obligado a satisfacerlas si no solicita su división. A tal efecto, para que proceda la división será indispensable que el solicitante facilite los datos personales y el domicilio de los restantes obligados al pago, así como la proporción en que cada uno de ellos participe en el dominio o derecho transmitido". A la vista del anterior párrafo, para que la citada pueda solicitar la división se exigen los siguientes requisitos: 1. Que la deuda tributaria esté en fase de liquidación. 2. Que facilite los datos personales de los restantes obligados tributarios. En este caso el resto de los sucesores. 3. Que facilite la proporción en que participa en relación con el dominio o derecho transmitido. En este supuesto la proporción de participación en la herencia de la fallecida».

Respecto a las situaciones en que la herencia, toda ella, queda distribuida en legados ya hemos visto como el artículo 891 del Código Civil obliga a que los legatarios respondan del pasivo de la herencia del causante; de ahí que se pueda afirmar que en tales supuestos existe plena similitud en los ámbitos fiscal y civil. Y, por lo mismo, resulta solidario, y no mancomunado, el alcance de la responsabilidad de los legatarios en tales situaciones²¹.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la figura de los *legatarios de parte alicuota*. Si bien es cierto que la jurisprudencia civil (como hemos destacado) les reconoce determinados derechos reservados, en principio, al heredero²², no hay base legal ni jurisprudencial desde la perspectiva privada que haga recaer sobre tales legatarios el cumplimiento de deberes y obligaciones que dejó pendientes de pago el testador. Por ello, se puede afirmar que el artículo 39.1 de la LGT introduce una especificidad en el ámbito tributario al equiparar a efectos *sucesorios* el instituto del heredero con el del legatario de parte alicuota. A mayor abundamiento, se aprecia una diferencia relevante en este punto entre la LGT de 1963, en su artículo 89.3, que se limitaba a señalar que «a la muerte de los sujetos infractores, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos o legatarios», sin especificar si el legatario de parte alicuota se encontraba incluido en el ámbito de la sucesión tributaria²³; y el vigente artículo 39.1 de la LGT, que despeja cualquier

²¹ Aunque nosotros sostenemos este planteamiento en orden a una interpretación coordinada de los artículos 35.7 de la LGT y 1.084 del Código Civil, conforme lo ha realizado la Dirección General de Tributos (*vid., supra*, nota 20), ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS sostiene la misma postura «por analogía fundada en la identidad de razón que existe con la situación de los herederos a quienes sustituye, en este caso, el conjunto de legatarios mediante prorrateo de la herencia en legados, y la consideración de estos como instituciones de herederos *ex re certa*, que permiten la acción del acreedor contra uno solo de los legatarios por toda la deuda sin perjuicio de la ulterior reclamación de este contra los demás (art. 1.144 CC)» [ZABALA RODRÍGUEZ-FORNOS, A.: *Comentarios a la Ley General Tributaria* (obra colectiva, coordinada por Juan Manuel HERRERO EGAÑA y ESPINOSA DE LOS MONTEROS), Thomson Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 316].

²² *Vid., supra*, nota 2.

²³ Esta indefinición del artículo 89.3 de la LGT/1963 intentó ser aprovechada por las Administraciones tributarias que con base en una interpretación literal del referido precepto pretendieron incluir en la esfera de la sucesión tributaria al legatario de parte alicuota, vía que fue cercenada por los Tribunales. Merece la pena destacar, en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2007, que sostiene acertadamente que una «(...) interpretación puramente literal del artículo 89.3 de la LGT, llegando a la conclusión, escasamente razonada, de que si el citado precepto hace referencia, sin distinción entre las dos figuras, al heredero y al legatario es porque las considera igualmente partícipes de la misma obligación. Por el contrario, la Sala considera que la obligación tributaria transmisible *mortis causa* no deja de ser una deuda de la herencia para cuya traslación se hace preciso acudir a las categorías y efectos propios de la norma civil, pues no resulta aceptable que la condición de legatario venga determinada, en determinados efectos, por la ley tributaria, entre otras razones porque las definiciones y categorías propias del Derecho privado se incorporan como tales al Derecho tributario, de suerte que solo es obligado por sucesión *mortis causa* quien lo fuera en función de su propio carácter, establecido y regulado en la ley civil. En otras palabras, el artículo 89.3 no es sino la concreción y especificación, en el campo tributario, de la sucesión *mortis causa* de una categoría o clase de deudas, las tributarias, pero no altera, sin habilitación legal para ello, la condición en virtud de la cual se asume o no, y con qué alcance, una deuda tributaria más allá de lo que permite el Código civil. Aceptar esta interpretación afectaría negativamente, alterándola, el *statu quo* propio del legatario que, cuando acepta el legado, lo es en la legítima confianza de que, conforme a la norma que rige la sucesión, es titular de un derecho exigible a los herederos para suceder a título particular en determinados bienes o derechos, no en las deudas o cargas, salvo que deriven del propio legado. Este equilibrio

duda en este sentido al establecer que «las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos (...) en los supuestos en que se instituyan legados de parte alicuota».

3. En cuanto a la extensión y alcance de la responsabilidad sucesoria, el artículo 39.1 de la LGT la enmarca dentro de las *obligaciones tributarias pendientes* del fallecido; es decir, las *devengadas* y no satisfechas al tiempo del óbito, no siendo necesario (tal y como aclara el art. 39.2 LGT) que las mismas se encuentren liquidadas.

3.1. Ahora bien, la LGT (art. 39.1) establece ciertas limitaciones para determinados conceptos y en algunas situaciones. Así, nunca se transmitirán al sucesor las *sanciones tributarias* impuestas al causante, por exigencias del principio constitucional de personalidad de la pena, que sienta el axioma de que las sanciones únicamente son exigibles a su autor²⁴.

Asimismo, en los casos de que las obligaciones tributarias pendientes de pago procedan de *supuestos de derivación de responsabilidad tributaria*, las mismas solo serán exigibles a los sucesores tributarios si, antes del fallecimiento del causante, se le hubiera notificado a este el respectivo acuerdo de derivación de responsabilidad de los artículos 41.5 y 174.4 de la LGT.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el Acuerdo derivativo de responsabilidad notificado en su día al causante incluye sanciones tributarias? En ese caso, ¿el sucesor del causante debe abonar el importe total de la responsabilidad tributaria que en su momento se imputó al fallecido o, por el contrario, el montante de la responsabilidad tributaria que ahora se exige vía sucesión debe excluir el importe de las sanciones tributarias? La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ)

quedaría completamente alterado si por virtud de una interpretación literal y simplista de la ley tributaria, no solo se considerara al legatario como sucesor a título universal, rigurosamente en contra de lo establecido en la norma civil, lo cual ya resulta inconcebible, sino que además se estableciera en su contra una obligación solidaria, por virtud de la cual se pudiera exigir al legatario, en pie de igualdad y al margen del valor de su legado, la totalidad de las deudas tributarias no extinguibles, sin perjuicio de las relaciones internas entre herederos y legatarios. La interpretación de la Administración resulta insostenible en este punto. (...) En suma, salvo en circunstancias especiales, aquí no concurrentes, el legatario no sucede al causante en sus derechos y obligaciones o en una parte alicuota de ellos, sino en bienes o derechos determinados, respondiendo solo de las cargas inherentes al legado que aceptan, pero no de las deudas del causante transmisibles mortis causa» (Fundamentos Séptimo y Octavo, NFJ028916).

²⁴ Como recuerda la Sentencia del TSJ de Aragón núm. 248/2008, de 28 de abril, «(...) Fue con la Ley 10/1985, de 26 abril, de modificación parcial de la Ley General Tributaria la que generalizó definitivamente el principio de no transmisión de las sanciones, por muerte de los sujetos responsables, tanto de las liquidadas antes, como después del fallecimiento al incorporar al artículo 89, el apartado 3, que dispuso que "a la muerte de los sujetos infractores, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos o legatarios, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil por la adquisición de la herencia. En ningún caso serán transmisibles las sanciones". En la actualidad, el artículo 39 de la Ley 58/2003, General Tributaria, tras señalar que "a la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos" añade en su párrafo tercero, reiterando lo señalado en el artículo 89.3 de la anterior LGT, que "en ningún caso se transmitirán las sanciones", disponiendo el artículo 190, relativo a la extinción de las sanciones tributarias que "las sanciones tributarias se extinguen por el pago o cumplimiento, por prescripción del derecho para exigir su pago, por compensación, por condonación y por el fallecimiento de todos los obligados a satisfacerlas"» (Fundamento Cuarto, NFJ030688).

de Cataluña núm. 471/2012, de 27 de abril, concluye que en tales supuestos no hay limitación alguna y, por tanto, el sucesor se subroga plenamente en la posición del causante:

«(...) para establecer la vigencia normativa, que la responsabilidad que se exige ahora a los recurrentes, herederos del administrador de la sociedad, viene derivada del fallecimiento del administrador y no directamente de la incursión en responsabilidad en las deudas de la sociedad, por lo que ha de ser aplicada la Ley General Tributaria 58/2003, ya que el Sr. Severiano falleció el 3 de abril de 2008. En este contexto, el artículo 39 de la LGT establece en su apartado 1, párrafo tercero, que "En ningún caso se transmitirán las sanciones. Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento".

Debe quedar sentado que *en el momento del fallecimiento del administrador de la sociedad ya estaba delimitada la deuda que le había sido transferida, ya se había declarado fallida a la empresa y había sido legalmente notificada aquella derivación de responsabilidad; en suma, queda delimitado como importe exigible el reclamado, importe que, como venimos diciendo en numerosas sentencias comprende la total deuda exigida y del que no resultan escindibles las sanciones*. De este modo, *la deuda líquida exigible se transmite sin más a los sucesores mortis causa*, a salvo que la herencia hubiera sido realizada a beneficio de inventario. Así queda recogido también en el artículo 182.2, segundo párrafo, de la LGT/2003.

De la misma manera, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 2011, aclara que el art. 37.3 no prohibía de modo absoluto la exigencia de sanciones al responsable, sino que su único objetivo –plenamente lógico– fue impedir que quien ostentara tal condición viniese a garantizar el pago de las sanciones impuestas como consecuencia de la realización de una infracción tributaria cuando no hubiera participado materialmente en la misma. Ello permitía admitir la plena vigencia y eficacia de ciertos preceptos –como el referido art. 40.1, párrafo primero– que extendían los efectos de la infracción (las sanciones) a aquellas personas que, distintas del sujeto infractor, hubiesen intervenido en su comisión, posibilidad por otra parte, plenamente respetuosa con el principio de personalidad de la pena.

Conforme al artículo 182 de la LGT/2003, se extiende la responsabilidad por sanción en los referidos supuestos sin que se produzca ningún tipo de vulneración del principio de personalidad de la sanción, como resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, afirma –refiriéndose a la constitucionalidad de la redacción dada al art. 38.1 de la LGT/1963 por la Ley 10/1985– que "no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable 'a posteriori' entre los distintos responsables individuales". Y el mismo TC admitió la constitucionalidad del art. 38.1 de la LGT/1963» (Fundamento Sexto).

Frente a lo argumentado por la Sentencia del TSJ de Cataluña, en caso analizado no se cuestiona que los supuestos de responsabilidad tributaria previstos en la normativa tributaria extiendan el alcance de la responsabilidad a las sanciones tributarias cometidas por los deudores principales, sino que, por el contrario, se refiere a otra situación distinta como es la extensión de la *responsabilidad sucesoria* por la vía del artículo 39 de la LGT. Por ello, la improcedencia de la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011.

Además, el TSJ de Cataluña en esta Sentencia obvia la naturaleza *materialmente punitiva* del Acuerdo derivativo de responsabilidad tributaria que incluye en su montante sanciones tributarias (al menos, claro está, en la parte que se refiere a las sanciones tributarias); tal y como tiene reconocido el Tribunal Constitucional²⁵. De ahí que prime la aplicación del principio general de personalidad de la pena reconocido para los sucesores en el artículo 39.1 de la LGT y, a su vez, en el artículo 182.3 de la LGT que señala expresamente que «las sanciones tributarias no se transmitirán a los herederos y legatarios de las personas físicas infractoras». En otras palabras, no hay una mutación de la naturaleza (punitiva) de las sanciones tributarias pese a su inclusión en un Acuerdo de derivación de responsabilidad tributaria.

²⁵ STC 85/2006, de 27 de marzo: «(...) *determinar la verdadera naturaleza de las cantidades que la Administración tributaria reclama a los recurrentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria. Pues bien, del examen de las actuaciones se desprende claramente que, tras los Acuerdos del Administrador de la AEAT de Hortaleza de 6 de junio de 1994, por los que se estimaban parcialmente los recursos de reposición interpuestos por los recurrentes, la responsabilidad de estos por las deudas tributarias de Difo, S.A., durante el periodo en que aquellos formaron parte del Consejo de Administración de dicha entidad alcanza exclusivamente a sanciones. Así resulta del contenido no solo de los citados Acuerdos, sino también de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 17 de junio de 1997 (hechos primero y segundo). Y tal responsabilidad deriva no de actos de otro –en particular, las omisiones de ingresos imputadas a Difo, S.A.–, sino de un comportamiento que, aunque no aparece entre las infracciones tributarias reguladas en los artículos 77 y ss. LGT, está previsto como un supuesto de responsabilidad tributaria ex artículo 40 LGT, y que solo a ellos les resulta atribuible, a saber, no haber realizado como administradores de Difo, S.A., los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas por dicha entidad, haber consentido el incumplimiento por quienes de ellos dependían o haber adoptado acuerdos que hicieron posible tales infracciones. Pues bien, en la medida en que no se hace a los recurrentes responsables del pago de la cuota tributaria de los citados tributos no ingresados por la entidad deudora principal o de los intereses de demora generados como consecuencia de dicho incumplimiento –componentes de la "deuda tributaria" a la que alude el artículo 40 LGT que tienen, respectivamente, finalidad contributiva y resarcitoria (STC 276/2000, de 16 de noviembre, FFJJ 5 y 6)–, sino solo y exclusivamente de las sanciones tributarias impuestas a Difo, S.A., por las conductas infractoras cometidas por dicha sociedad cuando los demandantes formaban parte de su Consejo de Administración –sanciones que ejercen una función represiva o de castigo (STC 276/2000, citada, FJ 6)–, y que la derivación de responsabilidad respecto de las sanciones tiene su origen en un comportamiento ilícito de los recurrentes, debe concluirse, frente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal, que las cantidades reclamadas a estos por la Administración tributaria en calidad de responsables, aunque no tengan su origen en la comisión por ellos de ninguna de las infracciones tributarias tipificadas en los artículos 78 y ss. LGT, tienen naturaleza claramente punitiva, y en consecuencia la responsabilidad exigida en este caso es materialmente sancionadora. La propia Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, ha venido a reconocer que estamos en ese ámbito punitivo al incluir la figura de los responsables de las sanciones tributarias en el art. 182, precepto que se integra en el capítulo II –que lleva por rúbrica "Disposiciones generales sobre infracciones y sanciones tributarias" del título IV que regula "La potestad sancionadora"» (Fundamento Tercero, NFJ022191).*

Por ello, en dichos casos, postulamos que el importe de la responsabilidad tributaria que se exige al sucesor se vea reducida en las cantidades correspondientes a sanciones tributarias, conforme se razona en otras Sentencias²⁶.

IV. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SUCESOR TRIBUTARIO, ¿EXISTE COINCIDENCIA EN LOS ÁMBITOS CIVIL Y TRIBUTARIO?

1. La asunción de la condición de heredero y, por lo mismo, la de sucesor a efectos fiscales, se produce automáticamente (pudiéramos decir que *ipso iure*) al tiempo del fallecimiento del causante (tesis «germanista»), o bien además es necesario que medie la aceptación de tal condición por parte del llamado a la herencia (tesis «romanista»).

Con la primera hipótesis, pues, bastaría la mera designación testamentaria realizada por el testador para, tras su fallecimiento, considerar que el heredero ya lo es, derivando todas las consecuencias que traen causa y que, a efectos fiscales, serían principalmente la de ser sucesor en las deudas tributarias pendientes de pago del fallecido. Por el contrario, la segunda alternativa requiere adicionalmente que el heredero lleve a cabo el acto de aceptación de la herencia y solo a partir de ese instante asumirá tal condición. Esta segunda hipótesis, a diferencia de lo que ocurre con la primera, suscita la situación y tratamiento que debe darse al caudal relicto entre las fechas del fallecimiento y de la aceptación y, cómo no, sus posibles implicaciones tributarias.

De lo que no hay duda es de que la primera alternativa se ajusta al carácter indisponible del crédito tributario²⁷, mientras que la segunda se acomoda a las exigencias propias de la autonomía de la voluntad de los particulares que imperan en el Derecho civil sucesorio²⁸.

²⁶ Así, la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 1322/2007, de 17 de septiembre: «(...) ha quedado acreditado en el presente recurso, mediante la aportación del certificado de defunción, el fallecimiento de D. E..., por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Ley General Tributaria en relación con lo dispuesto en el artículo 89.3 de la misma Ley la responsabilidad por las infracciones no puede transmitirse al fallecimiento de D. E... a sus herederos que son los que han comparecido en el presente litigio, por lo que debe estimarse el recurso respecto de este concepto por la circunstancia sobrevenida del fallecimiento del declarado responsable por las infracciones a que alude el acuerdo indicado (...). Sin embargo, respecto de los conceptos expresados en primer lugar, hay que precisar que no consta que contengan sanciones, sino que se refieren a cuotas y los correspondientes intereses de demora de las mismas, procedentes de las liquidaciones practicadas en actas suscritas en conformidad a la sociedad indicada, por lo que dichos importes no pudieron ser afectados por la estimación parcial en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid ya indicada, que tan solo reduce el alcance de la responsabilidad respecto de las infracciones, pero no en cuanto a las cuotas fijadas y sus intereses de demora, por lo que no pueden ser estimadas las alegaciones de los recurrentes respecto de dichos conceptos» (Fundamento Cuarto, NFJ027522).

²⁷ Artículo 17.5 de la LGT: ««Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas».

²⁸ Artículo 988 del Código Civil: «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres».

2. En el ámbito civil la doctrina se encuentra dividida entre ambos planteamientos, fundamentados en preceptos del Código Civil aparentemente contradictorios. Así, los defensores de un planteamiento *germánico* se amparan en el artículo 657 del Código Civil que establece que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten *desde el momento de su muerte*» y en el artículo 661 del mismo texto legal cuando señala que «los herederos suceden al difunto *por el hecho solo de su muerte* en todos sus derechos y obligaciones». Conforme a una interpretación literal y aislada de dichos preceptos, parece claro que el único requisito previsto para tener la condición de sucesor sería el fallecimiento del causante²⁹.

Por su parte, aquellos que postulan la alternativa *romanista* y, en definitiva, que la adquisición de la condición de heredero requiere de un acto posterior a la muerte del testador consistente en la aceptación de la herencia por aquel fundamentalmente asientan su argumentación en el artículo 991 del Código Civil que prohíbe la aceptación o repudiación de la herencia «*sin estar cierto de la muerte* de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia», configurando la aceptación como un acto jurídico posterior al óbito del causante igualmente necesario para poder disponer y asumir de la masa hereditaria del fallecido³⁰. Y, sobre todo, se invoca el artículo 1.003 del Código Civil que, sin duda alguna, condiciona la transmisión de la parte pasiva del caudal relicto al heredero al acto de aceptación (siempre, claro está, que dicha aceptación sea pura y simple³¹), teniendo presente que una vez efectuado dicho acto de disposición (ya sea la aceptación o la repudia) sus efectos «se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda (art. 989 CC³²)».

2.1. Esta disyuntiva también se ha planteado en la esfera jurisprudencial y ha sido resuelta por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en favor del posicionamiento *romanista*. Así, por su claridad expositiva, resulta destacable la Sentencia núm. 637/2000, de 27 de junio, cuando señala que:

²⁹ GARCÍA VALDECASAS, G.: «La adquisición de la herencia en Derecho español», *RDP*, 1944, pág. 109; y GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 32.

³⁰ En este sentido, los artículos 988 («La aceptación y la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres») y 989 («Los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda») del Código Civil.

³¹ Artículo 1.003 del Código Civil: «*Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia*, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios».

³² VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español, V, Derecho de Sucesiones*, 4.ª ed., Valladolid, Talle- res Cuesta, 1939, págs. 495 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Derecho de sucesiones, Parte General», *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*, T. V, vol. 1.º, de LACRUZ, J. L. y ALBALADEJO GARCÍA, M., Barcelona, Bosch, 1961, págs. 134 y ss.; ROCA SASTRE, R. M.ª: «La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral», *Estudios de Derecho privado II, Sucesiones*, Madrid, EDESA, 1946, págs. 1 y ss. (del mismo autor, «La adquisición hereditaria de la posesión», *Estudios sobre Sucesiones*, T. I, Madrid, Instituto de España, 1981, págs. 169 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, M.: «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *ADC*, 1955, págs. 5 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Obras completas*, T. IV, Espasa-Calpe, Madrid, 1989, pág. 503.

«(...) *En materia de adquisición de herencia*, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el denominado sistema romano caracterizado porque *no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia*, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, *el heredero –el llamado a heredar en concreto–, como titular del "ius delationis", puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión –no es sucesor, sino solo llamado a suceder–*. Si acepta responderá incluso con sus propios bienes, salvo que la aceptación expresa tenga lugar con arreglo a lo prevenido para disfrutar del beneficio de inventario» (Fundamento Segundo, NCJ045134³³).

2.2. Dicha doctrina legal (como no podía ser de otra manera) ha sido reconocida y aplicada por los Tribunales que, sin ambages, vienen sosteniendo que la condición de heredero únicamente se adquiere con el acto de aceptación del *llamado* a la herencia. En este sentido razona la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia núm. 84/2009, de 10 de febrero:

«(...) si el artículo 657 del CC, fija en el momento de la muerte la apertura de la sucesión de una persona, *la cuestión de cuándo los llamados a su herencia adquieren definitivamente la cualidad de herederos del causante*, o sea, *de si la adquisición de la herencia se produce "ipso iure" y de una manera automática con la muerte del "de cuius"*, o, por el contrario, *se precisa para ello de un acto concreto de aceptación*, ha dado lugar a que en la doctrina se hayan seguido al respecto dos sistemas: el denominado romano, con arreglo al cual el llamamiento del sucesor todavía no convierte a este en heredero, sino que se exige del mismo algún acto de aceptación; y el calificado como germánico, que preconiza que dicho llamamiento basta para convertirle en heredero, sin perjuicio de permitirle rechazar tal cualidad dentro de un plazo determinado. En otras palabras, conforme al primer sistema, la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace

³³ En los mismos términos, las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008 [«(...) *por efecto de la aceptación los llamados devienen herederos* y, si la aceptación es pura y simple (art. 1.003 CC) devienen responsables con sus propios bienes de las deudas de la herencia», Fundamento Tercero, NCJ045914]; de 18 de diciembre de 2006 [«(...) *es con el acto de adir la herencia cuando se asume la condición de heredero* al tiempo que determina la efectiva transmisión del derecho a la sucesión de una persona», Fundamento Primero, RJ 2007/442]; de 20 de mayo de 1982 [«(...) y en resumen y definitiva porque, *necesaria en nuestro Derecho la aceptación de la herencia para adquirir la condición de heredero*, el derecho de deliberar ejercitado por el recurrente suspende esa atribución y por ende su cualidad de responsable frente a los acreedores del causante, ya que el artículo 661 del Código no es suficiente para ello, si no se completa con lo dispuesto en el 989 para la aceptación», RJ 1982/2585]; y de 10 de noviembre de 1981 [«(...) *la herencia no se adquiere por el solo hecho de la delación sino que ha de ser completada con la aceptación*, según se desprende de los artículos 988 y siguientes del CC y lo tiene declarado la Jurisprudencia –S. de 19 octubre 1963 (RJ 1963/4142)», RJ 1981/4471]

falta un posterior acto de aceptación ya expresa ya tácita, de tal modo que la adquisición hereditaria descansa en la conjunción de estos dos elementos, es decir, delación o llamamiento y aceptación, de manera que del llamamiento solo nace a favor del llamado el derecho de adquirir la herencia mediante la aceptación o "ius delationis", por lo que si lo usa aceptando se convierte en heredero, pudiendo hacerlo como se dijo de forma expresa o tácita (arts. 999 y 1.000 CC); por el contrario, el sistema germánico provoca la inmediata adquisición de la herencia por el heredero o herederos al producirse el llamamiento a su favor, sin que haga falta acto alguno de aceptación, de manera que la delación o llamamiento convierte el llamado en heredero, aunque puede dejar de serlo mediante la repudiación. *De dichos dos sistemas, en nuestro CC*, aunque no han faltado autores que se han inclinado por el germánico, *se ha seguido el sistema romano*, en base a determinados artículos como el 988 al establecer que "la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres", el 989 que determina que "los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen al momento de la muerte de la persona de quien se hereda" o el 998 que establece que "la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente, o a beneficio de inventario", *preceptos todos ellos de los que se infiere la necesidad de la aceptación*» (Fundamento Cuarto³⁴).

2.3. Se puede concluir que, de acuerdo con nuestro Código Civil, la condición de heredero se adquiere en toda su extensión y consecuencias una vez que el llamado a la herencia realice el acto (expreso o tácito) de aceptación. Ahora bien, en la esfera tributaria, ¿también es así?

3. La concreción del momento en que se adquiere la condición de heredero resulta fundamental a efectos de determinar el instante en que aquel pasa a ser considerado *sucesor* en las deudas tributarias que dejó pendientes de pago el causante (ex art. 39 LGT). En una primera aproximación, pudiera pensarse, con base en la dicción literal del artículo 39.1 de la LGT («A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes *se transmitirán a los herederos...*»), que en Derecho tributario, a diferencia de lo que ocurre en la órbita civil, rige el sistema *germánico*, de manera que el heredero adquiere tal cualidad y, por lo mismo, la de sucesor tributario, con el mero fallecimiento del testador. No obstante, el propio precepto (con el propósito de evitar posibles discordancias entre ambos sectores del Ordenamiento) efectúa una remisión a la *legislación civil* «en cuanto a la *adquisición* de la herencia» (párrafo primero, *in fine*, del art. 39.1 LGT). Y, por ello, en el ámbito tributario también rige el sistema *romanista* que, como hemos visto, supedita la condición de heredero al acto de aceptación de la herencia.

³⁴ *Vid.*, también entre otras, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante núm. 100/2010, de 26 de febrero, Fundamento Primero (JUR 2010/209193); de Badajoz núm. 389/2002, de 12 de diciembre, Fundamento Segundo (JUR 2003/78208); de Asturias núm. 361/2001, de 28 de junio, Fundamento Segundo (AC 2001/2026); y de Jaén núm. 159/2000, de 29 de marzo, Fundamento Segundo (JUR 2000/140806).

3.1. A estos efectos hay que hacer valer la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 15 de marzo de 2005, que, si bien analiza y resuelve un supuesto al que es de aplicación el artículo 89.3 de la LGT/1963³⁵, su razonamiento resulta plenamente trasladable al vigente artículo 39.1 de la LGT, dada la identidad de ambos preceptos; en la que se argumenta la total comunión en los ámbitos civil y tributario al exigir el acto de aceptación como requisito necesario para ser heredero y, consiguientemente, sucesor tributario del causante fallecido:

«(...) tanto si la sucesión es testada, por existir testamento válido del fallecido, como si es intestada, por no haberlo, *solo puede reputarse heredero y, por tanto, sucesor en la deuda tributaria, quien ha aceptado la herencia. En tanto no hay aceptación no hay sucesión*, si bien, una vez aquella se produzca, *retrotraerá sus efectos al momento de la muerte del causante* (art. 989 CC). La aceptación puede ser expresa o tácita. Expresa es la que se hace en documento público o privado; tácita la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero (art. 999 CC) (...) *La actuación de la Inspección debe considerarse correcta, pues no estaba obligada a dirigirse contra el llamado a la herencia, si no le constaba la aceptación, expresa o tácita, por su parte, durante la tramitación del procedimiento*. No debe olvidarse que *la sucesión que implica la adquisición de la herencia exige, en nuestro sistema, su aceptación*, y que el pago de la deuda tributaria es asumido años después por la recurrente, finalizadas las actuaciones. Si no existía aceptación no podía considerarse la recurrente como titular de un derecho que pudiese resultar afectado y, por tanto, su intervención, en las actuaciones iniciales realizadas con el albacea, no era obligada, según el artículo 31 de la Ley 30/1992» (Fundamento Tercero, NFJ021220³⁶).

3.2. Vemos, pues, que la adquisición de la condición de *sucesor tributario* depende de que el *llamado* a la herencia acepte la misma en los términos prefijados en la legislación civil³⁷. De

³⁵ Artículo 89.3 de la LGT/1963: «A la muerte de los sujetos infractores, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos o legatarios, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. En ningún caso serán transmisibles las sanciones».

³⁶ Aplica esta doctrina la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2008, Fundamento Cuarto (NFJ028885). Por su parte, la Sentencia del TSJ de Castilla y León núm. 222/2005, de 29 de abril, señala en la misma línea que «*en nuestro Derecho es necesaria la aceptación de la herencia para adquirir la condición de heredero*, pues el artículo 661 del CC no es suficiente para ello, si no se completa con lo dispuesto en el artículo 989 para la aceptación, retrotrayéndose sus efectos al momento de la muerte de la persona a quien se hereda» (Fundamento Segundo, NFJ021294).

³⁷ Como afirma el Tribunal Supremo (Sala 3.ª) en las Sentencias de 29 de noviembre de 2005 (recurso de casación núm. 4344/2000), «la transmisión hereditaria de las obligaciones tributarias se rige por lo dispuesto en la legislación civil (...) los herederos del obligado tributario se subrogan en la posición de este en virtud de las normas que regulan la sucesión hereditaria civil» (Fundamento Tercero, NFJ022989); y de 21 de junio de 2012 (recurso de casación núm. 1134/2010), «es claro, por tanto, que la legislación tributaria, en cuanto a la institución y constitución de los herederos, se remite a la legislación civil al respecto» (Fundamento Tercero, NFJ047719).

ahí que dicha adquisición sea *voluntaria* (pues se requiere la aceptación para ser heredero) y sin que ello implique un cambio en la naturaleza (pública e indisponible) de las obligaciones tributarias *pendientes* del fallecido con motivo de la entrada en liza del *sucesor*³⁸.

Por ello, el siguiente paso debe referirse a las modalidades de aceptación hereditaria.

V. LA ACEPTACIÓN DEL CAUDAL RELICTO

1. La aceptación y renuncia a la herencia se encuentran reguladas en los artículos 988 a 1.009 de nuestro Código Civil. La aceptación para entenderse efectuada «ha de tener una de estas dos calidades: o la de *revelar necesariamente la voluntad de aceptar*, es decir, revelar sin duda alguna que al realizarse, el agente quería aceptar la herencia, o la de *ser su ejecución facultad de heredero*; pero no del que no lo sea»³⁹. Por ello, el acto de aceptación requiere «*unánimemente actos claros y precisos que revelen la voluntad inequívoca de aceptar la herencia*. Ha de tratarse de hechos *que no tengan otra explicación*, pues *lo que importa es la significación del acto*, en cuanto indica la intención de hacer propia la herencia y no de cuidar el interés de otro o eventualmente el propio para después aceptar.»⁴⁰. Y así, el artículo 1.000 del Código Civil materializa dichas situaciones:

1. Cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño, a todos sus coherederos o a alguno de ellos.
2. Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos.
3. Cuando la renuncia por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente; pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

³⁸ En este sentido, razona CALVO ORTEGA, cuando afirma que «de estas normas civiles y específicamente de la libertad de aceptación resulta, obviamente, que la transmisión de la obligación tributaria no es forzosa y sí depende de un acto voluntario del heredero. La libertad del Derecho Sucesorio prevalece sobre la imperatividad del Derecho Tributario. Esto plantea la duda de si estamos ante una mutación de tal obligación que deja de ser pública y se transforma en privada (...) La Ley 58/2003 (...) ofrece más argumento que la anterior, para concluir que la voluntariedad en la aceptación de la herencia (...) no impide la exigencia de esta conforme a las normas fiscales que ofrecen una coactividad específica y un procedimiento de ejecución administrativo (...) El principal precepto en esta línea es la consideración como obligados tributarios que hace la ley de los sucesores; y, además, la continuación del procedimiento de recaudación ya iniciado con el causante, con los herederos sin otros requisitos que la constancia del fallecimiento de aquel y el requerimiento de pago a estos» (CALVO ORTEGA, R.: *Comentarios a la Ley General Tributaria* (obra colectiva), 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2009, pág. 160).

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1955 (RJ 1955/1554).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2006, Fundamento Primero (RJ 2006/3175).

Asimismo, la aceptación se caracteriza por ser un acto *enteramente voluntario y libre* (art. 988 CC), que *no hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente* (art. 990 CC), cuya realización produce dos consecuencias fundamentales, a saber:

- *La primera.* Una vez manifestada los efectos de la aceptación *se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda* (art. 989 CC); y
- *La segunda.* Efectuada la aceptación, esta se convierte en *irrevocable* y no podrá ser impugnada sino cuando adoleciese de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido (art. 997 CC).

En cuanto a las modalidades de aceptación, tal y como hemos analizado previamente, la misma puede ser *pura y simple* o *a beneficio de inventario* (art. 998 CC). Sin embargo, a los efectos que aquí interesan lo fundamental es la manera de *exteriorizar* la aceptación. Y, en este sentido, el artículo 999 de nuestro Código Civil reconoce dos formas: la aceptación *expresa* (esto es, la llevada a cabo en documento público o privado) y la aceptación *tácita* (es decir, la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero⁴¹), dejando claro que los *actos de mera conservación o administración* nunca suponen la aceptación de la herencia.

Atendiendo a su naturaleza, las aceptaciones *expresas* no suelen plantear dudas acerca de su realización efectiva⁴², suelen ser las aceptaciones *tácitas* las que suscitan problemas a efectos de su existencia y acreditación. Veámoslo.

1.1. La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones y con una abundante casuística en relación con supuestos (algunos discutidos otro no) de aceptación *tácita*. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 118/2001, de 26 de abril, es muy ilustrativa al enumerar algunos de dichos supuestos, reconocidos desde hace tiempo por la doctrina legal del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«(...) han sido estimados como actos de aceptación tácita (...) entre otras las siguientes:

a) Haber acudido el heredero a la administración ostentando título y consideración de tal (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1900).

⁴¹ Como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 159/2000, de 29 de marzo, la aceptación tácita comprende «todos aquellos hechos o actos que, por sí mismos, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como heredero, revelando la idea de hacer propia la herencia, mirándola como tal y no con la intención de cuidar el interés de otro» (Fundamento Segundo, JUR 2000/140806).

⁴² El Tribunal Supremo tiene reconocido que la *emptio spei* o venta de esperanza sobre unos futuros derechos sucesorios constituye un supuesto de aceptación expresa de la herencia del artículo 1.000.1.º del Código Civil (cfr., STS, Sala 1.ª, núm. 461/2011, de 16 de junio, Fundamento Tercero, NCJ055411).

b) Actos que realice el heredero, disponiendo gratuita u onerosamente de los bienes hereditarios (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1926).

c) Hecho de solicitar del juzgado la declaración de heredero abintestato (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1928 y 23 de mayo de 1953).

d) Interposición de una demanda que solamente por su cualidad de heredero podrían efectuar (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1952).

e) Haber reconocido un débito de la herencia (Resolución General de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1910).

f) Prestar su conformidad a operaciones particionales (Resolución General de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 1918)» (Fundamento Primero. JUR 2001/173113).

Otros supuestos de aceptación tácita reconocidos por el Orden civil son el pago de deudas con cargo al caudal relicto⁴³; continuar en el ejercicio de la actividad económica desarrollada por el fallecido⁴⁴; uso continuado en el tiempo de bienes que integran la masa hereditaria⁴⁵; la realización de actos de disposición sobre bienes o derechos del caudal relicto⁴⁶; el ejercicio de determinados actos procesales sobre los derechos hereditarios pendientes de adjudicación⁴⁷; la

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 632/1996, de 12 de julio, «el pago de deudas contra el caudal hereditario y la cesación y cierre de la empresa de don Luis P. M., actos de indudable significación patrimonial y carácter definitivo, encajan indiscutiblemente entre los que esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 13 marzo 1952 (RJ 1952/808), 23 mayo 1955 (RJ 1955/1707), 16 junio 1961 (RJ 1961/2368), 14 marzo 1978 y 15 junio 1982 (RJ 1982/3426), considera como propios de aceptación tácita de la herencia» (Fundamento Primero. RJ 1996/5887).

⁴⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1955 y de 12 de julio de 1996 (RJ 1996/5887). En aplicación de esta jurisprudencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia núm. 353/2000, de 10 octubre: «(...) Todo lo expuesto nos conduce a que la herencia sí ha sido aceptada por los hijos, que no solo se han quedado con los vehículos comprados por su padre, sino que además los vienen empleando en la explotación del negocio, lucrándose con el uso de tales vehículos, por lo que sí han aceptado la herencia de su padre» (Fundamento Tercero. AC 2000/2255).

⁴⁵ Sentencias de la Audiencia Provincial de Orense de 31 de diciembre de 1998, Fundamento Tercero (AC 1998/2439); y de la Audiencia Provincial de Sevilla 564/2004, de 29 de octubre, Fundamento Segundo (JUR 2005/69599).

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 10/1999, de 11 de enero, sostiene que es un supuesto de aceptación tácita de la herencia «el haberse comportado como dueñas (una de ellas) del inmueble correspondiente a los bienes de la herencia de don Vicente, concertando arrendamientos y cobrando las rentas» (Fundamento Cuarto. AC 1999/3114); y Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 364/2000, de 16 de mayo, constituye un acto de aceptación de la herencia la disposición de diferentes cantidades mediante cheque procedentes de fondo de inversión de la causante (Fundamento Primero. JUR 2000/267709).

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 420/2010, de 20 de octubre, «no cabe duda que la recurrente ha efectuado actos que deben presuponer que con la interposición de la demanda de división judicial de patrimonio ha aceptado la herencia tácitamente» (Fundamento Tercero. JUR 2011/220695). También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo núm. 257/2002, de 16 de julio, «la recepción en cobro de la parte proporcional que la herencia que correspondía a D. Santiago S. B., representando un acto de aceptación tácita de la herencia que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero» (Fundamento Primero. JUR 2002/233352).

renuncia traslativa de los derechos sucesorios (esto es, la efectuada en favor de otro heredero o de un tercero⁴⁸).

Sin embargo, hay otras situaciones que no dan lugar a la existencia de una aceptación tácita, como, por ejemplo, la mera presentación de declaración tributaria del Impuesto de Sucesiones, a no ser que vaya acompañada de otros actos de los que conjuntamente se pueda inferir una aceptación⁴⁹, o la simple gestión de la declaración de herederos abintestato⁵⁰.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 516/2012, de 20 de julio, «(...) a diferencia de la repudiación en sentido estricto, que es siempre pura o neutra, se infiere la admisión de la renuncia traslativa, como aceptación de la herencia, en beneficio ya de coherederos (codelados), o bien de extraños (terceros u otros vocados) (...) la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1.000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia» (Fundamento Segundo. RJ 2012/9001).

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo –Sala 1.ª– núm. 3/1998, de 20 de enero: «(...) Examinada con detalle toda la doctrina moderna, tanto más cuanto más especializada es en materia de Derecho de sucesiones, no hay un solo autor que mantenga que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio signifique, por sí mismo, una aceptación tácita de la herencia. Partiendo de la frase extraída de la doctrina, dicha antes, sobre el "rigor que debe presidir el desenvolvimiento lógico de la presunción de que se ha querido aceptar", la doctrina estima que "no es seguro" o que "es discutible" que aquellas petición o pago signifiquen aceptación tácita, o afirma que "el llamado a la herencia que realiza el pago obedece a una imposición legal en lugar de un acto que pueda significar libre aceptación", o más claramente, que "no se puede afirmar que la jurisprudencia considere por sí solos como actos adquisitivos la solicitud, y obtención de la declaración de herederos y de la práctica de liquidación del impuesto de derechos reales incluso hacer efectivo este". (...) En el presente caso tiene importancia interpretar y aplicar el artículo 999 del Código Civil en relación con la cuestión concreta de si es aceptación tácita la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio. La Sentencia de 22 junio 1923 entendió que no implica aceptación tácita el haber firmado el llamado a la herencia una instancia al Delegado de Hacienda para evitar la imposición de una multa por falta del pago del impuesto, llamado entonces, de derechos reales; *varias sentencias estiman que hubo aceptación tácita en dicho pago, pero nunca por esto solo, sino por razón de otros actos que fueron decisivos para la consideración de la aceptación tácita*: así, la de 23 abril 1928 (otorgamiento por el interesado de escritura de arrendamiento de bienes hereditarios), 23 mayo 1955 (intervención en la adjudicación de bienes, percepción de alquileres y celebración de contratos), 31 diciembre 1956 (enajenación de bienes hereditarios). Asimismo, la Sentencia de 15 noviembre 1985 (fundamento 2) estima que hubo aceptación tácita cuando una serie de actos acreditan que mantenía la condición de propietario de los bienes heredados y, además, presentó escritos para la liquidación de los impuestos de derechos reales. Y también, la Sentencia de 4 junio 1987 (fundamento 2.º) estimó aceptación tácita por asumir la totalidad del patrimonio causante, ejercer actos significativos, declararlo en confesión judicial, y por último presentar instancia y pagar los derechos sucesorios. Como conclusión, la jurisprudencia nunca ha mantenido y *no hay ninguna sentencia de esta Sala que lo mantenga, que la petición de liquidación y el pago del impuesto sucesorio tenga por sí mismo la consideración de aceptación tácita*.» (Fundamento Quinto. RJ 1998/57). En aplicación de esta doctrina, Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja núm. 11/2003, de 24 de enero, Fundamento Segundo (AC 2003/562). En otros casos, una valoración de diversos actos (entre los que se incluye la petición de liquidación a efectos del Impuesto de Sucesiones) ha determinado una aceptación tácita. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 19/1997, de 12 de marzo, entendiéndose que hay aceptación tácita por la presentación del inventario de los bienes del caudal relicto del difunto a los fines de liquidación del Impuesto de Sucesiones, Fundamento Segundo (AC 1997/549), o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 113/2007, de 9 de marzo, que considera que «en el caso presente (...) la herencia fue aceptada tácitamente en el momento en que se abonó conjuntamente por las litigantes el impuesto de sucesiones, aspecto este recogido por el artículo 999 del CC» (Fundamento Quinto, JUR 2007/203691).

⁵⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2002, Fundamento Segundo (JUR 2003/46854).

2. Ya en el ámbito propiamente tributario, también se han planteado y resuelto situaciones de aceptación tácita en términos prácticamente idénticos a lo razonado en la Jurisdicción civil. Así han llegado a las mismas conclusiones en los supuestos de actos de disposición⁵¹, de renunciaciones traslativas⁵², considerándolos casos de aceptación tácita; como al analizar situaciones que no deben considerarse de aceptación, tales como la simple presentación de declaración del Impuesto de Sucesiones que no vaya acompañada de otras actuaciones⁵³; o la mera presentación de una solicitud de prórroga para la presentación de una autoliquidación del impuesto sucesorio⁵⁴.

Vemos, pues, que los ámbitos civil y tributario coinciden al valorar las situaciones que de manera indubitada implican la aceptación tácita de la herencia respecto de aquellas que no suponen per se dicha aceptación. Por tanto, no se aprecia ninguna disonancia en este punto y, por lo mismo, a efectos de la *sucesión tributaria* (art. 39 LGT) no hay diferencia respecto de la *sucesión civil*, coincidiendo en el tiempo ambas situaciones; esto es, solo una vez que el heredero

⁵¹ Por ejemplo, la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 545/2001, de 11 de junio, considera que hay aceptación tácita de la herencia con base en la disposición de una cuenta corriente de titularidad exclusiva del causante (Fundamento Segundo. JT 2001\1556). Ahora bien, en los casos de cotitularidad de cuentas (entre el fallecido y los designados herederos), los actos de disposición sobre las mismas, una vez producido el óbito, por parte del *llamado* a la herencia no determina per se que estemos ante una situación de aceptación tácita (entre otras, Sentencia del TSJ de Canarias núm. 163/2002 de 18 de febrero, Fundamento Tercero. JT 2002\1397).

⁵² Sentencia del TSJ de Andalucía núm. 156/1998, de 16 de febrero, Fundamento Tercero (JT 1998\176). En tales casos, de renuncia en favor de una persona determinada, hay aceptación tácita devengándose, además, dos impuestos; conforme se razona en la Consulta vinculante núm. V1892/2011, de 29 de julio (NFC042182): «cabe afirmar que, tanto desde el punto de vista civil como fiscal, la renuncia de la herencia en favor de persona determinada supone, en general, su previa aceptación tácita, constituyendo el acto de renuncia un acto de disposición del heredero renunciante en beneficio de la persona en cuyo favor se renuncia. Este nuevo acto de disposición puede ser a título oneroso (renuncia por precio) o lucrativo (renuncia gratuita). Solo en el caso de que la renuncia sea gratuita y en favor de aquellos coherederos a quienes debe acrecer la porción renunciada –y a favor de todos ellos indistintamente, no se entiende aceptada la herencia; es decir, en este caso, la renuncia se equipara a repudiación de la herencia. Consecuencia de lo anterior es que la renuncia de la herencia en favor de persona determinada supone la realización de dos hechos imponible: El primero de ellos, la adquisición hereditaria que supone la aceptación de la herencia, que estará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por el concepto regulado en la letra a) del 3.1 de su Ley (adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio). El segundo, la transmisión de la porción hereditaria del renunciante, que también estará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones si es gratuita, pero por el concepto regulado en la letra b) del 3.1 de la Ley del impuesto (adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e inter vivos)».

⁵³ Sentencia del TSJ de Andalucía de 18 de mayo de 2001: «(...) Ciertamente esta Sala, partiendo de la doctrina fijada en dicha sentencia, en sentencia de 3 de diciembre de 1998, consideró, no obstante, que cuando los que pagan el impuesto se declaran herederos, están haciendo algo más; pero aquí, vemos como el padre de los actores se limitó a consignar el parentesco y a señalar que la causante había otorgado testamento (...) En consecuencia, no pudiendo entenderse aceptada tácitamente la herencia por el padre de los aquí actores» (Fundamento Segundo, NFJ023848).

⁵⁴ Consulta vinculante núm. V1986/2009, de 10 de septiembre (NFC035583): «las solicitudes de prórroga para la presentación de la declaración por el impuesto o de Declaración de Herederos Abintestato, en este último caso ante el Juzgado, no deben considerarse actos de aceptación tácita de la herencia, en la medida en que, conforme al artículo 999 del Código Civil, no son "actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero"».

haya aceptado la herencia pasará a ser *sucesor* en las deudas tributarias que el causante dejó pendientes de pago. Ahora bien, ¿existe la misma correspondencia en el Impuesto de Sucesiones?

VI. EL SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO DE SUCESIONES

1. El fallecimiento del causante determina el *devengo* del correspondiente Impuesto de Sucesiones (art. 24.1 LISD⁵⁵), siendo ese momento el que debe tomarse en cuenta a efectos de la valoración del caudal relicto⁵⁶; y, además, determina el instante a partir del cual el sujeto pasivo contribuyente del Impuesto de Sucesiones [esto es, el «causahabiente», ex art. 5 a) LISD] ve surgir a su cargo el cumplimiento de los deberes y obligaciones tributarias dimanantes del referido impuesto, tales como la presentación de la declaración o de la autoliquidación del impuesto sucesorio (art. 67 RISD⁵⁷), la presentación, en su caso, de la solicitud de prórroga (art. 68 RISD).

Es comprensible que la normativa del Impuesto de Sucesiones concrete el momento del devengo en un hecho objetivo como es el óbito del causante y no en otro momento posterior como, por ejemplo, pudiera ser el de aceptación de la herencia, pues ello supondría dejar en manos de los obligados tributarios (y no de la ley) el nacimiento de la referida obligación tributaria, máxime en un Derecho sucesorio como el nuestro que no somete a un plazo determinado la aceptación o repudiación a la herencia, contraviniendo, en última instancia, el carácter indisponible del crédito tributario (arts. 17.5 y 18 LGT). Por tanto, frente a lo que prima facie pudiera parecer, no existe ninguna indeterminación en cuanto al momento en que nace la obligación tributaria principal del citado impuesto y el mismo resulta exigible.

Asimismo, se contemplan supuestos *de anticipación* del devengo del Impuesto de Sucesiones; concretamente si se firman *contratos o pactos sucesorios*⁵⁸, en cuyo caso el impuesto se de-

⁵⁵ Artículo 24.1 de la LISD: «en las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil».

⁵⁶ Consulta vinculante núm. V1149/2007, de 1 de junio (NFC033486): «La valoración de los bienes y derechos debe efectuarse en relación con la fecha en que se produce el nacimiento de la obligación tributaria. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el artículo 24 de la Ley 29/1987 señala que el devengo se produce el día del fallecimiento del causante, debiendo estarse a tal fecha en lo relativo a la valoración de los bienes, a la determinación de la normativa tributaria aplicable y a la fecha de adquisición de mismos».

⁵⁷ Artículo 67.1 a) del RISD: «Los documentos o declaraciones se presentarán en los siguientes plazos: a) Cuando se trate de adquisiciones por causa de muerte, incluidas las de los beneficiarios de contratos de seguro de vida, en el de seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante o desde aquel en que adquiera firmeza la declaración de fallecimiento».

⁵⁸ Los *pactos sucesorios* están admitidos en nuestro Ordenamiento dentro de las limitaciones del artículo 1.271 del Código Civil [«(...) Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artícu-

vengará «*el día en que se cause o celebre dicho acuerdo*» (art. 24.1, *in fine*, LISD). Y situaciones en que el devengo *se retrasa* a un momento posterior al fallecimiento del causante por la inclusión de una condición, un término, un fideicomiso u otra limitación, devengándose el tributo «*el día que dichas limitaciones desaparezcan*» (art. 24.3 LISD).

2. Ahora bien, cuestión distinta a la del devengo es la concreción del *contribuyente* del impuesto sucesorio, *de quién* debe cumplir con la referida obligación tributaria principal, que la ley cifra en un concepto difuso, el *causahabiente*, que, aunque de entrada, no cuenta con reconocimiento legal en nuestro Derecho de sucesiones, sin duda está comprendiendo al heredero y al legatario. A su vez, ni la Ley ni el Reglamento del ISD establecen precisión adicional sobre dicho término, de ahí que el mismo deba interpretarse en su *sentido jurídico*, conforme ordena el artículo 12.2 de la LGT.

En consecuencia y en lo que se refiere a la institución *civil* del heredero, este (conforme hemos visto con anterioridad) adquiere tal condición a través del acto de aceptación (tesis *romanista*). Por tanto, el heredero solo sería contribuyente del Impuesto de Sucesiones a raíz de la aceptación, nunca antes de ella. Sin embargo, es notorio que este posicionamiento no está reconocido ni por la Administración tributaria, ni por la jurisprudencia contenciosa que, prescindiendo del acto de aceptación, consideran que, a los solos efectos del Impuesto de Sucesiones, el heredero lo será desde el mismo momento del fallecimiento del causante, postulando, en definitiva, una especie de posicionamiento *germanista* de la adquisición de la condición de heredero; tal y como se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 31 de marzo de 2004 (para justificar el tratamiento de la fiducia aragonesa en el art. 54.8 RISD):

«(...) Problema esencial es el de determinar cuál es, (...), *el momento en que se exige, o debe exigirse*, el Impuesto de Sucesiones: o bien el del fallecimiento del causante o bien el de la adquisición efectiva del derecho a la herencia:

a) Frente a la tesis romanista del Código Civil, de que, según los artículos 989, 991 y 1.006, no existe transmisión hereditaria hasta la aceptación de la herencia, *el criterio seguido por las normas fiscales es* (optando por el sistema germánico previsto en los artículos

lo 1.056»]; tal y como tiene reconocido el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 16 de mayo de 1940 [«(...) según la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en sus Sentencias de 8 de octubre de 1915 y 26 de octubre de 1926, y por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 19 de mayo de 1917, la prohibición establecida en el mencionado artículo del Código se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659 del repetido Código, se determina a la muerte del causante, constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó en el dominio del cedente», RJ 1940/416 bis]. Los *contratos o pactos sucesorios* son frecuentes en las normativas civiles forales, que se encuentran sujetos al Impuesto de Sucesiones y así se ha reconocido expresamente respecto a la «transmisión de presente» del Derecho foral aragonés [Consulta V2233/2012, de 20 de noviembre (NFC045886)]; la «donación universal» del Derecho civil balear [Consulta V2223/2012, de 19 de noviembre (NFC045830)] o las «apartaciones» del Derecho civil gallego [Consulta V2089/2008, de 7 de noviembre (NFC031384)].

440, 647 y 661 CC) *el de que la transmisión se produce por el mero hecho del fallecimiento del causante* (queriéndose, así, incentivar la presentación de documentos relativos a la herencia, aunque todavía no se hubiera decidido, con la aceptación o no de la misma, si se va a ser o no, definitivamente, heredero), *tal como ha quedado reflejado en el artículo 24.1 de la Ley 29/1987* ("En las adquisiciones por causa de muerte (...), el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante..."») (Fundamento Tercero, NFJ016553⁵⁹).

No compartimos dicho razonamiento ya que implica una *desconexión* entre la manifestación de riqueza gravada por el Impuesto de Sucesiones y la persona sobre la que recae el deber satisfacer el mismo. En efecto, para empezar el problema planteado no se ciñe a una cuestión de devengo del Impuesto de Sucesiones (que, por otra parte, como ya hemos dicho, está correctamente articulado en el impuesto con base en la fecha del fallecimiento del causante), sino a la concreción de la persona (o entidad) que debe cumplir con la obligación tributaria principal del citado tributo y que no deben ser otras que las receptoras de los bienes, derechos y deudas procedentes del fallecido. Es claro, por tanto, que el contribuyente del Impuesto de Sucesiones debe ser el titular de la capacidad económica gravada en el referido Impuesto; y también lo es que las personas simplemente designadas en un testamento como herederos o legatarios no detentan *riqueza* alguna proveniente del testador (aunque, si bien es cierto, sí ostentan un derecho a recibirla). Es, por ello, que defendamos un posicionamiento del contribuyente del Impuesto de Sucesiones que sea acorde con la máxima fundamental que conecta a todo tributo con el titular de la capacidad económica sometida a gravamen. Y en este sentido resulta más acertada la más reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (también analizando el tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa), que claramente anuda la figura del sujeto pasivo de dicho impuesto con el acto de *transmisión hereditaria*:

«(...) los artículos 1, 3 y 5 de la Ley (...) gravan los incrementos patrimoniales obtenidos lucrativamente vía herencia, legado o cualquier otro título sucesorio por los causahabientes en la sucesión mortis causa. Y, de este modo, *al recaer sobre el patrimonio de alguien que no ha recibido una herencia ni se sabe si la recibirá, ignora un principio capital, y constitucional, de nuestro sistema tributario, cual es el de capacidad contributiva*, proclamado en el artículo 31.1 de nuestra Norma Fundamental y recogido en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), como antes lo estaba en el 3 de Ley 230/1963, de 28 de diciembre, de igual nombre. Recuérdese que, ya en sus primeros pronunciamientos (Sentencia 27/1981, de 20 de julio), el Tribunal Constitucional dejó claro que el principio de capacidad contributiva obliga a buscar la riqueza allí donde se encuentra (FJ. 4.º) y, desde luego, a efectos del impuesto sobre sucesiones no cabe hablar de tal en relación con una persona de la que se ignora incluso si va a llegar a adquirir la condición de heredero y, por consiguiente, la de sujeto pasivo del tributo.

⁵⁹ En parecidos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 17 de julio de 2003, Fundamento Cuarto, NFJ014686.

En nuestra Sentencia de 31 de marzo de 2004 (NFJ016553), de cuyo criterio ahora nos separamos, recordamos que la Ley 29/1987 sigue la pauta del derecho germánico consistente en considerar producida la transmisión hereditaria con la muerte del causante, impidiendo al Reglamento situar tal evento en otro momento distinto, que, como se deduce de sus artículos 10.2 y 75, es el del óbito del transmitente, pero entonces no tuvimos suficientemente en consideración que en el caso de la fiducia aragonesa, a diferencia de los supuestos de herederos desconocidos a que alude el precepto citado en segundo lugar, no hay aún institución hereditaria y, por consiguiente, no existe sujeto pasivo. Parece evidente que *para que se produzca el hecho imponible y el tributo se devengue tiene que mediar una transmisión hereditaria, que no puede acontecer mientras no se designe uno o varios herederos*. Por ello, la propia Ley (art. 24.3) retrasa el devengo cuando esa institución y la consiguiente adquisición de bienes esté sometida a plazo, condición, fideicomiso u otra limitación análoga al momento en que el obstáculo desaparezca y la institución hereditaria adquiera carta de naturaleza» (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012, Recurso de casación núm. 6318/2008, Fundamento Quinto, NFJ045922⁶⁰).

Este posicionamiento es, sin duda, más correcto pues direcciona el problema en la línea de ensamblar el hecho imponible y el contribuyente del Impuesto de Sucesiones con la capacidad económica puesta de manifiesto por el fallecimiento de una persona, postulando que «para que se produzca el hecho imponible y el tributo se devengue tiene que mediar una transmisión hereditaria»⁶¹.

3. Pues bien, focalizada correctamente la cuestión debatida, el paso siguiente consiste en determinar las distintas soluciones posibles que permitan concretar la figura del sujeto pasivo del Impuesto de Sucesiones para, finalmente, ofrecer la nuestra.

3.1. *Una primera alternativa* consistiría en la adopción, a efectos del Impuesto de Sucesiones, de una concepción germanista, considerando contribuyente al *designado* causahabiente y apartándose de nuestro Código Civil que condiciona la *transmisión hereditaria* al acto de aceptación. Tal opción, que, en definitiva, permite hacer recaer las obligaciones tributarias dimanantes del Impuesto de Sucesiones sobre una persona que no es titular de la capacidad económica exteriorizada con el fallecimiento del causante, ¿vulneraría el principio de capacidad económica?

⁶⁰ También, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2012, recurso de casación núm. 6242/2008 (NFJ046938).

⁶¹ Aunque hay que reconocer que no constituye un cambio tan radical como para considerar que, a efectos del Impuesto de Sucesiones, se ha reconocido plenamente la tesis *romanista*, propia de nuestro Derecho sucesorio, acerca de la adquisición de la condición de heredero, pero tampoco compartimos el criterio de que «la citada Sentencia no modifica la jurisprudencia, al contrario la ratifica, excepto en considerar que en la fiducia aragonesa no hay propiamente una institución hereditaria, ya que hasta que no se ejecuta no se produce realmente la delación de la herencia, por lo que hasta este momento la herencia está yacente» (GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «La nulidad del artículo 58.4 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012», *Quincena Fiscal*, núm. 1/2013), puesto que dicha doctrina legal es perfectamente proyectable a otras instituciones sucesorias que no implican *transmisión hereditaria*, como, por ejemplo, el ejercicio del derecho de deliberación (art. 1.010 CC), en el que el designado heredero puede que nunca llegue a adquirir tal condición si en el plazo que le confiere el Juez (art. 1.019 CC) repudia la herencia.

Conforme a nuestra doctrina constitucional, la respuesta es negativa desde el momento en que el *designado* heredero si bien no es titular de los bienes o derechos del caudal relicto en tanto no proceda a su aceptación, al menos si dispone de una expectativa o derecho a obtenerlos que refleja, cuando menos, una capacidad económica *potencial*, que nuestro Tribunal Constitucional ha validado⁶². En consecuencia, desde una perspectiva material, no habría obstáculo para esta solución. Ahora bien, ¿esta es la solución prevista en la vigente Ley del Impuesto de Sucesiones?

Para responder a esta cuestión hay que tener presente que nuestro Derecho sucesorio es *romanista* y condiciona la *transmisión hereditaria* y, por tanto, la de *heredero*, al acto (expreso o presunto) de aceptación. Por su parte, la normativa vigente del Impuesto de Sucesiones no establece precisión en contrario; esto es, acogiendo otra salida distinta a la de nuestro marco civil, como sería la tesis *germanista*.

Para fundar esta afirmación basta con remitir al artículo 5 a) de la LISD, relativo a sujeto pasivo que, sin ambages, señala que «Estarán obligados al pago del impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: (...) En las adquisiciones *mortis causa*, los *causahabientes*». En otras palabras, la actual regulación del Impuesto de Sucesiones no se aparta de nuestro Derecho sucesorio y, en consecuencia, el causahabiente o heredero lo será también a efectos del citado impuesto cuando acepte tal condición y en tanto no se produzca el acto de adhesión del caudal relicto, nos encontramos ante una *herencia yacente* que, en todo caso, será una obligado tributario del artículo 35.4 de la LGT.

Asimismo, a la vista de la actual normativa del Impuesto de Sucesiones, no puede plantearse una *interpretación alternativa* con base en la cual postular la vigencia de la tesis *germanista*

⁶² Como sintetiza la ATC núm. 71/2008, de 26 de febrero, recogiendo la doctrina constitucional precedente sobre el principio constitucional de capacidad económica, «(...) el tributo –cualquier tributo–, "grava un presupuesto de hecho o 'hecho imponible' (art. 28 de la LGT) *revelador de capacidad económica* (art. 31.1 CE) fijado en la Ley" (STC 276/2000, de 16 de noviembre, F. 4), por lo que "el hecho imponible tiene que constituir una manifestación de riqueza" (por todas, SSTC 194/2000, de 19 de julio, F. 8, y 276/2000, de 16 de noviembre, F. 4), de modo que la "prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no son expresivas de capacidad económica" (STC 194/2000, de 19 de julio, F. 4). Y aunque hemos señalado que "basta que dicha capacidad económica exista, *como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador*" para que el principio constitucional de capacidad económica quede a salvo [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, F. 13; 221/1992, de 11 de diciembre, F. 4; 14/1998, de 22 de enero, F. 11 b); y 233/1999, de 16 de diciembre, F. 14; en parecidos términos, STC 186/1993, de 7 de junio, F. 4 a)], también hemos precisado que no cabe soslayar que "la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, *respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia*" (SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, F. 4, y 194/2000, de 19 de julio, F. 9; en el mismo sentido, 295/2006, de 11 de octubre, F. 5). En definitiva, el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la CE impide en todo caso "que el legislador establezca tributos –sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, de su naturaleza real o personal, e incluso de su fin fiscal o extrafiscal (por todas, SSTC 37/1987, de 26 de marzo, F. 13, y 194/2000, de 19 de julio, F. 8)– cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial, esto es, no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpressivas de capacidad económica" (STC 193/2004, de 4 de noviembre, F. 5)» (Fundamento Quinto).

a efectos puramente fiscales, precisamente porque el artículo 12.2 de la LGT sostiene el criterio hermenéutico contrario, al señalar que «*en tanto no se definan por la normativa tributaria*, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su *sentido jurídico*, técnico o usual, según proceda». Y en este caso, el *sentido jurídico* del término *causahabiente* es el establecido en nuestro Derecho sucesorio; es decir, el *romanista*.

En consecuencia, la alternativa consistente en considerar que a efectos del Impuesto de Sucesiones el heredero es contribuyente desde el mismo momento del fallecimiento del causante sin necesidad de acreditar el acto de aceptación (que es la posición sostenida por nuestra jurisprudencia), carece en nuestra opinión de respaldo legal. Nada impediría, obviamente, una modificación normativa sobre este extremo con el objeto de acoger un planteamiento *germanista* pues, como hemos destacado, no vulneraría las exigencias constitucionales de la capacidad económica, pero en tanto no se lleve a cabo, entendemos que puede existir una vulneración del principio de reserva de ley tributaria (art. 31.3 CE), ya que con el actual marco legal todo intento de fundamentar una posición *germanista* del contribuyente en el Impuesto de Sucesiones no es más que una mera *construcción jurisprudencial* que afecta a un elemento *esencial y configurador* del tributo como es (nada menos que) el *sujeto pasivo contribuyente*, que debe estar perfectamente delimitado en la ley, como los restantes elementos fundamentales de la relación jurídico-tributaria del Impuesto de Sucesiones (hecho imponible, exenciones, base imponible, tipos de gravamen, etc.⁶³).

3.2. Otra posibilidad pasaría por considerar que el sujeto pasivo del Impuesto de Sucesiones sea la propia *herencia yacente* si, transcurrido el plazo de exigibilidad del referido impuesto, los causahabientes no han aceptado la herencia. De esta manera, no habría inconveniente alguno para que tanto las personas que ejerzan las funciones de administración del caudal relicto pudie-

⁶³ Interesa destacar la STC núm. 73/2011, de 19 de mayo (NFJ042826), que declara la inconstitucionalidad de una tasa local (no de un impuesto, como sería en nuestro caso), por no estar suficientemente precisado en la Ley el hecho imponible del tributo (esto es, de un elemento basilar de la relación tributaria paragonable a la fijación del contribuyente): «(...) el inciso impugnado del artículo 20.3 apartado s) de la LHL no satisface las exigencias del principio de reserva de Ley, pues su *hecho imponible*, el *elemento esencial más relevante de un tributo*, *no aparece suficientemente precisado* y constituye reiterada y ya citada doctrina de este Tribunal Constitucional que "la reserva de Ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo", sino que "[e]l grado de concreción exigible a la Ley es máximo cuando regula el hecho imponible" [STC 221/1992, de 11 de diciembre, F. 7 (NFJ002247)]. Este grado máximo de concreción no se cumple con la mera referencia del artículo 20.3 letra s) LHL a la habilitación para establecer un gravamen sobre la instalación de anuncios visibles desde carreteras, caminos vecinales y demás vías públicas. *Tampoco la regulación realizada en el artículo 23.1 a) LHL, de los sujetos pasivos*, es decir, los que "disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular" y *ni la de la base imponible*, que según el artículo 24.1 LHL "se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público", *ayudan a suplir las carencias en la concreción del hecho imponible, precisamente por tratarse de preceptos en los cuales el legislador ha regulado los elementos de un tipo general de tasa por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público que no resulta trasladable sin más para cubrir el régimen jurídico de un impuesto concreto*, pues no olvidemos que en los impuestos "el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador de las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta o remota" (STC 296/1994, de 10 de noviembre, F. 4)» (Fundamento Quinto, NFJ004011).

ran presentar declaración o autoliquidación del Impuesto de Sucesiones, como las propias Haciendas autonómicas dictar las liquidaciones tributarias oportunas⁶⁴.

La cuantificación del tributo en estos supuestos sería muy parecida a la actualmente prevista en el artículo 54 del Reglamento del ISD para los fideicomisos. Sin embargo, esta alternativa también requeriría una modificación normativa que, para cumplir con el mandato del artículo 35.4 de la LGT, designara expresamente como sujeto pasivo del Impuesto de Sucesiones a las herencias yacentes⁶⁵. Repárese que la normativa tributaria vigente solo autoriza a liquidar a nombre de la herencia yacente respecto de las deudas tributarias pendientes del causante (art. 39 LGT), pero no para exigirla el Impuesto de Sucesiones del *llamado* a la herencia.

Además, esta solución eliminaría muchas y frecuentes situaciones de indeterminación del sujeto pasivo *real* en este impuesto (herederos desconocidos⁶⁶, de confianza o que, simplemente, no han aceptado la herencia). En cualquier caso, la cuantificación del tributo a la herencia yacente siempre sería *provisional* o *cautelar*, a la espera de la cuantificación *definitiva* una vez distribuida y adquirida la herencia por los sucesores.

3.3. Actualmente, la única vía legalmente posible pasa por un planteamiento *romanista*. Sin embargo, también es cierto que nuestra normativa civil no establece un plazo para que los sucesores acepten (en sus diversas modalidades y formas) la herencia y ello, evidentemente, genera distorsiones en la liquidación del Impuesto de Sucesiones que los Tribunales han tratado de solventar como han podido (esto es, a través de una verdadera *construcción jurisprudencial* del contribuyente en el Impuesto de Sucesiones).

Estamos, en definitiva, ante una deficiente articulación técnica de la figura del sujeto pasivo en el Impuesto de Sucesiones, cuya interpretación y aplicación actual del concepto de *causahabiente* por parte de los distintos operadores jurídicos (planteamiento *germanista* de la condición de heredero) colisiona con las exigencias derivadas de la reserva de Ley tributaria y, por lo mismo, urge una modificación normativa sobre esta cuestión.

⁶⁴ Además esta solución encuentra respaldo en aquellos que postulan que la capacidad económica gravada en el Impuesto de Sucesiones «no está constituida por el acto de transmisión, sino por el valor económico de los bienes transmitidos y adquiridos por el sujeto pasivo» (GARCÍA DE PABLOS, J. F.: *La nulidad del...*, op. cit.).

⁶⁵ Téngase en cuenta que la herencia yacente puede operar como sucesor (art. 39 LGT) y como contribuyente de un tributo cuando así lo prevea Ley que lo instituye. Como expone NIETO MONTERO, «podría ser tratada como sujeto pasivo y sometido a imposición en virtud de que como tal patrimonio manifieste signos de capacidad económica susceptibles de ser sometidos a tributación. Ello nos abocará a la cuestión de si ha de considerarse como sujeto a la herencia yacente o al heredero que en el futuro haga titular de dicho patrimonio. Por otra parte, la propia herencia yacente ha de jugar un papel importante en el marco del fenómeno sucesorio en el ámbito tributario, con relación a las deudas del causante» [NIETO MONTERO, J. J.: «Las herencias yacentes como obligados tributarios», *Tratado de la Ley General Tributaria (Libro Homenaje al Profesor Álvaro Rodríguez Bereijo)*, T. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 835].

⁶⁶ El artículo 75 del RISD prevé (en un claro exceso reglamentario) la posibilidad de que la correspondiente Oficina Gestora en los supuestos de *herederos desconocidos* dicte liquidación provisional «a cargo de la representación del causante».

VII. HEREDEROS SUCESIVOS SOBRE UN MISMO CAUDAL RELICTO: LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN

1. Los artículos 774 a 789 del Código Civil regulan la figura de la *sustitución sucesoria* distinguiendo distintas hipótesis que van a tener su reflejo en el Impuesto de Sucesiones.

2. En primer lugar tenemos la *sustitución vulgar*, prevista en el artículo 774 del Código Civil, que no es más que una sustitución subsidiaria del designado inicialmente heredero para el supuesto de que este fallezca antes que el testador o no acepte la herencia, en cuyo caso el sustituto será el heredero final.

2.1. Es pacíficamente admitido en la esfera civil que el heredero-sustituto es sucesor, no del sustituido, sino del causante-testador. Y esto mismo es lo que se reconoce en el artículo 26 f) de la LISD y, más concretamente, en el 53.1 del Reglamento del ISD cuando establece que «en la sustitución vulgar, *se entenderá que el sustituto hereda al causante* y, en consecuencia, se le exigirá el impuesto (...) teniendo en cuenta su patrimonio preexistente y *atendiendo a su parentesco con el causante*».

Pueden plantearse dudas en la interpretación de las estipulaciones testamentarias que contienen fórmulas de sustitución sucesoria que afecten a la propia existencia de la sustitución vulgar en situaciones puntuales. Pues bien, en estos casos, será la Jurisdicción civil la que decida la cuestión de fondo, estando el Orden tributario y contencioso a lo que esta decida, siendo critica-ble cualquier solución que se aparte de este *modus operandi* y esto es lo que ha sucedido con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 25 de mayo de 2011 (NFJ043405), que confirmando la Sentencia de instancia (Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2007⁶⁷), niega, a efectos del Impuesto de Sucesiones, la condición de heredero-sustituto del causante a quien ha sido reconocido como tal en la órbita civil⁶⁸.

2.2. No obstante, el principal problema que suscita la *sustitución vulgar* en el Impuesto de Sucesiones ocurre cuando el primer heredero designado no ha aceptado ni repudiado la herencia

⁶⁷ Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2007 (NFJ028605): «Debemos rechazar en primer lugar la argumentación de la recurrente sobre que es heredera directa de su tío Clemente en base al juicio voluntario de testamentaria, autos 299/1996 (...) porque el Auto de la Audiencia Provincial de Albacete parte de una premisa errónea para considerar a la actora como heredera, y por tanto legitimada para instar la testamentaria, consistente que su tío Gonzalo premurió su también tío Clemente, entrando en liza la sustitución hereditaria establecida por este último, cuando en realidad no fue así».

⁶⁸ Como razona FALCÓN Y TELLÁ al comentar esta Sentencia: «Esta reconstrucción resulta muy discutible, en mi opinión, y desde luego no es la que se alcanzó en la vía civil, a la que entiendo debería vincularse la calificación jurídica (...) Por tanto, no es cierto que no haya podido ser heredera directa de D. (...), porque lo ha sido, y en cualquier caso así lo ha entendido la jurisdicción civil, que es la competente para interpretar y aplicar las normas que rigen la sucesión (...) a efectos tributarios, dado el carácter puramente fáctico del hecho imponible, no hay que pronunciarse sobre este tipo de cuestiones, sino pura y simplemente estar a lo que se haya decidido en la vía civil» (FALCÓN Y TELLÁ, R.: «La sustitución vulgar en el ISD (STS 25 mayo 2011)», *Quincena Fiscal*, núm. 20/2011).

del testador y, por lo mismo, no puede consumarse la sustitución; de manera que, ante esta situación de interinidad, pueda producirse la prescripción del impuesto. Para evitar estas situaciones se podría liquidar a nombre de la herencia yacente con el objeto de cobrarse la deuda tributaria con cargo a la masa hereditaria⁶⁹. En nuestra opinión, esta solución no es posible actualmente porque la herencia yacente solo responderá de las deudas tributarias pendientes del causante y no, como ocurriría en este caso, de las cargas tributarias del heredero.

Más plausible, sería acudir a la institución de la condición suspensiva de manera que el devengo del Impuesto de Sucesiones respecto del heredero-sustituto se produce una vez que el heredero-sustituido ha renunciado a la herencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.3 de la LISD⁷⁰.

Otra cuestión a considerar es que si el primer heredero (el sustituido) renuncia pura y simplemente a la herencia, los sustitutos, como herederos definitivos del causante, son sujetos pasivos del Impuesto de Sucesiones, no devengándose el Impuesto de Donaciones⁷¹.

3. Otros supuestos son la *sustitución pupilar y ejemplar* reguladas en los artículos 775 y 776 del Código Civil, respectivamente. En estos casos, el ascendiente (sustituyente) testa en nombre del menor de 14 años o del incapaz declarado judicialmente (sustituido), designando heredero de aquellos (sustituto) con el objeto de evitar la sucesión intestada.

3.1. El artículo 53.2 del Reglamento del ISD, en consonancia con estas modalidades sustitutorias, señala que «el *sustituto hereda al sustituido* y se le girará el impuesto (...) atendiendo

⁶⁹ Esta es una posibilidad sostenida por FALCÓN Y TELLA, R.: *La sustitución...*, *op. cit.*

⁷⁰ Se trata de una solución que encuentra apoyo en la doctrina científica civil y entre la doctrina tributaria, la defiende FALCÓN Y TELLA, R.: *La sustitución...*, *op. cit.*

⁷¹ Sentencia del TSJ de Madrid núm. 530/2011, de 21 de junio: «(...) nos encontramos en el caso de una renuncia pura y simple de la herencia contemplada (...) de tal forma que una vez se ha renunciado a la herencia entre en juego la sustitución vulgar si se ha establecido en el testamento del causante o el derecho de acrecer si no se ha previsto, conforme al artículo 774 del Código Civil que señala que el testador puede sustituir con una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. Por tanto, los nietos se convierten en herederos no porque la renunciante haya renunciado en su favor, hecho que no se ha producido en la escritura de renuncia, (en cuyo caso sí sería de aplicación el art. 53.2 del Reglamento del Impuesto que dispone que se exigirá el Impuesto sobre Sucesiones al renunciante y además a la persona en cuyo favor se renuncia por el concepto de Donaciones), sino que al tratarse de una renuncia pura, simple y gratuita, entra en juego el mecanismo de la sustitución vulgar, establecida no por la renunciante, sino por la propia causante, en su testamento, por lo que resultan de aplicación el artículo 53.1 del RISD, según el cual "En la sustitución vulgar se entenderá que el sustituto hereda al causante y en consecuencia se le exigirá el Impuesto (de Sucesiones) cuando el heredero instituido fallezca antes o no pudiera, o no quisiera aceptar la herencia..." y el artículo 58.1 del mismo Texto Legal que establece que "en la repudiación o renuncia pura, simple y gratuita de la herencia o legado, los beneficiarios de la misma tributarán por la adquisición de la parte repudiada o renunciada aplicando siempre el coeficiente que corresponda a la cuantía de su patrimonio preexistente...". Por tanto, y en virtud de lo expuesto son los nietos, y no el hijo de la causante, quienes tienen la condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sucesiones» (Fundamento Sexto, NFJ044847). En los mismos términos, las Consultas núms. 1817/2000, de 18 de octubre (NFC011697) y V0189/2004, de 13 de octubre (NFC019991).

al grado de parentesco con el descendiente sustituido y sin perjuicio de lo satisfecho por este al fallecimiento del testador».

El principal problema que plantea la *sustitución pupilar y ejemplar* se refiere al alcance de los bienes y derechos que se encuentran protegidos por el efecto sustitutorio; esto es, si la sustitución comprende todos los bienes del descendiente o solo los bienes que el ascendiente (sustituyente) haya dejado al menor o al incapaz. Dilucidar esta cuestión es fundamental a efectos de concretar la masa hereditaria que adquiere el heredero en tales situaciones repercutiendo directamente en la cuantificación del Impuesto de Sucesiones.

Pues bien, en este sentido, la jurisprudencia civil ha sido *fluctuante* y no ha sido capaz de ofrecer una solución definitiva a esta cuestión, mostrándose dividida por influencia del artículo 670 del Código Civil que define el testamento como un acto personalísimo⁷². Trasladándose, por tanto, la incertidumbre al ámbito tributario.

4. En la *sustitución fideicomisaria* regulada en los artículos 781 a 786 del Código Civil (a diferencia de lo que ocurre en la sustitución vulgar) el testador manifiesta que los distintos herederos

⁷² Por su claridad expositiva, merece la pena destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 149/2007, de 23 de abril: «Más espinosa resulta, sin embargo, la siguiente cuestión a abordar, es decir, si la sustitución ejemplar comprende los bienes del instituyente, o también los del sustituido, supuesto este último en que aquel actuaría como un comisario legal del sustituido y como excepción a la regla general del artículo 670 del CC, que define el testamento como un acto personalísimo. La Sra. Juez de primera instancia abordó con toda precisión la problemática, con puntual cita jurisprudencial al respecto. Como ya señaló en su resolución, nuestro TS ha sido fluctuante a la hora de decantarse en pro de una u otra posición, si bien es cierto ha sido mayoritaria la jurisprudencia favorable a la concepción amplia, esto es, que la sustitución ejemplar comprende tanto los bienes del sustituyente como del sustituido, siendo por ello una excepción a la regla general del artículo 670 del CC; y así lo han señalado las sentencias del TS de 6-02-1907, 30-05-1972, 2-12-1915, 16-12-1929, 10-06-1941, y la de 26-05-1997, que afirmó que como se ha venido declarando de modo reiterado desde la sentencia de 6-02-1907, la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel, de ahí que quien opera la sustitución y por tanto nombra heredero del incapaz es el sustituyente. Efectivamente, en la línea contraria se cita la sentencia del TS de 20-03-67, en la que se señaló que partiendo de que el testamento es conforme al artículo 670 del CC un acto personalísimo de manera que no puede otorgarse por otro sino en los casos taxativamente dispuestos por la Ley, se comprende que en el caso de la sustitución ejemplar el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los que deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima. En idéntico sentido se pronunció la DGRN en resolución de 6-02-03, citada por los apelantes, y que hace referencia a las sentencias antes indicadas, señalando lacónicamente con respecto a las de 20-05-72 y 26-05-97 que en ellas se afirma que el artículo 776 del CC es una excepción al artículo 670, y que se trata de "obiter dictum". Por su parte, un amplio sector doctrinal se ha decantado a favor de la tesis amplia, entre otros y además de los citados por los apelados, podemos destacar a Royo Martínez, para quien la palabra "sustitución" es de uso impropio, ya que lo que hay es sustitución de testador y no de heredero, así como a Puig Brutau para quien en pro de la solución de que el sustituto habrá de entrar a suceder en todos los bienes del sustituido puede invocarse que, de lo contrario, hubiese bastado con la regulación de la sustitución fideicomisaria. Por lo que a esta Audiencia Provincial se refiere, esta última tesis ha sido acogida en la sentencia de 23-02-02 de la Sección 1.ª. Por todo ello, y aún reconociendo lo discutible de la cuestión, este Tribunal se inclina a favor de dicho criterio amplio, tal y como se concluyó en la recurrida» (Fundamento Cuarto, NCJ043799).

disfruten de la herencia pero no unos en defecto de otros, sino unos *después de* otros⁷³. Asimismo hay que distinguirla de figura afines como el *fideicomiso* y el llamado *fideicomiso de residuo*.

4.1. Lo fundamental para identificar una cláusula testamentaria que establece una *sustitución fideicomisaria* estriba en «la obligación impuesta por el testador al heredero fiduciario de conservar los bienes de que se trate y de transmitirlos al heredero fideicomisario o sustituto. La doble o múltiple vocación sucesoria propia de la sustitución fideicomisaria debe recaer sobre los bienes que el testador ha dejado en herencia al heredero fiduciario (...) de ahí que si no se faculta expresamente para disponer de dichos bienes, el heredero fiduciario deberá conservarlos y mantenerlos en su patrimonio y transmitirlos a su muerte precisamente a los herederos sustitutos o fideicomisarios [Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 11 de enero de 1996, recurso núm. 3363/1991, Fundamento Tercero (NFJ004341)].

4.2. Si, por el contrario, al heredero fiduciario se le conceden facultades dispositivas sobre los bienes del testador de manera que únicamente se le impone «la obligación de restituir al heredero fideicomisario el sobrante que quede» [Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1996 (NFJ004341)] estamos ante el *fideicomiso de residuo*, «cuya naturaleza de auténtica sustitución fideicomisaria se ha discutido por la doctrina científica y también por la jurisprudencia que ha mantenido (S. de 13 de noviembre de 1948) que el fideicomiso de residuo no se identifica plenamente con la auténtica sustitución fideicomisaria» [Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1996 (NFJ004341)].

4.3. Como hemos dicho, a su vez, hay que diferenciar la *sustitución fideicomisaria* del *fideicomiso*, cuestión que también ha llevado a cabo la jurisprudencia del Tribunal Supremo destacando las diferencias entre ambas instituciones:

«(...) a) En el *fideicomiso puro* hay una sola liberalidad, pues el testador contempla y dispone a favor de una sola persona o de varias a la vez, en cambio en la *sustitución fideicomisaria*, existen al menos dos actos de liberalidad, uno a favor del heredero fiduciario y otro a favor de los herederos fideicomisarios, existe, pues, una sucesión en la herencia, es decir, dos o más liberalidades, cosa que no ocurre en el fideicomiso.

b) En el *fideicomiso* el fiduciario no es heredero, sino "ejecutor testamentario", en la medida en que el testador le encarga sobre la base de la confianza la entrega de la herencia al heredero, en cambio en la *sustitución fideicomisaria* el fiduciario es heredero.

c) En el *fideicomiso* existe un encargo o ruego del testador al fiduciario acerca de que cumpla su voluntad, en cambio en la *sustitución fideicomisaria* existe para el fiduciario una obligación jurídica de conservar y transmitir los bienes de la herencia a los herederos fideicomisarios.

⁷³ Cfr., MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y otros: *Manual del Impuesto de Sucesiones y Donaciones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pág. 175.

d) *En el derecho civil común se regula la sustitución fideicomisaria, pero no el fideicomiso. Si se regula este en las Compilaciones forales (Cataluña, Aragón, etc.)»* [Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1996, Fundamento Quinto (NFJ004341)].

4.4. Pues bien, el artículo 53.3 del Reglamento del ISD, conforme a lo dispuesto en el artículo 26, apartados d) y e) de la LISD, respeta a efectos fiscales la institución de la *sustitución fideicomisaria pura*, de forma que tanto el fiduciario como los sucesivos herederos fideicomisarios, a excepción del último, tributan como herederos del causante en el Impuesto de Sucesiones, tratándolos como *meros usufructuarios*, salvo que el testador les hubiera conferido facultades dispositivas sobre los bienes (fideicomiso *de residuo*), en cuyo caso *se liquidará por el pleno dominio*.

4.4.1. En la *sustitución fideicomisaria* hay que diferenciar entre los dos herederos del causante, el fiduciario y el fideicomisario⁷⁴. Respecto del primero no hay duda, el Impuesto de Sucesiones del heredero fiduciario se devenga al fallecimiento del causante debiendo tributar de acuerdo con las normas del usufructo (*ex art. 26 LISD*). Ahora bien, qué ocurre con el heredero fideicomisario: ¿su Impuesto de Sucesiones se devenga en dos plazos? ¿El primero al tiempo del óbito del fideicomitente, en su condición de nudo propietario del caudal relicto y el segundo una vez fallecido el heredero fideicomisario, cuando se obtiene la plena propiedad sobre los bienes que integran la masa hereditaria del causante? O, por el contrario, ¿se devenga de una vez con el fallecimiento del heredero fideicomisario?

En favor de la primera hipótesis se puede argüir la propia naturaleza de la *sustitución fideicomisaria* en la que «el fideicomisario adquiere, a la muerte del testador, de modo definitivo, el derecho a la nuda propiedad de todos los bienes en que ha sido instituido, dado que el fiduciario viene obligado a conservar como mero usufructuario los bienes de la herencia»⁷⁵. No obstante, pueden surgir casos en los que, pese a estar ante cláusulas testamentarias que fijan una *sustitución fideicomisaria pura*, se produzca el devengo del Impuesto de Sucesiones una sola vez, a la muerte del heredero fiduciario, ya sea porque la sustitución fideicomisaria se encuentre sometida

⁷⁴ En efecto, como se razona en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2007, recurso núm. 723/2005, en «la institución de heredero fiduciario comporta el llamamiento de un posterior heredero (fideicomisario) para que entre en la posesión de la herencia después del primer o anterior instituido (fiduciario); el doble llamamiento en la sustitución fideicomisaria lo es a título de heredero, de suerte que se considera al fiduciario y al fideicomisario como sucesores a título universal, del causante» (Fundamento Quinto, NFJ026081).

⁷⁵ Sentencias del TSJ de Asturias núms. 1382/2005, de 14 de septiembre, Fundamento Segundo, NFJ022354; y 928/2006, de 24 de mayo, Fundamento Segundo, NFJ025769. En otras palabras, «si el fiduciario tributa como usufructuario, es necesario que exista también el correlativo nudo propietario, que por lógica será el fideicomisario establecido o llamada en último lugar» (en AA.VV. coord.: Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL): *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuestos Especiales*, T. V, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2010, pág. 336).

da a condición suspensiva⁷⁶; ya sea porque los herederos fideicomisarios sean inciertos hasta el momento del fallecimiento del fiduciario⁷⁷.

4.4.2. Por su parte, en el llamado *fideicomiso de residuo* no hay duda, atendiendo a su naturaleza, que el heredero fiduciario tributa en el Impuesto de Sucesiones por el *pleno dominio* de los bienes procedentes de la masa hereditaria del causante⁷⁸, mientras que el heredero fideicomisario tributará con base en los bienes *que queden* a la muerte del fiduciario, procediendo la devolución o deducción de la parte proporcional del impuesto pagado en su día por el heredero fiduciario⁷⁹.

VIII. EL FIDEICOMISO EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

1. Como ha destacado el Tribunal Supremo⁸⁰, el *fideicomiso* se caracteriza, frente a la *sustitución fideicomisaria*, por la existencia de un único heredero (el fideicomisario), siendo el fi-

⁷⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007, recurso de casación núm. 7382/2001, que en tales supuestos refrenda que «los fideicomisarios no eran herederos nudo propietarios, por cuanto el fideicomiso estaba sujeto a condición suspensiva de que el fiduciario falleciera sin hijos, y, en consecuencia, no había liquidación alguna que aplazar (hasta la consolidación del dominio), sino que debe suspenderse la liquidación procedente hasta el correspondiente devengo» (Fundamento Sexto, NFJ026347).

⁷⁷ Situación analizada en la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 30954/2009, de 23 de noviembre: «(...) *el heredero fideicomisario adquiere derechos a la sucesión desde la muerte del causante*. Por tanto los efectos tributarios, se producen desde la efectiva adquisición de la herencia, que es cuando desaparecen las limitaciones, y por lo tanto el momento en el que se produce el hecho imponible. Por ello el actor debe tributar por lo que recibe en el momento de la efectiva adquisición de la herencia, y ello con independencia de ser heredero del original causante y no del heredero fiduciario, pues en todo caso la recepción de los bienes del causante no se produce hasta el fallecimiento del fiduciario, y aunque este tribute por el usufructo no significa que el heredero fideicomisario tenga un derecho perfecto sobre la nuda propiedad de los bienes desde el fallecimiento del primer causante, sino una mera expectativa, como lo demuestra el hecho de que *el conocimiento de quién será el heredero o herederos fideicomisarios solo se sabrá en el momento del fallecimiento del fiduciario al que los herederos fideicomisarios deben supervivir*. En tanto en cuanto vive el fiduciario los herederos fideicomisarios *son inciertos*. En el caso enjuiciado serán herederos fideicomisarios los hijos de D.^a A... si los tuviere y si no a los parientes de ellos a quienes correspondiera heredarlos según los llamamientos de la sucesión intestada. Del texto del testamento se deduce que *todos o algunos de los segundos llamados podían incluso no estar concebidos, por lo que difícilmente podían ser titulares de derecho real alguno* y por ende tributar por el impuesto al tiempo del fallecimiento de G...» (Fundamento Quinto, NFJ037422).

⁷⁸ Entre otras, cfr., Sentencia del TSJ de Murcia núm. 686/2003, de 13 de noviembre, Fundamento Segundo, NFJ016253; y Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 751/2011, de 26 de octubre, Fundamentos Tercero y Cuarto, NFJ045701.

⁷⁹ Conforme expone la Sentencia del TSJ de Galicia núm. 1105/2007, de 31 de julio, dicha deducción o devolución «alcanza a la parte proporcional del impuesto abonado en su día correspondiente a la nuda propiedad de los exclusivos bienes sobre los que no dispuso, descontando, por tanto, el impuesto correspondiente al usufructo sobre los mismos bienes que es, en definitiva, lo que realmente ha venido a extinguirse con el fallecimiento de la fiduciaria» (Fundamento Segundo). Así lo ha reconocido, también, la Dirección General de Tributos en las Consultas V1700/2008, de 16 de septiembre (NFC031116); y V1326/2012, de 18 de junio (NFC044730).

⁸⁰ *Vid., supra*, apartado 4.3 del epígrafe VII.

duciario un mero *ejecutor* del plan diseñado por el fideicomitente (en el ámbito sucesorio, por el causante-testador). De esta forma, en el Impuesto de Sucesiones devengado con motivo de la muerte del causante-fideicomitente habrá *un solo contribuyente*, el fideicomisario, tal y como establece el artículo 54.3 del Reglamento del ISD. Sin embargo, ¿qué sucede si al tiempo de exigibilidad del Impuesto de Sucesiones el fideicomisario resultase *desconocido*?

2. En tal situación, el artículo 54, apartados 1 y 2, del Reglamento del ISD establece que será el *fiduciario* (que no es heredero del fideicomitente) el encargado de sufragar el impuesto aplicando a la cuota íntegra «el coeficiente más alto de los señalados en el artículo 44 para el Grupo IV, salvo que el fideicomisario tuviese que ser designado de entre un grupo determinado de personas, en cuyo caso el coeficiente máximo a aplicar por razón de parentesco será el correspondiente a la persona del grupo de parentesco más lejano con el causante». Asimismo, se reconoce que, si con posterioridad (esto es, una vez que el fideicomisario es conocido), «el coeficiente que le correspondiese fuese inferior al aplicado al fiduciario», se reconoce el derecho a la devolución del exceso pagado a «quien hubiese hecho el pago superior o sus causahabientes».

Ahora bien, si en el *fideicomiso* solo hay un heredero (el fideicomisario), ¿el fiduciario con qué título realiza el ingreso del Impuesto de Sucesiones en los supuestos en que el fideicomisario es desconocido?

Parece claro que será un *obligado tributario* (ex art. 35.1 LGT) pero de qué tipo, habida cuenta de que no puede ser contribuyente puesto que no es heredero, ni sustituto ya que no desplaza de la relación tributaria al contribuyente del Impuesto de Sucesiones (es decir, al fideicomisario), ni parece que estemos ante un responsable tributario porque no hay un supuesto tipificado como tal. Asimismo, en su condición de obligado tributario el ingreso efectuado por el fiduciario tampoco puede ser considerado como un *pago efectuado tercero* (art. 33.1 del RD 939/2005).

En nuestra opinión, estamos ante una indeterminación subjetiva que una eventual reforma de la Ley (y no solo del Reglamento) del Impuesto de Sucesiones debería hacer desaparecer ampliando e identificando al fideicomisario como obligado tributario (contribuyente, sustituto...) del Impuesto de Sucesiones cuando el fideicomisario sea desconocido.

3. La cuestión se clarifica en las situaciones en que el fiduciario tenga conferidas facultades dispositivas («en todo o en parte, temporal o vitaliciamente») sobre los bienes del fideicomitente, en cuyo caso «pagará el impuesto en concepto de usufructuario con arreglo a su patrimonio preexistente y parentesco con el causante», sin que después el fideicomisario, una vez en posesión de los bienes del causante, pueda computarse «en su favor lo pagado por el fiduciario» (art. 54.4 RISD). Otro tanto ocurre si el fiduciario adquiere la propiedad de los bienes hereditarios liquidándose «el impuesto a cargo de este por la adquisición de la propiedad» (art. 54.5 RISD).

En estos casos, el fiduciario no encaja plenamente en la figura pura y simple del fideicomiso al adquirir determinadas acciones y facultades sobre los bienes del causante-fideicomitente, de ahí que deba tributar en el Impuesto de Sucesiones.

IX. LA HERENCIA YACENTE EN, DURANTE, E INCLUSO, DESPUÉS DE LA SUCESIÓN DE LAS DEUDAS TRIBUTARIAS

1. Otro tema importante es el tratamiento de la herencia yacente, no ya en el Impuesto de Sucesiones, sino *en y durante* la sucesión de deudas tributarias del causante. Este instituto se caracteriza, en primer lugar, por la *transitoriedad*; es decir, la herencia yacente tendrá una *vida provisional* (que no necesariamente tiene que ser breve, habida cuenta de que no hay plazo legal explícito para que los herederos acepten la herencia en nuestro Derecho sucesorio⁸¹) que llega hasta el momento en que los herederos deciden asumir tal condición. Y, en segundo lugar, a diferencia de otros entes carentes de personalidad (comunidades de bienes...), *no hay un titular* (en definitiva, estamos ante un patrimonio *separado*).

Esta *indeterminación subjetiva* de la herencia yacente es la que ha motivado la crítica doctrinal de su inclusión como uno de los obligados tributarios del artículo 35.4 de la LGT, que, por el contrario, viene sosteniendo la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado a las herencias yacentes respecto de los restantes entes sin personalidad jurídica⁸².

Sin embargo, no compartimos esta opinión puesto que la herencia yacente no debe analizarse como una mera masa patrimonial *pasiva e inactiva*, sino que, a su vez, puede desplegar una actividad *productiva* generadora de riqueza en términos materialmente idénticos a cualquier otra *entidad de base asociativa* (comunidad de bienes⁸³); sin perjuicio (eso sí) de que su capacidad económica deba tributar de manera singular de acuerdo con sus propias peculiaridades (de transitoriedad e inexistencia de un titular), pero en modo alguno apreciamos razones para excluir a la herencia yacente de las restantes entidades del artículo 35.4 de la LGT.

⁸¹ Como recuerda la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 118/2001, de 26 de abril: «(...) puede el heredero, en principio, ejercitar su acción de aceptar o repudiar *sin límite de plazo*, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia (art. 1.016 CC)» (Fundamento Primero. JUR 2001\173113).

⁸² Véanse, GARCÍA NOVOA, C.: «La sujeción pasiva de los entes sin personalidad», *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, núm. 1/1997, pág. 58; RUIBAL PEREIRA, L.: *La sucesión en Derecho tributario. Especial referencia a la sucesión de empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 129; BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Capítulo 4. Obligados Tributarios», *Comentario sistemático a la nueva Ley General Tributaria* (coord. C. PALAO TABOADA), CEF, Madrid, 2004, pág. 125; FALCÓN Y TELLA, R.: «Los entes sin personalidad como sujetos pasivos en la Ley 58/2003, General Tributaria», *Personalidad y capacidad jurídica*, 74, *Contribuciones con motivo del XXV Aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, T. I, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2005, pág. 470 (con anterioridad en «Los entes de hecho como sujetos pasivos de la obligación tributaria», *REDF*, núm. 88/1985); y NIETO MONTERO, J. J.: *Las herencias...*, *op. cit.*, págs. 837-838.

⁸³ Como razona GARCÍA HERRERA, «También en el moderno Derecho español, la herencia, en el tiempo que media entre apertura de la sucesión y su adición, es decir, durante la yacencia, presenta un aspecto estático y otro dinámico. Efectivamente, desde la muerte del causante y hasta la aceptación de la herencia por el llamado o llamados a ella, el patrimonio se conserva unido en espera de que llegue su titular futuro (aspecto estático); pero también permanece como si tuviera un titular, pudiendo experimentar aumentos y disminuciones (aspecto dinámico)» (GARCÍA HERRERA, V.: *La usucapión en favor de la herencia yacente*, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pág. 124).

1.1. Vemos, pues, como en la herencia yacente el representante desempeña un papel fundamental ya que, de una parte, será el encargado de cumplir con las *obligaciones tributarias del causante*, a su vez, será la persona con la que se iniciarán o continuarán los procedimientos tributarios que tengan relación con el causante ya fallecido y, si finalizados los mismos, no se conociera a los herederos, *las liquidaciones se realizarán a nombre de la herencia yacente* (art. 39.3 LGT). Y, de otra, el representante deberá cumplir con las obligaciones tributarias *propias* de la herencia yacente mientras esta se encuentre operativa en el tráfico jurídico generando manifestaciones de riqueza susceptibles de tributación⁸⁴.

Por tanto, la *identificación del representante* es crucial y en este sentido se ha suscitado en la doctrina tributaria si a estos efectos resultan aplicables las normas de Derecho civil o las propias del ámbito tributario (concretamente, el art. 45.3 LGT⁸⁵)⁸⁶.

Para resolver esta cuestión es necesario tener presente la naturaleza y, sobre todo, el alcance de la representación en la herencia yacente. Si entendemos que se trata de una representación *normal*, sin ninguna especificidad respecto a otras, no habría inconveniente en aplicar el artículo 45.3 de la LGT. Ahora bien, conforme ha destacado la jurisprudencia y la doctrina civilista⁸⁷, la representación de la herencia yacente presenta ciertas particularidades que *impiden que estemos ante un puro mandato* puesto que, de entrada, no hay como tal un representado dotado de personalidad jurídica

⁸⁴ Como ha destacado la doctrina, la herencia yacente, desde el fallecimiento del causante, asume automáticamente y sin necesidad de acto legislativo o administrativo expreso, la condición de obligado tributario y, como tal, sujeta al cumplimiento de las obligaciones tributarias (En este caso –razona ORÓN MORATAL– no estamos ante un supuesto en que hay que esperar a que se establezca en una ley concreta reguladora de un tributo la consideración como obligado tributario de dicha herencia, sino que directamente se impone la obligación al representante de la herencia para cumplir las obligaciones del causante ya devengadas o que se devenguen mientras siga yacente, pudiéndose hacer efectivas las obligaciones con cargo a los bienes de la misma), ORÓN MORATAL, G.: «Los obligados tributarios en la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria: principales novedades», *La reforma de la Ley General Tributaria* (dir.: ZORNOZA PÉREZ, J. J.), CGPJ, Madrid, 2005, pág. 129).

⁸⁵ Artículo 45.3 de la LGT: «Por los entes a los que se refiere el apartado 4 del artículo 35 de esta Ley actuará en su representación el que la ostente, siempre que resulte acreditada en forma fehaciente y, de no haberse designado representante, se considerará como tal el que aparentemente ejerza la gestión o dirección y, en su defecto, cualquiera de sus miembros o partícipes».

⁸⁶ *Vid.*, BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Capítulo 4. Obligados Tributarios», *op. cit.*, pág. 125; CARBAJO VASCO, D.: «Los sucesores en la nueva Ley General Tributaria», *La aplicación de los tributos en la nueva Ley General Tributaria. XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, MEH-IEF, Madrid, 2005, pág. 216; y FALCÓN Y TELLA, R.: *Los entes sin personalidad como sujetos pasivos...*, *op. cit.*, pág. 467.

⁸⁷ Efectivamente, la doctrina más actual, considera que el administrador hereditario (entendido ahora en sentido amplio) constituye un oficio de derecho privado dotado de sustantividad propia (cfr., LACRUZ BERDEJO en LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F.: *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, 5.ª ed., Bosch, Barcelona, 1993, pág. 339; HERNÁNDEZ AMBRONA, M.ª D.: *La herencia yacente*, Bosch, Barcelona, 1995, págs. 143 a 146). Como concluyen GUTIÉRREZ BARRENENGOA y MONJE BALMASEDA, «la teoría del oficio (...) se presenta como la más satisfactoria, aunque, en definitiva, tiende a convertir al administrador hereditario en una institución con perfiles propios e independientes (...) Siguiendo esta tesis, se evitan los problemas que plantea su configuración como simple mandatario o representante, pero, en último término, no se elude la necesidad de precisar los rasgos inherentes a este administrador» (GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y MONJE BALMASEDA, O.: «La Administración y representación de la herencia yacente en el Derecho español», *Ética y jurisprudencia*, núm. 3/2004, pág. 17).

propia y, además, el representante de la herencia yacente contará con más facultades (de administración, incluso de disposición del caudal relicto...) que las propias y simples de la representación⁸⁸. De ahí que hayamos de acudir a las normas sucesorias sobre la representación de la masa hereditaria, apartando el artículo 45.3 de la LGT, que se refiere al campo de estricta representación voluntaria.

Ahora bien, esta remisión al Derecho civil tampoco resulta enteramente clarificadora habida cuenta de la ausencia de una regulación integral de la figura del *representante-administrador* de la herencia yacente⁸⁹. En efecto, nuestro Código Civil regula la figura del *albacea testamentario* (arts. 892 y ss. CC) como figura central encargada de la conservación de la masa hereditaria pero con unos perfiles muy limitados en cuanto a sus posibilidades de actuación; a su vez, se contempla de forma puntual la figura del *administrador hereditario*, concretamente en el supuesto de administración judicial de la herencia yacente (art. 1.020 CC) o de aceptación a beneficio de inventario (art. 1.026 CC) y, por último, el cargo de *contador-partidor* (art. 1.057 CC). Sin perjuicio, que dichas personalidades y funciones puedan ser desempeñadas por la misma persona, resulta indudable que a estos efectos va a resultar capital la voluntad del causante que, a través de su testamento, lleve a cabo una exhaustiva descripción de las funciones del *representante-administrador* de la herencia yacente.

Entre las funciones susceptibles de designación la más problemática es la relativa a la atribución de *facultades dispositivas* sobre el caudal relicto para pagar a los posibles acreedores (entre los que, obviamente, se pueden encontrar las Administraciones tributarias) en el caso de que no se cuente con liquidez suficiente para sufragarlas y que, como regla de principio a tenor del Derecho sucesorio, solo le estará conferida al *representante-administrador* cuando así lo haya estipulado expresamente el testador.

Se trata de una cuestión fundamental a efectos tributarios pues, como regla general, el pago de los tributos debe efectuarse en metálico ya que el pago en especie se encuentra limitado a algunos tributos concretos (entre los que se encuentra el Impuesto de Sucesiones), siempre, además, que dicho pago se efectúe a través de bienes que ostentan una condición muy especial, la de tener la consideración de bienes integrantes del patrimonio histórico español (arts. 60.2 LGT y 40 Reglamento de Recaudación). Por tanto, la concesión de facultades de enajenación al *representante-administrador* de la herencia yacente sobre los bienes que integran la masa hereditaria será casi imprescindible en previsión de situaciones sucesorias que puedan prolongarse en el tiempo

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 13 de abril de 1992: «(...) Asimismo resulta difícil y en todo caso forzado pretender darle dimensión contractual, como en ocasiones se ha verificado, al equiparlo a la institución de mandato "post mortem", lo que ha sido superado jurisprudencial y doctrinalmente, incluso la figura de la representación, pues no se puede representar, a efectos del tráfico jurídico a quien se le extinguió la personalidad civil por muerte (art. 32 del Código). Evidentemente la actividad de los albaceas no es en sí negocial, aunque pueden proyectar su función no solo a la realización de todas las facultades que expresamente les hubiera conferido el causante (art. 901), sino también a aquellas otras que enumera el artículo 902, incluso la de practicar enajenaciones de bienes que autoriza el precepto 903. Los amplísimos poderes que pueden gozar los albaceas, no quiere decir que no tengan límites y hayan de reputarse como omnímodos, ya que, aparte de tener que ajustar sus actos a la legalidad (art. 901), han de rendir cuentas de su encargo a los herederos o en su caso al Juez, conforme al precepto 907» (Fundamento Segundo. RJ 1992/3103).

⁸⁹ Como ya destacara GÍTRAMA GONZÁLEZ, M.: «La administración de la herencia en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1950, pág. 25.

en situación de yacencia y que requieran, llegado el caso y ante la falta de liquidez, la necesidad de vender bienes del testador para hacer frente, al menos, a las deudas tributarias del causante.

Finalmente, el supuesto más complejo de analizar se refiere a las eventuales funciones representativas del *delado* sobre la herencia yacente. El artículo 999.4 del Código Civil prevé que el designado heredero, que aún no ha aceptado la herencia, pueda desempeñar «actos de mera conservación» o de «administración provisional» sobre la masa hereditaria sin que ello implique su aceptación. En definitiva, se regula la posibilidad de que aquel desempeñe labores de representación de la herencia yacente, siempre con carácter subsidiario; es decir, siempre que el causante no hubiera designado un representante-administrador del caudal relicto (art. 911 CC).

Ahora bien, con independencia de la naturaleza jurídica de este mandato (ya sea un gestor de negocios ajenos de los arts. 1.888 y ss. CC, ya sea un *administrador hereditario*⁹⁰) en estos casos, ante la dicción literal y taxativa del artículo 999.4 del Código Civil, difícilmente se puede entender conferida al *llamado* la posibilidad de ejercitar facultades dispositivas sobre el caudal relicto⁹¹, so pena de considerar tales actuaciones como medios de prueba de una *aceptación implícita* de su condición de heredero (art. 999.3 CC), con las consecuencias civiles y tributarias que hemos visto.

1.2. La herencia yacente asumirá durante todo el tiempo que se mantenga la indeterminación sobre los sucesores el cumplimiento de las obligaciones tributarias del fallecido. Y es importante que, en tanto las Administraciones tributarias no tengan constancia de la aceptación de la masa hereditaria por parte de los herederos o legatarios, las actuaciones deberán desarrollarse en todo caso con los *administradores* de la herencia yacente y, en su caso, los *llamados a la herencia* ostentarán un *interés legítimo* que podrán ejercer en los procedimientos iniciados a través de su personación, conforme se razona en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005:

«(...) La actuación de la Inspección debe considerarse correcta, pues no estaba obligada a dirigirse contra el llamado a la herencia, si no le constaba la aceptación, expresa o tácita, por su parte, durante la tramitación del procedimiento.

No debe olvidarse que *la sucesión que implica la adquisición de la herencia exige, en nuestro sistema, su aceptación*, y que el pago de la deuda tributaria es asumido años después por la recurrente, finalizadas las actuaciones.

Si no existía aceptación no podía considerarse la recurrente como titular de un derecho que pudiese resultar afectado y, por tanto, su intervención, en las actuaciones

⁹⁰ Sobre esta cuestión, véase, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. y MONJE BALMASEDA, O.: «La Administración...», *op. cit.*, págs. 30 a 35.

⁹¹ Aunque no han faltado autores puntuales que reconozcan al *delado* en circunstancias especiales (de bienes hereditarios que puedan deteriorarse o sean de costosa conservación, de pago de deudas del testador, etc.) facultades de enajenación (cfr., ROCA SASTRE, R. M.^a: *Notas al Derecho de sucesiones de Kipp*, T. V, vol. I, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 292).

nes iniciales realizadas con el albacea, no era obligada, según el artículo 31 de la Ley 30/1992. Como, por otra parte, *no se personó en el procedimiento, mostrándose como interesada*, a pesar de que debió conocer la existencia del mismo, por su relación con el albacea, y por haber soportado, en paralelo, otra inspección personal, en las mismas fechas, en el marco de los Impuestos de la Renta y del Patrimonio, tampoco la Inspección pudo considerarla interesada, a lo largo del procedimiento, ni en el momento final para la notificación de la liquidación» (Fundamento Tercero, NFJ021220).

Como vemos, será la aceptación de la herencia el acto determinante que ponga fin a la actuación del representante de la herencia yacente. Ahora bien, reiteramos, mientras esta no se produzca, las Administraciones tributarias nunca podrán sustituir a la herencia yacente y dirigirse directamente, en una especie de *levantamiento del velo*, a los llamados a la herencia del causante, entendiendo con ellos las posibles actuaciones e, incluso, liquidando a su nombre.

Asimismo, en los casos de aceptación a beneficio de inventario, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de junio de 2012, ha ido más allá manteniendo la *herencia en administración* «*mientras no exista inventario, (...), los que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario no adquirirán la condición de herederos, ni, por ende, la de sucesores del causante*. De este modo, y hasta que ello ocurra, los acreedores, incluida la Hacienda Pública, *deberán dirigirse a la herencia yacente* a través de sus correspondientes representantes. Así el artículo 1.026 del Código Civil dispone que «[h]asta que resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios, se entenderá que se halla la herencia en administración. El administrador, ya lo sea el mismo heredero, ya cualquiera otra persona, tendrá, en ese concepto, la representación de la herencia para ejercitar» (Fundamento Tercero). Y, en consecuencia, las actuaciones inspectoras deberán desarrollarse con los representantes de las herencias yacentes:

«(...) las actuaciones de la Inspección, así como las liquidaciones finalmente emitidas, se dirigieron inadecuadamente contra aquellos que *no eran sucesores de doña (...), por no haber adquirido la condición de herederos al estar pendiente de la elaboración del inventario por parte de los administradores*, obligación que a esa fecha aún no habían cumplido, sin apreciarse en tal hecho negligencia alguna de los recurrentes. Ello invalida todas las actuaciones tributarias que fueron dirigidas, en lo aquí concernido, a los recurrentes, que no tenían la condición de sucesores de las deudas tributarias de la causante. Debíó por consiguiente *dirigirse la Administración Tributaria, a pesar de constarle la aceptación de la herencia a beneficio de inventario*, a la herencia yacente durante todo el procedimiento de inspección y hasta que constara la existencia de inventario, *herencia yacente en la que debieron ser integradas*, mediante el inventario y posteriormente saldadas hasta el máximo del caudal relicto, las deudas tributarias pendientes que correspondiesen a la causante» (Fundamento Cuarto, NFJ047719).

Esta Sentencia si bien deja claro que las Administraciones tributarias deberán actuar frente a los representantes de las herencias yacentes mientras se elabora el inventario en los casos de aceptación a beneficio de inventario, en una doctrina que, con mayor motivo, es aplicable a la herencia yacente.

2. La herencia yacente tiene un carácter transitorio, que no tiene por qué ser breve, de forma que mientras los herederos no la extingan a través de su aceptación, puede generar manifestaciones de capacidad económica que deben someterse a tributación en cumplimiento del deber de contribuir constitucionalmente reconocido (art. 31.1 CE). A estos efectos, el único requisito que establece el artículo 35.4 de la LGT estriba en que las distintas leyes de los tributos configuren a los entes sin personalidad jurídica como sujetos pasivos, tal y como ocurre en muchos casos [art. 84.Tres LIVA; art. 63.1 TRLRHL, respecto del IBI; art. 83 TRLRHL, respecto del IAE; art. 94 TRLRHL, respecto del IVTM; art. 101.1, respecto del ICIO; art. 106.1 a) TRLRHL, respecto del IIVTNU; etc.].

No obstante, la situación más peculiar se produce actualmente en la tributación personal sobre la renta, puesto que la herencia yacente se encuentra sujeta en el régimen de *atribución de rentas* del artículo 8.3 de la LIRPF, en virtud del cual los rendimientos obtenidos durante el periodo de yacencia se *imputan* a los *herederos*, negando expresamente a las herencias yacentes la condición de contribuyentes del IRPF.

Teniendo en cuenta que la normativa del IRPF no establece una definición concreta del instituto del heredero hemos de acudir a su *sentido jurídico* (art. 12.2 LGT), fijado en nuestro Código Civil y que supedita la condición hereditaria al acto de aceptación.

En definitiva, solo cuando el heredero acepte la herencia pasará a ser contribuyente del IRPF por los rendimientos obtenidos a través de la herencia yacente, estando obligado a partir de ese momento (habida cuenta del carácter retroactivo de la aceptación hereditaria, *ex* art. 989 CC) a presentar las oportunas autoliquidaciones complementarias del IRPF. De entrada, ello puede implicar que determinados rendimientos obtenidos durante el periodo de yacencia nunca sean sometidos a tributación por el transcurso del plazo de prescripción tributaria a tenor de que, de una parte, nuestra normativa sucesoria no establece plazo legal para aceptar o repudiar la herencia; y, de otra, la normativa tributaria no contempla tal situación como un supuesto de interrupción del plazo de prescripción tributaria.

Por tanto, estamos ante una regulación que dista de ser completa y de ahí que la doctrina haya ofrecido, en un ejercicio de *lege ferenda*, diversas alternativas o soluciones a la situación vigente y que, en esencia, consisten (a diferencia de la situación actual) en considerar a la herencia yacente como sujeto pasivo⁹², ya sea del IRPF a través de una liquidación provisional⁹³, ya sea como contribuyente del Impuesto de Sociedades⁹⁴.

⁹² No obstante, no se trata de un planteamiento unánime, considerando cierto sector de la doctrina que no es posible instituir a las herencias yacentes como sujetos pasivos del IRPF. En este sentido, RUIBAL PEREIRA, L.: *La sucesión...*, *op. cit.*, pág. 133. Incluso se ha sostenido la no sujeción a tributación personal sobre la renta de determinadas situaciones de yacencia (particularmente, en los casos del concebido no nacido y de personas jurídicas no constituidas), habida cuenta de la ausencia de una *personalidad jurídica* susceptible de imposición personal (LÓPEZ GARCÍA, C.: «El artículo 33 de la Ley General Tributaria en relación con los impuestos personales y directos; un supuesto de no sujeción: la herencia yacente deferida a un "no concebido"», *Gaceta Fiscal*, núm. 70/1989, págs. 141-142).

⁹³ FALCÓN Y TELLA, R.: «Los entes sin personalidad...», *op. cit.*, pág. 461.

⁹⁴ NIETO MONTERO, J. J.: «Las herencias yacentes...», *op. cit.*, pág. 849.

Por nuestra parte, consideramos que la herencia yacente debería configurarse como sujeto pasivo *autónomo* del IRPF sin ninguna especificidad adicional en cuanto a la cuantificación del impuesto habida cuenta de la inexistencia de elemento alguno de *subjetivización* en dicha figura susceptible de tenerse en cuenta (no habría que aplicar los mínimos personales...), sin perjuicio (claro está) de que, una vez extinguida la herencia yacente, los herederos deberían subrogarse (ya sea como sucesor, responsable tributario...) en las deudas tributarias de aquella para lo cual sería necesario, a su vez, la creación de un supuesto legal específico que regulara tal situación.

3. Por último, resta por analizar una situación que no se corresponde propiamente con la situación de la herencia yacente y que comprende aquellas situaciones que se producen, una vez que los herederos han aceptado su condición hereditaria, finalizando el periodo de yacencia, pero en las que el caudal relicto (ya aceptado) permanece *en administración*. Nos estamos refiriendo, fundamentalmente, a los casos de aceptación a beneficio de inventario.

En este sentido, el artículo 1.026 del Código Civil establece que en estos casos, *mientras no resulten pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios*, la herencia se mantendrá *en administración*. Y solo una vez verificado dicho presupuesto habilitante, «quedará el heredero en el *pleno goce del remanente* de la herencia» (art. 1.032 CC⁹⁵).

Consecuentemente cabe plantearse qué ocurre con aquellas situaciones en que elaborado el inventario y aceptada la herencia a beneficio de inventario por los herederos, aún no se han satisfecho las deudas (incluidas las tributarias) del causante (por ejemplo, porque la masa hereditaria no cuente con liquidez suficiente para sufragarlas). Las actuaciones tributarias que pudieran iniciarse, ¿deberán realizarse con los herederos que han aceptado a beneficio de inventario o con los representantes de la *herencia en administración*? En otras palabras, ¿el artículo 1.026 del Código Civil opera en el ámbito tributario de tal manera que en tanto no se satisfagan todas las deudas –incluidas las tributarias– la herencia permanecerá *en administración* entendiéndose las actuaciones que pudieran iniciarse con los administradores de aquella y no con los herederos?

Parece claro que en estos casos no procedería aplicar las normas sobre la herencia yacente (*ex art. 39.3 LGT*), por la sencilla razón de que ya no existe. Ahora bien, también es cierto que el artículo 39.1 de la LGT efectúa una remisión a «lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia» que pueda llevar a pensar a la aplicación del artículo 1.026 del Código Civil a los procedimientos tributarios que se inicien mientras se desarrollan las actuaciones tendentes al pago de las deudas pendientes del causante.

⁹⁵ Como se destaca en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) núm. 24/2011, de 28 de enero, «(...) El beneficio de inventario y su relación con la división de la cosa común. La ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se hayan pagado todos los acreedores (y legatarios). Su función esencial, no otra, es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario. Por ello, *el efecto básico es la no confusión de los patrimonios de heredero y causante* (art. 1.023.3.º CC) lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (art. 1.023.1.º) *quedando la herencia en administración hasta que resulten pagados los acreedores* (y legatarios) (art. 1.026). De aquí que se pierda el beneficio de inventario si realiza algún acto doloso o culposo de enajenación de bienes hereditarios...» (Fundamento Segundo, NCJ054495).

En cualquier caso, de lo que no hay duda es de que aceptada la herencia (aunque sea a beneficio de inventario) y en tanto no se proceda a la partición y adjudicación del caudal relicto, nos encontraremos ante una *comunidad indivisa* a la que ya sí le será aplicable plenamente el régimen de atribución de rentas de los artículos 86 a 90 de la LIRPF⁹⁶.

X. EFICACIA DEL INVENTARIO FORMADO EN JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NO LITIGIOSA FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS ACREEDORAS

1. La constitución de inventario resulta necesaria en nuestro Derecho sucesorio para *aceptar a beneficio de inventario* o ejercer el *derecho de deliberación* (arts. 1.010 y ss. CC). A dicha formación deben ser llamados todos los acreedores (art. 1.014 CC) a fin de que acrediten sus deudas y sus correspondientes importes, normalmente a través del oportuno procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Asimismo, durante la concreción del mismo deben cumplirse toda una serie de formalidades tendentes a mantener incólume el activo del causante so pena de perder el beneficio de inventario o el derecho de deliberación, considerando que los herederos responsables han aceptados la herencia pura y simplemente (arts. 1.018, 1.019 y 1.024 CC).

Por tanto, en aquellos patrimonios hereditarios en los que existan deudas tributarias del fallecido será necesario que las Administraciones tributarias acreedoras sean citadas a la formación del inventario a fin de que comparezcan y certifiquen las mismas. Ahora bien, ¿qué eficacia tendrá dicha personación? Las deudas tributarias certificadas, ¿qué naturaleza tienen? ¿Son liquidaciones tributarias? A mayor abundamiento, ¿serán provisionales o definitivas? Además, con posterioridad (esto es, una vez ejercido el derecho de deliberación o aceptada la herencia a beneficio de inventario), ¿su cuantía puede verse modificada a través de la incoación de un procedimiento tributario? Y, en última instancia, el nuevo *quantum* tributario resultante, ¿podría afectar a la esfera patrimonial del heredero que ya ha aceptado su condición hereditaria o ya ejerció su derecho de deliberación con base precisamente en el inventario ultimado en su día?

2. Previamente a analizar estas cuestiones, se plantea el alcance del deber de colaboración de las Administraciones tributarias con la Autoridad judicial en los casos en que la formación del inventario se lleve a cabo dentro de un proceso judicial *no contencioso*⁹⁷.

⁹⁶ Sobre el particular, Consultas V0910/2012, de 26 de abril (NFC044350); y V0914/2012, de 26 de abril (NFC044358).

⁹⁷ En este sentido, hay que tener en cuenta que la normativa del Impuesto de Sucesiones solo contempla la suspensión de los plazos de presentación de declaración o autoliquidación tributaria cuando se inste juicio voluntario de testamentaria que tenga carácter *contencioso* o *litigioso*, excluyendo de tal condición y de efectos suspensivos, entre otros, los juicios voluntarios de testamentaria de formación de inventario para deliberar o para aceptar a beneficio de inventario (ex art. 69, apartados 1 y 5 RISD).

2.1. Pudiera pensarse que el artículo 95 de la LGT no contempla ningún supuesto específico de colaboración que ampare estas situaciones, de manera que podría concluirse que las Administraciones tributarias no se encuentran obligadas a auxiliar a la Autoridad judicial y, consecuentemente, no estarían facultadas para aportar al procedimiento la referida información.

Somos de la opinión de que un planteamiento tan maximalista entra en colisión con el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) que, con rotundidad, establece que:

«Todas las personas y entidades públicas y privadas *están obligadas a prestar*, en la forma que la Ley establezca, *la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales* en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las *excepciones* que establezcan la Constitución y las Leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la Ley».

2.2. En una primera aproximación al estudio de dichos preceptos, destaca que ambos están redactados sobre principios opuestos. Así, mientras el artículo 95 de la LGT solo habilita a suministrar información con trascendencia tributaria en los casos previstos legalmente, el artículo 17.1 de la LOPJ sienta como principio general de actuación el deber de colaboración que solo decaerá circunstancias *excepcionales* previstas en la Constitución y las Leyes. De ahí que deba efectuarse una interpretación coordinada de las citadas normas.

2.3. En este sentido, el artículo 95.1 k) de la LGT establece un supuesto de colaboración que puede traerse a colación en los casos aquí analizados y que prevé:

«La colaboración con las *Administraciones públicas* para el *desarrollo de sus funciones*, *previa autorización de los obligados tributarios* a que se refieran los datos suministrados».

En nuestra opinión, la expresión *Administraciones públicas* incluye, como no puede ser de otra manera, a la *Administración de justicia*. Además se cumple con los dos requisitos restantes puesto que, en primer lugar, la información tributaria solicitada es fundamental para completar correctamente la formación del inventario con base en el cual se va a decidir la aceptación o renuncia a la herencia y, en su caso, la aceptación a beneficio de inventario y, en definitiva, para cumplir con la *función jurisdiccional*. Y, en segundo lugar, la *previa autorización* se encuentra cumplida desde el momento que son los *llamados* a la herencia quienes han instado el procedimiento judicial de formación de inventario.

2.3.1. A estos efectos merece la pena transcribir el *Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1998*, que aunque analiza y resuelve una situación semejante al amparo de la LGT/1963, consideramos que su razonamiento es extrapolable a la vigente LGT:

«(...) PRIMERO. La negativa por el Juzgado de instancia a la remisión a la Delegación de Hacienda de Lérida del oficio sobre los particulares solicitados por el re-

corriente radica en que aquella *no debe suministrarlos en virtud de lo dispuesto en el artículo 112 de la LGT por no encontrarse en ninguno de los supuestos que aquí se contemplan como así manifestó la Administración Tributaria en su escrito de 16 de marzo de 1998 ante el inicial requerimiento del Juzgado.*

SEGUNDO. Los certificados solicitados (alta en el Impuesto de Actividades Económicas, Declaración del Impuesto sobre la Renta, alta como sujeto pasivo del IVA) son necesarios para la debida satisfacción al actor de su crédito reconocido por sentencia firme. *En todo caso, resolviendo la negativa inicial de la Administración a expedir los certificados solicitados no puede olvidarse que conforme el artículo 17.1 de la LOPJ las entidades públicas están obligadas a prestar la colaboración requerida a los Jueces y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional y es claro que estos últimos difícilmente pueden encajar en el concepto de tercero a que se refiere el artículo 113 de la LGT* siendo ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley 25/1995, de 20 julio, de reforma de la LGT, *que haciendo referencia a la adaptación de la nueva normativa tributaria de la LO 5/1992, de 29 octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, consagra el carácter reservado de toda la información facilitada por el contribuyente a salvo se dice del deber de colaboración entre las Administraciones públicas, todo ello como tiene igualmente declarado el Tribunal Supremo, Sala de Conflictos, en Sentencias de 4 junio y 25 junio 1996 (RJ 1996\4976 y RJ 1996\4977), por lo que el recurso se estima y el auto se revoca.*

(...)

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial acuerda:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por don Joaquín L. M. y don Isaac Mateo G. L., frente al Auto de 18 mayo 1998, dictado por el Ilmo. señor Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Ejea de los Caballeros, en Autos número 17/1993, revocando dicha resolución y en su virtud se acuerda librar los oficios interesados a la Delegación de Hacienda de Lérida» (AC/1998/7586).

2.3.2. De ahí que, sin perjuicio de la conveniencia de regular expresamente este supuesto de colaboración judicial, actualmente entendemos que hay base legal para que las Administraciones tributarias aporten la información necesaria para completar la formación del inventario instruido dentro del proceso judicial. No estando amparada la negativa a hacerlo.

3. No hay regulación específica en el ámbito tributario que aborde estas cuestiones salvo la remisión *in genere* a la legislación civil del artículo 39.1 de la LGT. De forma que habría que concluir, en principio, que el inventario cumplimentado con todas las formalidades legales vinculará a todos los acreedores, incluidas las Administraciones tributarias. No obstante, profundicemos en el asunto.

3.1. Así, respecto al *derecho de deliberación*, el artículo 177.1 de la LGT sí efectúa una mención a esta cuestión reconociendo al potencial sucesor interés para instar que las Administraciones

tributarias certifiquen las deudas tributarias del causante negando a las mismas eficacia constitutiva, esto es, «*con efectos meramente informativos*». Por tanto, en tales casos no hay impedimento para una modificación posterior del importe de las deudas tributarias inicialmente certificadas.

Ahora bien, ¿ocurre lo mismo si la certificación de deudas es la requerida, no por el sucesor sino por la Autoridad judicial en un procedimiento de jurisdicción voluntaria? Pese a no regularse esta situación en la LGT, no habría impedimento para llegar a la misma solución a través, esta vez, de la interpretación analógica del precepto legal (pues no afecta al ámbito prohibido por el art. 14 LGT), habida cuenta de la *identidad de razón* (art. 4.1 CC) existente entre ambas situaciones (es decir, entre el certificado de deudas tributarias evacuado a raíz de una solicitud del potencial sucesor o a resultas de un oficio judicial). De forma que la certificación emitida en respuesta al requerimiento judicial también sería *informativa*.

3.2. Sin embargo, más dudas ofrece la *aceptación a beneficio de inventario* ya que en esta situación entraría en juego con mayor intensidad la remisión a la legislación civil del artículo 39.1 de la LGT, máxime teniendo en cuenta que la normativa tributaria no establece previsión alguna al respecto. No obstante, para analizar esta cuestión hay que diferenciar dos aspectos conexos aunque distintos.

En efecto, de una parte, hay que referirse a la posibilidad de que las Administraciones tributarias puedan incoar procedimientos tributarios una vez aportado al inventario el importe de las deudas tributarias pendientes del fallecido. Parece claro que, siempre que se esté dentro del plazo de prescripción tributaria, no hay obstáculo legal para su impulso y finalización ya sea con la representación de la herencia yacente o con el heredero que ya aceptó a beneficio de inventario. Por tanto, como consecuencia de los mismos, nos podríamos encontrar con montantes tributarios superiores a los inicialmente certificados.

La otra vertiente del problema estribaría en la posibilidad de repercutir las consecuencias de la regulación efectuada sobre el heredero que ya aceptó a beneficio de inventario. Y aquí la solución no es tan sencilla pues ante todo debe primar el objeto y fundamento de la aceptación a beneficio de inventario que no es otro que las deudas del causante se sufragen exclusivamente con el patrimonio que dejó este sin confundirlo con el *propio* del heredero (*ex* arts. 39.1 LGT y 1.023 CC). Para efectuar la traslación de las deudas regularizadas al causahabiente sería necesario que la Administración tributaria competente acredite el comportamiento negligente o doloso del heredero en la formación del inventario dentro de los términos fijados en los artículos 1.018 y 1.024 del Código Civil. Admitir otra alternativa distinta conduciría a sostener que la institución de la aceptación a beneficio del inventario no operaría en la esfera tributaria⁹⁸.

⁹⁸ Este es el planteamiento que parece que sostiene la Audiencia Nacional en su Sentencia de 7 de julio de 2005: «(...) tampoco hay constancia de que la Hacienda Pública se hubiera opuesto procesalmente, en el procedimiento civil correspondiente, a la aceptación a beneficio de inventario en defensa de sus créditos públicos, tal como autorizan los artículos 1.014 y 1.016 del Código Civil, puesto que el inventario que el auto citado reconoce haberse efectuado, se efectúa contradictoriamente, es decir, lo es previo llamamiento de los acreedores, que podrán oponerse a la aceptación a beneficio de inventario (como igualmente pueden oponerse a la repudiación de la herencia según el artículo 1.001

Cuestión distinta, a su vez, sería la determinación de la vía (civil o tributaria) que en tales situaciones deberían instar las Administraciones tributarias. En particular, si deben acudir al Orden civil, como un acreedor más o, por el contrario, pueden solventarlo en la esfera doméstica a través, por ejemplo, del expediente de la responsabilidad tributaria y más concretamente del supuesto de responsabilidad solidaria del artículo 42.2 a) de la LGT.

En cualquier caso se trata de un aspecto que debería ser objeto de un tratamiento específico en nuestra LGT que eliminara definitivamente las dudas planteadas.

XI. CONCLUSIONES

1. Frente a lo que en una primera aproximación pudiera parecer, nuestro Sistema tributario no efectúa una regulación *integral y con perspectiva* de la figura del heredero a efectos tributarios.

Desde una *óptica material y comparada* con nuestro Código Civil, el legislador fiscal no ha llevado a cabo una normación *coordinada* del heredero. En efecto, mientras el *heredero-sucesor* [ex art. 39 LGT] se acopla perfectamente con la institución del heredero propia de nuestro Derecho sucesorio, que requiere, siguiendo el planteamiento *romanista*, de la aceptación para que aquel asuma la condición hereditaria en toda su extensión. El *heredero-contribuyente* del Impuesto de Sucesiones [ex art. 5 a) LISD], pese —en nuestra opinión— deficiente articulación técnica, se erige actualmente con base en una pura *construcción jurisprudencial* sobre tesis *germanistas*, en cuya virtud se es sujeto pasivo desde el mismo momento del fallecimiento del causante, orillando cualquier atisbo de voluntariedad en la condición hereditaria a efectos del Impuesto de Sucesiones.

De esta manera, en aquellas situaciones (obviamente, no infrecuentes) en que sobre un mismo heredero confluya la doble condición *de sucesor* del causante y *de contribuyente* del Impuesto de Sucesiones, y no haya aceptado la herencia (bien porque antes desea ejercer el derecho de deliberación, bien porque no tenga conocimiento de su designación testamentaria como heredero, o por cualquier otra circunstancia) pueden producirse situaciones *contradictorias* o, cuando menos, *paradójicas*, habida cuenta de que, si bien no se es *sucesor tributario*, sí se puede ser *contribuyente* del Impuesto de Sucesiones, debiendo cumplirse con los deberes y obligaciones dimanantes de dicho tributo. Pudiendo llegar al *paroxismo* de liquidar el impuesto sucesorio a una persona que, en ejercicio de su derecho de deliberación (art. 1.010 CC), todavía no ha aceptado la herencia y ni siquiera tiene por qué hacerlo si, por ejemplo, a la vista del inventario, decidiera renunciar a la herencia.

Para evitar estas situaciones urge una toma de postura que sea coherente y completa y que pasa por acoger a efectos tributarios uno de los dos sistemas (*romano* o *germano*) de adquisición de la condición de heredero.

del mismo Código), a fin de evitar que con la conducta del heredero pudiera quedar perjudicado el derecho al cobro de sus créditos» (Fundamento Séptimo, NFJ021352).

A mayor abundamiento, respecto a la concreción del contribuyente en el Impuesto de Sucesiones es necesaria una reforma normativa que, más allá del genérico (por indeterminado) concepto de «causahabiente» [art. 5 a) LISD], establezca al «heredero» como contribuyente del referido impuesto, especificando si la adquisición de tal condición (a los efectos del citado tributo) requiere o no del acto de aceptación. En este sentido, hemos postulado la posibilidad de considerar a la propia *herencia yacente del causante* como sujeto pasivo del Impuesto de Sucesiones siempre que, transcurrido su plazo de exigibilidad de seis meses (por la razón que fuere) no se hubiera producido la referida aceptación por parte del heredero, pudiendo la Administración tributaria liquidar *provisional o cautelarmente* (siempre, claro está, a expensas de una posterior liquidación, que deberá practicarse dentro del plazo de prescripción, una vez que el heredero adhiera la herencia) en términos semejantes a lo que actualmente se hace en la figura del fideicomiso.

2. Desde la perspectiva *procedimental* también se producen importantes *disonancias* que la normativa tributaria pretende (infructuosamente) solventar a través de la remisión genérica a la legislación civil (art. 39.1 LGT). Así, si bien las Administraciones tributarias pueden, llegado el caso, liquidar frente a la herencia yacente del causante por las deudas tributarias que este dejó pendientes de pago (arts. 39.3 y 177.1 LGT), no está ni mucho menos claro con quién deben entenderse las actuaciones tributarias (de gestión, inspección o recaudación), puesto que el artículo 45.3 de la LGT, previsto para la representación *voluntaria* de los entes sin personalidad jurídica, no se corresponde con las funciones de *representación-administración* de un *administrador hereditario* que debe conllevar facultades dispositivas sobre el caudal relicto a fin, por ejemplo, de satisfacer deudas de terceros cuando en la masa hereditaria no exista liquidez bastante para afrontarlas.

A su vez y ante la posibilidad (no infrecuente, ni improbable) de que el periodo de yacencia se prolongue en el tiempo es necesario dotar a dicho *patrimonio separado* de un régimen tributario específico, más allá del actual régimen de atribución de rentas, que, en nuestra opinión, pasa por considerar a la herencia yacente como *contribuyente* del IRPF.

Por otra parte, ante el existente vacío normativo, es conveniente regular la intervención de las distintas Administraciones tributarias en los procedimientos civiles de jurisdicción voluntaria que tengan que ver con la sucesión y no tengan carácter contencioso (art. 69.5 RISD); particularmente en los que aquellas desempeñen el rol de *acreedoras* que deben certificar deudas tributarias con el objeto de completar inventarios con base en los cuales los herederos puedan ejercitar su derecho a deliberar o la aceptación a beneficio de inventario.

En fin (como hemos sostenido al principio) hay que dotar al heredero de tratamiento *homogéneo* en los ámbitos civil y tributario que en estos momentos, al menos en nuestra opinión, es manifiestamente mejorable.

EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES EN 2012 (Y IV). GRAVÁMENES ESPECIALES SOBRE RENTAS EXTRANJERAS. MEDIDAS LIMITATIVAS Y DE ESTÍMULO A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. CONFLICTOS EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración pone fin al examen de las modificaciones sufridas en 2012 por el Impuesto sobre Sociedades. Así, se abordan las siguientes materias:

- Tributación de los dividendos y plusvalías de cartera extranjera no susceptibles de amparo en el régimen de exención.
- Arrendamiento financiero naval.
- Limitaciones a la deducción de gastos.
- Limitaciones a la deducción de incentivos fiscales.
- El fondo de comercio financiero indirecto.
- Derogación de la libertad de amortización.
- Medidas fiscales inherentes a las operaciones de saneamiento financiero.
- Exención parcial de plusvalías inmobiliarias.
- Estímulos fiscales al empleo.
- Flexibilización de la exención de plusvalías de cartera extranjera.

Estas medidas se suman, recordémoslo, a otras de mayor relieve, entre las que destacan la regularización voluntaria de la situación tributaria mediante la presentación de la declaración tributaria especial, la actualización de balances, el nuevo régimen de la SOCIMI, la limitación a la compensación de bases impositivas negativas y, sobre todo, la restricción a la deducción de intereses.

Todas las medidas relacionadas encierran decisiones de política fiscal susceptibles de debate, si exceptuamos a la supresión de la insólita libertad de amortización. En efecto, esas medidas traerán recaudación para hoy pero pueden incidir negativamente sobre la inversión. El texto del Secretario del Tesoro británico que se trae a colación en el prefacio de este escrito es paradigmático. Cuestión distinta es la intolerancia frente a las conductas irregulares.

El estado de necesidad recaudatoria será un elemento de dicho debate, y otro la identificación de fuentes recaudatorias alternativas, en el seno del propio Impuesto sobre Sociedades.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, arrendamiento financiero naval, fondo de comercio financiero y libertad de amortización.

CORPORATE INCOME TAX AS OF 2012 (IV). SPECIAL LEVIES ON FOREIGN SOURCE INCOME. RESTRICTIVE AND INCENTIVE MEASURES FOR ECONOMIC ACTIVITY. ILLEGAL STATE AIDS CONFLICT

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The instant collaboration ends up with the analysis of Corporate Income Tax modifications as of 2012. Therefore, the article deals with the following issues:

- Dividends and capital gains on foreign share sales taxation not eligible for the exemption regime.
- Shipping companies financial lease.
- Limitation of financial expense tax deductibility.
- Limitation of certain incentive deductions.
- Indirect financial goodwill.
- Repeal of «free amortization» regime.
- Tax measures inherent to financial restructuring.
- Real estate capital gains partial exemption.
- Tax incentives for employment creation.
- Exemption of capital gains on foreign share sales taxation becomes more flexible.

These measures are added to others even more relevant, including the extraordinary voluntary regularization by the submission of the special tax return, the balance sheet revaluation, Real Estate Investment Trust (REIT) tax regime; the net operating losses carry forward limitation, and above all, the limitation of financial expense tax deductibility.

All these measures are due to tax policies subject to debate, except for the repeal of the unusual «free amortization» regime. However, they will entail short-term higher collection ratios but they may also have a negative impact on investment. The text written by the Secretary of the Treasury of the United Kingdom which serves as the preface of this paper is paradigmatic. A different matter is the intolerance against irregular tax conducts.

The current need of collection will be one the issues to be discussed, and also the alternative collection sources, in between the scope of Corporate Income Tax.

Keywords: Corporate Income Tax, shipping companies financial lease, financial goodwill and «free amortization» regime.

Sumario

1. Repatriación de dividendos e inversiones financieras
 - 1.1. Naturaleza de los gravámenes especiales
 - 1.2. Estructura de los gravámenes especiales
 - 1.3. Relación con el Impuesto sobre Sociedades
2. El arrendamiento financiero naval
 - 2.1. El denominado sistema español de arrendamiento financiero naval
 - 2.2. La remoción del sistema español de arrendamiento financiero naval
 - 2.3. Descripción del régimen establecido por la Ley 16/2012
 - 2.4. Los incentivos fiscales intermediados
3. Limitaciones a la deducción de gastos
 - 3.1. Deducción correspondiente al fondo de comercio
 - 3.2. Deducción correspondiente a la diferencia de fusión
 - 3.3. Deducción correspondiente al intangible con vida útil indefinida
 - 3.4. Deducción correspondiente al denominado fondo de comercio financiero
 - 3.5. Deducciones por amortización
 - 3.6. Deducción de indemnizaciones por extinción de relaciones laborales o mercantiles
 - 3.7. Limitación a la deducción de intereses
 - 3.8. Limitación a la compensación de bases imponibles negativas
 - 3.9. Visión global de las limitaciones a la deducción de gastos
4. El fondo de comercio financiero indirecto
5. Libertad de amortización
 - 5.1. Antecedentes
 - 5.2. Derogación de la libertad de amortización y régimen transitorio
6. Impacto de la crisis financiera
 - 6.1. Régimen fiscal de las operaciones de aportación de activos a sociedades para la gestión de activos
 - 6.2. Régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de reestructuración y resolución de entidades de crédito
 - 6.3. Exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles
 - 6.4. Régimen fiscal del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria
 - 6.5. Régimen fiscal de los Fondos de Activos Bancarios

7. Estímulos fiscales al empleo
 - 7.1. Deducción por creación de empleo
 - 7.2. Tipo de gravamen especial por mantenimiento o creación de empleo
8. Límite a las deducciones del capítulo IV del título VI del TRLIS
 - 8.1. Límites a las deducciones vigentes en 2012 y 2013
 - 8.2. Plazo para la deducción de las cantidades pendientes
9. Exención de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre entidades no residentes en territorio español
 - 9.1. Determinación de la renta positiva exenta
 - 9.2. Especialidades en la determinación de la renta positiva exenta
10. Epílogo

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

«... This takes me to one of the great challengers of tax policy making. By and large, the most economically damaging taxes are very often the most popular taxes. Or perhaps I should say, least unpopular taxes. This is because the public tend to be less concerned about those taxes that they perceive as being paid by someone else. This includes Corporation Tax. The reason for this is that Corporation Tax reduces the return on capital which in turn reduces investment that can flow elsewhere. The reduction in investment reduces productivity gains and that will feed through to salaries. Our view is that uncompetitive levels of Corporation Tax result in economic distortions, inefficiency and a barrier to growth...»

GAUKE, D. *UK tax reform, a model for the US?* Oct 2012. Speech by Exchequer Secretary to the Treasury

«... But there are some forms of avoidance that have become so aggressive that I think it is right to say these raise ethical issues, and it is time to call for more responsibility and for governments to act accordingly...»

The speech of David Cameron, the UK Prime Minister, at the World Forum in Davos on 24 January 2012

1. REPATRIACIÓN DE DIVIDENDOS E INVERSIONES FINANCIERAS

1.1. NATURALEZA DE LOS GRAVÁMENES ESPECIALES

El artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) establece la exención de las rentas –dividendos y plusvalías– derivadas de las inversiones financieras sobre entidades no residentes que cumplen ciertos requisitos. Los gravámenes que seguidamente se comentan se proyectan sobre las rentas –dividendos y plusvalías– que no cumplen todos los requisitos que habilitan la exención.

El artículo 1. Tercero del Real Decreto-Ley 12/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimoquinta al TRLIS, en cuya virtud se crea un gravamen especial respecto de las rentas de determinadas inversiones financieras extranjeras.

El artículo 26. Cuarto del Real Decreto-Ley 20/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimoséptima al TRLIS, en cuya virtud se crea un gravamen especial respecto de los productos de determinadas inversiones financieras extranjeras.

Los dos gravámenes responden a la misma estructura, y se diferencian en las características fiscales de las inversiones financieras que pueden acogerse a uno y otro, así como en el tipo de gravamen.

Los dos gravámenes son fugaces, pues solamente tendrán vigencia en relación con rentas devengadas en 2012, si bien el segundo gravamen especial solo se aplica respecto de las rentas «que se devenguen hasta el 30 de noviembre de 2012».

Los dos gravámenes tienen carácter opcional respecto del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo se trata de verdaderos impuestos, ya que recaen sobre magnitudes demostrativas de capacidad económica, y una vez ejercitada la opción por los mismos son exigibles con carácter obli-

gatorio, conclusión esta a la que no se opone el hecho de que ambos desplacen la aplicación del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, no pueden considerarse como simples tipos especiales dentro de la estructura de dicho tributo.

Si es así, el vehículo normativo utilizado para su creación, esto es, el decreto-ley, no es el constitucionalmente apropiado.

Vistos en su conjunto, los dos gravámenes están diseñados para obtener una recaudación inmediata que, probablemente, no se hubiera logrado por la vía de una tributación ordinaria por el Impuesto sobre Sociedades, pues los contribuyentes convocados seguramente no hubieran hecho efectivas las rentas afectadas.

En un contexto de apelaciones reiteradas al endurecimiento de la lucha contra la acción nociva de los paraísos fiscales por parte de las instancias internacionales más caracterizadas, como pueden ser la OCDE, la Unión Europea o el G-8, la autoridad fiscal española habrá debido sopesar el importe recaudatorio esperado de los dos gravámenes especiales frente al efecto de desconfianza que los mismos pueden suscitar en dichas instancias¹.

1.2. ESTRUCTURA DE LOS GRAVÁMENES ESPECIALES

La estructura de los dos gravámenes especiales es la misma, distinguiéndose únicamente porque recaen sobre rentas distintas en atención a las características fiscales de las participaciones de las que proceden, amén de por el tipo de gravamen. Por tal razón se comentan conjuntamente.

1.2.1. Hecho imponible

Es la obtención de renta cuya naturaleza sea o bien la de dividendo o participación en beneficios o bien derivada de la transmisión de la participación, respecto de entidades no residentes en territorio español que reúnan parcialmente los requisitos necesarios para disfrutar de la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS.

En el primer gravamen especial han de cumplirse los requisitos de porcentaje de participación [letra a) del art. 21.1 del TRLIS] y naturaleza empresarial de la renta [letra c) del art. 21.1 del TRLIS], y en el segundo basta con el requisito de la letra a).

El primer gravamen especial está pensado para amparar las rentas derivadas de entidades participadas que no tributan por un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades o que residen en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal pero que obtienen rentas empresariales, en tanto que el segundo, además, ampara las rentas de carácter no empresarial.

¹ Combating tax fraud and evasion. Commission contribution to the European Council (mayo de 2013).

El segundo gravamen especial no ampara las rentas derivadas de la transmisión de la participación de aquellas entidades que incurran en la letra a) del artículo 21.2 del TRLIS (activos o inversiones financieras imputables al territorio español en proporción superior al 15%).

Es interesante notar que no se establece restricción alguna en cuanto al título traslativo. Por tanto, podrá ser válida una aportación o cualquier otro negocio societario. Tampoco se establecen restricciones por razón de la persona adquirente, de manera tal que podría serlo una vinculada.

1.2.2. Sujeto pasivo

Lo son todos aquellos que lo sean del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, las personas físicas no podrán acogerse a ninguno de los gravámenes especiales.

1.2.3. Base imponible

En los dos gravámenes es el importe de la renta cuya obtención constituye el hecho imponible, es decir, el importe del dividendo o la participación en beneficios, o el importe de la renta derivada de la transmisión de la participación.

Tratándose de dividendos la norma define la base imponible como «el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios». Por tanto, se atenderá al importe del dividendo antes de cualquier retención que pudiera sufrir, sin que a ello se oponga el que dicha retención no genere la deducción por doble imposición internacional, como más adelante se explica. El mismo criterio se estima aplicable a las rentas derivadas de la transmisión de la participación.

Se establecen dos reglas especiales, una correspondiente a dividendos y otra a rentas derivadas de la transmisión de la participación.

La correspondiente a dividendos rechaza la integración en la base imponible de los dos gravámenes especiales de «la pérdida por deterioro del valor de la participación que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial».

El párrafo se refiere a los dividendos o participaciones en beneficios que deban contabilizarse como ingresos, pues los que deban registrarse como minoración del valor de la inversión financiera por aplicación de las normas contables no realizan el hecho imponible.

Los dividendos afectados por la regla especial son los distribuidos con cargo a beneficios generados después de la adquisición de la participación que estaban implícitos en su precio de adquisición. Desde una perspectiva económica estos dividendos son recuperación de parte del precio de adquisición, pero contablemente deben ser considerados como ingreso y correlativo deterioro de la participación, puesto que la contabilización como menor valor de la inversión está reservada al caso en que los dividendos distribuidos procedan «inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición» de la participación, de acuerdo con lo previsto en la norma 9.2.8 del Plan General de Contabilidad.

La correspondiente a las rentas derivadas de la transmisión de la participación establece que la base imponible estará constituida, además de por la renta obtenida en dicha transmisión, «por la reversión de cualquier corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación».

La corrección de valor es aquella que ha tenido efecto fiscal. Por tanto el deterioro contable sin efecto fiscal no está comprendido en la regla mencionada, pero sí lo está el deterioro puramente fiscal, sin reflejo contable, constituido por la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS concerniente a las entidades del grupo, multigrupo y asociadas.

Nótese que la norma precedente únicamente se refiere al deterioro, por tanto, a la pérdida de valor experimentada por la participación en sede del propio obligado tributario que decide acogerse a alguno de los dos gravámenes especiales. No contempla que forme parte de la base imponible del gravamen especial la pérdida habida en una transmisión anterior de la participación entre entidades que pertenecen al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio en el que se integra el sujeto pasivo de cualquiera de los dos gravámenes especiales. Ahora bien, la integración de esa pérdida en la base imponible responde al mismo patrón lógico que la integración del deterioro, en cuanto el efecto fiscal de uno y otro es el mismo, en el contexto del grupo mercantil.

Las reglas concernientes a la determinación de la base imponible nada prevén en relación con la corrección por operaciones de carácter vinculado. En consecuencia la base imponible no podrá corregirse por este motivo. Cuestión distinta es que en sede del Impuesto sobre Sociedades de la entidad adquirente eventualmente pueda plantearse la corrección de la renta obtenida en una ulterior transmisión de los valores adquiridos.

1.2.4. Tipo de gravamen

El tipo de gravamen del primer gravamen especial es el 8 % y el del segundo el 10 %, con la salvedad de que la parte de base imponible imputable a las correcciones valorativas previas que hayan sido fiscalmente deducibles «tributará al tipo de gravamen que corresponda al sujeto pasivo». Ha de entenderse que ese tipo de gravamen es el del Impuesto sobre Sociedades.

EJEMPLO 1

Participación sobre una entidad residente en el extranjero que no está sujeta a un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades. Su transmisión depara un resultado contable extraordinario de 100; en un ejercicio anterior se aplicó la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS por importe de 20. La renta cumple los requisitos de las letras a) y c) del artículo 21 del TRLIS.

.../...

.../...

• Ingreso contable	100
• Ajuste fiscal	20
• Base imponible	120
• Cuota íntegra $[(100 \times 8\%) + (20 \times 30\%) = 8 + 6]$	14

Nada se prevé en relación con los valores adquiridos mediante una operación a la que se hubiera aplicado el régimen de diferimiento del capítulo VIII del título VII del TRLIS. Lo correcto sería que la parte de base imponible imputable a la plusvalía diferida tributase al tipo de gravamen del Impuesto sobre Sociedades que corresponda al sujeto pasivo.

1.2.5. Deducciones de la cuota íntegra

El resultado de aplicar el tipo de gravamen a la base liquidable es la cuota íntegra [art. 56.1 b) de la LGT].

Ninguna deducción de la cuota íntegra se establece. Por tanto ninguna ha de aplicarse, por más que si la renta en cuestión hubiere tributado por el Impuesto sobre Sociedades alguna deducción fuere aplicable. No obstante, saliendo al paso de interpretaciones interesadas en los dos gravámenes especiales se precisa que las rentas sujetas a los mismos «no generarán derecho a la aplicación de la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32» del TRLIS.

EJEMPLO 2

Participación sobre una entidad residente en el extranjero que no está sujeta a un impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades. Su transmisión depara un resultado contable extraordinario de 100; en un ejercicio anterior se aplicó la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS por importe de 20. La renta cumple los requisitos de las letras a) y c) del artículo 21 del TRLIS. En el país de la fuente se practicó una retención del 5 %.

• Ingreso contable	100
• Ajuste fiscal	20
• Base imponible	120
• Cuota íntegra $[(100 \times 8\%) + (20 \times 30\%) = 8 + 6]$	14
• Retención: no procede la deducción.	

1.2.6. Devengo

Tratándose de dividendos, los gravámenes especiales se devengan el día en el que se adopte el acuerdo de distribución. Por tanto, la fecha de pago es irrelevante. Consecuentemente, cualquier diferencia de cambio que pueda surgir entre los momentos del acuerdo y la distribución no ha de tomarse en consideración a los efectos de la liquidación de los gravámenes especiales. Cuestión distinta es que haya de surtir efecto en relación con el Impuesto sobre Sociedades, aspecto este que no aborda la regulación del gravamen especial.

Tratándose de rentas derivadas de la transmisión de la participación, los gravámenes especiales se devengarán el día en que se produzca la misma. A estos efectos habrá de estarse a las normas aplicables al negocio jurídico traslativo, debiendo por ello considerarse lo establecido en relación con los puntos de conexión por los artículos del capítulo IV del título preliminar del Código Civil, concernientes al derecho internacional privado.

1.2.7. Autoliquidación e ingreso

Los dos gravámenes especiales deberán ingresarse dentro de los 25 días siguientes a su devengo.

1.2.8. Aplicación de los convenios para evitar la doble imposición

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se aplican a los impuestos que en los mismos se citan. Por tanto, en principio, no se aplicarán a los gravámenes especiales. No obstante, son bastantes los convenios en los que se prevé una suerte de aplicación analógica a otros tributos «de naturaleza idéntica o análoga que se establezcan con posterioridad a la firma del mismo y que se añadan a los actuales o los sustituyan».

Los gravámenes especiales bien podrían entrar en esa categoría de impuestos idénticos o similares, en cuanto su hecho imponible es la obtención de renta. No obstante, se está ante una cuestión más bien teórica puesto que España no suscribe convenios para evitar la doble imposición con paraísos fiscales y los gravámenes especiales apuntan hacia esas jurisdicciones.

Con todo, si se produjera una retención con arreglo a un convenio bilateral que resultase aplicable respecto de cualquiera de los dos gravámenes especiales, se opina que la misma debería ser deducida debido a la prevalencia del convenio sobre la legislación interna.

1.3. RELACIÓN CON EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Puesto que los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades lo son, potencialmente, de los dos gravámenes especiales, podría aflorar la tendencia a considerarlos a modo de tipos de grava-

men especiales por el Impuesto sobre Sociedades. Esa tendencia no sería correcta. Los dos gravámenes especiales son impuestos autónomos. Cuestión distinta es que existan relaciones entre esos gravámenes especiales y el Impuesto sobre Sociedades.

1.3.1. Relación de sustitución

La relación más evidente es la de sustitución. En efecto, las rentas sujetas a los gravámenes especiales son rentas sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Pues bien, la tributación de esas rentas por cualquiera de los gravámenes especiales implica el efecto de su «no integración en la base imponible» del Impuesto sobre Sociedades.

La renta derivada de la transmisión de la participación sujeta a los dos gravámenes especiales ha de ser positiva. La renta negativa se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con las reglas generales.

1.3.2. Rentas futuras

El adquirente de la participación, si es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tributará en lo sucesivo por las rentas derivadas de la misma de acuerdo con las reglas generales. Esas rentas podrán disfrutar del régimen de exención del artículo 21 del TRLIS si llegaren a concurrir los requisitos previstos en el mismo. En otro caso, las rentas derivadas de la transmisión de la participación, positiva o negativa, se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. También los dividendos, pero estos podrán disfrutar de la deducción para evitar la doble imposición prevista en el artículo 32 del TRLIS.

1.3.3. Pérdidas derivadas de la distribución de beneficios

Cuestión que no habrá de ser pacífica es si los gravámenes especiales habilitan el cómputo de las pérdidas, sea por deterioro o transmisión ulterior de la participación, que traen su causa de la distribución de los beneficios, en los términos previstos en el artículo 32.5 del TRLIS. La literalidad del precepto invita a una respuesta positiva puesto que los dos gravámenes especiales pueden procurar que «el importe de los citados beneficios haya tributado en España a través de cualquier transmisión de la participación», pero la diferencia de 20 o 22 puntos porcentuales entre los tipos nominales de gravamen del Impuesto sobre Sociedades y los gravámenes especiales sugiere lo contrario.

Desde luego, las normas deben interpretarse atendiendo a su espíritu y finalidad, pero sin que el fruto de esa interpretación sea la aplicación del precepto que debió ser y no fue. En este sentido parece más apropiada la respuesta positiva.

2. EL ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

El arrendamiento financiero naval ha saltado a las primeras páginas de los periódicos en cuanto determinante de una ayuda de Estado² que subsidia la construcción naval. Seguidamente se describe el régimen fiscal afectado por la decisión comunitaria, las medidas adoptadas para removerlo y la ventaja fiscal que todavía resta en pie.

2.1. EL DENOMINADO SISTEMA ESPAÑOL DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

La combinación de tres regímenes fiscales establecidos en el TRLIS, a saber, el del arrendamiento financiero del artículo 115, el de las entidades navieras en función del tonelaje del capítulo XVII y el de las agrupaciones de interés económico del capítulo II del título VII, determinaba, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 16/2012, que una buena parte del valor de adquisición de un buque de nueva construcción fuera considerado como gasto fiscalmente deducible en sede de los socios de la agrupación de interés económico.

En síntesis, los elementos que determinaban ese efecto eran los siguientes:

- El artículo 115.6 del TRLIS procuraba a la agrupación de interés económico, en cuanto titular pasivo de un contrato de arrendamiento financiero, la ventaja fiscal propia de este tipo de contratos que, en síntesis, podía, y puede, cifrarse en una amortización acelerada calculada sobre el doble de los coeficientes de amortización según tablas de amortización oficialmente aprobadas. El apartado 11 de ese mismo artículo admitía que la amortización acelerada pudiera comenzar tras la suscripción del contrato de arrendamiento financiero, esto es, antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del buque, «atendiendo a las peculiaridades del periodo de contratación o de la construcción del bien, así como a las singularidades de su utilización económica».
- El artículo 48 del TRLIS permitía que la base imponible negativa derivada de la amortización acelerada así definida trascendiera a los socios de la agrupación de interés económico.
- El artículo 50.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), en combinación con el artículo 125.2 del TRLIS, determinaba que, con ocasión de la transmisión del buque al naviero por parte de la agrupación de interés económico, el exceso de la amortización acelerada sobre la amortización técnica quedase amparado por el régimen de tonelaje, en cuanto aquel precepto reglamentario excluía de la consi-

² Ayuda estatal SA.21233 (11/C) (ex NN, ex CP 137/06). *Régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero también conocidos como sistema de arrendamiento financiero fiscal español (SEAF).*

deración «de buques usados aquellos que hayan sido adquiridos mediante el ejercicio de la opción de un contrato de arrendamiento financiero cuyos efectos fiscales hayan sido objeto de previa autorización por parte de la Administración tributaria».

Véase, por tanto, que la ventaja fiscal no era un simple diferimiento del impuesto, sino que consistía en la configuración de una partida fiscalmente deducible de carácter absoluto, ajena por completo a la naturaleza de gasto contable.

En los párrafos 55 y 56 del expediente de ayuda de Estado instruido por la Comisión de la Unión Europea se sintetiza la ventaja fiscal del denominado *SEAF*³, distinguiendo entre la aceleración de la amortización y la conversión de esa ventaja en permanente, concluyendo en el párrafo 57 que «el efecto conjunto de las medidas fiscales descritas más arriba permite a la AIE y a sus inversores conseguir una plusvalía fiscal de aproximadamente el 30 % del precio inicial bruto del buque...» lo que permite a la Comisión afirmar en el párrafo 83 que «el SEAF en conjunto constituye una ayuda estatal con arreglo al artículo 107, apartado 1, del TFUE».

Cuestión distinta es la identificación de los beneficiarios de la ayuda de Estado, pues si bien es cierto que formalmente lo son los socios de la agrupación de interés económico, la Comisión no ignora los procesos de traslación de ventajas fiscales, y así señala que «la ayuda puede ser concedida a: las AIE que participan en las transacciones SEAF; sus inversores residentes en España, las empresas navieras, y posiblemente las compañías de arrendamiento financiero, los bancos y otros intermediarios que participan en el funcionamiento del sistema, así como los astilleros...»

Una decisión de la Comisión, de 17 de julio de 2013, establece la recuperación de las ayudas de Estado en cabeza de los financiadores, dejando a salvo a los astilleros. Así, en el comunicado de prensa se dice que «la Comisión ha concluido que este régimen ha otorgado una ventaja competitiva a las empresas miembros de las AIE creadas para estas operaciones».

No obstante, el importe a recuperar ofrece una cierta ambigüedad porque la rebaja de precio que el sistema procura a favor de la compañía naviera, estimado por la Comisión entre el 20 y el 30 % sobre el precio percibido por el astillero, «ha contribuido, en cierta medida, a la realización de los objetivos de interés común perseguidos por las Directrices sobre ayudas de Estado al transporte marítimo...», de manera tal que «dado que esta rebaja la concede la AIE y no es imputable al Estado, la Comisión considera que no constituye ayuda estatal para la compañía naviera».

Por otra parte, las ayudas de Estado anteriores a abril de 2007 no serán recuperables en virtud de que, según la Comisión, es en ese momento cuando la decisión final de la investigación relativa al régimen francés de las AIE fiscales disipa las dudas que pudieran existir y, consiguientemente, no es oponible la confianza legítima.

³ Sistema español de arrendamiento financiero.

2.2. LA REMOCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO NAVAL

La Ley 16/2012 ha puesto fin al régimen fiscal descrito, mediante:

- La objetivación de las causas que pueden justificar el inicio de los efectos fiscales del arrendamiento financiero antes de la puesta en funcionamiento del activo objeto del contrato de arrendamiento financiero. Esta medida limita la discrecionalidad administrativa (disp. final primera. Cinco de la Ley 16/2012). Consecuentemente se deroga el artículo 49 del RIS, por cuanto este precepto era desarrollo de la primitiva redacción del artículo 115.11 del TRLIS (disp. derog. única.2 de la Ley 16/2012). También se deroga el artículo 48.4 del TRLIS, en cuanto relacionado con la primitiva redacción del artículo 115.11 del TRLIS (disp. final primera. Tres de la Ley 16/2012).
- Derogación del artículo 50.3 del RIS, de manera tal que la renta positiva derivada de la transmisión de un buque adquirido mediante arrendamiento financiero constituida por la diferencia entre la amortización fiscal y la amortización técnica no podrá acogerse al régimen de tonelaje, en cuanto imputable a un buque que no se reputa nuevo (disp. derog. única.2 de la Ley 16/2012).

Se establece un régimen transitorio que, en esencia, prolonga los efectos de la normativa precedente respecto de los buques que hayan obtenido la autorización prevista en el artículo 115.11 del TRLIS «en un periodo impositivo iniciado antes de 1 de enero de 2013» (nueva disp. trans. trigésimo novena del TRLIS, incorporada por la disp. final primera. Seis de la Ley 16/2012).

La norma transitoria tiene su lógica en la protección de las operaciones realizadas bajo el supuesto de la obtención de unas importantes ventajas fiscales, las cuales tal vez no se hubieran concertado en un escenario fiscal distinto.

Sin embargo, respecto de esas autorizaciones, ha de tomarse en consideración que la disposición final quinta del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, ha añadido una nueva disposición transitoria, cuadragésima segunda, al TRLIS, con el objeto de adecuar las mismas a la Decisión de la Comisión de 17 de julio de 2013, relativa al régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero, en cuya virtud, como no podría ser de otra manera, dichas autorizaciones carecerán de eficacia en la medida en que constituyan ayuda de Estado⁴.

⁴ «De acuerdo con lo establecido en los artículos 1 y 3 de la Decisión de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013, relativa al régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero, las autorizaciones administrativas concedidas entre el 30 de abril de 2007 y el 29 de junio de 2011, en relación con el apartado 11 del artículo 115 de esta Ley según redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, y con el régimen fiscal especial de entidades navieras en función del tonelaje, a favor de agrupaciones de interés económico, reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, tendrán las siguientes especialidades:

Nótese que los acuerdos de arrendamiento financiero naval anteriores a 30 de abril de 2007 no están afectados por la Decisión de la Comisión, y que los posteriores lo están en cuanto sean constitutivos de ayuda de Estado incompatible, y en la medida en que lo sean. Por tanto, se abre una consideración casuística de las operaciones realizadas, cuyo parámetro de regularidad ha de buscarse en el contenido de la Decisión de la Comisión.

2.3. DESCRIPCIÓN DEL RÉGIMEN ESTABLECIDO POR LA LEY 16/2012

Las modificaciones introducidas por la Ley 16/2012, sobre la base y amparo de la autorización de la Comisión⁵, no han afectado al núcleo de la ventaja derivada del régimen fiscal del arrendamiento financiero, aunque sí han puesto fin a la ayuda de Estado al impedir que la ventaja fiscal temporal se transforme en definitiva al amparo del régimen fiscal del tonelaje.

Continúa, pues, la ventaja de la amortización acelerada, y también la posibilidad de iniciar dicha amortización acelerada antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien objeto del contrato, pero esta ventaja ya no será constitutiva de ayuda de Estado en la medida en que no tiene carácter selectivo.

Con carácter general, los elementos patrimoniales del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias comienzan a amortizarse «desde su puesta en condiciones de funcionamiento» (art. 1.4 del RIS). Coherentemente, la deducción de la recuperación de coste de los elementos objeto de un contrato de arrendamiento financiero, en cuanto limitada al doble de los coeficientes de amortización, se inicia, como regla general, tomando en cuenta «el momento de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien» (art. 115.6 del TRLIS), si bien mediante autorización del Ministerio de Hacienda ese momento podía ser modificado «atendiendo a las peculiaridades del periodo de contratación o de la construcción del bien, así como a las singularidades de su utilización económica» (art. 125.11 del TRLIS, anterior a la modificación de la Ley 16/2012).

Pues bien, la nueva redacción del artículo 125.11 del TRLIS establecida por la Ley 16/2012 ha supuesto el tránsito de un régimen de autorización administrativa a otro de comunicación a la Administración tributaria, en cuya virtud las entidades arrendatarias tendrán la facultad de comenzar la recuperación del coste del bien objeto del contrato en «el momento del inicio efectivo de la construcción del activo», esto es, antes de la puesta en funcionamiento, bajo el cumplimiento de un conjunto de requisitos.

a) Lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 115 de esta Ley, según redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, no resultará de aplicación en la medida en que constituya ayuda de Estado incompatible en los términos previstos por la referida Decisión.

b) No resultará de aplicación el régimen fiscal especial de entidades navieras en función del tonelaje a las agrupaciones de interés económico, en la medida en que constituya ayuda de Estado incompatible en los términos previstos por la referida Decisión.»

⁵ SA.34936(2012/N).

Podrán acogerse a este régimen los contratos relativos a los siguientes activos:

- Por su naturaleza técnica, aquellos que no se produzcan en serie, «sino que reúnan requisitos técnicos y de diseño singulares» (letra c).
- Por el tiempo de construcción, aquellos que agoten «un periodo mínimo de 12 meses».
- Por las características del contrato del que son objeto, aquellos en los que las cuotas se «satisfagan de forma significativa antes de la finalización de la construcción del activo».

En consecuencia, respecto de los elementos patrimoniales que cumplan los requisitos precedentes, la aceleración de amortizaciones se producirá antes de la puesta en condiciones de funcionamiento, de manera tal que la ventaja es doble: aceleración y anticipación.

Es claro que el régimen de aceleración y anticipación descrito podrá ser aplicado respecto de los contratos de arrendamiento financiero relativos a la construcción de buques, ya que en ellos concurrirán normalmente los requisitos citados.

Ciertamente, por el portillo del apoyo a la construcción naval podrá entrar un conjunto variado e impreciso de elementos patrimoniales: es el precio de la adecuación de la ventaja fiscal a la normativa sobre ayudas de Estado, que exige su generalización⁶.

2.4. LOS INCENTIVOS FISCALES INTERMEDIADOS

Dejando al margen cuanto de atendible, en términos sociales, pueda haber en el objetivo de subsidiar una industria que, como la de la construcción naval, tanto ha venido sufriendo en las últimas décadas, es interesante reflexionar sobre el alcance del párrafo que el escrito de la Comisión dedica a los posibles beneficiarios de las ayudas. No son solo los astilleros, tal vez ni siquiera con carácter principal, los beneficiarios efectivos de las ayudas, sino un cúmulo de inversores a los que la Comisión denomina «contribuyentes españoles muy lucrativos que esperan rendimientos de su inversión en forma de una base imponible reducida», se dibuja como el núcleo beneficiario.

Ahora bien eso sucede con todos los incentivos fiscales cuya canalización se realiza a través de intermediarios financieros o prestadores de servicios financieros o, en general, inversores financieros, los cuales intentarán captar para sí la mayor parte de la ventaja fiscal.

El régimen fiscal del arrendamiento financiero, y el de los partícipes de las instituciones de inversión colectiva y fondos de pensiones son, tal vez, los casos que mejor ilustran la afirmación precedente.

⁶ El comunicado del vicepresidente de la Comisión, Joaquín Almunia, describe perfectamente la situación: «De cara al futuro, existe un régimen fiscal no selectivo aprobado por la Comisión en noviembre de 2012 que puede utilizarse, entre otros fines, para financiar el sector naval».

El Real Decreto-Ley 15/1977 estableció que las cuotas de arrendamiento serían fiscalmente deducibles, de manera tal que concedió a las entidades de arrendamiento financiero patente para distribuir el incentivo fiscal de la libertad de amortización. La Ley 26/1988 estableció plazos mínimos de duración de los contratos de arrendamiento financiero, según que los bienes objeto de los mismos fueran muebles o inmuebles, y de esta manera morigeró ligeramente esa patente llevándola al territorio de la amortización acelerada.

A raíz del Plan General de Contabilidad de 1990, la ventaja fiscal del arrendamiento financiero, antaño escondida tras las bambalinas de las formas jurídicas, quedó al descubierto. El Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1995 propuso el alineamiento de la regulación fiscal con la contable⁷, pero la Ley 43/1995 no reflejó este planteamiento, limitándose a poner un techo a la aceleración de amortizaciones concretado en el doble de los coeficientes de amortización establecidos en las tablas de amortización oficialmente aprobadas, lo que redujo la ventaja fiscal, pero no la eliminó. Es más, esa ventaja se ensanchó posteriormente mediante la incorporación del apartado 11 al artículo 115 del TRLIS por obra de la Ley 22/2005, al objeto de anticipar la aceleración de la amortización, y todavía continúa, en la forma expuesta, tras la modificación establecida por la Ley 16/2012.

Véase como la ventaja fiscal del arrendamiento financiero ha navegado con éxito en los procelosos mares de las ayudas de Estado y de las restricciones a la deducción de ciertas partidas en el Impuesto sobre Sociedades, aprobadas, básicamente, durante el año 2012.

La ventaja fiscal del arrendamiento financiero solo puede ser aprovechada por entidades con elevada capacidad de generar beneficios, del mismo modo que, dicho sea entre paréntesis, la limitación a la deducción de intereses establecida en la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS solo podrá ser superada por entidades con capacidad de generar elevados resultados de explotación.

Se abre así un amplio campo para la reflexión fundamentada en los principios de la imposición. La crítica del régimen fiscal del arrendamiento financiero, y su misma existencia, es fácil desde la perspectiva de los principios de neutralidad y suficiencia recaudatoria, pero la adopción de decisiones de política fiscal coherentes con los mismos no lo es tanto, cuando convergen la presión social y los intereses de los intermediarios e inversores financieros.

3. LIMITACIONES A LA DEDUCCIÓN DE GASTOS

Las necesidades recaudatorias han propulsado un conjunto de reformas limitativas de la deducción de gastos. Estas limitaciones están diseminadas, excepto la relativa a las amortizaciones, en varias

⁷ Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades (IEF, mayo 1994), en cuya página 103 se decía que «en el supuesto en el que el importe a pagar por el ejercicio de la opción de compra sea inferior al valor residual del bien objeto del contrato determinado en función de las normas generales sobre amortización y, por lo tanto, quepa esperar que dicha opción sea ejercitada, la regulación fiscal debe ser coincidente con la contable».

normas con rango de decreto-ley, y se establecen una vez iniciado el periodo impositivo de 2012, pero antes de su conclusión, por tanto encierran una retroactividad débil, constitucionalmente admisible.

3.1. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL FONDO DE COMERCIO

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013 la partida fiscalmente deducible correspondiente al fondo de comercio prevista en el artículo 12.6 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 1. Primero. Uno del RDL 12/2012).

Por tanto, de la veinteaava parte del importe del fondo de comercio se pasará en 2012 y 2013 a la centésima parte de dicho importe. En 2014 y sucesivos se recuperará la deducción de la veinteaava parte, hasta que la suma de las deducciones practicadas en todos los periodos impositivos concernidos alcance el importe del fondo de comercio.

La Consulta V1544/2009 (NFC032950) de la Dirección General de Tributos ha indicado que la corrección de valor del fondo de comercio será fiscalmente deducible con independencia de que se cumplan o no los requisitos del artículo 12.6 del TRLIS. La cantidad deducible será el importe de la corrección de valor que exceda de las deducciones acumuladas previamente practicadas al amparo de lo previsto en dicho precepto. ¿Se aplica la limitación también al gasto contable así configurado fiscalmente?

La literalidad del precepto que establece la limitación (minorada en las deducciones aludidas) anima a la respuesta negativa, de manera tal que la corrección de valor contable correctamente practicada sería íntegramente deducible, pero el contexto en el que se inserta la limitación, patentemente teñido de una vitola recaudatoria, milita en sentido contrario. Es dudoso que el contexto deba prevalecer sobre el sentido que la doctrina administrativa, anclada firmemente en el artículo 10.3 del TRLIS, ha otorgado a la relación entre la partida fiscalmente deducible del artículo 12.6 del TRLIS y la corrección contable del fondo de comercio.

3.2. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA DE FUSIÓN

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013, la deducción de aquella parte de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz, del artículo 89.3 del TRLIS, no imputable a bienes y derechos está sujeta «al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 1. Primero. Dos del RDL 12/2012).

La norma limitativa no altera el régimen sustantivo de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz. Simplemente impone una limitación temporal a la deducción de aquella parte de la diferencia de fusión fiscalmente eficaz imputable al fondo de comercio. Por tanto, para calcular la limitación es preciso determinar ese fondo de comercio, que, obsérvese bien, no coincidirá nece-

sariamente con el contabilizado en las cuentas individuales, en la medida en que la renta derivada de la transmisión de la participación que ha posibilitado la fusión impropia no haya tributado plenamente, todo ello de acuerdo con las previsiones del citado artículo 89.3 del TRLIS.

Se presenta aquí la misma incertidumbre expuesta en el apartado precedente relativa a la corrección de valor contable.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.3. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL INTANGIBLE CON VIDA ÚTIL INDEFINIDA

Con efectos para los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2012 o 2013, la partida fiscalmente deducible correspondiente al inmovilizado intangible del artículo 12.7 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la cincuentava parte de su importe» (art. 26. Primero. Tres del RDL 20/2012).

Se observará que el techo del límite está referenciado a una deducción del 10%, por tanto ha sido calculado coherentemente con el techo del límite correspondiente a la partida del fondo de comercio, ya que esta última está referenciada a una deducción del 5%.

Se plantea, igualmente, la cuestión concerniente a la limitación de la corrección de valor contable, en los mismos términos anteriormente examinados en relación con el fondo de comercio.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.4. DEDUCCIÓN CORRESPONDIENTE AL DENOMINADO FONDO DE COMERCIO FINANCIERO

Con efectos de los periodos impositivos que se inicien dentro de los años de 2011, 2012 y 2013, la partida fiscalmente deducible del artículo 12.5 del TRLIS «está sujeta al límite anual máximo de la centésima parte de su importe» (art. 9. Primero. Tres del RDL 9/2011).

Puede observarse que esta limitación se introdujo en 2011. Sin embargo, no puede ser tomada como precursora de las anteriores, por cuanto el artículo 12.5 del TRLIS encierra una ventaja fiscal, actualmente restringida por causa de la normativa comunitaria concerniente a las ayudas de Estado, en tanto que las deducciones relativas al fondo de comercio y a los intangibles responden a la finalidad de objetivar, a efectos fiscales, los gastos contables correspondientes al deterioro de los activos concernidos.

La recuperación del importe no deducido se producirá a partir de 2014.

3.5. DEDUCCIONES POR AMORTIZACIÓN

El artículo 7 de la Ley 16/2012 limita la deducción de la amortización contable del inmovilizado material, intangible y de las inversiones inmobiliarias, esto es, de toda la amortización contable, en relación con los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2013 y 2014, de manera tal que solamente se deducirá «hasta el 70 % de aquella que hubiera resultado fiscalmente deducible de no aplicarse el referido porcentaje».

3.5.1. Determinación de la limitación

Para aplicar la limitación bastará con multiplicar por 0,7 la amortización contable que hubiere sido fiscalmente deducible por aplicación de las normas generales, esto es, las contenidas en el artículo 11.1 y 4 del TRLIS y en los artículos 1 a 4, ambos inclusive del RIS. Nótese, por tanto, que no se trata de un techo igual al 70 % de la cuota de amortización máxima según tablas de amortización oficialmente aprobadas, sino de una reducción del 30 % de la cuota de amortización contable que resulte ser fiscalmente deducible.

En síntesis, la secuencia para llegar a la amortización fiscalmente deducible por amortización es la siguiente: amortización contable, amortización fiscalmente deducible, limitación.

Tratándose de elementos en arrendamiento financiero, la deducción de la cuota de recuperación de coste no podrá rebasar el 70 % del resultado de aplicar el doble del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas al coste del bien objeto del contrato. En este caso, la secuencia para llegar a la partida fiscalmente deducible prescinde de la amortización contable.

3.5.2. Empresas de reducida dimensión

Con carácter general, la limitación no se aplica respecto de las empresas de reducida dimensión (capítulo XII del título VII del TRLIS).

No obstante, la limitación sí se aplica «respecto de aquellos bienes que se amorticen según lo establecido en los artículos 111, 113 o 115 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, pero solamente cuando el sujeto pasivo no cumpla los requisitos establecidos en los apartados 1, 2 o 3 del artículo 108 de dicha Ley en el periodo impositivo correspondiente».

En consecuencia, las empresas de reducida dimensión no están afectadas por la limitación, pero sí lo están las que lo fueron en el momento de la puesta en funcionamiento de los elementos concernidos y ya no lo son en 2013 o en 2014.

Por tanto, las empresas que eran de reducida dimensión en el momento de la puesta en funcionamiento podrán aplicar la amortización acelerada, en sus dos modalidades, de acuerdo con lo

previsto en los artículos 111 y 113 del TRLIS, pero la misma queda limitada al 70%. Aquí la secuencia para llegar a la amortización fiscalmente deducible prescinde de la amortización contable.

3.5.3. Amortización mediante plan o prueba específica

La limitación no se aplica «respecto de aquellos elementos patrimoniales que hayan sido objeto de un procedimiento específico de comunicación o de autorización, por parte de la Administración tributaria, en relación con su amortización».

El texto normativo se refiere, básicamente, a los planes de amortización regulados en el artículo 5 del RIS. No se advierte cuál pueda ser la razón de excluir la limitación en este supuesto, pues el plan de amortización puede ser, lógicamente, afectado por una ley posterior.

Por el contrario, la limitación sí se aplica cuando el sujeto pasivo justifica que la amortización contable, aun excediendo de la prevista en las tablas de amortización oficialmente aprobadas, es efectiva.

3.5.4. Deterioro

La limitación no se aplica respecto del deterioro. Un deterioro correctamente determinado de acuerdo con las normas contables será fiscalmente deducible. La norma precisa que «no tendrá la consideración de deterioro la amortización contable que no resulte fiscalmente deducible» como consecuencia de la limitación.

Este párrafo pretende salir al paso de posibles interpretaciones interesadas de la limitación. Mas en rigor es totalmente innecesario, pues la porción de amortización contable que resulta ser fiscalmente no deducible no puede ser calificada como deterioro, al menos si damos a ese término el sentido que tiene de acuerdo con las normas contables [art. 38 c) del CCo], como así parece procedente.

3.5.5. Recuperación de las cantidades afectadas por la limitación

La parte de la amortización que hubiera resultado ser fiscalmente deducible de no ser por la limitación «se deducirá de forma lineal durante un plazo de 10 años u opcionalmente durante la vida útil del elemento patrimonial, a partir del primer periodo impositivo que se inicie dentro de 2015».

Por tanto, a partir de 2015, inclusive, se deducirá la amortización correspondiente al periodo impositivo, y se recuperará la amortización no deducida en 2013 y 2014 por causa de la limitación.

La recuperación ha de hacerse en forma lineal, sea durante diez años contados a partir de 2015, inclusive, o durante los años de vida útil que resten al elemento patrimonial a partir de 2015, inclusive. En consecuencia, aunque el método de amortización que se siguiere no fuere lineal, por ejemplo mediante dígitos o mediante porcentaje constante, la recuperación deberá hacerse de forma lineal.

Naturalmente, la transmisión del elemento patrimonial determina la regularización de los importes pendientes de recuperar mediante su influencia en el cálculo de la renta fiscal derivada de dicha transmisión.

3.6. DEDUCCIÓN DE INDEMNIZACIONES POR EXTINCIÓN DE RELACIONES LABORALES O MERCANTILES

La nueva letra i) del artículo 14.1 del TRLIS establece una limitación a la deducción de los gastos derivados de la extinción de relaciones laborales o de la prestación de ciertos servicios mercantiles (disp. final primera. Primero. Uno de la Ley 16/2012).

Los gastos afectados son:

- Los derivados de la extinción de la relación laboral, cualquiera que sea la causa de dicha extinción y el fundamento de la retribución. Por tanto, no solo las indemnizaciones, sino también otros conceptos, tales como los premios por jubilación, ya sean en dinero o en especie, pero no los premios por antigüedad, en la medida en que los mismos no se hallen asociados a la extinción de la relación laboral.
- Los derivados de la extinción de la relación mercantil concerniente a administradores y miembros de los Consejos de Administración o de órganos asimilados.

Por el contrario, no quedan afectadas las remuneraciones ordinarias ni los honorarios inherentes a la prestación de servicios profesionales, por elevados que ambos pudieran ser.

La limitación se construye en función de dos referencias cuantitativas:

- El exceso del gasto contable sobre 1.000.000 de euros.
- El exceso del gasto contable sobre el importe que resulte exento por aplicación de lo previsto en el artículo 7 e) de la Ley 35/2006.

Tratándose de remuneraciones no afectadas por la exención del artículo 7 e) de la Ley 35/2006 solamente opera la primera referencia. Cuando sí es aplicable la exención operan las dos referencias, prevaleciendo la mayor.

El gasto no deducible es el montante del mayor de los excesos. Puesto que las referencias operan conjuntamente, ha de entenderse que la limitación solo se aplica en relación con los gastos que excedan la cantidad de 1.000.000 de euros. Así, una indemnización por despido de 1.200.000 euros que disfrute de una exención de 700.000 euros genera dos referencias cuantitativas, a saber, 200.000 euros ($1.200.000 - 1.000.000$) y 500.000 euros ($1.200.000 - 700.000$), de manera tal que la cantidad no deducible será 500.000 euros, en tanto que una indemnización por despido de 900.000 euros que disfrute de una exención de 400.000 euros genera una sola referencia (500.000 euros) y, consecuentemente, no estará afectada por la limitación.

Si la interpretación precedente es correcta, la forma en como está construida la limitación provoca el denominado error de salto. En efecto, una indemnización por importe de 1.000.001 euros con una exención de 700.000 provoca dos referencias, a saber, 1 euro ($1.000.001 - 1.000.000$) y 300.001 euros ($1.000.001 - 700.000$), y el gasto no deducible será 300.001 euros, en tanto que una indemnización por importe de 999.999 euros con una exención de 700.000 euros solo determina una referencia y, por tanto, el gasto contable no estará afectado por la limitación.

Nótese que el error de salto solamente afecta a las remuneraciones que pueden disfrutar de exención en los términos del artículo 7 e) de la Ley 35/2006. Así, quedarán libres del mismo los gastos contables que reflejen la extinción de la relación jurídica de administración o la laboral de alta dirección.

3.7. LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

Está regulada en el artículo 20 del TRLIS, cuya nueva redacción impide la deducción de todo tipo de gastos contables derivados del endeudamiento que excedan del 30 % del beneficio operativo. En números anteriores de esta revista se efectuaron los comentarios concernientes a dicho precepto, a los que se efectúa remisión.

No obstante, con posterioridad se ha producido una circunstancia, en relación con una norma alemana, en parte similar, que reviste un cierto interés.

Se ha destacado de la nueva norma su parentesco con las más modernas normas antisubcapitalización, en particular con la alemana, por cuanto, en efecto, dicha norma fija el límite de deducción en el 30 % del *ebitda* y el exceso se puede deducir en los periodos impositivos sucesivos. No obstante, la norma española es mucho más restrictiva ya que, a diferencia de la alemana, no contiene la cláusula de escape consistente en admitir, en relación con las entidades filiales, todos los gastos financieros que, aun rebasando el límite, derivan de una estructura financiera comparable con la del grupo mercantil al que pertenecen.

Pues bien, con fecha 29 de abril del corriente año, el tribunal de Münster ha recabado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal por considerar que el límite a la deducción de gastos financieros podría ser inconstitucional. Preocupa al referido tribunal que la norma limitativa violente el artículo 3, relativo al principio de igualdad, y el artículo 14, concerniente a la garantía de respeto de la propiedad, ambos de la Ley Fundamental de Bonn.

El tribunal de Münster indica que es constitucionalmente posible apartarse del principio del neto objetivo por razones fundadas de interés general, pero también que debe hacerse respetando el principio de proporcionalidad lo que, a su entender, no acontece, por cuanto la limitación afecta a los intereses derivados de cualquier clase de endeudamiento y no solo al de carácter artificioso.

¿Podría la iniciativa del tribunal de Münster tener su homóloga en España?

El Tribunal Constitucional español ha concedido un gran valor al principio de proporcionalidad pues, según su doctrina, «el que en la aplicación parcial del tributo se produzca un efecto contrario a la equidad, no puede convertir la norma en cuestión *–eo ipso–* en contraria a los principios del artículo 31.1 de la CE y, concretamente, al principio de justicia tributaria, salvo que esa afectación, bien sea ilegítima, por carecer de razón que la justifique, bien sea desproporcionada cuando aún gozando de una justificación que la legitime, sea mayor el sacrificio producido en los principios constitucionalmente consagrados que el beneficio que a través de su finalidad se pretende obtener [STC 19/2012 (NCJ056426)]».

Una limitación a la deducción de intereses no violenta el principio de capacidad económica con tal de que afecte de manera igual a todos los sujetos pasivos. La cuestión, por tanto, es si la forma en cómo se establece la limitación respeta la igualdad⁸. Y su formulación podría ser la siguiente: ¿es proporcionado aumentar la limitación a medida que el resultado operativo decrece?

No es difícil establecer lazos entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española en materia de principios rectores de la imposición, y de ahí que, cualquiera que sea su signo, la resolución del Tribunal Constitucional alemán tendrá repercusión entre nosotros.

3.8. LIMITACIÓN A LA COMPENSACIÓN DE BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

El artículo 26. Primero. Uno del Real Decreto-Ley 20/2012 establece una limitación cuantitativa a la compensación de bases imponibles negativas, construida en referencia al importe de la base imponible previa a la compensación de pérdidas:

- 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».

El comentario de esta limitación ha sido abordado en un número anterior de esta revista, y al mismo se efectúa remisión.

3.9. VISIÓN GLOBAL DE LAS LIMITACIONES A LA DEDUCCIÓN DE GASTOS

Ni que decir tiene que detrás de todas estas limitaciones está la necesidad recaudatoria. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas esta necesidad se ha solventado, esencialmente, mediante

⁸ RODRIGO CHAQUES, G.: «La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el Impuesto sobre Sociedades, comparabilidad y análisis constitucional». RCyT. CEF, núm. 362 (mayo 2013).

la elevación de los tipos de gravamen. También en el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el Impuesto sobre Sociedades esa necesidad se ha canalizado a través de la restricción a la deducción de gastos.

En términos generales, la modificación de los tipos de gravamen es un camino más neutral y equitativo, por cuanto afecta a todos los contribuyentes (generalidad) e impone un sacrificio igual (progresividad). Por el contrario, las limitaciones a la deducción de gastos contables no afectan a todos los contribuyentes, y los que resultan afectados no soportan un sacrificio igual. La reflexión sería distinta en relación con las limitaciones que, eventualmente, afectarían a gastos fiscales sin respaldo contable, por ser meras ventajas o incentivos fiscales, cual es el caso, entre otros, de la libertad de amortización.

Las limitaciones más llamativas son las que afectan a las amortizaciones y a los gastos financieros, las cuales, seguramente, serán las más relevantes en términos cuantitativos.

La limitación a la deducción por amortizaciones discrimina en contra de las empresas cuyo activo está integrado por una elevada proporción de inmovilizado material o, más precisamente, cuya generación de ingresos está asociada a la utilización de elevadas dosis de inmovilizado material. También discrimina contra las empresas que utilizan maquinaria y otros equipos industriales a título de propietarios frente a las empresas que los utilizan a título de arrendatarios.

La limitación de la deducción por intereses discrimina contra las empresas muy endeudadas que generan escasos resultados de explotación. De esta discriminación habrán podido escapar las empresas que por pertenecer a grupos multinacionales tienen posibilidad de transferir el endeudamiento a otras empresas, lo que hace aquella todavía más áspera.

La deducción de intereses podría, incluso, suprimirse, y no determinaría discriminación. Más aún, una supresión total sería neutral, y por lo tanto no discriminatoria, en la medida en que trataría por igual la remuneración de los fondos propios y la de los pasivos financieros. Sería el modelo CBIT⁹. Lo que determina la discriminación es la asociación del límite al resultado de explotación.

La limitación a la deducción de gastos derivados de la extinción de relaciones laborales o mercantiles reviste tintes éticos. En efecto, en medio de la fuerte crisis que azota a España, se ha asistido al espectáculo, no edificante, de administradores y altos directivos que cobran sumas enormes por causa de la rescisión de sus contratos. Si el derecho les asiste la ética seguramente no, pues no es cierto que, en todo caso, esas sumas respondan a pactos concertados en un mercado de servicios sujeto a las saludables reglas de la libre competencia, sino más bien a la cooptación ejercitada por una minoría de administradores y/o directores, de elevada calificación técnica, que se impone con fuerza irresistible a la mayoría desorganizada de la masa de pequeños y medianos accionistas, fenómeno este bautizado por los politólogos como la *revolución de los managers*¹⁰.

⁹ *Report of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax Systems-Taxing Business Income Once* (Treasury Integration Report, January 1992).

¹⁰ SARTORI, G.: *¿Qué es la democracia?* El texto es revelador: «... el manager que pierde cae...con un paracaídas de oro predispuesto por el mismo... El propietario privado derrotado por el mercado cae empobreciéndose ...el manager sin propiedad privada, al ser excluido, se hace pagar, sin pagar de su propio bolsillo...».

Sin embargo, no parece que se compadezca bien con la naturaleza del Impuesto sobre Sociedades negar la deducción de un gasto contable nacido de una relación jurídicamente protegida, cuando, además, determina una renta gravable por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

4. EL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO INDIRECTO

La Consulta V0608/2012, de 21 de marzo (NFC043890), de la Dirección General de Tributos, admitió que la partida fiscalmente deducible del fondo de comercio financiero del artículo 12.5 del TRLIS también pudiera derivarse de participaciones indirectas, rectificando así la doctrina administrativa sentada en contestaciones precedentes. Lo propio hizo el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), mediante Resolución de 26 de junio de 2012 (NFJ047631).

Tanto la consulta como la resolución del TEAC despliegan dos vías interpretativas. La primera discurre por la senda de dar igual trato a situaciones jurídicas que, sustancialmente, son iguales, y la segunda busca acomodo en ciertos párrafos de las dos decisiones de la Comisión de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado que han afectado a este precepto.

Nada hay que oponer a la primera vía, pues es lo cierto que la adquisición directa e indirecta merecen el mismo tratamiento, ya que la existencia e importe del fondo de comercio no dependen de la forma en cómo se haya alcanzado el control sobre la entidad portadora del mismo. Esta interpretación debió abrirse paso desde los albores del artículo 12.5 del TRLIS (Ley 24/2001). Cuestión distinta es que el incentivo fiscal, en sí mismo, pudiera ser susceptible de una revisión crítica.

La segunda trae a colación determinados párrafos de las decisiones de la Comisión de la Unión Europea en materia de ayudas de Estado concernientes al artículo 12.5 del TRLIS. Así la consulta mencionada indica que «el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión de 28 de octubre de 2009 admite la aplicación del artículo 12.5 del TRLIS en relación con los derechos poseídos directa o indirectamente en empresas intracomunitarias... En idénticos términos se manifiesta el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión de 12 de enero de 2011 respecto a los derechos poseídos directa o indirectamente en empresas ubicadas fuera de la Unión Europea... De lo que se concluye que una interpretación, por parte de este Centro Directivo, que admita la deducción fiscal del fondo de comercio financiero correspondiente a distintos niveles de participación se encuentra amparada y validada por la interpretación que la Comisión Europea refleja en las Decisiones anteriormente citadas...». Parecidos argumentos se hallan en la resolución del TEAC.

Pues bien, enterada la Comisión de la Unión Europea de la nueva postura interpretativa adoptada por la autoridad fiscal española, mediante su decisión de 17 de julio de 2013¹¹, obtura la que se ha denominado anteriormente segunda vía interpretativa, pues aun cuando la Comisión entiende que de la interpretación conjunta de los artículos 12.5 y 21 del TRLIS puede desprender-

¹¹ Ayuda estatal SA 35550 (2013/C) (ex 2013NN) (ex 2012/CP)- España. Amortización fiscal del fondo para la adquisición de participaciones extranjeras.

se que, en efecto, el incentivo fiscal se proyecta también respecto de las adquisiciones indirectas, para la Comisión lo relevante es que «durante el procedimiento administrativo que desembocó en la adopción de la Primera y Segunda Decisiones, las autoridades españolas habían explicado a la Comisión que, aunque la ley no lo excluía expresamente, la práctica administrativa consolidada únicamente permitía aplicar la medida a las adquisiciones directas...»

Por todo ello, la Comisión considera «con carácter preliminar que la nueva interpretación administrativa constituye nueva ayuda ilegal, y concluye ordenando a las autoridades españolas que suspendan toda ayuda ilegal derivada de la aplicación de la nueva interpretación administrativa del artículo 12.5 del TRLIS hasta que la Comisión no haya adoptado una decisión sobre la compatibilidad del régimen modificado con el mercado interior (requerimiento de suspensión)».

Más allá del sentido que, finalmente, cobre la resolución del conflicto, es fácil advertir que la orientación de las recientes modificaciones sufridas por el Impuesto sobre Sociedades pugna, fuertemente, con el empeño de ampliar el campo de aplicación de las ventajas fiscales del artículo 12.5 del TRLIS respecto del admitido por la doctrina administrativa precedente, aunque tal empeño halle respaldo en la filosofía que subyace a dicho precepto. Los tribunales dirán la última palabra.

5. LIBERTAD DE AMORTIZACIÓN

5.1. ANTECEDENTES

La Ley 4/2008 estableció la libertad de amortización, a condición de mantener el empleo, en relación con los activos puestos a disposición del obligado tributario en los periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010. El Real Decreto-Ley 6/2010 amplió el beneficio fiscal a los periodos impositivos iniciados en 2011 y 2012. El Real Decreto-Ley 13/2010 estableció una nueva libertad de amortización, esta vez no condicionada al mantenimiento del empleo, en relación con los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015. A tal efecto, dio nueva redacción a la disposición adicional undécima del TRLIS.

El mandato esencial de esta disposición, contenido en su apartado 1, consistía en que «las inversiones en elementos nuevos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, puestos a disposición del sujeto pasivo en los periodos impositivos iniciados dentro de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, podrán ser amortizados libremente».

5.2. DEROGACIÓN DE LA LIBERTAD DE AMORTIZACIÓN Y RÉGIMEN TRANSITORIO

La disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 12/2012 establece que «a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley quedará derogada la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades». El Real Decreto-Ley 12/2012, de acuerdo con su disposición final cuarta, entró en vigor el día 31 de marzo de 2012.

El artículo 1. Tercero. Dos del Real Decreto-Ley 12/2012 ha añadido una nueva disposición transitoria, la trigésimo séptima, «Libertad de amortización pendiente de aplicar», para regular los efectos transitorios de la libertad de amortización prevista en el Real Decreto-Ley 6/2010 y en el Real Decreto-Ley 13/2010.

El principio rector del régimen transitorio es prolongar los efectos de las normas reguladoras de la libertad de amortización en relación con las inversiones realizadas antes de 31 de marzo de 2012, susceptibles de acogerse a dichas normas.

No obstante, el impacto de la libertad de amortización queda moderado por sendas normas limitativas, una relativa a la libertad de amortización del Real Decreto-Ley 6/2010 y otra concerniente a la establecida por el Real Decreto-Ley 13/2010.

Los efectos conjuntos de la derogación de la libertad de amortización y del régimen transitorio pueden resumirse como sigue:

- Las inversiones realizadas a partir de 31 de marzo de 2012 no tendrán derecho a la libertad de amortización.
- Las inversiones realizadas antes de 31 de marzo de 2012 tendrán derecho a la libertad de amortización.
- La libertad de amortización, en los periodos impositivos que se inicien en 2012 o 2013, está sujeta, excepto para las empresas de reducida dimensión, al límite del 40% o del 20% respecto de la base imponible previa, según que se trate de inversiones acogidas al Real Decreto-Ley 6/2010 o al Real Decreto-Ley 13/2010, respectivamente.

De esta manera se pone fin a la insólita política de libertad de amortización narrada en los antecedentes. En efecto, la libertad de amortización es una potente medida de política fiscal que tiene por objeto animar la demanda de inversión. Precisamente por ello debe proyectarse en relación con periodos temporales cortos. Por eso, una libertad de amortización que podía proyectarse hasta 2015 era, ciertamente, insólita.

6. IMPACTO DE LA CRISIS FINANCIERA

6.1. RÉGIMEN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE APORTACIÓN DE ACTIVOS A SOCIEDADES PARA LA GESTIÓN DE ACTIVOS

El artículo 3 de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, establece, para ciertas entidades de crédito, la obligación de aportar los activos adjudicados o recibidos en pago de deudas a que se refiere el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, a una sociedad anónima.

El artículo 8 de la citada Ley 8/2012 establece que a estas transmisiones les será de aplicación «el régimen fiscal establecido en el capítulo VIII del título VII del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades».

En consecuencia, las rentas, positivas o negativas, puestas de manifiesto en tales transmisiones no se integrarán en la base imponible, aun cuando aquellas no estuvieren tipificadas en los artículos 83 o 94 del TRLIS.

6.2. RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL APLICABLE A LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO

La disposición adicional tercera de la Ley 16/2012 ha incorporado una nueva disposición adicional decimoctava al TRLIS, «Régimen fiscal especial aplicable a las operaciones de reestructuración y resolución de entidades de crédito», en cuya virtud será de aplicación el régimen fiscal del capítulo VIII del título VII del TRLIS a las «transmisiones del negocio o de activos o pasivos realizadas por entidades de crédito en cumplimiento de planes de reestructuración o planes de resolución de entidades de crédito a favor de otra entidad de crédito, al amparo de la normativa de reestructuración bancaria».

El supuesto básico es que la transmisión sea consecuencia de un proceso de reestructuración (capítulo III de la Ley 9/2012) o de resolución (capítulo IV de la Ley 9/2012).

En consecuencia, las rentas, positivas o negativas, puestas de manifiesto en tales transmisiones no se integrarán en la base imponible, aun cuando aquellas no estuvieren tipificadas en los artículos 83 o 94 del TRLIS.

6.3. EXENCIÓN DE RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE DETERMINADOS INMUEBLES

La disposición final primera de la Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios en el sector financiero, ha incorporado una nueva disposición adicional decimosexta al TRLIS, «Exención de rentas derivadas de la transmisión de determinados inmuebles», en cuya virtud se exime el 50% de la renta positiva derivada de la transmisión de inmuebles, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Esta exención también se aplica en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes.

6.3.1. Requisitos

Esos requisitos son los siguientes:

- Que hayan sido adquiridos a título oneroso entre los días 12 de mayo (fecha de entrada en vigor del RDL 18/2012) y 31 de diciembre de 2012.

- Que tengan naturaleza urbana, a cuyo efecto deberá estarse a las normas del Catastro Inmobiliario.
- Que tengan la condición de activo no corriente o que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para venta. Por tanto no están incluidos en la exención parcial los inmuebles que tengan la consideración de existencias según lo previsto en las normas contables contenidas en el Plan General de Contabilidad.

Así como la adquisición ha de haberse producido dentro del intervalo señalado, respecto del tiempo en que debe producirse la transmisión nada se prevé. Por consiguiente cualquiera que sea la fecha de transmisión se aplicará la exención parcial.

6.3.2. Importe de la renta positiva

La renta positiva exenta es, como regla general, la determinada por aplicación de las normas contables. Por tanto, será el resultado de restar del valor de transmisión el valor contable o valor en libros, de manera tal que si el inmueble hubiere estado afecto a un incentivo fiscal de aceleración de amortizaciones el importe representativo de la aceleración no formará parte de la renta positiva parcialmente exenta, aun cuando sí lo haga de la base imponible. No obstante, si hubiere mediado un deterioro fiscalmente computable, la renta contablemente reflejada se minorará en el importe de dicho deterioro.

6.3.3. Compatibilidad con la deducción por reinversión

El tercer párrafo de la norma reguladora de la exención la declara «compatible, en su caso, con la aplicación de la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios prevista en el artículo 42 de esta Ley».

El artículo 42 del TRLIS establece una deducción del 12 %, con carácter general, del importe de ciertas rentas positivas, entre las cuales se hallan, por su naturaleza las concernidas por la exención parcial establecida por la Ley 18/2012, en cuanto estuvieren «integradas en la base imponible».

La compatibilidad de la exención parcial con la deducción por reinversión admite dos lecturas.

La restrictiva postularía que la deducción por reinversión solo cabe respecto de la mitad de la renta positiva, ya que la otra mitad, por causa de la exención, no se ha integrado en la base imponible.

La expansiva postularía que la deducción por reinversión ha de proyectarse sobre la totalidad de la renta positiva, ya que la misma se integra en la base imponible, aun cuando en el cálculo de la cuota íntegra se ha de tener en cuenta el impacto de la exención parcial.

La lectura restrictiva parece más acorde con la forma en como se instrumenta la exención parcial, que parece apuntar hacia una no integración de la renta positiva exenta en la base imponible.

nible. Pero la expansiva no es desdeñable por cuanto podría alegarse que el verdadero sentido de la norma que declara la compatibilidad es, precisamente, dar validez a esa interpretación, ya que la interpretación restrictiva no requeriría norma habilitadora alguna.

6.3.4. Adquisiciones o transmisiones vinculadas

No están amparadas por la exención las rentas positivas de elementos adquiridos, o transmitidos, «a una persona o entidad respecto de la que se produzca alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 42 del Código de Comercio... o al cónyuge de la persona anteriormente indicada o a cualquier persona unida a esta por parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado incluido».

La mención a personas físicas en el contexto de la remisión al artículo 42 del Código de Comercio, que tipifica relaciones de dominación entre sociedades, suscita algunas dudas, que tal vez pudieran solventarse entendiendo que están convocadas las adquisiciones o transmisiones realizadas:

- Entre entidades pertenecientes al mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, «con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».
- Entre una entidad y los administradores de la propia entidad o de otra entidad perteneciente al mismo grupo mercantil, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, «con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas».
- Entre una entidad y los parientes de los administradores referidos.

6.4. RÉGIMEN FISCAL DEL FONDO DE REESTRUCTURACIÓN ORDENADA BANCARIA

El artículo 52.6 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, otorga al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) el régimen fiscal del que disfruta el Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, esto es, exención total en los términos del artículo 9 del TRLIS.

6.5. RÉGIMEN FISCAL DE LOS FONDOS DE ACTIVOS BANCARIOS

El FROB debe constituir la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria SA, la cual adquirirá los activos que el FROB determine en aplicación de lo previsto en el capítulo VI de la Ley 9/2012. Esa entidad podrá constituir, bajo la denominación de

Fondos de Activos Bancarios (FAB), agrupaciones de activos y pasivos, cuya naturaleza será la de patrimonios separados carentes de personalidad jurídica.

La disposición final decimoséptima de la Ley 9/ 2012 ha añadido una nueva letra, k, al artículo 7.1 del TRLIS, al objeto de que esas entidades (FAB) tengan la consideración de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, y la disposición adicional decimoséptima de la Ley 9/2012, les ha otorgado el régimen fiscal establecido en el TRLIS para las instituciones de inversión colectiva.

7. ESTÍMULOS FISCALES AL EMPLEO

7.1. DEDUCCIÓN POR CREACIÓN DE EMPLEO

La Ley 3/2012, de 6 de julio, ha dado nueva redacción al artículo 43 del TRLIS, para introducir la deducción por creación de empleo. Esta deducción tiene dos modalidades:

- Contratación de trabajadores menores de 30 años mediante el contrato a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores del artículo 4 de la Ley 3/2012. Determina una deducción de la cuota íntegra de 3.000 euros, por el primer trabajador contratado.
- Contratación de trabajadores menores de 30 años mediante el contrato a tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores del artículo 4 de la Ley 3/2012. Determina una deducción de la cuota íntegra del 50% de la menor de las dos cantidades, a saber, el importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación o el importe correspondiente a doce mensualidades de prestación por desempleo que tuviera reconocida. A esta deducción solo pueden acogerse las empresas con una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento de la contratación.

Ambas deducciones están supeditadas a la naturaleza del contrato de trabajo celebrado que, como se indica, deberá ser el previsto en el artículo 4 de la Ley 3/2012. Este contrato también acarrea reducciones en las cuotas de la Seguridad Social.

La segunda modalidad está supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La plantilla ha de ser inferior a 50 trabajadores. Por tanto, generan deducción los nuevos trabajadores contratados en la forma expuesta hasta que la plantilla alcance esa dimensión. Ahora bien, la contratación ha de suponer aumento neto de plantilla. Por tanto si los nuevos contratos van acompañados de la extinción de otros el incentivo no se aplicará o se aplicará parcialmente.
- El trabajador contratado ha debido percibir las prestaciones por desempleo durante al menos tres meses.

- El contrato laboral ha de mantenerse durante, al menos, tres años, excepto si la extinción se debe a alguna de las causas justificadas legalmente establecidas.

Debe notarse que no se establece ninguna referencia al grupo mercantil al que, eventualmente, pudiera pertenecer la entidad, de manera tal que la disminución de la plantilla en el conjunto de ese grupo no impide el disfrute de la deducción.

7.2. TIPO DE GRAVAMEN ESPECIAL POR MANTENIMIENTO O CREACIÓN DE EMPLEO

El artículo 8 de la Ley 16/2012 ha dado nueva redacción a la disposición adicional duodécima del TRLIS, que regula el «tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento o creación de empleo», a los solos efectos de extender su aplicación respecto de los periodos impositivos iniciados en 2013. Recuérdesse que este incentivo fiscal ha venido aplicándose desde el periodo impositivo de 2009.

Los requisitos para la aplicación de este tipo de gravamen reducido pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Cifra de negocios inferior a 5 millones de euros, referida, en su caso, al grupo mercantil.
- Plantilla media inferior a 25 empleados.
- No disminución de la plantilla media respecto de la existente en los doce meses anteriores al inicio del primer periodo impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.
- Plantilla media no inferior a la unidad.

Respecto de estos sujetos pasivos, el tipo de gravamen es el siguiente:

- Periodos impositivos iniciados en 2009 y 2010: 20% para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros; 25% para el resto de la base imponible.
- Periodos impositivos iniciados en 2011, 2012 y 2013: 20% para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 25% para el resto de la base imponible.

En consecuencia, respecto del tipo de gravamen general aplicable a las empresas de reducida dimensión, el tipo de gravamen relativo a las de muy reducida dimensión que mantengan o creen empleo ha quedado disminuido en 5 puntos porcentuales. En efecto, las empresas de reducida dimensión, entendiéndose por tales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108

del TRLIS, las que tienen una cifra de negocios inferior a 10 millones de euros, están sujetas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del TRLIS, al siguiente tipo de gravamen: 25 % para la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros; 30 % para el resto de la base imponible.

En ambos casos la cifra de negocios se refiere, en su caso, al grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio o al grupo de empresas cohesionado por lazos familiares en el sentido del artículo 108.3 del TRLIS.

Ninguno de los requisitos que habilitan la aplicación del tipo de gravamen especial se refiere a la actividad que constituya el objeto social de la entidad, ni a la fuente u origen de las rentas. No obstante, debe traerse a colación en este punto la doctrina y jurisprudencia concerniente al tipo de gravamen especial de las empresas de reducida dimensión, perfectamente recogidas y evocadas, respectivamente, en la Resolución del TEAC, de 30 de mayo de 2012 (NFJ047068), la cual ha resuelto que «de conformidad con el artículo 108 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, no procede la aplicación del tipo reducido establecido en el régimen especial para las empresas de reducida dimensión a entidades que no realicen actividades económicas».

La resolución se basa en que los incentivos fiscales se proyectan, a tenor del texto legal, respecto de las «empresas de reducida dimensión». Por tanto, no sobre todo tipo de entidades, sino solo en relación con las que realizan actividades empresariales. Ciertamente, el texto legal de la nueva disposición adicional duodécima del TRLIS no se refiere a las *empresas*, pero sí lo hace a la *cifra de negocios*, y sendas Sentencias de la Audiencia Nacional, de 23 de diciembre de 2010 (NFJ041393) y 31 de enero de 2013 (NFJ050416), han argumentado que «el concepto "cifra de negocios" da a entender que los ingresos que lo componen provienen de una actividad empresarial que, por sus dimensiones, se trata de primar mediante el establecimiento de un tipo de gravamen reducido para una parte de esa cifra económica, posibilidad que no es posible extender a las sociedades de mera tenencia de bienes que, por tal razón, no desarrollan actividad mercantil alguna o, de hacerlo, lo que debe ser objeto de estricta prueba, han de sujetarse, en el acogimiento de tales beneficios, a la separación entre sus ingresos empresariales y los procedentes de la gestión patrimonial».

8. LÍMITE A LAS DEDUCCIONES DEL CAPÍTULO IV DEL TÍTULO VI DEL TRLIS

Como es sabido, esas deducciones ya estaban sometidas a limitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 del TRLIS. El artículo 1. Primero. Tres del Real Decreto-Ley 12/2012 ha endurecido dicha limitación respecto de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013. Al tiempo, ha sometido a limitación a la deducción por reinversión, la cual no estaba sujeta a la misma, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 del TRLIS, pero igualmente solo en relación con los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013.

8.1. LÍMITES A LAS DEDUCCIONES VIGENTES EN 2012 Y 2013

Para los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013 los límites a las deducciones de la cuota íntegra reguladas en el capítulo IV del título VI del TRLIS quedan como sigue:

- El límite general será del 25 %. Por tanto, desciende 10 puntos porcentuales.
- El límite especial será del 50 %. Por tanto, desciende 10 puntos porcentuales. Además, para determinar si procede su aplicación únicamente se tomarán en consideración las deducciones con origen en el artículo 35 del TRLIS (I+D+i).
- Aplicación del límite a la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, anteriormente libre de limitación.

La nueva deducción por creación de empleo del artículo 43 del TRLIS también está afectada, por cuanto el límite se aplica a todas las deducciones del capítulo IV del título VI, salvo la excepción de la deducción por reinversión, temporalmente suspendida respecto de los periodos impositivos iniciados en 2012 y 2013.

La base de cálculo del límite continuará siendo la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición interna e internacional y las bonificaciones.

En 2014 y sucesivos regirán los límites previos a la modificación que se comenta. Por tanto, la deducción por reinversión no estará sujeta a limitación.

8.2. PLAZO PARA LA DEDUCCIÓN DE LAS CANTIDADES PENDIENTES

El artículo 1. Primero. Cuatro del Real Decreto-Ley 12/2012 ha modificado el plazo para la deducción de las cantidades pendientes de aplicación, a cuyo efecto ha dado nueva redacción al segundo párrafo del artículo 44.1 del TRLIS. El plazo queda fijado de la siguiente manera:

- Plazo general, 15 años inmediatos y sucesivos.
- Plazo correspondiente a las deducciones de los artículos 35 y 36 del TRLIS, 18 años inmediatos y sucesivos.

El artículo 1. Primero. Seis del Real Decreto-Ley 12/2012 ha añadido una nueva disposición transitoria trigésimo sexta al TRLIS, al objeto de extender el nuevo plazo de aplicación de las cantidades pendientes a las que estuvieren en tal situación «al inicio del primer periodo impositivo que hubiera comenzado a partir de 1 de enero de 2012».

Esta norma transitoria no afectará, lógicamente, a las cantidades pendientes de aplicación de la deducción por reinversión del artículo 42 del TRLIS, puesto que las mismas no estaban afectadas por el límite.

9. EXENCIÓN DE LAS RENTAS DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOBRE ENTIDADES NO RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

El artículo 1. Segundo. Tres del Real Decreto-Ley 12/2012 ha dado nueva redacción al artículo 21.2 del TRLIS, que regula la exención de rentas de fuente extranjera, al objeto de flexibilizar los requisitos previstos en las letras b), sujeción a impuesto de naturaleza idéntica o análoga, y c), rentas procedentes de actividades económicas.

En la redacción primitiva, el incumplimiento de alguno de los dos requisitos en algún ejercicio de tenencia de la participación acarreaba la pérdida de la exención, de manera tal que la totalidad de la renta había de tributar plenamente.

Esta rígida redacción, en el contexto de una exención altamente permisiva, hería la virtud de la proporcionalidad. La nueva redacción viene a cerrar esa herida, a cuyo efecto divide la renta positiva derivada de la transmisión de la participación en dos partes, en atención al cumplimiento de los requisitos previstos en las referidas letras b) y c), de manera tal que la renta positiva imputable a los ejercicios en que se cumplieron ambos requisitos estará exenta y la parte restante no lo estará.

9.1. DETERMINACIÓN DE LA RENTA POSITIVA EXENTA

La técnica para efectuar esa división consta de dos pasos. En el primero, la renta positiva que se corresponde con los beneficios acumulados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación estará exenta en la medida en que dichos beneficios provengan de ejercicios en los que se cumplieron los requisitos aludidos. En el segundo, la renta positiva restante, se distribuirá linealmente entre todos los ejercicios de tenencia de la participación, y estará exenta aquella porción correspondiente a los ejercicios en los que se cumplieron ambos requisitos.

EJEMPLO 3

- Participación (100 %) adquirida en 2008 por importe de 800.000 euros, transmitida en 2012 por un importe de 1.000.000 de euros. Los beneficios generados y acumulados en los ejercicios transcurridos han sido, respectivamente: 5.000, 15.000, 12.000, 8.000, 40.000. Los requisitos de las letras b) y c) se han cumplido en 2010, 2011 y 2012.
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación: 200.000 (1.000.000 – 800.000).

.../...

.../...

- Renta positiva imputable a beneficios acumulados por la participada durante el tiempo de tenencia de la participación: 80.000. Renta positiva restante: 120.000 ($200.000 - 80.000$).
- Renta positiva exenta por correspondencia con beneficios acumulados que cumplen los requisitos de las letras b) y c): 60.000 ($12.000 + 8.000 + 40.000$).
- Renta positiva exenta por correspondencia lineal: 72.000 ($120.000 \times 3/5$).
- Total renta positiva exenta: 132.000 ($60.000 + 72.000$).

La parte de renta positiva que no resulte exenta deberá integrarse plenamente en la base imponible, pero tendrá derecho a la deducción del impuesto que, eventualmente, hubiera recaído sobre la misma, en cuanto cumpliera con los requisitos previstos en el artículo 31 del TRLIS, en la parte proporcional que a la misma corresponda. Así, si en el caso anterior la renta positiva hubiere sufrido una retención del 10%, el impuesto deducible será 6.800 [$(200.000 - 60.000 - 72.000) 10\%$].

Este desglose entre renta positiva exenta y no exenta ha de tomarse en consideración en relación con todos los aspectos de aplicación de la exención de las rentas positivas, por ejemplo, respecto de la minoración de la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe de la renta obtenida en una transmisión interna previa en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, pues es claro que la renta negativa se minorará exclusivamente en el importe de la renta positiva exenta. Así, si en el caso anterior la transmisión hubiera sido entre entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, y en la ulterior transmisión a un tercero se sufre una renta negativa de 140.000, la renta negativa que se integrará en la base imponible será 8.000 ($140.000 - 132.000$).

9.2. ESPECIALIDADES EN LA DETERMINACIÓN DE LA RENTA POSITIVA EXENTA

9.2.1. Intereses en territorio español superiores al 15 %

En este supuesto, de acuerdo con la redacción primitiva, la exención se limitaba a la parte de renta positiva que se correspondía con los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, en el bien entendido de que los requisitos de las letras b) y c) debían cumplirse en todos y cada uno de ellos. Actualmente, aun cuando en alguno o algunos ejercicios esos requisitos no se hubieren cumplido, podrá aplicarse la exención en la medida de los beneficios acumulados en ejercicios en los que sí se hubieren cumplido los requisitos.

Así, en el ejemplo anterior, la renta positiva exenta sería de 60.000.

9.2.2. Corrección de valor fiscalmente deducible

Cuando se hubiere practicado una corrección de valor fiscalmente deducible, la misma «se integrará, en todo caso, en la base imponible del sujeto pasivo», esto es, tanto si la renta positiva derivada de la transmisión de la participación está exenta en su totalidad como si solamente lo está parcialmente.

EJEMPLO 4

- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación 200.000
- Renta positiva exenta 132.000
- Corrección de valor fiscalmente deducible 24.000
- Retención: 10 % practicada en el país de la fuente.

Se integrará en la base imponible, con signo positivo, 24.000. La renta exenta será 132.000, y la no exenta 68.000. Habrá lugar a deducción de la cuota íntegra, en aplicación del artículo 31 del TRLIS, por importe de 6.800, en cuanto retención extranjera correspondiente a la renta positiva no exenta. Para practicar los ajustes respecto del resultado contable habrá de tomarse en consideración la forma en cómo, en su caso, se reflejó contablemente la corrección de valor.

9.2.3. Renta negativa en transmisión interna precedente

En tal caso, la exención se aplica respecto del importe de la renta positiva que exceda la renta negativa. Para calcular el importe de la renta positiva susceptible de exención, cuando los requisitos de las letras b) y c) no hubieren concurrido en todos los ejercicios, se aplicará la regla de proporcionalidad.

EJEMPLO 5

- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación 200.000
- Renta positiva susceptible de exención 132.000
- Renta negativa previamente integrada en la base imponible 24.000
- Retención: 10 % practicada en el país de la fuente.

.../...

.../...

La renta susceptible de exención debe minorarse en 24.000. La renta exenta será 132.000, ajustada en 24.000, y la renta no exenta será 68.000. Habrá lugar a deducción de la cuota íntegra, por aplicación del artículo 31 del TRLIS, por importe de 6.800, en cuanto retención extranjera correspondiente a la renta positiva no exenta. Para practicar los ajustes respecto del resultado contable ha de tomarse en consideración la forma en como, en su caso, se reflejó contablemente la corrección de valor.

9.2.4. Adquisición amparada en el régimen especial del capítulo VIII del título VII

Cuando la participación transmitida se hubiere adquirido en una operación acogida al régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS, y por esa razón no se hubiere integrado en la base imponible de la entidad de la que se adquirió la participación la renta positiva habida en esa transmisión, la exención se limita a la renta positiva determinada por diferencia entre el valor de la transmisión y el valor de mercado en el momento de la adquisición. De esta manera, la renta diferida no disfruta de exención.

Cuando los requisitos de las letras b) y c) no hubieren concurrido en todos los ejercicios, se aplicará la regla de proporcionalidad.

EJEMPLO 6

- Participación adquirida por canje, siendo el valor de mercado 800.000 (2008) y transmitida por 1.000.000 (2012). El transmitente la había adquirido por 700.000.
- Los beneficios generados y acumulados en esos ejercicios han sido, respectivamente: 5.000, 15.000, 12.000, 8.000, 40.000. Los requisitos de las letras b) y c) se han cumplido en 2010, 2011 y 2012.
- Renta positiva derivada de la transmisión de la participación susceptible de exención: 200.000 (1.000.000 – 800.000).
- Renta positiva imputable a beneficios acumulados por la participada durante el tiempo de tenencia de la participación: 80.000. Renta positiva restante: 120.000 (200.000 – 80.000).
- Renta positiva exenta por correspondencia con beneficios acumulados que cumplen los requisitos de las letras b) y c): 60.000 (12.000 + 8.000 + 40.000).

.../...

.../...

- Renta positiva exenta por correspondencia lineal: 72.000 ($120.000 \times 3/5$).
- Total renta positiva exenta: 132.000 ($60.000 + 72.000$).
- Renta diferida que ha de tributar por la regla de conservación de valor propia del capítulo VIII del título VII: 100.000 ($800.000 - 700.000$).

10. EPÍLOGO

A lo largo de esta colaboración y de otras precedentes se ha intentado transmitir al lector la esencia de las abundantes modificaciones normativas acometidas en 2012 en relación con el Impuesto sobre Sociedades. Con toda rotundidad se puede afirmar que 2012 ha batido todos los registros de modificaciones, si se exceptúa, claro está el año 1995, en el que se aprobó la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, cuyo texto refundido está en vigor. La orientación de estas modificaciones, aunque de perfil técnico diverso, responde básicamente, al principio de suficiencia recaudatoria. Seguramente la situación presupuestaria pondrá mucha sordina a las críticas que dicha orientación permitiría espigar.

El futuro del Impuesto sobre Sociedades no debería seguir por ese camino. Las reflexiones del responsable fiscal británico, expuestas al inicio de esta colaboración, son altamente ilustrativas. En una economía abierta, como es la nuestra, un Impuesto sobre Sociedades que restringe la deducción de gastos contables, y cuyo tipo de gravamen está entre los más elevados de los países de nuestro entorno, no es una opción razonable.

Cuestión distinta es que el Impuesto sobre Sociedades deba ser construido de manera sólida para hacer frente a las maniobras ilegítimas. También son ilustrativas, a este respecto, las palabras del premier británico, igualmente expuestas en el inicio de esta colaboración, las cuales es probable que sean ampliamente compartidas por las distintas autoridades fiscales, como así lo demuestra el proyecto *BEPS* de la OCDE.

La anunciada reforma del Impuesto sobre Sociedades debería seguir la senda de esa construcción sólida, ensanchar la base imponible mediante la remoción de ventajas fiscales (arrendamiento financiero, compensación de pérdidas sin reflejo contable, compensación de pérdidas en sede de subfiliales, deducción del fondo de comercio financiero...) y de otros incentivos fiscales de nunca probada eficacia, pero no rechazar la deducción de gastos contables indudablemente correlacionados con los ingresos de explotación y, además, disminuir sensiblemente el tipo de gravamen.

LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA DE LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA CONSTITUTIVA DE DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Joan Iglesias Capellas

Doctor en Derecho

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, don Francisco MAGRANER MORENO, don Juan MESTRE CHESA y don JAVIER SANCHO SEBASTIÁN.

EXTRACTO

El propósito de este trabajo es analizar la denuncia administrativa del delito contra la Hacienda Pública, tanto desde su perspectiva tributaria como desde su perspectiva procesal. Para ello, en primer lugar, nos ocuparemos de estudiar las circunstancias en las que aparecen los indicios de la posible comisión de una defraudación tributaria delictiva. Seguidamente, examinaremos las características procesales de cada uno de los cauces de los que dispone la Administración para promover el ejercicio de la acción penal cuando estima que el incumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos reviste relevancia penal. Y, finalmente, analizaremos los aspectos formales del procedimiento administrativo que se sigue desde el momento en que se descubre una defraudación tributaria presuntamente delictiva hasta que efectivamente los hechos se ponen en conocimiento del juez competente para decidir si merece o no una sanción privativa de libertad.

Palabras claves: delito, Hacienda Pública, defraudación, denuncia, juez, proceso, Ministerio Fiscal, inspección, suspensión, Administración tributaria y procedimiento.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013 / Fecha de revisión: 22-07-2013

ADMINISTRATIVE COMPLAINT OF TAX FRAUD CONSTITUTES A CRIME AGAINST PUBLIC TREASURY

Joan Iglesias Capellas

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the administrative complaint against the Treasury crime, both from their perspective and from the perspective tax proceedings. To do this, first we will study the circumstances in which the evidence shows the possible commission of a criminal tax fraud. Then examine the procedural characteristics of each of the channels available to the Administration to promote the exercise of criminal action where it considers that a breach of the general duty to contribute to the maintenance of public expenditure is of criminal relevance. And finally, we discuss the formal aspects of the administrative procedure followed from the time you discover an alleged criminal tax fraud when actually the facts are made known to the judge to decide whether you deserve a custodial sentence.

Keywords: crime, Public Treasury, fraud, complaint, judge, process, prosecution, inspection, suspension, tax administration and procedure.

Sumario

Introducción

1. El descubrimiento de hechos presuntamente constitutivos de delito en un procedimiento de comprobación tributaria
 - 1.1. La manifestación de la *notitia criminis* en un procedimiento de inspección tributaria
 - 1.2. La existencia de indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública previa a la iniciación de un procedimiento de comprobación
2. Características procesales de la denuncia administrativa del delito contra la Hacienda Pública
 - 2.1. El traslado del tanto de culpa a la jurisdicción competente
 - 2.2. La remisión del expediente al Ministerio Fiscal
3. La tramitación administrativa de la denuncia por la presunta comisión de un delito de defraudación tributaria
 - 3.1. La apreciación de una conducta presuntamente delictiva en la fase de instrucción del procedimiento inspector
 - 3.2. La apreciación de una conducta presuntamente delictiva en la fase de resolución del procedimiento inspector
 - 3.3. La apreciación de una conducta presuntamente delictiva en la fase de instrucción del procedimiento sancionador tributario
 - 3.4. Otros momentos en los que puede apreciarse la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública
4. Órgano competente para denunciar los hechos presuntamente delictivos
5. El contenido del expediente que acompaña la denuncia de un delito de defraudación tributaria
 - 5.1. El informe de la Unidad o Equipo responsable de la comprobación
 - 5.2. El informe de la unidad de delito fiscal
 - 5.3. El informe de los órganos consultivos
6. Consecuencias de la devolución del expediente a la Unidad o Equipo que informó de la posible existencia de una defraudación tributaria delictiva
7. Conclusión final

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Denunciar la comisión de un delito no es una opción; es un deber jurídico que se concreta en una obligación de hacer cuya inobservancia deliberada puede llegar a constituir una conducta tipificada como delito¹.

Desde la reforma penal de 1985 los delitos contra la Hacienda Pública son perseguibles de oficio². Por consiguiente, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.), cualquier ciudadano puede dirigirse a un juez de instrucción para que practique las diligencias necesarias para verificar si unos determinados hechos pueden ser constitutivos del delito tipificado en el artículo 305.1 del Código Penal. Para ello, el instrumento mediante el que se activa la investigación judicial es la denuncia, entendida prima facie como el medio legalmente establecido para trasladar la *notitia criminis* al juzgado competente para conocer y en su caso sancionar unos hechos presuntamente delictivos³.

¹ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el incumplimiento de dicha obligación puede suponer la imposición de una multa o, en determinadas circunstancias, llegar a ser constitutivo de un delito. En este sentido, en los artículos 407 y 408 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se sanciona con pena de prisión (o multa) a la autoridad o funcionario público que abandona su destino con el propósito de no impedir, no perseguir o no promover la persecución de los delitos de los que tenga noticia. Al propio tiempo, en el artículo 456 del Código Penal se tipifica y se sanciona la imputación, efectuada ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a la averiguación de hechos delictivos a una persona con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad.

² En el apartado primero del artículo 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que, entre otros aspectos, modificó el Título del Código Penal de 1973 relativo a las falsedades e introdujo por primera vez un único artículo (el 319 CP) mediante el que se tipifica el fraude fiscal, se estableció que: «Los delitos fiscales solo son perseguibles a instancias de la Administración, sin necesidad de querella ni conciliación previa». Con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, se elimina dicha condición de perseguibilidad, de modo que el ejercicio de la acción penal queda desde entonces sujeto a las reglas generales de iniciación del proceso penal. La propia Exposición de Motivos justifica la reforma con el argumento de que: «La redacción del artículo 37 de la Ley 50/1977, que exige el agotamiento de la vía administrativa antes de que la propia Administración tributaria, única legitimada para ello, promueva el ejercicio de la acción penal, es ciertamente un obstáculo para el correcto funcionamiento del mecanismo procesal y sustantivo y, por ello, esta ley incluye su derogación, consciente, además, de que imponer una prejudicialidad tributaria con carácter necesario choca con el principio tradicional en nuestro ordenamiento que, con suficiente elasticidad, aparece recogido en el capítulo II del libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

³ Según GIMENO SENDRA: «La denuncia es una declaración de conocimiento y, en su caso, de voluntad por la que se transmite a un órgano judicial, Ministerio Fiscal o Autoridad con funciones de policía judicial la noticia de un hecho

No obstante lo anterior, y por la singular configuración de su hecho típico, son escasos (por no decir inexistentes) los procesos penales por delito contra la Hacienda Pública que se inician por la mera iniciativa de un ciudadano⁴, pues para presentar una denuncia fundada en el artículo 305 del Código Penal es necesario disponer de una información que tiene carácter reservado⁵. Por ello, a nadie debe extrañar que sea la Administración tributaria la que habitualmente promueva el ejercicio de la acción penal en este tipo de procesos pues, por regla general, la posible comisión de un delito de defraudación tributaria se pondrá de manifiesto en un procedimiento administrativo (fundamentalmente el de inspección) que tiene por finalidad comprobar la situación tributaria de un determinado contribuyente (art. 141 LGT).

A diferencia de la denuncia común, la denuncia administrativa es una denuncia cualificada⁶. Como veremos a continuación, su presentación, no solo requiere la observancia de unos deter-

constitutivo de delito», añadiendo seguidamente que: «[...] el único elemento material de la denuncia es la "notitia criminis" o sospecha de la comisión de un delito, cuya puesta en conocimiento por el denunciante a la policía judicial o a la autoridad judicial ha de provocar la apertura de diligencias policiales de prevención (cuando se deduzca en comisaría), primeras diligencias (ante un Juez de Instrucción incompetente), o, en función de la gravedad del delito, diligencias previas o sumario con la única salvedad de que el hecho punible carezca de tipicidad o sea inexistente ("manifiestamente falso" en los términos del art. 269 LECr.)». GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2008, págs. 160 y 164. Por su parte, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ consideran que: «El denunciante pone en conocimiento del órgano judicial o de la autoridad correspondiente unos hechos que entiende que son constitutivos de delito, pero con ello no pide nada, ni está obligado a nada (a no ser a la veracidad en el relato, art. 264) [...]». MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2008, pág. 179. Por último, mención especial merece TORRES ROSELL cuando sostiene que: «[...] la denuncia es un modo de comunicación, una concreción del diálogo que se desarrolla en el proceso jurisdiccional y, específicamente es uno de los actos de comunicación que permiten que el proceso se inicie». TORRES ROSELL, N.: *La denuncia en el proceso penal*, Madrid, 1991, pág. 14.

⁴ En este sentido coincidimos con COLLADO YURRITA cuando señala que: «La posibilidad de ejercitar la acción penal por cualquier administrado respecto a delitos de este tipo se nos antoja, en cierta medida, peligrosa. Evidentemente, a nadie escapa la compleja y peculiar naturaleza de este ilícito, complejidad que "padece" incluso la propia Administración tributaria aún contando con el auxilio de un vasto aparato integrado por medios humanos y materiales.» COLLADO YURRITA, P.: *La actuación de la inspección financiera y tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Valencia, 1996, pág. 59.

⁵ Según establece el artículo 95.1 de la LGT, salvo en los supuestos tasados previstos en la ley: «Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros [...]».

⁶ Así lo entiende la Fiscalía General del Estado que en su informe de 22 de mayo de 1995 (punto quinto) concluye: «[...] la decisión de la Administración tributaria de remitir un expediente al Fiscal o Autoridad judicial por considerar que las acciones u omisiones detectadas fruto de su actividad inspectora pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública regulados en el Código Penal no puede ser concebida como una actividad puramente mecánica en la que el órgano administrativo ha de limitarse a constatar si el importe de la cuota defraudada que arroja la actividad inspectora rebasa o no la cuantía legalmente establecida. El delito fiscal no es una infracción tributaria por importe superior a 5.000.000 pts. La Administración tributaria tiene la obligación de dilucidar previamente en sede administrativa si la conducta es o no susceptible de dar lugar a responsabilidad penal, realizando una valoración completa de los hechos y comparándolos con el tipo penal, y no solo en su vertiente objetiva, sino también la culpabilística.»

minados trámites administrativos sino que, además, exige una valoración previa de los indicios puestos de manifiesto en un procedimiento tributario de comprobación para decidir si deben ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial. Por consiguiente, mediante la denuncia administrativa de un delito contra la Hacienda Pública, a menudo la Administración no se limita a dar traslado de unos hechos presuntamente delictivos, sino que manifiesta un interés inequívoco en que se ejerza la acción penal contra un determinado contribuyente⁷.

Por otra parte, si bien es cierto que la *notitia criminis* de una defraudación tributaria suele manifestarse en el seno de un procedimiento administrativo de comprobación, la trascendencia penal de la conducta de la persona física o de la entidad objeto de la investigación no siempre se advierte al inicio de la actuación de los órganos de la Administración tributaria. Además, la definición legal de un umbral económico para atribuir relevancia criminal al incumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos⁸ determina que, en ocasiones, sea necesario ultimar la comprobación del hecho imponible para valorar la posible comisión de un hecho delictivo. Por consiguiente, el grado de correspondencia entre los hechos denunciados por la Administración tributaria y la conducta observada por el contribuyente dependerá de cuál haya sido el resultado de la investigación realizada en sede administrativa⁹.

⁷ Aunque por su forma y naturaleza únicamente producirá los efectos procesales de la denuncia común, por su contenido se aproxima al que, según la doctrina, se predica de la querella, considerada por CORTÉS DOMÍNGUEZ como una declaración de voluntad que encierra en sí misma una declaración de conocimiento mediante la cual se pone en conocimiento del órgano judicial una serie de hechos delictivos: «[...] no para que aquel los conozca y los compruebe, sino para que, basándose en ellos, pedir el inicio del proceso contra alguien al que se la acusará formalmente de la comisión de los mismos.» CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Manual...*, cit., pág. 182. En este sentido, para COLLADO YURRITA: «La actuación de la Inspección de los Tributos se asemeja, en estos casos, a la de un fiscal que tendrá por objetivo fundamental encontrar las pruebas precisas para proceder a la acusación del contribuyente, debiendo serle exigido, durante aquella, un respeto escrupuloso de los derechos del administrado», COLLADO YURRITA, P.: *La actuación...*, cit., pág. 59.

⁸ Según la actual redacción del artículo 305.1 del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre: «El que, por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local (...) siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de *ciento veinte mil euros*, será castigado con la pena de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía [...].» Asimismo, en el nuevo artículo 305 bis a) del Código Penal se establece que el delito contra la Hacienda Pública será castigado con una pena de dos a seis años, cuando: «la cuantía de la cuota defraudada exceda de *seiscientos mil euros*.»

⁹ En este sentido, coincidimos con CASADO OLLERO cuando advierte que: «Es inequívoco, pues, el deber que incumbe a la Inspección de comprobar globalmente los hechos con trascendencia tributaria, con independencia de que favorezcan o no al obligado tributario o a la Administración gestora: «allí donde ha existido una investigación en el ejercicio de las facultades públicas, la actuación inspectora no puede limitarse a declarar lo gravoso para el contribuyente y a obviar lo que le beneficia, porque la Inspección actúa para comprobar y en su caso restablecer el orden jurídico tributario. La declaración de una situación de hecho debe agotar sus efectos legales en la doble vertiente de lo que favorece y no favorece al contribuyente» (Sentencia de la Audiencia Nacional, de 3 de julio de 2003, Fundamento jurídico Cuarto).», CASADO OLLERO, G.: «Ganancias patrimoniales no justificadas y delito fiscal», en *Justicia y Derecho Tributario. Libro homenaje al profesor Julio Banacloche*, Madrid, 2008, pág. 298.

En estos casos, cuando en el procedimiento de inspección se han puesto de manifiesto hechos con trascendencia tributaria que no vienen reflejados en la autoliquidación que el contribuyente viene obligado a presentar, de los cuales se deriva una presunta elusión del pago de tributos por importe superior a 120.000 euros, estaremos ante una denuncia de «cuotas tributarias defraudadas». Por consiguiente, se tratará de una denuncia que irá acompañada de un informe evacuado por la Inspección de los tributos en el que se fijará el importe de la deuda tributaria cuyo pago se ha eludido y se indicarán los hechos determinantes de que el comportamiento seguido por el contribuyente merezca la calificación de defraudación tributaria¹⁰.

No obstante lo anterior, en aquellos casos en los que, por el *modus operandi* del obligado tributario¹¹ o por otras circunstancias conocidas por la Administración, existan sospechas fundadas de un incumplimiento deliberado del deber de contribuir susceptible de constituir un delito contra la Hacienda Pública no será necesario iniciar un procedimiento administrativo de comprobación, ni que en la denuncia se efectúe una cuantificación definitiva del importe de la deuda presuntamente dejada de ingresar, sino que basta con la existencia de indicios de la comisión del delito de defraudación tributaria para poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a fin de que practique las diligencias de investigación pertinentes con carácter previo al inicio del proceso penal.

Es decir, la referencia cuantitativa establecida en los artículos 305.1 y 305 bis a) del Código Penal opera al admitir a trámite la denuncia o la querrela¹², proponer la apertura del juicio oral (art. 783 LECr.) y, en su caso, dictar sentencia. Luego, para dar traslado al Ministerio Fiscal (o al juez penal) de las sospechas fundadas de que pueda haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública no es indispensable iniciar un procedimiento administrativo de comprobación ni efectuar una liquidación completa y exhaustiva de la deuda tributaria resultante de los hechos ocultados a la Administración. Por consiguiente, en estos casos, no estaremos ante la denuncia de unas cuotas defraudadas sino ante la simple «sospecha» de la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, para cuya determinación será imprescindible la actuación del Ministerio Fiscal una vez iniciado el proceso penal¹³.

¹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 32.2 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del régimen sancionador tributario (RST), se establece que: «[...] el órgano, equipo o unidad, remitirá las actuaciones practicadas con las diligencias en las que consten los hechos y circunstancias que, a su juicio, determinan la posible responsabilidad penal, y un informe preceptivo sobre la presunta concurrencia en los hechos de los elementos constitutivos del delito [...]».

¹¹ En este sentido resulta particularmente ilustrativa la Instrucción 3/2007 de la Fiscalía General del Estado sobre la actuación del Ministerio Fiscal en la persecución de los delitos de defraudación tributaria cometidos por grupos organizados en relación con las operaciones intracomunitarias del Impuesto sobre el Valor Añadido.

¹² En la Sentencia de 10 de octubre de 2001 (NFJ011004) el Tribunal Supremo indica que: «Sin una liquidación al menos provisional, sería jurídicamente imposible que el juez que recibe la denuncia de la evasión tributaria pueda llegar a pronunciarse sobre los extremos que establecen los arts. 269 y 313 LECrim. así como informar al imputado en la forma prevista en el art. 118 de la misma ley.»

¹³ Como explica MORENO CATENA: «Aunque la investigación de los hechos presuntamente delictivos se encomienda a la autoridad judicial, al Ministerio Fiscal se le atribuye la inspección directa de los sumarios por delitos públicos,

1. EL DESCUBRIMIENTO DE HECHOS PRESUNTAMENTE CONSTITUTIVOS DE DELITO EN UN PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN TRIBUTARIA

Por la propia configuración del modelo de gestión tributaria actualmente vigente en el ordenamiento jurídico español (que se articula alrededor de la autoliquidación), en el delito de defraudación tributaria la comisión del hecho típico (eludir el pago de un tributo) permanece en la esfera de conocimiento del contribuyente (autor del hecho delictivo), de modo que difícilmente puede ser conocido y, por consiguiente, perseguido sin una previa actuación de comprobación a cargo de la Administración tributaria en la que se pongan de manifiesto, al menos, tres elementos como son: a) De una parte, la existencia de una obligación tributaria nacida de la realización de un hecho imponible; b) De otra, el incumplimiento de un deber de ingreso; c) Y, finalmente, la cuantía de la cuota defraudada.

Por ello, si bien es cierto que, como consecuencia del límite cuantitativo establecido en el artículo 305.1 del Código Penal, el importe de la cuota tributaria defraudada será el elemento determinante para decidir el cauce que debe seguirse para sancionar el incumplimiento tributario descubierto por la Administración, como veremos a continuación, ni todos los procesos penales por delito contra la Hacienda Pública se inician como consecuencia de un procedimiento de comprobación administrativa previo del que resulta una posible cuota defraudada superior a 120.000 euros, ni de todos aquellos procedimientos de comprobación de los que resulta una cuota tributaria defraudada superior a 120.000 euros se deriva una denuncia por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

1.1. LA MANIFESTACIÓN DE LA *NOTITIA CRIMINIS* EN UN PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA

La Administración tributaria tiene el deber legal de investigar la realización de «hechos imponibles» que puedan permanecer ocultos¹⁴, pero no de investigar «hechos delictivos». Sin embargo, por la especial configuración del delito contra la Hacienda Pública, los primeros constituyen el presupuesto lógico de los segundos, pues solo nacida la obligación tributaria puede consumarse una defraudación del deber de contribuir que, por superar una determinada cuantía, convierta en delictiva la insolidaridad fiscal de una determinada persona física o jurídica¹⁵.

debiendo darles los instructores las noticias que les pidieron (arts. 306 y 324 LECrim. y 4.1 EOMF) y sin que la investigación pueda declararse secreta para ellos (arts. 302.II LECrim.)), MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 99.

¹⁴ Con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 103.Uno de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre: «Corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal y el aduanero se apliquen con generalidad y eficacia a todos los obligados tributarios, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación [...]».

¹⁵ Como explica CASADO OLLERO: «En la realidad jurídico-penal, relativa al delito fiscal, la existencia de una relación jurídico-tributaria válida constituye un auténtico presupuesto objetivo (implícito) del tipo delictivo. [...] Luego, tra-

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 141 y 142 de la LGT, las actuaciones de los órganos de la Inspección de los tributos tienen por finalidad principal obtener las pruebas en las que fundamentar la regularización de la situación tributaria del contribuyente. Al propio tiempo, según lo dispuesto en el artículo 145 de la LGT, la finalidad del procedimiento inspector es comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias del conjunto de contribuyentes sujetos a la jurisdicción fiscal del Estado español. Por consiguiente, los procedimientos tributarios de comprobación en general (y el de inspección en particular) no son el cauce legalmente establecido para la investigación de conductas delictivas, ni siquiera de aquellas que tengan por objeto el incumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, pues la Administración tributaria no forma parte de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado que tienen encomendada la persecución de los delincuentes¹⁶.

Planteada la cuestión en estos términos, una las principales cuestiones a resolver es determinar en qué momento del procedimiento inspector debe entenderse producida la *notitia criminis* de la presunta comisión de un delito de defraudación tributaria, pues a partir de dicho instante, para preservar las garantías procesales del presunto autor del delito, la investigación de los hechos debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la LECr. En otras palabras, hasta la manifestación de los indicios racionales de que un incumplimiento tributario puede ser constitutivo de delito, las actuaciones de los órganos de la inspección tendrán naturaleza administrativa y, por consiguiente, quedarán sujetas al régimen de eficacia jurídica y revisión a posteriori propia de los actos administrativos¹⁷. Sin embargo, cuando la Administración considere que los hechos descubiertos en el curso de un procedimiento administrativo de comprobación, no solo revelan un incumplimiento de las normas tributarias sino que constituyen indicios racionales de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, tiene el deber jurídico de dar traslado de todo lo actuado a los órganos del Poder Judicial y, al propio tiempo, de

tándose del tipo delictivo del artículo 305 del CP es de meridiana evidencia que sin hecho imponible (*prius*) no puede existir hecho punible (*posterius*) ni defraudación fiscal alguna: un impuesto que no es debido no puede ser objeto de evasión.» CASADO OLLERO, G.: «Ganancias patrimoniales no justificadas...», cit., págs. 279-280.

¹⁶ En este sentido CASADO OLLERO indica que: «Si bien todos los poderes públicos tienen en la "lucha contra el fraude fiscal (...) un fin y un mandato constitucional", cada uno de ellos habrá de acometerlo de la forma que constitucionalmente y legalmente le sea encomendada, sin que resulte admisible que la Administración tributaria se dedique a la investigación y persecución de la delincuencia fiscal, mientras la Jurisdicción penal acaba desempeñando funciones de liquidación y recaudación tributaria.», CASADO OLLERO, G.: «Administración Tributaria, Jurisdicción Penal y Delito Fiscal», en AA.VV, *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1.597.

¹⁷ En este sentido, compartimos la posición de RUIZ GARCÍA para quien, del mismo modo que: «[...] la Administración tributaria no puede utilizar el procedimiento de inspección para, en la ignorancia del sujeto pasivo, acumular el material probatorio que posteriormente será empleado en el proceso penal, retrasando deliberadamente el inicio del proceso [...]» tampoco resulta admisible: «[...] que la Administración tributaria propicie la iniciación de un proceso penal, para, con las facultades extraordinarias que el ordenamiento otorga al juez instructor, lograr la prueba de hechos que pueden ser posteriormente relevantes a efectos tributarios.», RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», en *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 151/2011, según el texto publicado en *westlaw.es* BIB 2011/1148, pág. 3.

evitar que con su actuación investigadora se conculquen los derechos fundamentales del presunto responsable del delito.

La determinación del instante a partir del cual muta la naturaleza jurídica de las actuaciones que deben realizarse para obtener los elementos de prueba indispensables para fundamentar una denuncia por delito contra la Hacienda Pública constituye uno de los principales retos de la doctrina penal y tributaria actual pues, según la postura que se adopte, o bien se puede llegar al automatismo de criminalizar cualquier defraudación tributaria superior a 120.000 euros (desposeyendo a la Administración de su facultad de apreciación), o bien se confiere a los órganos de la Administración tributaria una potestad de valoración preprocesal ilimitada sin sujetar su ejercicio a control jurisdiccional de ningún género¹⁸.

1.1.1. La comprobación de los elementos constitutivos del hecho imponible

Las actuaciones de investigación desarrolladas por la Inspección de los tributos tienen por finalidad principal comprobar el hecho imponible, y su adecuada declaración y liquidación por el sujeto pasivo. Por consiguiente, se trata de la fase instructora del procedimiento de comprobación en la que se obtiene aquella información con trascendencia tributaria que permita a la Administración conocer los elementos subjetivos, objetivos, temporales y cuantitativos de un acto o negocio del que nace una obligación tributaria¹⁹.

En consecuencia, el inicio del procedimiento inspector pone de manifiesto que el propósito de la acción administrativa es la comprobación de la situación tributaria de un determinado contribuyente, del que a priori no existen sospechas de que hubiera podido cometer una defraudación tributaria delictiva. Luego, en estos casos, la *notitia criminis* de un posible delito contra la Hacienda Pública se producirá de forma sobrevenida (y sorpresiva) en el curso de las actuaciones inspectoras como consecuencia de los elementos probatorios obtenidos por la Inspección de los tributos que se pone de manifiesto: (i) la realización de un hecho imponible no declarado, (ii) la indebida obtención de una devolución tributaria, (iii) o, en su caso, la falsedad o inexactitud de los datos incluidos en la autoliquidación presentada determinantes de una menor tributación a la que resulta de la adecuada aplicación de las normas tributarias.

¹⁸ Como explica COLLADO YURRITA: «El amplio abanico de actuaciones practicadas por la Administración tributaria desde que percibe la existencia de datos reveladores de posibles defraudaciones hasta que se forma la convicción seria de la existencia de "indicios racionales de delito fiscal" exige la adopción de un marco procedimental propio y también la fijación de los criterios homogéneos necesarios para proceder a la configuración del tipo del delito. Ambos requisitos serán decisivos a la hora de decidir si un expediente tiene la suficiente entidad para ser remitido o no al Ministerio Fiscal o al Juez.» COLLADO YURRITA, P.: *La actuación...*, cit., pág. 67.

¹⁹ Así lo establece el artículo 145.1 de la LGT según el cual: «El procedimiento de inspección tendrá por objeto comprobar e investigar el adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias y en el mismo se procederá, en su caso, a la regularización de la situación tributaria del obligado mediante la práctica de una o varias liquidaciones.»

1.1.2. La determinación de la cuota tributaria defraudada como presupuesto de la manifestación de la *notitia criminis* del delito contra la Hacienda Pública

Iniciado un procedimiento administrativo que tiene por objeto la comprobación del adecuado cumplimiento de las obligaciones tributarias de un determinado contribuyente (particularmente, un procedimiento inspector), las actuaciones que desarrollan los órganos de la Administración están encaminadas a obtener las pruebas que permitan verificar y, en su caso, corregir el contenido de la autoliquidación presentada (u omitida) por el obligado tributario. Luego, los elementos probatorios obtenidos en el curso de la instrucción administrativa tienen por finalidad acreditar el hecho imponible efectivamente realizado y servirán de fundamento para regularizar la situación tributaria del contribuyente objeto de la comprobación²⁰.

La conversión de los hechos descubiertos en una magnitud económica (base imponible) y la posterior determinación del importe de la cuota tributaria derivada de tales hechos no forma parte de la instrucción propiamente dicha sino que constituye una actividad de aplicación normativa (susceptible de interpretaciones divergentes) mediante la cual, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 153 d) de la LGT, la Administración presenta al contribuyente una «propuesta de regularización» a la que este puede prestar su conformidad (art. 156 LGT) o, por el contrario, mostrar su disconformidad (art. 157 LGT). Dicha propuesta de regularización es la que contiene la liquidación administrativa de la deuda tributaria exigible al contribuyente y la que pone de manifiesto un posible incumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Luego, si esto es así, hasta el momento en que por el órgano instructor del procedimiento inspector se formule la propuesta de liquidación no se manifiesta la trascendencia cuantitativa del comportamiento del obligado tributario. Por ello, es en el momento de confeccionar el acta cuando el artículo 153 g) de la LGT establece que por parte del funcionario responsable de las actuaciones desarrolladas deberá emitirse un pronunciamiento acerca de la posible existencia de indicios de la comisión de una infracción tributaria. Aunque se trata de una valoración subjetiva, cuya constancia en el cuerpo del acta únicamente puede obedecer al derecho del contribuyente a conocer las consecuencias que puede derivarse de la regularización administrativa de su situación tributaria, desde la perspectiva procedimental, constituye la referencia temporal más exacta de que disponemos para establecer el momento en que surge la posible *notitia criminis* de un delito contra la Hacienda Pública.

Por consiguiente, cuando el resultado de la propuesta de liquidación determine una cuota tributaria superior a 120.000 euros, corresponde al órgano instructor decidir si, a la vista de los elementos probatorios de que dispone, los hechos puestos de manifiesto en el curso del procedimiento inspector revelan indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública. Cuando

²⁰ Según establece el artículo 143.2 de la LGT: «Las actas son los documentos públicos que extiende la inspección de los tributos con el fin de recoger el resultado de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación, proponiendo la regularización que estime procedente de la situación tributaria del obligado o declarando correcta la misma.»

entienda que la defraudación tributaria puede ser delictiva, en lugar de ofrecer al contribuyente la suscripción del acta, elevará un informe a su superior jerárquico (Inspector Jefe). Por el contrario, si no aprecia trascendencia penal en el comportamiento del obligado tributario, ultimaré la fase instructora mediante la formalización del acta de conformidad o disconformidad, según proceda.

Por todo ello, a nuestro modo de ver, si en el curso de una comprobación inspectora se ponen de manifiesto hechos con trascendencia tributaria no incluidos en la autoliquidación presentada por el contribuyente, aunque por la previsible cuantía de la cuota tributaria dejada de ingresar (o de la cantidad indebidamente obtenida) pudiera entenderse que se superará el límite establecido en el artículo 305.1 del Código Penal, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen trasladar inmediatamente los hechos a la jurisdicción penal, la Inspección de los tributos debe ultimar la fase instructora del procedimiento o, lo que es lo mismo, debe establecer en toda su extensión (fáctica y cuantitativa) cuál es el hecho imponible realizado por el contribuyente con relación al tributo y periodo objeto de comprobación. Una vez concluida la instrucción, y antes de presentar la propuesta de regularización, es el momento en que por el funcionario que ha tenido conocimiento directo de los hechos que constan en el expediente se efectuará la valoración de la posible trascendencia penal del comportamiento del obligado tributario y, en su caso, cuando se iniciará el trámite de denuncia que estudiaremos más adelante.

1.2. LA EXISTENCIA DE INDICIOS DE LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA PREVIA A LA INICIACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en algunos casos, la Administración tributaria, como consecuencia de la información obtenida por otros cauces, puede apreciar la existencia de indicios de la comisión de una defraudación tributaria delictiva sin necesidad de iniciar la comprobación administrativa de la situación tributaria de un determinado contribuyente. Luego, considerando que la *notitia criminis* de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública ya se ha manifestado, en la medida en que los órganos de la Administración tributaria no disponen de las competencias necesarias para investigar hechos delictivos, deben abstenerse de iniciar un procedimiento inspector para comprobar el impuesto y periodo impositivo en el que presuntamente se ha consumado el delito. Sin embargo, ante la ausencia de elementos probatorios en los que sustentar la liquidación administrativa de la cuota tributaria no ingresada o indebidamente obtenida, difícilmente puede promoverse el ejercicio de la acción penal basada en una mera sospecha de defraudación.

Ante una situación como la descrita, la Administración tributaria dispone de la posibilidad de dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal para que las actuaciones de comprobación de la situación tributaria del contribuyente sospechoso de ser el autor de un delito contra la Hacienda Pública se desarrollen con arreglo a las reglas de la investigación criminal, siendo en dicha sede donde deberán obtenerse los elementos de prueba que permitan determinar el importe de la cuota tributaria defraudada. Por consiguiente, y a diferencia del supuesto examinado en el apartado anterior (en el que la denuncia contiene la liquidación de la cuota tributaria defraudada y la

apreciación de la Administración denunciante acerca del carácter delictivo del comportamiento del obligado tributario), la comunicación de la *notitia criminis* que permitirá iniciar las diligencias de investigación de carácter preprocesal (art. 773.2 LECr.) únicamente contendrá la «sospecha» fundada de la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

2. CARACTERÍSTICAS PROCESALES DE LA DENUNCIA ADMINISTRATIVA DEL DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

La denuncia administrativa de los hechos presuntamente constitutivos de delito contra la Hacienda Pública puede adoptar distintas modalidades en función del momento en que se realiza, en función de las circunstancias en que se ponga de manifiesto la *notitia criminis* de una defraudación tributaria aparentemente delictiva y, sobre todo, en función del órgano al que se dirige, pues la LGT deja en manos de la Administración la elección de la posición procesal que en cada caso considera que debe asumir respecto al impulso de la acción penal²¹.

Esta facultad de decidir el instrumento formal mediante el que se promueve el inicio del proceso penal constituye un factor de discrecionalidad que, añadido a la facultad de estimar si los hechos descubiertos constituyen o no indicios de una conducta delictiva, proporciona a la decisión de la Administración tributaria un carácter y una intensidad de la que carece la denuncia que, por los mismos hechos, podría presentar un particular. Es decir, como veremos a continuación, los órganos de la Administración pueden decidir: a) En primer lugar, si en la conducta del obligado tributario concurren o no los elementos de un comportamiento constitutivo de delito contra la Hacienda Pública; b) Y, en segundo lugar, si los hechos deben ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal o directamente reclamar la intervención del juez penal.

Dicha decisión, que no parece sujeta a ningún tipo de control (ni de legalidad ni de oportunidad), constituye el único parámetro del que podemos disponer para conocer cuál es la posición de partida de la Administración tributaria y en qué medida se manifiesta su interés en que la acción penal se dirija efectivamente contra un determinado contribuyente²². Dicho de otro modo, no es lo

²¹ Curiosamente, lo que resulta válido para los órganos de la Administración Central del Estado no lo es para los órganos de las comunidades autónomas por cuanto, en el artículo 62.1 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, al igual que todas las normas reguladoras de la cesión de tributos que la han precedido, únicamente contemplan la posibilidad de remitir el expediente al Ministerio Fiscal, omitiendo cualquier referencia a pasar el tanto de culpa directamente al órgano judicial competente.

²² Como explica RUIZ GARCÍA: «La regulación establecida por el citado artículo 180.1 de la LGT en este punto ha sido criticada por algunos autores que entienden carente de sentido la opción entre dirigirse al Juzgado o al Ministerio Fiscal; en los casos de simple constatación de la posible relevancia penal de los hechos, y no existiendo aún ningún proceso penal pendiente sobre los mismos, la Administración tributaria no debería dirigirse a ningún órgano jurisdiccional, sino al Ministerio Fiscal. La indeterminación de la ley permite, sin embargo, que la Administración tributaria adopte la solución que crea más adecuada en función de las circunstancias del caso concreto; si del procedimiento inspector se

mismo comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de posibles indicios de la comisión de una defraudación tributaria dejando en sus manos la investigación de los hechos y la calificación del comportamiento del contribuyente, que poner a disposición judicial el resultado de un procedimiento inspector terminado en el que se cuantifica detalladamente la cuota tributaria defraudada y se acompaña de diversos informes jurídicos que consideran que la conducta del obligado tributario es constitutiva de delito contra la Hacienda Pública. En el primer caso, los órganos de la Administración se limitan a cumplir con su deber de denunciar pero sin manifestar interés alguno en el ejercicio de la acusación, mientras que en el segundo se adopta una decisión fundada en derecho acerca del carácter delictivo de los hechos descubiertos y de la necesidad de sancionarlos en la vía jurisdiccional.

El antecedente normativo del actual artículo 180 de la LGT es el artículo 37.2 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en el que, entre otras cuestiones, únicamente se contemplaba la posibilidad de que la *notitia criminis* del delito contra la Hacienda Pública descubierto por la Administración tributaria se comunicara al Ministerio Fiscal. Posteriormente, con la reforma introducida por la Ley 10/1985, de 26 de abril, se modificó el artículo 77.6 de la LGT y el legislador optó por un criterio distinto, pues únicamente se contemplaba la posibilidad de pasar el tanto de culpa al juez penal. En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 10 del Real Decreto 2631/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador tributario. Sin embargo, en el artículo 66 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, sorprendentemente se admitían ambas formas de comunicar la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública. En la reforma del artículo 77.6 de la LGT impulsada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, se mantiene el tanto de culpa como única posibilidad de denuncia pero, al enumerar las causas de reanudación de las actuaciones, se menciona la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, el artículo 5.1 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Sancionador Tributario, únicamente contemplaba la posibilidad de pasar el tanto de culpa al juez penal.

Con la aprobación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se eleva a rango de ley lo establecido en el Reglamento General de la Inspección, y se consolida definitivamente el doble cauce para promover el ejercicio de la acción penal por delito contra la Hacienda Pública. Por consiguiente, en la actualidad, las alternativas de que dispone la Administración tributaria son dos: a) O bien remitir el expediente al Ministerio Fiscal; b) O bien, pasar el tanto de culpa al juez penal. Luego, de los distintos órganos ante los que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 264 de la LECr., puede presentarse la denuncia de un hecho presuntamente delictivo parece que la norma tributaria excluye únicamente la posibilidad de que la Administración se dirija directamente a un funcionario de policía²³.

deduce con claridad la comisión del delito, parece lógico que se pase directamente el tanto de culpa al órgano judicial; si por el contrario existen dudas sobre la existencia del delito será más adecuado remitir el expediente al Ministerio Fiscal para que sea este quien decida, en su caso, interponer la querrela o denuncia», RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 13.

²³ Según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, y en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 796/1987, de 19 de junio, la denuncia puede presentarse ante cualquier dependencia o puesto de los distintos miembros que integran los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y naturalmente de la policía judicial.

2.1. EL TRASLADO DEL TANTO DE CULPA A LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

Con carácter general la doctrina procesal define el «tanto de culpa»²⁴ como el acto emitido por un órgano administrativo (o judicial) y remitido al juez penal, en el que se contiene la noticia de la comisión de un hecho delictivo conocido en el desempeño de sus funciones²⁵. Por lo que se refiere a su contenido y naturaleza jurídica, se considera que consiste en un acto de comunicación de la noticia delictiva realizado por el órgano que, en el ejercicio de sus funciones, conoce o presencia la comisión de un hecho de apariencia delictiva y decide remitirlo al Juzgado del orden penal que resulte competente²⁶.

Definido en estos términos, no se aprecian diferencias sustanciales entre el acto de remisión del tanto de culpa y la denuncia presentada ante el juez penal²⁷, de modo que entre uno y otro se establece una relación género-especie, siendo la segunda una modalidad de denuncia cuando los hechos presuntamente delictivos son conocidos por un funcionario público (distinto a los agentes que forman parte de la policía judicial) en el ejercicio de las competencias que le son propias. Sin embargo, precisamente por la singular naturaleza de su emisor, el tanto de culpa se configura como una denuncia *cualificada* que, por ministerio de la ley, debe revestir mayores garantías de certeza y de veracidad que la denuncia común al alcance de cualquier ciudadano, sin que con ello se prejuzgue o se vincule al juez instructor a incoar el procedimiento, ni se le exima de ordenar la práctica de cuantas diligencias resulten necesarias para la averiguación de los hechos denunciados.

Desde la perspectiva del delito contra la Hacienda Pública, la remisión del tanto de culpa de una defraudación tributaria se efectuará mediante oficio del órgano competente de la Administración tributaria dirigido al juzgado penal al que, por razón del territorio, le corresponda conocer de los hechos puestos de manifiesto en ocasión de la comprobación de la situación tributaria de un determinado contribuyente. Dicho oficio (en ocasiones confundido con la denuncia propiamente dicha) deberá ir acompañado de los elementos probatorios obtenidos en el curso de las actuaciones inspectoras realizadas y, en todo caso, de los informes preceptivos que, según la normativa tributaria, deben evacuarse para expresar la apreciación que de dichos hechos han realizado los distintos órganos que intervienen en el procedimiento de valoración de la trascendencia penal del incumplimiento de las normas tributarias. Todo ello, entendido como un único acto de contenido reglado, configura la denuncia administrativa del delito contra la Hacienda Pública y ex-

²⁴ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se trata del «testimonio que se libra de una parte de un pleito o expediente, cuando resultan pruebas o indicios de responsabilidad criminal, para que acerca de ella se instruya proceso».

²⁵ TORRES ROSELL, N., *op. cit.*, pág. 438.

²⁶ TORRES ROSELL, N., *op. cit.*, pág. 440.

²⁷ Véase nota anterior.

presa un inequívoco interés de la Administración tributaria de que los hechos descubiertos sean sancionados en la vía penal²⁸.

Por consiguiente, como veremos en los apartados siguientes, en la denuncia de una defraudación tributaria, por lo general no coincide la condición de órgano que tiene conocimiento de los hechos y la condición de órgano que decide pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal. En el primer caso, se trata de la Unidad o Equipo de Inspección que ha descubierto un incumplimiento de las normas tributarias que, por la cuantía de la cuota defraudada, puede subsumirse en el artículo 305.1 del Código Penal, mientras que en el segundo se trata del órgano con funciones de representación institucional de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que resulte competente por razón de la adscripción del contribuyente. Esta disociación, entre el funcionario que da la noticia de la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública y el funcionario (o autoridad) que, en último término, valora la trascendencia penal del incumplimiento de las normas tributarias, es una característica distintiva de la denuncia administrativa de las defraudaciones tributarias delictivas que permite distinguirla del atestado en los delitos de contrabando²⁹, y que trae causa de un tipo penal en el que, para decidir el régimen sancionador aplicable, primero es necesario cuantificar el importe de la cuota tributaria dejada de ingresar o indebidamente obtenida por la persona física o jurídica respecto a la cual se dirigirá la acción penal.

Si esto es así, podemos caracterizar el «tanto de culpa» de un delito contra la Hacienda Pública como la denuncia cualificada presentada ante el juez penal por el órgano de la Administración tributaria bajo cuya responsabilidad se encuentra procurar que el sistema tributario se aplique con generalidad a todos los contribuyentes incluidos en su ámbito de competencia³⁰. Por consiguiente, se trata de un acto de comunicación de la *notitia criminis* con plenos efectos procesales

²⁸ A una conclusión semejante llega RUIZ GARCÍA cuando señala que: «Es cierto que la Administración tributaria, en su condición de denunciante no está obligada a probar los hechos consignados en la denuncia. Pero el pase del tanto de culpa presupone que la Administración tributaria dispone de los elementos de prueba que le permiten sostener fundadamente la comisión del delito, y que formarán parte del expediente de comprobación remitido al órgano jurisdiccional. La especial conexión existente entre el procedimiento inspector y el proceso penal presupone, como ya se ha indicado, que en no pocas ocasiones los medios de prueba decisivos para fundamentar la condena penal se habrán obtenido durante la tramitación del procedimiento inspector, lo que acentúa la participación de la Administración tributaria en la prueba de los hechos penalmente relevantes.» RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 15.

²⁹ Con arreglo a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, el Servicio de Vigilancia Aduanera, integrado en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en todo lo que se refiera a la investigación de persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos. Por consiguiente, a diferencia del resto de funcionarios de la Administración tributaria, los funcionarios de Vigilancia Aduanera tienen la consideración legal de policía fiscal, de modo que el resultado de las actuaciones de investigación que realizan y de las diligencias que practican se documentan mediante atestado y quedan sujetas a lo dispuesto en los artículos 292 y siguientes de la LECr.

³⁰ Según establece el artículo 5.2 de la LGT: «En el ámbito de las competencias del Estado, la aplicación de los tributos y el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde al Ministerio de Hacienda, en tanto no haya sido encomendada por ley a otro órgano o entidad de derecho público. En los términos previstos en su ley de creación, dichas competencias corresponden a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.»

pero sin que de ello pueda concluirse que la Administración tributaria esté ejerciendo la función de acusador particular sino que, sin perjuicio de que, una vez iniciado el proceso, pueda llegar a ostentar la condición de víctima o perjudicada por el acto delictivo, deja que sea el juez penal quien traslade los hechos al Ministerio Fiscal (en su condición de acusador público) y determine si procede o no iniciar el proceso penal³¹.

La elección del «tanto de culpa» como instrumento formal para promover la acción penal lleva asociadas determinadas consecuencias procesales, habida cuenta de que es el juez quien, al recibir el oficio procedente de la Administración tributaria mediante el que se le da traslado de unos hechos con apariencia de delito contra la Hacienda Pública, deberá comprobar si se cumplen los requisitos formales y sustantivos de la denuncia (art. 266 LECr.) y, sin perjuicio de la posición que pueda adoptar el Ministerio Fiscal³², decidir si inicia diligencias previas (art. 777.1 LECr.), o devuelve el expediente al órgano denunciante. En el primer caso, la investigación de los hechos presuntamente constitutivos de una defraudación tributaria deja de ser administrativa para convertirse en judicial, quedando desde ese momento sujeta a lo dispuesto en los artículos 326 y siguientes de la LECr. En el segundo, según la doctrina procesal³³, caben dos posibilidades: a) O bien que, por motivos formales, inadmita a trámite la denuncia y se abstenga de actuar; b) O bien, que, por considerar que los hechos son manifiestamente no delictivos, la desestime y devuelva el expediente a la Administración denunciante³⁴.

De todos modos, por las especiales características de la denuncia administrativa de un delito contra la Hacienda Pública, resulta difícil que sea rechazada por el juez penal sin realizar ninguna diligencia para comprobar los hechos comunicados por la Administración (art. 269 LECr.). Por ello, en aquellas ocasiones que la Administración decida pasar el «tanto de culpa» de una defraudación tributaria presuntamente delictiva directamente al órgano judicial competente, se tratará de una denuncia que efectivamente provocará el inicio del proceso penal, sin perjuicio de que, si el

³¹ En este sentido TORRES ROSELL entiende que: «La simple y sola adquisición por el juez de la noticia delictiva estimula la actuación jurisdiccional; el acto que la transmite constituye ejercicio de la acción y este ejercicio recibe un único y definitivo pronunciamiento: la apertura o la denegación de la apertura del proceso penal.» TORRES ROSELL, *op. cit.*, pág. 265.

³² Si el Ministerio Fiscal comparte la apreciación realizada por la Administración tributaria presentará la correspondiente querrela (art. 271 LECr.) ejerciendo la acusación pública. Si, por el contrario, considera que los hechos no revisten trascendencia penal, no solo no ejercerá la acción sino que puede oponerse a la admisión de la denuncia mediante la interposición de los correspondientes recursos contra la resolución que, a tal efecto, adopte el juez de lo penal (art. 313 LECr.).

³³ Según TORRES ROSELL: «[...] a pesar de los límites marcados por el artículo 269 de la LECr., el juez debe enjuiciar si el acto de transmisión es una denuncia y si el hecho que se le comunica reviste tintes de criminalidad. Este doble enjuiciamiento se realiza atendiendo a razones de forma y de fondo y determinará respectivamente la inadmisión o la desestimación de la denuncia». TORRES ROSELL, *op. cit.*, pág. 313.

³⁴ En uno y otro caso RUIZ GARCÍA pone de manifiesto que: «La posición de la Administración tributaria como simple denunciante, desvinculada por lo tanto de la tramitación del proceso penal, resulta difícilmente compatible con las normas del artículo 180.1 de la LGT sobre reanudación del procedimiento inspector que quedó suspendido con la formulación de la denuncia; si la Administración tributaria no es parte en el proceso penal, será preciso establecer el deber a cargo del órgano judicial de notificar la expresada resolución, para que de esta manera prosiga la tramitación del procedimiento inspector.» RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 15.

juez instructor, después de tomar declaración al imputado y de ordenar la práctica de las diligencias que estime oportunas, considera que los hechos denunciados no revisten trascendencia penal, dicte auto de sobreseimiento (art. 779.1.1.ª LECr.) y devuelva el expediente a la Administración.

2.2. LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE AL MINISTERIO FISCAL

A diferencia del instrumento procesal examinado en el apartado anterior, remitir el expediente al Ministerio Fiscal no equivale a denunciar la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, aunque lo cierto es que en la práctica este es el cauce habitualmente utilizado por la Administración para promover la persecución de las defraudaciones tributarias presuntamente delictivas que se ponen de manifiesto en el curso de un procedimiento administrativo de comprobación³⁵.

Cuando se escoge esta vía de traslado del expediente tributario, puesto que el destinatario de la *notitia criminis* no es un órgano judicial, el oficio remitido por la Administración tributaria informando de unos hechos presuntamente delictivos no constituye una denuncia en el sentido procesal de esta figura sino que mantiene todavía un cierto carácter administrativo (de predenuncia), por cuanto deja la decisión de iniciar el proceso penal en manos de los funcionarios del Ministerio Fiscal mediante la interposición de la correspondiente querella (art. 271 LECr.) o, en su caso, mediante la simple denuncia al juez penal de los hechos que la Administración ha comunicado (art. 773.2 LECr.)³⁶. En este caso, sí resulta necesario completar la investigación de los hechos constitutivos de una posible defraudación tributaria, las actuaciones correspondientes se desarrollarán por la Policía Judicial (art. 282 y siguientes LECr.) que, si lo considera oportuno, podrá reclamar el auxilio de los funcionarios de la Inspección de los tributos [art. 95.1 a) LGT y 141 k) LGT]³⁷.

³⁵ En este sentido compartimos la posición de COLLADO YURRITA para quien: «[...] el Fiscal no debe actuar nunca como un "delegado" de la Administración tributaria y, por tanto, ha de llevar a cabo su actuaciones conforme al más estricto sometimiento a los principios de legalidad y de imparcialidad, tal como prevén los artículos 124 de la Constitución, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 1 y 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», COLLADO YURRITA, P.: *La actuación...*, cit., pág. 90.

³⁶ En la Consulta 1/1982 de la Fiscalía General del Estado sobre el destino que deba darse a las denuncias transformadas en querellas por el Ministerio Fiscal se plantean las siguientes posibilidades: «La formalización de la querella es, ciertamente, una de las actitudes procesales que debe seguir a la recepción de una denuncia por el Ministerio Fiscal. Pero no es la única actividad legalmente posible. Efectivamente, el Ministerio Fiscal puede abstenerse de tramitarla ante el órgano judicial acordando el archivo; ello ocurrirá siempre que los hechos sean, en absoluto, ajenos a típicas estructuras penales (art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal en relación con el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Otra postura distinta es remitir la denuncia al Juez competente, ya sea en su forma originaria si se estima completa, o con expresión de las diligencias a practicar de inmediato, posibilidad que también se prevé en las normas citadas. Y, por último, como antes se apuntaba, es dable construir, con fundamento en los hechos y documentos constitutivos de la denuncia, la correspondiente querella en la forma prevista por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ejercitando la acción penal al modo que establecen los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 3.4.º del Estatuto del Ministerio Fiscal.»

³⁷ Con arreglo a lo dispuesto en punto 6 del artículo 103.Dos de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre (en la redacción dada por la disp. adic. 56.ª de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: «Especial-

Planteada la cuestión en estos términos, cabe interrogarse acerca de la actuación que debe realizar el Ministerio Fiscal cuando recibe un oficio de la Administración tributaria mediante el que se le da traslado de una relación circunstanciada de hechos presuntamente constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública y, para ello, cabe distinguir según las características de la *notitia criminis* que en cada caso se comunica³⁸.

Cuando la Administración ha ultimado la comprobación de la situación tributaria de un contribuyente y ha puesto de manifiesto una cuota defraudada superior a 120.000 euros, considerando que en el comportamiento del obligado tributario concurren circunstancias que permiten calificar actuación como intencionada o premeditada (dolo), los funcionarios del Ministerio Fiscal difícilmente podrán realizar por sí mismos diligencias informativas más allá de los términos en los que la defraudación tributaria les ha sido participada, sin solicitar al juez el inicio de la instrucción penal³⁹. Por ello, en este caso, considerando que, aunque solo sea por la cuantía, los hechos descubiertos revisten apariencia delictiva, la intervención del Ministerio público consistirá en decidir si, por compartir la calificación previa de la Administración, ejerce directamente la acción penal mediante la interposición de querrela, o bien prefiere que dicha valoración la realice el propio juez penal (en cuyo caso se limitará a dar traslado de los hechos en forma de denuncia), lo cual, desde la perspectiva procesal, produce los mismos efectos que si la Administración tributaria le hubiera pasado directamente el «tanto de culpa». Lo que, a nuestro modo de ver, resultará muy improbable es que en dicha sede se decrete el archivo de las actuaciones y se ordene la devolución del expediente a la Administración⁴⁰.

Por el contrario, cuando el expediente que la Administración remite al Ministerio Fiscal, en lugar de contener los elementos probatorios obtenidos en el curso de un procedimiento inspector debidamente valorados y cuantificados por los órganos de la Administración, contenga únicamente una sospecha fundada de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública cuya investigación deba realizarse al amparo de la normativa procesal, la actuación del Ministerio Fiscal resultará de-

mente corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el auxilio a los Juzgados y Tribunales de Justicia y al Ministerio Fiscal en la investigación, enjuiciamiento y represión de delitos públicos. A este fin la Agencia Estatal de Administración Tributaria establecerá los medios humanos y materiales especializados en el ejercicio de dicha función de auxilio.»

³⁸ Siguiendo a COLLADO YURRITA, junto al contenido del expediente que se le remite, en su condición de garante de la legalidad y de órgano imparcial: «[...] el Ministerio Fiscal deberá examinar si han sido cumplidos los derechos y principios constitucionales que amparan al contribuyente, durante la actuación inspectora, con las lógicas consecuencias que se deriven de esta apreciación en su decisión de redactar o no la querrela correspondiente.» COLLADO YURRITA, P.: *La actuación...*, cit., pág. 93.

³⁹ Según GIMENO SENDRA: «La principal función de las diligencias informativas consiste en determinar si concurren los elementos de hecho necesarios para que el Ministerio Fiscal pueda o no ejercitar la acción penal. Pero, junto a esta inmediata función, tampoco es menos cierto que, en su seno, se practican no pocos actos de investigación, con lo que inmediatamente ha de surgir la pregunta, consistente en determinar, si tales actos instructorios gozan o no de valor "probatorio" suficiente para desvirtuar, por sí mismos, la presunción constitucional de inocencia.» GIMENO SENDRA, V.: *Manual...*, cit., pág. 200.

⁴⁰ En un sentido semejante COLLADO YURRITA, *op. cit.*, pág. 86.

terminante para decidir si los hechos deben ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial o, por no revestir trascendencia penal, deben ser objeto de la correspondiente regularización en la vía administrativa. En este caso, serán los funcionarios de la policía judicial quienes se encargarán de obtener los elementos probatorios de la defraudación tributaria presuntamente cometida y el resultado de sus actuaciones quedará reflejado en el correspondiente atestado⁴¹ (art. 292 y siguientes LECr.). Por el contrario, si de los hechos puestos de manifiesto no se advierte la concurrencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública, se archivarán las actuaciones (art. 773.2 LECr.) y el resultado de la investigación se remitirá a la Administración para que decida lo que considere oportuno.

3. LA TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA DENUNCIA POR LA PRESUNTA COMISIÓN DE UN DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

Cuando la *notitia criminis* de la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública se pone de manifiesto en el curso de un procedimiento administrativo de comprobación o investigación de la situación tributaria de un determinado contribuyente, es la normativa reguladora del procedimiento sancionador tributario⁴² la que establece el cauce que debe seguirse para que los hechos descubiertos por la Administración puedan ser conocidos por el órgano judicial competente para imponer la sanción penal⁴³. Concretamente, en el artículo 32 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del Procedimiento Sancionador Tributario (en adelante RST), modificado por el Real Decreto 1804/2008, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Prevención del Fraude Fiscal,

⁴¹ Como explica GIMENO SENDRA: «Tradicionalmente el contenido de las diligencias policiales de instrucción se circunscribía al aseguramiento de los efectos y cuerpo del delito, a la práctica de la detención del imputado y a su toma de declaración, así como la de los testigos presenciales de la comisión del delito (cfr. arts. 282 y 297). Pero, con el devenir de los tiempos la policía judicial vino ampliando sus competencias y, así, junto a las diligencias específicas que le puede encomendar tanto el Juez de Instrucción como el Ministerio Fiscal (v. gr. la práctica de una entrada en domicilio, la de una intervención telefónica, la realización de informes periciales dactiloscópicos, de balística, etc.), los anteriores preceptos de la LECrim. han de ser completados con lo dispuesto en los artículos 770-776 y 796, redactados conforme a la Ley 38/2002 [...]». GIMENO SENDRA, V.: *Manual...*, cit., pág. 186.

⁴² Hasta la aprobación del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, la regulación de los trámites a seguir en los expedientes de delito contra la Hacienda Pública se encontraba en el artículo 66 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos y en el artículo 5 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Sancionador Tributario.

⁴³ Como explica ALONSO GONZÁLEZ: «En buena medida nos hallamos ante una tramitación que no pertenece ni a un procedimiento de inspección ni a uno de gestión ni a un procedimiento de imposición de sanciones porque el RGST lo configura como un apéndice o extensión de cualquiera de aquellos procedimientos que, en principio, ya se encuentran suspendidos, salvo que el jefe del órgano administrativo, primero, o el delegado especial, después, decidan lo contrario.» ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «La supresión del trámite de audiencia al interesado previo al proceso penal por delito fiscal», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 5/2007, según el texto publicado por *westlaw.es*, BIB 2007/103, pág. 17.

se regula la intervención sucesiva de los diversos funcionarios, unidades y órganos de la Inspección de los tributos desde el momento en que surge la sospecha de que el comportamiento de la persona o entidad respecto a la cual se están desarrollando las actuaciones inspectoras pudiera ser constitutivo de una defraudación tributaria con trascendencia penal⁴⁴.

Sin embargo, con arreglo a lo dispuesto en el nuevo artículo 305.5 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, según el cual la Administración tributaria podrá liquidar de forma separada la parte de cuota tributaria vinculada al hecho presuntamente delictivo, de la parte de cuota tributaria en la que no concurren las circunstancias determinantes de responsabilidad penal, es de suponer que en un futuro no muy lejano desaparecerá el efecto suspensivo actualmente establecido en el artículo 180.1 de la LGT, de forma que el procedimiento inspector finalice mediante la correspondiente liquidación, total o parcial de la deuda defraudada, independientemente de si los hechos descubiertos son comunicados al Ministerio Fiscal o al juez penal para que decidan si constituyen indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

De todos modos, y a la espera del desarrollo tributario de la norma penal, en la actualidad, según lo dispuesto en el artículo 32 del RST, la *notitia criminis* de una defraudación tributaria con trascendencia penal puede manifestarse en tres momentos distintos⁴⁵. Concretamente: i) Durante la instrucción del procedimiento y antes de formalizar el acta en la que se contiene la propuesta de regularización de la situación tributaria del contribuyente; ii) Durante la fase de resolución del procedimiento y antes de dictar el acto resolutorio por el que se le pone fin; iii) Y durante la instrucción del procedimiento sancionador tributario, una vez dictado el correspondiente acuerdo de liquidación.

⁴⁴ Según PALAO TABOADA se trata de una actividad administrativa que califica como de «fase previa» a la remisión del expediente. PALAO TABOADA, C.: *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Madrid, 2008, págs. 121 y siguientes. Por su parte, SANZ-DÍAZ PALACIOS considera que se trata de un procedimiento tributario con entidad propia, de naturaleza represiva que tiene por finalidad la elaboración de un informe que se remitirá a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal. SANZ-DÍAZ PALACIOS, J. A.: *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2004, pág. 128. Para RUIZ GARCÍA se trata de un subprocedimiento cuyas actuaciones, si bien se insertan formalmente en el procedimiento inspector: «[...] están dotadas de una especificidad y singularidad que las diferencia de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación. El objeto de ambos tipos de actuaciones, las integrantes en la citada fase previa y las inspectoras en sentido estricto, es distinto aunque están relacionados. La citada fase previa o subprocedimiento está integrada por un conjunto de actuaciones que se insertan en una situación intermedia o de tránsito entre el procedimiento inspector y el proceso penal; por ello, aunque el proceso penal no ha comenzado, la conexión entre ambos es patente.» RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 10. Finalmente, ALONSO GONZÁLEZ indica que: «[...] se puede sostener perfectamente que las actuaciones comprendidas en el tránsito que sigue un expediente desde su procedimiento administrativo de origen hasta la jurisdicción penal, por más breve o incompleta que sea su regulación, no pueden dejar de considerarse un procedimiento administrativo sui generis. Así, se puede distinguir en él una suerte de iniciación, que corresponde al órgano que aprecia prima facie la existencia de indicios delictivos; una instrucción, que desarrolla otro órgano, el jefe del órgano administrativo, que se dedica a recopilar información, incluida la versión del interesado; y una terminación, fase final que corre a cargo del delegado especial.» ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «La supresión...», cit., 17.

⁴⁵ Como explica ALONSO GONZÁLEZ: «La diferenciación de las posibles situaciones es obvia. No venía explícitamente recogida en la vigente LGT ni en la anterior, sino que responde a la lógica aunque ello no quita que durante la tramitación de la ley no estuvo muy claro qué opción iba finalmente a prevalecer.» ALONSO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 2.

3.1. LA APRECIACIÓN DE UNA CONDUCTA PRESUNTAMENTE DELICTIVA EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR

Según establece el párrafo primero del artículo 32.2 del RST, cuando el carácter presuntamente delictivo del comportamiento tributario del contribuyente objeto de un procedimiento inspector se aprecie antes de la propuesta de liquidación: «[...] el equipo o unidad remitirá las actuaciones practicadas con las diligencias en las que consten los hechos y circunstancias que, a su juicio, determinan la posible responsabilidad penal y un informe preceptivo sobre la presunta concurrencia en los hechos de los elementos constitutivos del delito al jefe del órgano administrativo competente, por medio de su superior jerárquico».

Dejando a un lado los aspectos competenciales que examinaremos en el apartado correspondiente, lo que aquí interesa es analizar en qué situación se encuentra el procedimiento inspector cuando el funcionario responsable de las actuaciones advierte que los hechos que ha descubierto podrían ser constitutivos de delito contra la Hacienda Pública, y para ello la principal referencia es lo dispuesto en los artículos 156 y 157 de la LGT cuando regulan el trámite de audiencia y puesta de manifiesto del expediente, previo a la formalización de las actas de conformidad o disconformidad⁴⁶.

Según lo indicado en apartados anteriores, el establecimiento de un límite cuantitativo superado el cual un determinado incumplimiento de las obligaciones tributarias adquiere relevancia penal determina que, iniciado un procedimiento inspector, será necesario realizar una cuantificación de la deuda tributaria defraudada para valorar si los hechos puestos de manifiesto en el curso de las actuaciones inspectoras deben ser denunciados como indicios de un delito contra la Hacienda Pública. Luego, aunque en ocasiones, por la propia naturaleza y magnitud económica del hecho imponible ocultado a la Administración tributaria, la relevancia cuantitativa de la defraudación puede advertirse sin necesidad de agotar la comprobación, lo habitual será que se ultime la instrucción del procedimiento inspector antes de valorar si el comportamiento del obligado tributario presenta indicios de infracción tributaria o, en su caso, de delito contra la Hacienda Pública.

Si esto es así, la decisión del instructor del procedimiento de iniciar los trámites indicados en el artículo 32.2 del RST puede adoptarse en dos momentos distintos: o bien antes del trámite de audiencia en el que se pone en conocimiento del obligado tributario el resultado de la comprobación, o después de dicho trámite pero antes de suscribir el acta en la que se contiene la propuesta de regularización de su situación tributaria. En el primer caso, el contribuyente no tendrá

⁴⁶ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 183 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante RAT): «Cuando el órgano de inspección considere que se han obtenido los datos y pruebas necesarios para fundamentar la propuesta de regularización o para considerar correcta la situación del obligado tributario, se notificará el inicio del trámite de audiencia previo a la formalización de las actas de conformidad o de disconformidad que se regirá por lo dispuesto en el artículo 96 [...]. Por su parte, dicho precepto reglamentario establece en su apartado 4 que: «Una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, el de alegaciones no se podrá incorporar al expediente más documentación acreditativa de los hechos, salvo que se demuestre la imposibilidad de haberla aportado antes de la finalización de dicho trámite, siempre que se aporten antes de dictar la resolución.»

conocimiento alguno del contenido del expediente ni de los hechos descubiertos por la Administración, mientras que en el segundo habrá podido acceder a los elementos probatorios en los que la Inspección fundamentará su propuesta de regularización. En uno y otro caso, las actuaciones inspectoras quedarán interrumpidas mientras se decide si los indicios advertidos por el instructor del procedimiento constituyen o no la *notitia criminis* de una defraudación tributaria, sin que dicha circunstancia afecte en modo alguno al cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras establecido en el artículo 150.1 de la LGT, pudiendo llegar a producir una interrupción injustificada en los términos y con los efectos jurídicos señalados en el artículo 150.2 de la LGT.

3.2. LA APRECIACIÓN DE UNA CONDUCTA PRESUNTAMENTE DELICTIVA EN LA FASE DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO INSPECTOR

Con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 32.2 del RST: «Cuando la apreciación tenga lugar después de la propuesta de liquidación, será el órgano competente para liquidar quien debe proceder a impulsar el procedimiento, previa elaboración del preceptivo informe».

En este caso, la apreciación de la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública no la realiza el equipo o unidad de inspección responsable de la instrucción del procedimiento de comprobación sino el órgano competente para dictar el acuerdo de liquidación. Esta posibilidad, que no venía contemplada en la normativa anterior⁴⁷, presenta significativas diferencias respecto a la examinada en primer lugar, por cuanto la propuesta de regularización contenida en el acta delimitará la posición de la Administración (y en caso de conformidad también del propio obligado tributario) respecto a los hechos puestos de manifiesto a lo largo de las actuaciones inspectoras, y también respecto a las magnitudes (base imponible y cuota tributaria) resultantes de la aplicación de la normativa del impuesto comprobado.

Planteada la cuestión en estos términos, a nuestro modo de ver, la norma que resulta fundamental para desentrañar la especialidad de este supuesto es la contenida en el artículo 153 g) de la LGT, según la cual las actas mediante las que se pone fin a la fase instructora de un procedimiento inspector deben contener: «La existencia o inexistencia, en opinión del actuario, de indicios de la comisión de infracciones tributarias». Es decir, si el actuario instructor del procedimiento, ante una propuesta de liquidación de la que resulta una cuota tributaria superior a 120.000 euros, en lugar de informar de la posible existencia de un delito contra la Hacienda Pública, procede a regularizar la situación tributaria del contribuyente inspeccionado y le presenta una propuesta de liquidación, en aplicación del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), cabe entender que, en su opinión, los hechos puestos de manifiesto en el curso de las actuaciones no constituyen indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

⁴⁷ Ni el artículo 66 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, ni el artículo 5 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, prevén que, habiéndose concluido el procedimiento inspector mediante una propuesta de liquidación, sea el órgano competente para dictar la liquidación tributaria el que promueva la presentación de una denuncia por delito contra la Hacienda Pública.

Luego, para que posteriormente estos mismos hechos puedan considerarse como *notitia criminis* de una defraudación tributaria penalmente sancionable será necesario que se justifiquen adecuadamente las razones por las que la Inspección ha rectificado la posición expresada ante el propio contribuyente y reflejada en el acta de conformidad o disconformidad que le ha entregado. Para ello, habida cuenta de que, concluida la instrucción no cabe incorporar hechos nuevos al expediente si no es mediante un acuerdo de ampliación de las actuaciones⁴⁸, la apreciación del órgano competente para resolver acerca del carácter presuntamente delictivo de los hechos descubiertos por la Inspección únicamente puede constreñirse a la valoración del comportamiento del obligado tributario.

Dicho de otro modo, siendo inalterable el presupuesto fáctico de la regularización contenida en el acta (salvo que se apruebe la ampliación de actuaciones), únicamente cabe divergir respecto al instructor del procedimiento en lo que se refiere a la trascendencia penal o meramente administrativa del elemento subjetivo, pues si la cuota liquidada excede de 120.000 euros, la única razón que explica que no se inicien los trámites que deben conducir a la denuncia de un delito contra la Hacienda Pública es que, a juicio del instructor, el obligado tributario: o bien no es responsable del incumplimiento de sus obligaciones tributarias⁴⁹, o bien su responsabilidad no alcanza el grado de culpabilidad que determina la imputación de un ilícito penal⁵⁰. En consecuencia, la opinión del instructor que figura en el acta constituye la única referencia que permite contrastar y conocer las razones del cambio de parecer del órgano de liquidación.

Si en el acta consta que, a juicio del equipo o unidad de inspección, los hechos podrían ser constitutivos de infracción tributaria, cabe entender que la razón por la que no se ha iniciado el trámite de denuncia es que el incumplimiento tributario descubierto no es intencionado (en el sentido de que no concurre dolo penal) sino el resultado de una actuación negligente del obli-

⁴⁸ Según lo dispuesto en el artículo 187.3 c) del RAT que desarrolla lo previsto en el artículo 156.3 b) de la LGT en caso de que se hubieren suscrito actas de conformidad y dentro del plazo de un mes por el Inspector Jefe se ordene la práctica de «actuaciones complementarias»: «[...] se dejará sin efecto el acta formalizada, se notificará esta circunstancia al obligado tributario y se realizarán las actuaciones que procedan cuyo resultado se documentará en un acta que sustituirá a todos los efectos la anteriormente formalizada y se tramitará según proceda.» Por el contrario, en el artículo 188.4 del RAT por el que se desarrolla lo previsto en el artículo 157.4 de la LGT en caso de que se formalicen actas de disconformidad, únicamente se dejará sin efecto el acta formalizada si como consecuencia de las actuaciones complementarias se considera necesario modificar la propuesta de regularización.

⁴⁹ Es decir, se entiende que concurre alguna de las causas de exención de la responsabilidad previstas en el artículo 179.2 de la LGT.

⁵⁰ En este sentido resulta particularmente ilustrativa la reflexión de CHOCLAN MONTALVO en el sentido de que: «[...] en la Ley General Tributaria, la gravedad de la infracción que genera perjuicio económico se determina en función de haber existido ocultación, utilización de facturas falsas o anomalías contables, considerándose muy grave si se han utilizado medios fraudulentos. En ausencia de estas circunstancias la infracción es considerada leve. Una simple deducción lógica nos llevaría a poder afirmar que, al menos, el delito fiscal requiere un comportamiento de ocultación de la situación económica, sin que baste en consecuencia, la mera elusión del pago de un tributo, aún dolosa. En la sofisticación del fraude reside el mayor desvalor de acción en el delito fiscal.» CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones*, Barcelona, 2011, págs. 66-67.

gado tributario⁵¹. Luego, en este caso, para iniciar el trámite de denuncia en lugar del procedimiento sancionador tributario, el informe que debe evacuar el órgano competente para dictar la liquidación tendrá por objeto principal desarrollar los criterios en los que se fundamenta la valoración del comportamiento del contribuyente y de su posible consideración como doloso. Si así no se hiciere, se produciría una actuación discrecional, no solo contraria al principio de presunción de inocencia, sino fundamentalmente al derecho constitucional a la defensa de los propios intereses. Sin embargo, si en el acta el instructor hace constar que, a su juicio, los hechos puestos de manifiesto a lo largo del procedimiento no constituyen indicios de la comisión de una infracción tributaria, no basta con la evacuación de un informe para iniciar los trámites de la denuncia de un delito contra la Hacienda Pública, sino que antes será necesario que se ordene la práctica de nuevas actuaciones⁵², con conocimiento formal del obligado tributario, a fin de que se aporten los elementos probatorios necesarios para rectificar la impresión inicial del equipo o unidad responsable de las actuaciones inspectoras⁵³.

Finalmente, si en el acta no figura indicación alguna respecto al elemento subjetivo del comportamiento tributario del contribuyente inspeccionado, el principio de presunción de inocencia obliga a entender que, salvo que aparezcan nuevos hechos o se obtengan pruebas adicionales a las que constan en el expediente, no existen indicios de la comisión de una infracción tributaria y, en consecuencia, tampoco de la consumación de un delito contra la Hacienda Pública. Por ello, al igual que en el supuesto anterior, para iniciar el trámite de denuncia, no basta con un informe que rectifique la omisión respecto a la valoración del comportamiento del obligado tributario, sino que debería ordenarse la práctica de nuevas actuaciones.

3.2.1. La propuesta de denuncia derivada de acta de conformidad

Otro aspecto que incidirá en la decisión de iniciar el trámite de denuncia después de concluida la instrucción del procedimiento inspector será el tipo de acta mediante la que se documenta la propuesta de regularización de la situación tributaria del contribuyente inspeccionado⁵⁴.

⁵¹ La simple negligencia viene prevista como grado de responsabilidad infractora en el artículo 183.1 de la LGT.

⁵² Además, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 32.3 del RST, dichas actuaciones probablemente se encomienden a un Equipo o Unidad distinto al que ha desarrollado la comprobación que, una vez concluidas deberá levantar nueva acta y reflejar su opinión acerca de la existencia de indicios de la comisión de una infracción tributaria.

⁵³ En este sentido compartimos la opinión de RUIZ GARCÍA para quien: «La finalidad de las actuaciones complementarias previstas en el artículo 32.3 del RST no es la de buscar los medios de prueba que justifiquen en este caso la eventual condena en vía penal, sino únicamente la de disipar las dudas que pueden existir en la Administración tributaria sobre la concurrencia de los requisitos para pasar el tanto de culpa al órgano jurisdiccional o remitir el expediente al Ministerio Fiscal.» RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 9.

⁵⁴ Según el texto del artículo 155 de la LGT no parece que de la formalización de un acta con acuerdo pueda generarse un supuesto en el que se aprecie que el comportamiento del obligado tributario puede ser constitutivo delito contra la Hacienda Pública.

Cuando se trate de un acta de conformidad de la que resulta una cuota a ingresar superior a 120.000 euros por un determinado tributo y periodo impositivo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 156.5 de la LGT, el obligado tributario habrá aceptado como ciertos los hechos descu- biertos por la Administración y, además, también se habrá mostrado de acuerdo con la normati- va aplicada para liquidar la cuota tributaria que de ellos resultan⁵⁵. Asimismo, considerando que en el cuerpo del acta debe hacerse constar la opinión del actuario acerca de la posible comisión de una infracción tributaria y que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 156.4 y 188.1 de la LGT, la conformidad del obligado tributario determina la aplicación de una reducción en el importe de la sanción administrativa que pudiera imponerse por los hechos reconocidos, cabe entender que también respecto a esta cuestión se extienden los efectos recíprocos entre Admi- nistración y contribuyente en la fijación consensuada del alcance que, respecto al ejercicio del *ius puniendi*, tiene el incumplimiento de las obligaciones tributarias que justifican la regulari- zación propuesta por el instructor del procedimiento y tácitamente aceptada por el órgano com- petente para dictar la liquidación.

Si esto es así, salvo que en el plazo señalado en el artículo 156.2 de la LGT se ordene la realización de nuevas actuaciones para completar el expediente, no cabe incorporar al procedi- miento hechos nuevos ni valoraciones distintas a las que figuran en el cuerpo del acta. En conse- cuencia, si el órgano de liquidación, a diferencia del instructor, considera que los hechos puestos de manifiesto en el procedimiento inspector pueden ser constitutivos de delito contra la Hacienda Pública, no puede dejar transcurrir el plazo de confirmación del acta de conformidad para segui- damente iniciar el trámite de denuncia, pues con ello se estaría defraudando, no solo el derecho a la presunción de inocencia y a la no autoincriminación, sino fundamentalmente el derecho a la defensa. Luego, cuando la fase de instrucción del procedimiento inspector concluya mediante acta de conformidad, el órgano de liquidación que pretenda separarse de la apreciación inicialmente realizada por el órgano instructor deberá poner dicha circunstancia en conocimiento del obligado tributario y dejar sin efecto jurídico alguno la aceptación de la propuesta de regularización que le fue presentada. Si así no lo hiciere, una vez transcurrido un mes, debería prevalecer la *aprecia- ción* de los hechos contenida en el acta de conformidad que tácitamente ha sido asumida por el órgano competente para dictar la liquidación.

Dicho de otro modo, a nuestro modo de ver, la Administración tributaria no puede ir contra sus propios actos y aprovecharse del reconocimiento de los hechos prestado por el contribuyen- te para reforzar el presupuesto fáctico de una denuncia por delito contra la Hacienda Pública sin permitir que el obligado tributario se desvincule de los efectos de la conformidad que prestó en un contexto en el que la Administración, obrando por cuenta del órgano instructor, consideró que los hechos, o bien no eran sancionables, o en caso de serlo eran constitutivos de una infracción tributaria sancionable en vía administrativa.

⁵⁵ Según lo dispuesto en el artículo 144.2 de la LGT los hechos aceptados por los obligados tributarios en las actas de inspección se presumen ciertos y solo podrán rectificarse mediante prueba de haber incurrido en error de hecho.

3.2.2. La propuesta de denuncia derivada de acta de disconformidad

A diferencia de lo expuesto en el apartado anterior, cuando se trata de un acta de disconformidad, según lo establecido en el artículo 157.2 de la LGT, el órgano instructor deberá elaborar y entregar al obligado tributario un informe ampliatorio en el que se desarrollen los criterios jurídicos en los que se fundamenta la propuesta de liquidación. Por consiguiente, en este caso, el órgano de liquidación, además de la posibilidad de ordenar la realización de actuaciones complementarias si considera que la instrucción ha sido insuficiente o incompleta, cuando el contribuyente haya ejercido su derecho a presentar alegaciones, conoce los motivos de la oposición a la propuesta de regularización contenida en el acta, entre cuyo contenido figurará la impresión del actuario acerca de la existencia de indicios de la comisión de una infracción tributaria.

En estas circunstancias, el órgano de liquidación puede decidir iniciar el trámite de denuncia de la presunta comisión de una defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública en los términos examinados en los apartados anteriores sin otro límite que el señalado respecto a la justificación del cambio de criterio valorativo. Sin embargo, la cuestión que debe resolverse es si, por entender que los hechos deben ser conocidos por la jurisdicción penal, el Inspector Jefe debe abstenerse de dictar el acto liquidatorio o, por el contrario, debe finalizar el procedimiento inspector, notificando al obligado tributario el acuerdo de liquidación.

Hasta ahora, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 180.1 de la LGT, el efecto suspensivo sobre los procedimientos tributarios se produce *ex lege* a partir del momento en que la Administración traslada el expediente al Ministerio Fiscal o remite el tanto de culpa a la autoridad judicial competente, lo que nos conduciría a la conclusión de que, en este caso, no debe dictarse el acto resolutorio del procedimiento inspector. Sin embargo, según el artículo 32.2 del RST, cuando la apreciación de la existencia de indicios de delito se realice una vez formalizada la propuesta de regularización (acta), lo que queda suspendido no es el procedimiento sino la *ejecución* de la liquidación (acuerdo) que le pone fin⁵⁶. Luego, de la interpretación de dicha norma reglamentaria (que, por otra parte, se ajusta a lo dispuesto en el nuevo art. 305.5 CP), se llegaría a la conclusión de que la decisión del órgano de liquidación de iniciar el trámite de denuncia no afecta al deber de resolver el procedimiento inspector, de modo que, sin perjuicio de evacuar el informe correspondiente para su elevación al órgano competente para presentar la denuncia, debe dictar el acuerdo de liquidación cuya ejecución solo quedará suspendida si finalmente se da traslado del expediente al Ministerio Fiscal o se pasa en tanto de culpa al juez penal. Otra cosa distinta será decidir si dicha liquidación debe notificarse al interesado con la advertencia de que quedan suspendidos los plazos de ingreso y de impugnación, o no se notifica hasta que se dicte la correspondiente resolución judicial.

⁵⁶ Respecto al fundamento jurídico de esta norma reglamentaria, compartimos plenamente la opinión de RUIZ GARCÍA para quien de lo dispuesto en el artículo 180.1 de la LGT no se desprende que el efecto suspensivo se extienda al acto resolutorio del procedimiento inspector cuando ha sido dictado antes de que se hubiere presentado la denuncia por delito contra la Hacienda Pública. En particular, dicho autor pone de manifiesto que: «[...] reconocida la ejecutividad del acto de liquidación por diferentes preceptos de la LGT, y de manera especial por los artículos 102.2 e), 62.2, 160 y 161, las excepciones a dicha ejecutividad deberían venir establecidas también en una norma de rango legal [...]», RUIZ GARCÍA, J. R.: «La relación...», cit., pág. 20.

En definitiva, la iniciación del trámite de denuncia por el órgano de liquidación una vez formalizada la propuesta de regularización, sin que por el órgano instructor se haya considerado presuntamente delictivo el comportamiento del obligado tributario, pone de manifiesto la existencia de una discrepancia en el seno de la propia Inspección acerca de la trascendencia del comportamiento del obligado tributario a efectos de determinar el régimen sancionador aplicable. Dicha discrepancia no puede ser ajena al proceso penal (si es que llega a iniciarse), pues constituye un elemento de primera magnitud para enjuiciar si el incumplimiento de la normativa tributaria trae causa de un acto consciente y querido por el contribuyente o, por el contrario, es el resultado de una actuación negligente, o que viene amparada en una causa de justificación (art. 179.2 LGT). Luego, en el expediente a remitir al Ministerio Fiscal o al juez penal debería figurar tanto la propuesta de liquidación del órgano instructor, como la liquidación definitiva dictada por el órgano competente para resolver adoptada a la vista de las alegaciones presentadas por el obligado tributario o, en su defecto, a sabiendas de su disconformidad.

3.3. LA APRECIACIÓN DE UNA CONDUCTA PRESUNTAMENTE DELICTIVA EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR TRIBUTARIO

El elenco de situaciones en las que puede iniciarse el trámite de denuncia de un delito contra la Hacienda Pública puesto de manifiesto en el curso de un procedimiento de inspección se completa en el párrafo tercero del artículo 32.2 del RST según el cual: «Cuando dicha apreciación se produzca durante la tramitación del procedimiento sancionador, y los actos de liquidación hayan sido dictados, el órgano, equipo o unidad que instruya dicho procedimiento suspenderá su tramitación y trasladará las actuaciones de comprobación y las del procedimiento sancionador, junto con el correspondiente informe, al jefe del órgano administrativo competente, por medio de su superior jerárquico. Asimismo, se suspenderá la ejecución de la liquidación hasta que recaiga la correspondiente resolución judicial».

En este caso nos encontramos con una *notitia criminis* que no surge en la fase de instrucción del procedimiento inspector ni tampoco en la fase de resolución, sino durante la instrucción de un procedimiento sancionador tributario iniciado para determinar las posibles infracciones tributarias cometidas por el contribuyente inspeccionado. Sin embargo, considerando que el elemento objetivo del tipo infractor y, por consiguiente, el importe de la cuota tributaria defraudada ha quedado fijado en el procedimiento de liquidación, cabe entender que tanto el órgano responsable de la instrucción como el órgano responsable de dictar la liquidación consideran que, pese a que la deuda liquidada excede de 120.000 euros, los hechos descubiertos no presentan indicios de delito contra la Hacienda Pública, pues en caso contrario ya habrían iniciado el correspondiente trámite de denuncia sin ordenar el inicio del procedimiento sancionador tributario.

Si esto es así, a nuestro modo de ver, una situación como la descrita únicamente puede prosperar si en el curso de la instrucción del procedimiento sancionador aparecen elementos de

prueba nuevos sobre el comportamiento seguido por el obligado tributario que modifican las conclusiones que, respecto al elemento subjetivo del tipo infractor, se realizaron por los órganos responsables del procedimiento inspector. En caso contrario, y considerando que la instrucción del procedimiento sancionador suele recaer en el mismo equipo o unidad de inspección que desarrolló la comprobación, se daría la circunstancia que el mismo órgano que consideró que unos determinados hechos no constituían indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, posteriormente rectifica su valoración y propone la iniciación del trámite de denuncia sin justificar dicho cambio de criterio en elemento probatorio alguno.

Planteada la cuestión en estos términos, el principal aspecto a considerar para delimitar el ámbito de aplicación de lo dispuesto en el artículo 32.2 del RST será el tipo de procedimiento sancionador que se ha iniciado, pues la instrucción no será la misma (i) en un procedimiento de tramitación conjunta, (ii) en un procedimiento separado abreviado, (iii) o en un procedimiento separado ordinario.

Según establece el artículo 208.1 de la LGT en el procedimiento sancionador tramitado conjuntamente con el procedimiento de comprobación, las cuestiones relativas a las posibles infracciones cometidas por el obligado tributario se instruirán y resolverán conjuntamente con aquellas que se refieren al hecho imponible objeto de comprobación. Luego, siendo única la fase instrucción de ambos procedimientos, el acta mediante la que se dan por concluidas las actuaciones inspectoras contendrá tanto una propuesta de regularización como una propuesta de sanción (art. 208.2 LGT). En consecuencia, difícilmente en este caso puede producirse la situación descrita en el artículo 32.2 del RST pues de su lectura se desprende que la apreciación de la existencia de indicios de delito se produce durante la instrucción del procedimiento sancionador tributario, dando a entender que se trata de una actuación instructora distinta de la realizada en el procedimiento inspector. Luego, en este caso, la apreciación sobrevenida de indicios de delito contra la Hacienda Pública necesariamente tendrá lugar en sede del órgano competente para dictar la liquidación y para imponer la sanción [art. 211.5 d) LGT].

Cuando, conforme a lo dispuesto en el artículo 210.5 de la LGT, se inicie un procedimiento sancionador formalmente separado del procedimiento de comprobación pero sin desarrollar una instrucción diferenciada, se produce una situación semejante a la descrita en el párrafo anterior, pues los únicos hechos a considerar para fundamentar el acuerdo de imposición de la sanción tributaria son los descubiertos durante la comprobación de la situación tributaria del contribuyente. Luego, en este caso, es evidente que el órgano instructor no aprecia la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública a pesar de que la cuota tributaria defraudada supere los 120.000 euros pues, en lugar de elevar las actuaciones proponiendo el inicio del trámite de denuncia, notifica al interesado una propuesta de sanción tributaria. En consecuencia, también en este caso, se trata de una situación que no se incluye en el ámbito de aplicación del tercer párrafo del artículo 32.2 del RST, sino en el correspondiente al segundo párrafo donde se contempla que la decisión de iniciar el trámite de denuncia se toma por el órgano competente para dictar el acto resolutorio del procedimiento inspector.

Por último, en aquellos casos en los que las posibles infracciones tributarias cometidas por el contribuyente objeto del procedimiento inspector constituyan el objeto de un procedimiento

sancionador tributario ordinario de tramitación separada, puesto que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 210.1 de la LGT, y sin perjuicio de la incorporación de los elementos probatorios obtenidos en el procedimiento de comprobación, debe desarrollarse una instrucción distinta y complementaria de la realizada para determinar la deuda tributaria defraudada, es posible que la apreciación inicial respecto a la trascendencia penal del comportamiento seguido por el obligado tributario se vea modificada como consecuencia de la aparición de nuevas pruebas que pongan de manifiesto la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal o, lo que es lo mismo, que una actuación inicialmente considerada justificada o negligente, se considere intencionada o dolosa. En este caso la norma contenida en el artículo 32.2 del RST adquiere todo su sentido, pues facilita el cauce necesario para reorientar las actuaciones de la Administración tributaria cuando la *notitia criminis* del delito contra la Hacienda Pública surge en el procedimiento sancionador tributario.

3.4. OTROS MOMENTOS EN LOS QUE PUEDE APRECIARSE LA EXISTENCIA DE INDICIOS DE DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

La casuística de los procedimientos de comprobación tributaria es tan abundante que los tres supuestos previstos en la norma reglamentaria no agotan las posibles situaciones en las que la Administración puede considerar que unos determinados hechos pueden constituir indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, pues dicha apreciación puede producirse: (i) antes de la iniciación de las actuaciones de comprobación; (ii) después de dictada la liquidación administrativa e impuesta, en su caso, una sanción tributaria; (iii) e incluso una vez prescrito el derecho de la Administración a comprobar la situación tributaria del contribuyente.

3.4.1. La apreciación de la conducta presuntamente delictiva antes del inicio del procedimiento inspector

Según se ha expuesto en apartados anteriores, la *notitia criminis* de la presunta comisión de un delito contra la Hacienda Pública puede ponerse de manifiesto antes del inicio de un procedimiento administrativo de comprobación de la situación tributaria de un determinado contribuyente. En estos casos, de la información que obra en poder de la Administración tributaria y, sobre todo, del *modus operandi* característico de determinadas tipologías de fraude, puede presumirse la existencia de un comportamiento delictivo sin necesidad de liquidar la cuota tributaria defraudada. En estos casos, el trámite de denuncia no lo iniciará el órgano instructor del procedimiento inspector, ni menos aún el órgano responsable de la instrucción del procedimiento sancionador tributario, sino el órgano que recibe y gestiona la información con trascendencia tributaria obtenida al margen de los procedimientos de comprobación⁵⁷.

⁵⁷ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93.1 de la LGT determinados obligados tributarios deben suministrar a la Administración información con trascendencia tributaria de forma continuada. Dichos datos se integran en las bases de datos que se explotan por los servicios y unidades especializadas en la selección de contribuyentes y análisis del riesgo de fraude.

Naturalmente, cuando concurren dichas circunstancias, habida cuenta de que no se habrá iniciado ningún procedimiento administrativo, las actuaciones tendentes a obtener los elementos de prueba en los que fundamentar la acusación se desarrollarán por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de la colaboración que pueda requerir de los funcionarios de la Inspección. Por consiguiente, a diferencia de los supuestos regulados en el artículo 32.2 del RST, no se requiere el seguimiento de una tramitación reglada, sino que bastará con la exposición de los indicios que, a juicio de la Administración, revelan la trascendencia penal de unos determinados hechos sin que proceda efectuar valoración alguna acerca de la calificación jurídica del comportamiento del obligado tributario.

3.4.2. La apreciación de la conducta presuntamente delictiva una vez concluido el procedimiento sancionador tributario

Hasta ahora hemos examinado las distintas situaciones en las que la *notitia criminis* de una defraudación tributaria con trascendencia penal se ha manifestado antes de que por la Administración se ejerza el *ius puniendi* que el ordenamiento jurídico le confiere para sancionar el incumplimiento de las obligaciones tributarias. Sin embargo, con ello no se agotan las posibilidades de descubrir la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, pues la apreciación de la existencia de indicios de una conducta presuntamente delictiva puede producirse después de que, por los mismos hechos, se haya impuesto una sanción tributaria.

Sin perjuicio de las consecuencias que se producen respecto al principio constitucional de no duplicidad de sanciones (*non bis in idem*), si consideramos que la responsabilidad penal es independiente del resultado de los procedimientos tributarios, la Administración tiene el deber legal de denunciar ante el Poder Judicial la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, aun cuando en su apreciación inicial no hubiere advertido la trascendencia penal de la defraudación tributaria puesta de manifiesto en el curso de un procedimiento de inspección.

Desde la perspectiva procedimental, si en el momento de decidir iniciar el trámite de denuncia ya se ha dictado una liquidación administrativa por la que se resuelve el procedimiento de comprobación y un acuerdo de imposición de sanción por el que se resuelve el procedimiento de sanción, es indiscutible que la Administración tributaria ya ha efectuado una valoración acerca de la trascendencia de los hechos puestos de manifiesto como consecuencia de la comprobación de la situación tributaria del contribuyente. Luego, para no contravenir el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la decisión de rectificar, y de dar traslado de todo lo actuado al órgano competente para imponer una sanción privativa de libertad, deberá fundamentarse no tanto en un informe justificativo del cambio de criterio jurídico como en elementos probatorios que pongan de manifiesto hechos con trascendencia tributaria a los que la Administración haya tenido acceso una vez concluidos los procedimientos administrativos, y que resulten manifiestamente reveladores del propósito defraudatorio del comportamiento del obligado tributario.

Planteada la cuestión en estos términos, habida cuenta de que, concluido el procedimiento inspector, la Administración no puede desarrollar nuevas actuaciones de comprobación por el mismo tributo y periodo impositivo (art. 148.3 LGT), el origen de las pruebas del carácter delicti-

vo de la defraudación, o bien será externo a la propia Administración (p.e. una denuncia pública), o bien serán otros procedimientos de comprobación (del propio obligado tributario o de terceros) de los que resulten acreditados hechos distintos a los considerados por los órganos de la Inspección durante la comprobación del tributo y periodo impositivo cuya defraudación constituye un posible delito contra la Hacienda Pública. En este caso, si bien los nuevos elementos probatorios no afectarán a la validez y eficacia de los actos dictados en los procedimientos administrativos ya concluidos⁵⁸, no por ello dejarán de constituir evidencias de la lesión del bien jurídico protegido por la norma penal, en cuyo caso pueden ser considerados por el juez instructor para imputar al contribuyente la comisión de un delito contra la Hacienda Pública y, en su caso, por el juez sentenciador para fundamentar la imposición de una sanción privativa de libertad.

Si esto es así, la decisión de denunciar una defraudación tributaria ya sancionada en vía administrativa puede producirse como consecuencia de dos circunstancias: a) De una parte, si se pone de manifiesto que la cuota tributaria efectivamente defraudada es superior a la liquidada por la Administración, superando el límite cuantitativo fijado en el artículo 305.1 del Código Penal; b) Y, de otra, si se pone de manifiesto que el incumplimiento tributario descubierto por la Administración, en lugar de constituir un supuesto de negligencia o de venir amparado en una causa de justificación, ha sido intencionado.

En el primer caso, los hechos puestos de manifiesto con posterioridad a la conclusión del procedimiento inspector afectarán al elemento cuantitativo de la defraudación produciéndose la paradoja de que la liquidación administrativa de la cuota tributaria no podrá rectificarse pero, a efectos penales, podrá considerarse que la defraudación supera los 120.000 euros. En el segundo caso, los elementos probatorios obtenidos por la Administración una vez finalizado el procedimiento sancionador tributario, deberán evidenciar la inadecuada calificación administrativa del comportamiento observado por el obligado tributario más allá de un simple cambio de criterio y, en todo caso, identificando los hechos o actos jurídicos de los que se desprende dicha nueva apreciación.

Por otra parte, puesto que la decisión de denunciar se habrá tomado una vez dictada y notificada la liquidación y el acuerdo de imposición de la sanción tributaria, cabe interrogarse acerca de la situación que se genera en los procedimientos de recaudación y, en su caso, de revisión en vía administrativa iniciados con la notificación de los actos resolutorios de los procedimientos de comprobación y sancionador tributario.

3.4.3. La apreciación de la conducta presuntamente delictiva una vez prescrito el derecho a comprobar la situación tributaria del contribuyente

Para completar el examen de las situaciones en las que la Administración puede apreciar el carácter delictivo de una defraudación tributaria, es necesario contemplar la situación que se produce

⁵⁸ Salvo que se incurra en causa de nulidad de pleno derecho (art. 217 LGT), o que se justifique la declaración de lesividad para el interés público (art. 218 LGT).

cuando los hechos presuntamente delictivos se realizaron en un periodo impositivo respecto al cual ha concluido el plazo de prescripción establecido en el artículo 67 de la LGT. Es decir, considerando que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal, el plazo legal de prescripción del delito contra la Hacienda Pública es superior al plazo de prescripción del derecho de la Administración a comprobar la situación tributaria de los contribuyentes y, en su caso, a practicar la correspondiente liquidación administrativa, cabe la posibilidad de que se sancione penalmente un incumplimiento tributario una vez extinguida la deuda tributaria devengada con la realización del hecho imponible.

En este caso, desde la perspectiva procedimental, el principal problema interpretativo que se plantea se refiere a la manifestación de la *notitia criminis* y, en particular, en relación con la determinación de la cuantía de la deuda defraudada como presupuesto del inicio del trámite de denuncia. Por ello, ante el silencio de la norma reglamentaria, nos inclinamos por aplicar analógicamente lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 32.2 del RST en el sentido de que corresponde al órgano competente para dictar la liquidación de la cuota tributaria defraudada apreciar si los elementos probatorios obtenidos por la Administración constituyen o no indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, en cuyo caso, y aunque sea al margen del procedimiento inspector, deberá efectuar un cálculo preliminar de la cuota tributaria que resulta de los hechos puestos de manifiesto con posterioridad a la consumación del plazo legal de comprobación de un determinado impuesto y periodo impositivo.

4. ÓRGANO COMPETENTE PARA DENUNCIAR LOS HECHOS PRESUNTAMENTE DELICTIVOS

La determinación del órgano competente para decidir si los hechos puestos de manifiesto en el curso de la comprobación de la situación tributaria de un determinado contribuyente deben ser puestos en conocimiento de la jurisdicción penal constituye un elemento fundamental para estructurar el trámite interno que la Administración tributaria debe seguir para recabar la tutela penal del crédito tributario.

Como es sabido, hasta el año 1986 predominó en el ordenamiento jurídico español un modelo que podríamos calificar de «preferencia administrativa»⁵⁹, en virtud del cual el ejercicio de la acción penal requería la previa firmeza de la liquidación tributaria por la que se fijaba definitivamente la cuota defraudada. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, correspondía al Delegado de Hacienda de la provincia en la que se hubiera practicado la liquidación tributaria poner los hechos presuntamente delictivos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

⁵⁹ Pese a que dicha situación de preferencia se ha asimilado al régimen de la *cuestión prejudicial*, el Tribunal Supremo [STS de 5 de noviembre de 1991 (NFJ051351)] consideró que lo que la ley establecía era un *requisito de procedibilidad* previo a la acción penal. En un sentido semejante, se pronuncia RAMÍREZ GÓMEZ, S.: *El principio ne bis in idem en el ámbito Tributario*, Madrid, 2000, pág. 73.

Como reacción ante la constatación del fracaso del modelo de preferencia administrativa⁶⁰, mediante la Ley 25/1995, de 20 de julio, se estableció un modelo de «preferencia penal» en virtud del cual, en caso de que unos mismos hechos pudieran ser el fundamento objetivo de una regularización administrativa y de una sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública, por aplicación del principio constitucional de non bis in idem⁶¹, la mera presentación de la denuncia o de la querella provoca la suspensión automática e inmediata, no solo del procedimiento sancionador tributario, sino de cualesquiera procedimientos administrativos concurrentes con el proceso penal⁶². En este nuevo escenario normativo, el artículo 66.3 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (hoy derogado) se indica que corresponde a la Inspección de los tributos pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente o remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal, a través de los Directores Generales o Delegados de Hacienda especiales correspondientes.

Por consiguiente, la función del Delegado era meramente institucional, pues la decisión de denunciar recaía en el Inspector Jefe en cuyo ámbito territorial de competencia se pusieran de manifiesto los hechos presuntamente constitutivos de delito contra la Hacienda Pública. Posteriormente, en el artículo 5.2 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Sancionador Tributario (hoy también derogado), se introduce el trámite de remisión interna del expediente de modo que la competencia para apreciar la existencia de indicios de delito recae en los Delegados Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria o en los Directores de Departamento correspondientes.

En la actualidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.3 del RST, la competencia para denunciar la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública depende de la adscripción funcional del órgano en el que se pone de manifiesto la *notitia criminis* de la defraudación tributaria con trascendencia penal. Por consiguiente, cuando los hechos presuntamente constitutivos de delito contra la Hacienda Pública son descubiertos en el ámbito de competencia de los órganos territoriales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la decisión acerca de dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal o de pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial corresponde al Delegado Especial⁶³. Por el contrario, cuando los indicios de la comisión de una

⁶⁰ Como explica CASADO OLLERO, al analizar los precedentes normativos mediante los que se atribuyen las competencias en la lucha contra el fraude fiscal: «[...] es fácil advertir que la principal tarea (consciente o no) del legislador consistió en liberar al delito fiscal de su tradicional dependencia administrativa [...]», CASADO OLLERO, *op. cit.*, pág. 1.598. Por su parte, DE JUAN CASADEVALL, al valorar el cambio de concepción producido a partir de la reforma de 1985, concluye que: «La ley del péndulo supuso que la reforma de 1985 desterrara la vieja prejudicialidad administrativa y entregara la facultad liquidatoria al órgano jurisdiccional.» DE JUAN CASADEVALL, J.: «La articulación de la regla ne bis in idem en el ámbito Tributario», en AA.VV, *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1.463.

⁶¹ En este sentido pueden verse entre otras la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4.º) y la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 4.º) (NFJ000032).

⁶² Así lo contempla, por primera vez, el artículo 5.1 del Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre.

⁶³ La determinación del ámbito territorial de competencias de las Delegaciones especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria viene desarrollado en la Resolución de 21 de septiembre de 2004, de la Presidencia de la Agen-

defraudación tributaria presuntamente delictiva los aprecie un órgano adscrito a la Delegación Central de Grandes Contribuyentes, la denuncia administrativa deberá ser cursada por el Delegado Central⁶⁴. Finalmente, en los casos en los que haya intervenido la Oficina Nacional de Investigación del Fraude⁶⁵ la competencia para denunciar recae en el Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria.

No obstante lo anterior, si examinamos detenidamente las normas reguladoras del trámite de denuncia, advertiremos que, a diferencia de la común, la denuncia administrativa de la presunta comisión de un delito contra la Hacienda Pública no es una decisión unilateral o individual sino que es el resultado de una apreciación colectiva en la que participan diferentes órganos de la Administración tributaria, de modo que la intervención final de Delegado o del Director del Departamento, si bien tiene un carácter decisorio, de ello no se sigue que necesariamente exprese la apreciación de los hechos que pueda realizar el funcionario que, en cada momento, ocupa dicho cargo, pues su función institucional, más que valorar la trascendencia penal del comportamiento de un determinado contribuyente, es velar por que se hayan observado todas las garantías y formalidades establecidas en la normativa que, en cada momento, resulte de aplicación, para poner en conocimiento de la jurisdicción penal los hechos puestos de manifiesto en un procedimiento administrativo de comprobación⁶⁶.

A tal efecto, la norma reglamentaria indica que, con carácter previo a dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial, deberá recabarse el informe del órgano con funciones de asesoramiento que en cada caso corresponda. Es decir, por el Abogado del Estado adscrito al Servicio Jurídico⁶⁷ de la Delegación Especial o Central (o del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria) deberá evacuarse un informe en el que, entre otros aspectos, habrá de pronunciarse sobre el contenido del informe elevado al Delegado por el órgano competente para proponer el inicio del trámite de denuncia.

cia Estatal de Administración Tributaria por la que se establece la estructura y organización territorial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁶⁴ Así se establece en el punto 2, letra l) del apartado quinto de la Resolución de 26 de diciembre de 2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁶⁵ Así se desprende de lo dispuesto en el apartado Dos de la Resolución de 24 de marzo de 1992 sobre organización y atribución de funciones a la Inspección de los tributos, en la redacción dada por la Resolución de 26 de noviembre de 2008.

⁶⁶ En este sentido ALONSO GONZÁLEZ, al referirse al acuerdo del delegado de remitir el expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa al juez penal, advierte que: «Este acuerdo es un acto administrativo formal que viene exigido expresamente por el RGST en el art. 32.4 y que no puede ser sustituido por la interposición de denuncia o querrela, por el Ministerio Fiscal a instancias de la Administración, pues una y otra serían la consecuencia obligada de la previa adopción de aquel acto o acuerdo todavía en sede administrativa.» ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «La supresión...», cit., pág. 19.

⁶⁷ Según lo indicado en el punto 6 del apartado Tercero de la Resolución de 21 de septiembre de 2004, en el ámbito de cada Delegación Especial de la Agencia Estatal de Administración Tributaria se constituirá un Servicio Jurídico Regional que prestará asistencia jurídica a los distintos órganos integrados en dicha Delegación y particularmente al Delegado Especial. Así lo establece también respecto al ámbito de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes el punto 3 del apartado Cuarto de la Resolución de 26 de diciembre de 2005.

Si la apreciación del órgano consultivo y del órgano de la Inspección de los tributos que ha promovido la iniciación del trámite coincide, difícilmente el Delegado se opondrá a cursar la denuncia pues, como veremos a continuación, aunque la apreciación personal o técnica del funcionario que ejerce dicha responsabilidad fuera otra, el artículo 262 de la LECr. exige que los indicios de la comisión de un delito sean inmediatamente comunicados al Ministerio Fiscal o al juez penal. Por el contrario, si el Abogado del Estado se muestra contrario a la trascendencia penal de los hechos sobre los que debe fundamentarse la eventual denuncia, la decisión de denunciar recaerá exclusivamente en el Delegado pues, habida cuenta de que dicho informe no tiene el carácter vinculante, si comparte la apreciación de su Servicio Jurídico devolverá el expediente a la Inspección para que continúen las actuaciones en vía administrativa, pero si no la comparte puede remitir el expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial.

5. EL CONTENIDO DEL EXPEDIENTE QUE ACOMPAÑA LA DENUNCIA DE UN DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

De lo que llevamos expuesto hasta ahora, se pone de manifiesto que la denuncia administrativa del delito contra la Hacienda Pública tiene un contenido predeterminado por la normativa reguladora del procedimiento sancionador tributario. Dicho de otro modo, «remitir el expediente» al Ministerio Fiscal o «pasar el tanto de culpa» a la autoridad judicial constituye una actividad administrativa reglada en la que intervienen diversos órganos de la Administración tributaria⁶⁸, cuya apreciación acerca de la posible existencia de una defraudación tributaria delictiva forma parte de la documentación que debe acompañar a la denuncia propiamente dicha. Por ello, seguidamente pasamos a analizar el contenido de cada uno de los informes preceptivos que, por regla general, configuran un expediente de denuncia.

5.1. EL INFORME DE LA UNIDAD O EQUIPO RESPONSABLE DE LA COMPROBACIÓN

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.2 del RST, cuando en el curso de una comprobación inspectora la Unidad o Equipo que instruya el procedimiento aprecie que la conducta del obligado tributario puede ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, debe reflejar dicha aprecia-

⁶⁸ Como indica ALONSO GONZÁLEZ: «[...] nos encontramos con que el eslabón que, todavía en vía administrativa, enlaza el procedimiento administrativo tributario de origen (liquidador, sancionador) con el proceso penal puede adquirir notable complejidad dada la variedad de órganos que intervienen (por ejemplo: inspector-actuuario, inspector-jefe, delegado especial), la confección progresiva del expediente (por ejemplo: expediente inspector, informe específico del actuuario, otros informes solicitados por su superior, alegaciones presentadas por el interesado), el triple filtro por el que atraviesan los indicios de delito en el curso del mismo (por ejemplo: descubrimiento de los mismos por el inspector actuuario, confirmación de los indicios por el inspector jefe, y acuerdo del delegado especial de remitir el expediente a la jurisdicción penal) y, por qué no, su indeterminada duración.» ALONSO GONZÁLEZ, J. M.: «La supresión...», cit., pág. 17.

ción en un informe en el que se pronunciará acerca de: «[...] la posible concurrencia en los hechos de los elementos constitutivos del delito [...]». Dicho informe deberá acompañarse de la documentación obtenida en el curso de las actuaciones junto con las: «[...] diligencias en las que consten los hechos y circunstancias que, a su juicio, determinan la posible responsabilidad penal [...]» del contribuyente objeto de comprobación.

Por consiguiente, el expediente de denuncia lo formarán: a) De una parte, los elementos probatorios obtenidos por la Inspección en el curso de la instrucción del procedimiento inspector; b) Las diligencias en las que conste el resultado de las actuaciones realizadas con el propio obligado tributario o con terceros; c) Y el informe del Jefe de la Unidad o Equipo de Inspección en el que se desarrollaran los fundamentos jurídicos (tributarios y penales) en virtud de los cuales se considera que los hechos puestos de manifiesto pueden ser constitutivos de un delito contra la Hacienda Pública. Luego, podemos diferenciar claramente un contenido «fáctico» o documental, que tiene por finalidad principal acreditar el descubrimiento de un hecho imponible no declarado o declarado de forma incompleta o inexacta, y un contenido «jurídico» o valorativo, que se corresponde con la *apreciación* de la trascendencia penal conducta del obligado tributario.

Respecto al contenido fáctico del expediente de denuncia, considerando que se trata de la relación de pruebas en las que se fundamenta la regularización de la situación tributaria del contribuyente objeto del procedimiento de comprobación, constituye también la base probatoria del elemento objetivo del delito contra la Hacienda Pública⁶⁹. Es decir, habida cuenta que con arreglo a la descripción contenida en el artículo 305.1 del Código Penal, el comportamiento típico de la defraudación tributaria consiste en eludir el pago de tributos, corresponde a la acusación acreditar la existencia de un hecho imponible que, habiendo sido realizado por el contribuyente que figura como imputado en la denuncia, no fue declarado dentro del plazo legalmente establecido para ello. Luego, sin perjuicio del resultado de las diligencias que puedan practicarse ante la jurisdicción penal, la prueba de los hechos y circunstancias determinantes del deber jurídico de contribuir exigible al obligado tributario coincidirá total o parcialmente con la documentación que consta en el expediente administrativo mediante el que se recoge el resultado de la comprobación realizada por la Inspección.

Por lo que se refiere al contenido jurídico del informe mediante el que se inicia el trámite de denuncia, los aspectos sobre los que necesariamente deberá pronunciarse el órgano instructor son: a) De una parte, acerca del importe al que asciende la cuota tributaria dejada de ingresar o la devolución indebidamente obtenida; b) Y, de otra, acerca de los hechos o indicios de los que se desprende que la actuación del obligado tributario ha sido realizada con el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

⁶⁹ En este sentido, en la STS 2069/2002, de 12 de diciembre (FJ 1.º) (NFJ013722), el Tribunal Supremo entiende que: «Es cierto que el expediente de la Agencia Tributaria, en cuanto conjunto de actuaciones administrativas documentadas, no tiene otro carácter que el correspondiente a una denuncia. Ello no impide que las declaraciones prestadas en el juicio oral por quienes han intervenido en el mismo y en las actuaciones que en él aparecen reflejadas pueda ser valorado por el Tribunal como una prueba testifical que complementa, y al mismo tiempo introduce válidamente en el juicio oral, los datos que consten en el expediente».

Respecto a la primera cuestión, el Jefe del Equipo o Unidad de inspección deberá cuantificar la base imponible y la cuota tributaria resultante de los hechos con trascendencia tributaria puestos de manifiesto en el curso de la instrucción del procedimiento inspector. Para ello, necesariamente deberá aplicar la normativa correspondiente al impuesto y periodo objeto de comprobación, y motivar adecuadamente los criterios interpretativos seguidos para determinar el importe de la cantidad que se considera defraudada. Por consiguiente, se trata de una auténtica *liquidación* de la deuda tributaria exigible al contribuyente que rectifica, subsana o corrige la presentada (u omitida) dentro del plazo legalmente establecido para ello. Sin embargo, considerando que dicha liquidación se realiza a los efectos de fundamentar una posible acción penal, únicamente se incluirán en el informe aquellas cantidades dejadas de ingresar o indebidamente obtenidas en las que concurra el elemento subjetivo del delito contra la Hacienda Pública (lo que se conoce como *cuota dolosa*), excluyendo cualquier referencia a la posible liquidación administrativa que pueda dictarse para regularizar otro tipo de irregularidades.

Respecto a la segunda cuestión, la configuración del delito contra la Hacienda como un delito de comisión dolosa⁷⁰, requiere realizar un juicio de valor acerca de las circunstancias en las que se produjo la acción u omisión del contribuyente. En este caso, desde la perspectiva del órgano instructor, para apreciar la existencia de indicios de una defraudación tributaria delictiva, no se trataría tanto de afirmar categóricamente el carácter intencionado del comportamiento del obligado tributario, como de excluir que su actuación venga justificada en alguna de las causas de exención establecidas en el artículo 179.2 de la LGT, o de concluir que no es el resultado de un descuido o negligencia en el cumplimiento de sus deberes tributarios. Precisamente, este componente valorativo del informe evacuado por el órgano instructor constituirá el objeto del pronunciamiento de los informes que posteriormente evacuarán los demás órganos que intervienen en el procedimiento de denuncia.

5.2. EL INFORME DE LA UNIDAD DE DELITO FISCAL

El informe de la Unidad o Equipo especializado en los expedientes de delito contra la Hacienda Pública (o, en su caso, de la Unidad Central de Coordinación) tiene por destinatario al Inspector Jefe de la Dependencia Regional, de la Dependencia Central de Control Tributario o

⁷⁰ En este sentido conviene tener en cuenta, con BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO que: «El delito fiscal no plantea ningún problema específico en lo relativo a la concurrencia de error invencible de tipo o de prohibición que excluye la responsabilidad penal. Más ardua es la cuestión del error vencible, cuya naturaleza de error de tipo o de error de prohibición es sumamente discutible en algunos casos. [...] Hay que tener en cuenta que está muy extendida la opinión de que en las leyes penales en blanco, como el delito fiscal, la normativa que complementa el comportamiento punible pertenece al tipo del injusto, por lo que un error sobre el contenido de dicha normativa habrá de interpretarse en el sentido de error de tipo, con la consecuencia en el delito fiscal de que si ese error es vencible, dará lugar a la impunidad. [...] Esta interpretación no elimina la posibilidad de la producción de errores sobre la prohibición, porque estos se producen cuando el sujeto conocedor de la normativa reguladora del deber de contribución al sostenimiento del gasto público, desconoce que el incumplimiento de la misma está sancionado penalmente.» BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho Penal Económico*, Madrid, 2001, págs. 246-247.

de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude, a los efectos de fundamentar su decisión de elevar al Delegado o al Director la propuesta de denuncia, o de devolver el expediente a la Unidad o Equipo de inspección.

Puesto que los funcionarios que lo emiten no han tenido un conocimiento directo de los hechos puestos de manifiesto en el curso de las actuaciones de comprobación, su contenido será eminentemente jurídico y tendrá un cierto carácter revisor. Es decir, considerando que dichas unidades intervienen por expresa decisión del Inspector Jefe, están investidas de la facultad de valorar los hechos puestos de manifiesto por el órgano instructor desde la perspectiva del órgano competente para dictar la liquidación. Por ello, a la vista de los elementos probatorios que figuran en el expediente deberán pronunciarse acerca de la adecuación a derecho de la propuesta de cuantificación de la cuota defraudada que realiza el Jefe del Equipo o Unidad de inspección y, sobre todo, acerca de la valoración del comportamiento del obligado tributario.

Si la conclusión a la que llegan coincide con la del órgano instructor, propondrán que se eleve el expediente al Delegado, en cuyo caso el informe que emiten se entiende que cumple con lo dispuesto en el artículo 32.3 del RST, sin necesidad de que por el Inspector Jefe deba emitirse uno distinto. Por el contrario, si no comparten la apreciación acerca de la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública, deberán pronunciarse acerca de las razones de su discrepancia y, en su caso, acerca de la procedencia de realizar actuaciones complementarias para reforzar los elementos probatorios de la propuesta de denuncia. En este caso, será el Inspector Jefe quien decidirá en uno u otro sentido.

5.3. EL INFORME DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS

El informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico al Delegado Especial, al Delegado Central o al Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria constituye un trámite preceptivo introducido por el Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre. Por consiguiente, forma parte del expediente de denuncia a remitir al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial.

A diferencia de los dos anteriores, por la especial cualificación jurídica y técnica del funcionario que lo emite, el informe acerca de la procedencia de ejercer la acción penal cumple una función claramente procesal y, en todo caso, preventiva. Es decir, más allá de revisar el criterio seguido por la Inspección de los tributos al liquidar la cuota tributaria defraudada y valorar el comportamiento del obligado tributario, el Abogado del Estado adscrito a la Administración tributaria examinará el caso desde una perspectiva estrictamente penal y emitirá un juicio de legalidad. Para ello, además de verificar la solvencia del elemento probatorio en el que se sustentará la posible acusación, deberá contrastar la apreciación efectuada por los órganos administrativos con los criterios que rigen el enjuiciamiento criminal, a fin de decidir si efectivamente los hechos puestos de manifiesto en el curso del procedimiento inspector revisten trascendencia penal y si concurren todos los presupuestos materiales, subjetivos y temporales para promover el inicio de un proceso por delito contra la Hacienda Pública.

Si el Abogado del Estado comparte la apreciación de la Inspección y no se opone a la presentación de la denuncia, es indiscutible que la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial constituye un acto que excede de la mera comunicación de una *notitia criminis*, pues el propio contenido de su informe expresa la voluntad administrativa de que la acción penal efectivamente se dirija contra la persona o personas que figuran como posibles responsables de una defraudación tributaria de carácter delictivo. Si, por el contrario, el Abogado del Estado, aún sin compartir el criterio sostenido por la Inspección, no se opone a la presentación de la denuncia, considerando que el informe no es vinculante, corresponde al Delegado decidir si devuelve el expediente o, pese a ello, lo remite al Ministerio Fiscal o al juez penal. En este caso, la Administración tributaria adoptaría una posición procesal más cercana a quien comunica unos hechos presuntamente delictivos que a quien promueve el ejercicio de una acción penal. Por último, si el Abogado del Estado se opone a la presentación de la denuncia por entender que los hechos no revisten trascendencia penal, cabe entender que dicha apreciación enerva del deber legal de denunciar contenido en el artículo 262 de la LECr., en cuyo caso el Delegado no vendría obligado a cursar la denuncia por delito contra la Hacienda Pública.

En definitiva, la introducción por la norma reglamentaria de un informe jurídico previo a la presentación de la denuncia, refuerza el carácter preprocesal de la decisión de la Administración tributaria de poner en conocimiento de la jurisdicción penal unos hechos que, a su juicio, pueden subsumirse en el comportamiento tipificado en el artículo 305.1 del Código Penal, recabando en consecuencia la tutela penal del crédito tributario, y solicitando el castigo de la persona o personas que han cometido un delito contra la Hacienda Pública.

6. CONSECUENCIAS DE LA DEVOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE A LA UNIDAD O EQUIPO QUE INFORMÓ DE LA POSIBLE EXISTENCIA DE UNA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA DELICTIVA

Para concluir el análisis de la normativa reguladora del procedimiento para presentar una denuncia administrativa por delito contra la Hacienda Pública, es preciso examinar las consecuencias que, desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 262 de la LECr., pueden derivarse de la decisión de no dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal o de no pasar el tanto del culpa a la autoridad judicial.

Según lo dispuesto en el artículo 32.3 del RST, recibido el informe del órgano instructor en el que se propone denunciar a un determinado contribuyente por delito contra la Hacienda Pública, si el Inspector Jefe no comparte dicha apreciación podrá devolver el expediente para que se continúen las actuaciones administrativas. Del mismo modo, el artículo 32.4 del RST establece que el Delegado o el Director del Departamento, si no aprecian indicios de delito contra la Hacienda Pública, en lugar de dar traslado del expediente al Ministerio Fiscal o al juez penal, podrán devolverlo a la Dependencia Regional de Inspección o a la Oficina Nacional de Investigación del Fraude que adoptarán la resolución que en cada caso proceda para finalizar los procedimientos

tributarios en tramitación. Sin embargo, habida cuenta de que la norma reglamentaria no indica si dicha decisión de no promover la acción penal debe ser reflejada en un informe motivado, es preciso analizar caso por caso cuál es la situación que se plantea cuando dos órganos de la Administración tributaria difieren en la apreciación de la relevancia penal de los hechos puestos de manifiesto en un procedimiento inspector.

Cuando es el órgano instructor del procedimiento quien no aprecia la existencia de indicios de delito en los hechos puestos de manifiesto en el curso de la comprobación, su posición contraria a la denuncia no requiere la evacuación de un informe sobre la trascendencia penal del comportamiento del contribuyente, sino que se deriva tácitamente de la decisión de notificar al obligado tributario la propuesta de regularización mediante la que se pone fin a las actuaciones inspectoras. En este caso, salvo que concurra mala fe o se trate de una decisión deliberada para favorecer a un determinado contribuyente⁷¹, el funcionario que no ha apreciado la existencia de indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública no se encuentra sujeto al deber de denunciar contenido en el artículo 262 de la LECr.

Cuando es el Inspector Jefe quien no aprecia la existencia de indicios de la comisión de una defraudación tributaria de carácter delictivo pueden plantearse dos situaciones: a) Que dicha apreciación coincida con la del órgano instructor; b) Que dicha apreciación no coincida con la del órgano instructor. En el primer caso, el funcionario que ocupa el cargo de Jefe de la Dependencia Regional de Inspección, de la Dependencia Central de Control Tributario o de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude, se encuentra en la misma situación que el funcionario que ocupa la jefatura de la Unidad o Equipo de Inspección responsable de un determinado procedimiento inspector. Es decir, si no aprecian la existencia de indicios de la comisión de un delito no están sujetos al deber de denunciar contenido en el artículo 262 de la LECr. Sin embargo, en el segundo caso, la conclusión no puede ser la misma pues, como hemos visto en el apartado anterior, desde el momento en que por el órgano instructor se aprecia la existencia de indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, ha surgido la *notitia criminis* de una posible defraudación tributaria con trascendencia penal, en cuyo caso simultáneamente habrá nacido también el deber que afecta a todo funcionario público que tiene conocimiento de hechos presuntamente delictivos de comunicarlos al Ministerio Fiscal o al juzgado penal competente.

Planteada la cuestión en estos términos, para determinar el margen de decisión del que dispone el Inspector Jefe para rechazar la propuesta de denuncia que le formula una Unidad o Equipo de Inspección, es necesario establecer con claridad los parámetros de la discrepancia de criterio. Para ello, a nuestro modo de ver, cabe contemplar las siguientes posibilidades: a) Que la discrepancia se produzca respecto a los hechos presuntamente constitutivos de delito contra la Hacienda Pública; b) Que la discrepancia se produzca respecto a la normativa aplicable para determinar

⁷¹ Según lo dispuesto en el artículo 408 del Código Penal: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de los que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.»

la deuda tributaria defraudada; c) Que la discrepancia se produzca respecto a la valoración del comportamiento del obligado tributario; d) Y, finalmente, que la discrepancia se produzca respecto a la interpretación de la normativa penal.

En los dos primeros casos, considerando que el Inspector Jefe es el órgano competente para dictar el acto resolutorio del procedimiento inspector, cabe entender que su valoración de los elementos probatorios obtenidos durante la instrucción del procedimiento y de las normas aplicables para determinar la deuda tributaria debe prevalecer frente al contenido del informe evacuado por el Jefe de la Unidad o Equipo de Inspección. Por consiguiente, si la discrepancia se produce en estos términos, la apreciación del Inspector Jefe acerca de la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública resultará cualitativamente superior y, en consecuencia, prevalecerá frente al criterio del instructor, sin que a tal efecto se entienda infringido el deber de denunciar. Sin embargo, en los dos últimos casos, habida cuenta de que la interpretación de la norma penal no forma parte de las competencias propias del Inspector Jefe, la apreciación que el funcionario que ocupa dicho cargo pueda realizar acerca de la trascendencia penal de los hechos puestos de manifiesto en el procedimiento inspector no reviste una especial cualidad respecto a la realizada por el funcionario encargado de la instrucción del procedimiento. Por ello, en estos casos, entendemos que lo procedente será elevar el informe al Delegado o al Director del Departamento, haciendo constar la existencia de la discrepancia (y, en su caso, desaconsejando la presentación de la denuncia) para que sea el Abogado del Estado quien se pronuncie sobre la posible responsabilidad penal del obligado tributario.

Desde el punto de vista procedimental, en aquellas Dependencias Regionales de Inspección en las que se hubiere creado una unidad o equipo específicamente dedicado al examen y valoración de los informes de delito procedentes de las Unidades o Equipos de Inspección, el informe que pueda emitir dicha unidad (o, en su caso, la Unidad Central de Coordinación en materia de Delitos contra la Hacienda Pública) constituirá la motivación de la decisión del Inspector Jefe respecto a la procedencia de proponer al Delegado la presentación de una denuncia por delito contra la Hacienda Pública o, por el contrario, de devolver el expediente para que se continúe la tramitación en vía administrativa. No obstante lo anterior, considerando que el informe que dichas unidades de apoyo pudieran evacuar no es vinculante, si la apreciación del Inspector Jefe fuera otra, podría decidir en sentido contrario al que se le indica siempre que lo motivara adecuadamente.

Finalmente, cuando la decisión de devolver un expediente la adopta el Delegado Especial, del Delegado Central o del Director del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria, será necesaria una motivación específica que explique las razones por las que los hechos respecto a los cuales el órgano instructor del procedimiento inspector, el Inspector Jefe (o ambos a la vez), aprecian la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública no son objeto de denuncia, y dicha motivación únicamente puede provenir del informe preceptivo del órgano con funciones de asesoramiento jurídico. Es decir, si el Abogado del Estado coincide en la apreciación de que los hechos que figuran en los informes remitidos por los órganos de inspección pueden ser constitutivos de delito contra la Hacienda Pública, difícilmente el Delegado podrá oponerse a remitir el expediente al Ministerio Fiscal o a pasar el tanto del culpa a la autoridad judicial sin quebrantar

tar lo dispuesto en el artículo 262 de la LECr., lo cual nos lleva a concluir que cuando todos los informes evacuados en el trámite de denuncia coinciden en la apreciación de que la defraudación tributaria puede ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, se produce un cierto efecto vinculante sobre la decisión del órgano competente para trasladar a la jurisdicción penal el conocimiento de los hechos puestos de manifiesto en el procedimiento inspector. Por el contrario, cuando a juicio del Abogado del Estado no se adviertan indicios de delito, el Delegado dispone de la motivación necesaria para justificar su decisión de devolver el expediente a la Dependencia Regional de Inspección. No obstante, habida cuenta de que el informe jurídico no es vinculante, si comparte la apreciación de la Inspección, debe promover el ejercicio de la acción penal pues, desde la perspectiva del artículo 262 de la LECr., el deber de denunciar un delito contra la Hacienda Pública recae principalmente en el funcionario que, por ministerio de la ley, dispone de la competencia para ordenar la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o, en su caso, de pasar el tanto de culpa al juez penal.

En otras palabras, el funcionario responsable de la instrucción del procedimiento inspector y el Inspector Jefe cumplen con su deber de denunciar la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública mediante la remisión a su superior jerárquico de los hechos de los que tienen conocimiento como consecuencia del ejercicio de sus funciones. Por el contrario, el Delegado Especial, el Delegado Central y el Director del Departamento, solo cumplen con lo dispuesto en el artículo 262 de la LECr. si deciden presentar la denuncia administrativa por delito contra la Hacienda Pública. Cuando, advertidos de la posible existencia de indicios de una defraudación tributaria presuntamente delictiva, no dan traslado del expediente al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, se exponen a que su apreciación discrepante respecto a la propuesta de la Inspección se considere como un incumplimiento del deber legal de denunciar.

7. CONCLUSIÓN FINAL

El acto jurídico en virtud del cual la Administración tributaria comunica la *notitia criminis* de un posible delito contra la Hacienda Pública constituye una denuncia cualificada, para cuya presentación se requiere la observancia de unos determinados trámites y formalidades administrativas en virtud de los cuales, por regla general, incorpora una valoración previa de los indicios delictivos puestos de manifiesto en un procedimiento tributario de comprobación. Por ello, aunque la ley tributaria faculta a la Administración para decidir discrecionalmente el cauce formal a seguir para promover el ejercicio de la acción penal, cuando la denuncia tenga su origen en las cuotas tributarias puestas de manifiesto en un procedimiento inspector, habida cuenta de que en estos casos no es necesario que, por la fiscalía, se efectúen diligencias de investigación que complementen la instrucción administrativa ya realizada, quizás sería conveniente pasar el «tanto de culpa» del posible delito contra la Hacienda Pública directamente al juez de instrucción competente. De este modo, la remisión del expediente al Ministerio Fiscal quedaría circunscrita a aquellos supuestos en los que, por las circunstancias de la defraudación descubierta, resulte aconsejable que la investigación previa al proceso penal se realice por los funcionarios de la policía judicial.

Bibliografía

ALONSO GONZÁLEZ, L. M. [2007]: «La supresión del trámite de audiencia al interesado previo al proceso penal por delito fiscal», en *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 5.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S. [2001]: *Derecho Penal Económico*, Madrid.

CASADO OLLERO, G. [2008]: «Ganancias patrimoniales no justificadas y delito fiscal», en *Justicia y Derecho Tributario. Libro homenaje al profesor Julio Banacloche*, Madrid.

— [2008]: «Administración Tributaria, Jurisdicción Penal y Delito Fiscal», en *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid.

CHOCLAN MONTALVO, J. A. [2011]: *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones*, Barcelona.

COLLADO YURRITA, P. [1996]: *La actuación de la inspección financiera y tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Valencia.

DE JUAN CASADEVALL, J. [2008]: «La articulación de la regla ne bis in idem en el ámbito Tributario», en *Estudios en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, IEF, Madrid.

GIMENO SENDRA, V. [2008]: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. [2008]: *Derecho Procesal Penal*, Valencia.

PALAO TABOADA, C. [2008]: *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, Madrid.

RAMÍREZ GÓMEZ, S. [2000]: *El principio ne bis in idem en el ámbito Tributario*, Madrid.

RUIZ GARCÍA, J. R. [2011]: «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», en *Revista española de Derecho Financiero*, núm. 151.

SANZ-DÍAZ PALACIOS, J. A. [2004]: *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid.

TORRES ROSELL, N. [1991]: *La denuncia en el proceso penal*, Madrid.

LA APLICACIÓN DE LOS RECARGOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA A DETERMINADAS AUTOLIQUIDACIONES Y DECLARACIONES INCORRECTAS

Víctor Manuel Sánchez Blázquez

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

EXTRACTO

Se plantean y resuelven dos interrogantes que surgen en los casos de autoliquidaciones o declaraciones, fuera de plazo y sin requerimiento previo, pero incorrectas, al regularizar el sujeto pasivo solo parcialmente un incumplimiento inicial que supuso un perjuicio económico a la Hacienda Pública, a la vista de la actuación administrativa comprobadora posterior que descubre una cuota tributaria adicional: en primer lugar, la aplicación misma del régimen de recargos del artículo 27 de la LGT, al entenderse este en ocasiones como un régimen aplicable solo a autoliquidaciones o declaraciones correctas; en segundo lugar, de considerar aplicable tal régimen, el importe sobre el que aplicar el correspondiente recargo.

Palabras claves: declaración tributaria, autoliquidación tributaria y recargos.

Fecha de entrada: 01-04-2013 / Fecha de aceptación: 10-05-2013

THE APPLICATION OF SURCHARGES UNDER ARTICLE 27 OF THE SPANISH GENERAL TAX LAW TO SPECIFIC ERRONEOUS SELF-ASSESSMENTS AND RETURNS

Víctor Manuel Sánchez Blázquez

ABSTRACT

This paper addresses and solves two questions that arise in cases of self-assessments and returns submitted late and with no prior requirements, that are incorrect, when the taxable person only partially regularises an initial non-compliance that gave rise to a debt to Public Tax Authorities, in the light of a subsequent administrative control action that brings to light an additional tax quota: firstly, the very application of this surcharge system, understood sometimes as a system only applicable to correct self-assessments or returns; and secondly, where such a system is considered applicable, the amount to which the corresponding surcharge is applied.

Keywords: tax return, tax self-assessment and tax surcharges.

Sumario

- I. Introducción
 - II. Aplicación del régimen de recargos del artículo 27 de la LGT a autoliquidaciones o declaraciones incorrectas
 - 1. Autoliquidaciones incorrectas a las que no se aplica el régimen de recargos del artículo 27 de la LGT
 - 2. Autoliquidaciones y declaraciones incorrectas a las que sí se aplica el régimen de recargos del artículo 27 de la LGT: las regularizaciones voluntarias parciales o incompletas
 - III. La base de cálculo de los recargos del artículo 27 de la LGT en las regularizaciones voluntarias parciales o incompletas
 - 1. Las autoliquidaciones: el recargo del artículo 27 de la LGT sobre la cuota autoliquidada
 - 2. Las declaraciones: el recargo del artículo 27 de la LGT sobre la cuota liquidada por la Administración tributaria derivada de los datos declarados
 - IV. Conclusiones
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Con el régimen de recargos e intereses de demora por autoliquidaciones y declaraciones extemporáneas sin requerimiento administrativo previo, contenido básicamente en el artículo 27 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT)¹, se pretende dar un trato más favorable que el del régimen general de sanciones e intereses de demora, a determinados supuestos de regularización voluntaria por el propio obligado tributario, al amparo de lo dispuesto en aquel artículo y en los artículos 179.3, 191.1 y 192.1 de la LGT.

Desde nuestro punto de vista, se trata de supuestos en los que se produce inicialmente un incumplimiento que supone un perjuicio económico a la Hacienda Pública, puesto que la correcta autoliquidación o declaración del tributo debía haber conducido a una determinada cantidad a ingresar que no fue autoliquidada o a un menor importe a devolver de lo que efectivamente se devolvió al obligado tributario a partir de lo solicitado con su autoliquidación. Sin embargo, ese incumplimiento inicial es posteriormente regularizado de forma voluntaria por el obligado tributario. En concreto, a través de una autoliquidación (inicial o complementaria) o una declaración (inicial, complementaria o sustitutiva) que se presenta una vez finalizado el correspondiente plazo voluntario para su presentación, pero antes de que la Administración tributaria hubiera realizado formal y externamente actuación alguna con el obligado tributario dirigida a regularizar el incumplimiento producido, bien por la ausencia de la autoliquidación o de la declaración, bien por la incorrección de la autoliquidación o declaración que hubiera sido presentada con anterioridad.

El trato más favorable en que consiste este régimen del artículo 27 de la LGT², por lo que respecta al Derecho positivo hoy vigente, es la exclusión de sanciones —en concreto, las correspondientes a las infracciones de los arts. 191, 192 o 193 de la LGT, según los casos— y la simple

¹ Sobre este régimen de recargos e intereses por declaraciones extemporáneas sin requerimiento previo, ya existente bajo normativas precedentes, véanse, entre otros, los estudios monográficos de LÓPEZ MARTÍNEZ (1994); BALLARÍN ESPUÑA (1997); ALFONSO GALÁN (1998); RODRÍGUEZ MÁRQUEZ (1999); SARTORIO ALBALAT (1999); CARRASCO PARRILLA (2000); y GOROSPE OVIEDO (2001).

² Caracterizar, como estamos haciendo, el régimen del artículo 27 de la LGT como régimen favorable frente al de sanciones e intereses de demora no puede desconocer que en ocasiones no es tal, concretamente, en aquellos supuestos en los que de haberse realizado la regularización de oficio por la Administración tributaria, no cabría la imposición de sanciones. Esto tiene mucho que ver con la automaticidad en la aplicación del régimen del artículo 27 de la LGT, según la práctica administrativa más extendida, pero que ha sido matizada en ocasiones por diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Sin poder entrar aquí en esta cuestión, véase BOSCH CHOLBI y URIOL EGIDO (2010), págs. 23 y ss.; y, FALCÓN Y TELLA (2013), págs. 1 y ss.

exigencia de un recargo único del 5, 10, 15 o 20%, en función de que el retraso al presentarse la autoliquidación o la declaración hubiera sido hasta tres, seis, doce o más meses respecto al fin del plazo voluntario previsto para ello. Aunque en el caso de retrasos superiores a doce meses, el recargo del 20% se ve acompañado adicionalmente de la exigencia de intereses de demora, si bien computados desde el día siguiente a los doce meses desde que finalizó el plazo voluntario de presentación. Además, el importe del recargo puede ser reducido en un 25%, de cumplirse determinados requisitos previstos en el apartado 5 del artículo 27 de la LGT³.

Existen determinados casos, sin embargo, en los que la aplicación de este régimen de recargos e intereses ha planteado algunas dudas. Aquí centraremos nuestra atención en uno de estos casos, que normalmente ha pasado desapercibido en la doctrina y en la aplicación administrativa y jurisprudencial del artículo 27 de la LGT o de sus precedentes normativos, sobre todo en comparación con otros supuestos problemáticos que sí han sido objeto de una amplia atención y estudio: cuando la autoliquidación o declaración, presentadas fuera de plazo sin requerimiento administrativo previo, regularizan efectivamente un incumplimiento inicial que supuso un perjuicio económico a la Hacienda Pública en los términos señalados con anterioridad; sin embargo, aquella regularización voluntaria del obligado tributario por medio de su autoliquidación o declaración extemporánea es solo parcial o incompleta a la vista de la actuación administrativa comprobadora posterior; puesto que después de aquella autoliquidación o declaración, fuera de plazo y sin requerimiento administrativo previo, la actuación comprobadora de la Administración tributaria y la liquidación administrativa resultante de la misma llevan a descubrir un perjuicio económico mayor que el regularizado voluntariamente por el obligado tributario.

En estos casos de autoliquidaciones o declaraciones, fuera de plazo y sin requerimiento previo, pero incorrectas en el sentido indicado, que podrían identificarse como supuestos de regularizaciones voluntarias parciales o incompletas, se han planteado fundamentalmente dos interrogantes, si bien el segundo de ellos solo tiene sentido si se resuelve de forma positiva el primero. En primer lugar, se ha cuestionado la aplicación misma de este régimen favorable de recargos, al entenderse este en ocasiones como un régimen aplicable solo a autoliquidaciones o declaraciones correctas. Y, en segundo lugar, sobre la base de que sí fuera aplicable este régimen de recargos a estas regularizaciones voluntarias parciales o incompletas, ha surgido igualmente la duda acerca de cuál sería el importe sobre el que aplicar el correspondiente recargo. En concreto, se ha planteado una doble posible alternativa: la cuota autoliquidada por el obligado tributario o la liquidada por la Administración tributaria derivada exclusivamente de los datos declarados; o la cuota tributaria correcta total, integrada no solo por aquellas, sino también por la cuota adicional resultante de la comprobación administrativa.

El objetivo fundamental de este trabajo es resolver ambos interrogantes, siguiendo el mismo orden indicado: aplicación o no del régimen de recargos en estos supuestos de autoliquidaciones o declaraciones incorrectas (epígrafe II); e, importe sobre el que aplicar el correspondiente recargo, o lo

³ Véase el completo análisis crítico de ALONSO MADRIGAL (2010), págs. 693 y ss.

que es lo mismo, base de cálculo del recargo para estos casos peculiares de regularizaciones voluntaria parciales o incompletas del obligado tributario (epígrafe III). No obstante, al hilo de la resolución del primero de ellos, haremos referencia también a otros supuestos de autoliquidaciones incorrectas en los que igualmente se plantean dudas acerca de la aplicación o no a las mismas de aquel régimen.

II. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RECARGOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT A AUTOLIQUDACIONES O DECLARACIONES INCORRECTAS

Se ha puesto de relieve que los recargos por declaración extemporánea se devengan «por presentar las declaraciones o autoliquidaciones con resultado a ingresar extemporánea y espontáneamente, además habiéndolas realizado de forma correcta, en cuanto a la información y datos que deben contener en ambos casos sobre el hecho imponible realizado, el sujeto pasivo obligado tributario, y los demás elementos determinantes de la cuantía de la obligación tributaria; dado que en caso contrario, si se ocultan, falsean o ignoran datos relevantes a estos efectos, formulando por tanto una declaración incompleta, incorrecta o inexacta, ya sea esta simple o debiendo autoliquidarse (...) entonces habrá de excluirse la aplicación de este régimen jurídico de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo, para acudir al régimen infractor que corresponda según los casos»⁴. En definitiva, la aplicación del régimen del artículo 27 de la LGT exigiría que la autoliquidación o declaración se haya realizado «de forma completa, correcta y exacta en su contenido»⁵.

⁴ FERNÁNDEZ PAVÉS y JABALERA RODRÍGUEZ (2007), págs. 110-112. «Y es que, efectivamente –se añade–, si analizamos la definición de las conductas infractoras contenidas respectivamente en el artículo 191.1 de la LGT respecto de la infracción por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación, y en el artículo 192.1 de la LGT relativo a la infracción tributaria por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones; observamos como en el primero de ambos artículos, se dice que constituye dicha infracción dejar de ingresar, dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo, la totalidad o parte de la deuda tributaria que "debiera resultar de la correcta autoliquidación" del tributo, con la salvedad de que se regularice de acuerdo al artículo 27 de la LGT (...); y de la misma manera, en el segundo precepto citado, se recoge el incumplimiento con la obligación de "presentar de forma completa y correcta las declaraciones" o documentos necesarios para que la Administración tributaria pueda practicar la liquidación adecuada, de aquellos tributos que no se exigen por el procedimiento de autoliquidación, con la misma exclusión, salvo que se regularice con arreglo al artículo 27 de la LGT que venimos estudiando / Luego evidentemente, en ambos casos –se continúa–, la conducta infractora implica el no haber presentado en el plazo correspondiente, bien sea la declaración simple o bien sea autoliquidada, correcta y completamente realizada. Por lo que, la razón de discernimiento entre la aplicación del régimen de los recargos por declaración extemporánea o, por el contrario, de este régimen sancionador en la modalidad que proceda, es que se haya regularizado espontáneamente o no conforme al artículo 27 de la LGT, la falta inicial de presentación de la declaración o autoliquidación correctamente formulada, o lo que es lo mismo, sin que haya mediado ningún requerimiento por parte de la Administración tributaria para la subsanación de la conducta inicialmente ilícita; la cual se entiende "convalidada" con esa espontaneidad en su regularización, para evitar el inicio del procedimiento sancionador correspondiente, a cambio del pago del recargo que proceda. Razón por la cual, el contenido del artículo 27 de la LGT excluye expresamente en todos los supuestos de aplicación que regula, las sanciones que hubieran podido exigirse, en otro caso, para ser congruente con ello».

⁵ FERNÁNDEZ PAVÉS y JABALERA RODRÍGUEZ (2007), pág. 114.

También desde nuestro punto de vista, la presencia de una autoliquidación o de una declaración incorrecta puede conducir a la inaplicación del régimen de recargos del artículo 27 de la LGT. Esto se produce en determinados casos a los que haremos referencia inicialmente (apartado 1).

Sin embargo, en nuestra opinión, esto no es así en todos los supuestos de autoliquidaciones o declaraciones que adolecen de alguna incorrección. Además, es precisamente en los supuestos que hemos identificado al principio en los que sí sería de aplicación este régimen favorable de recargos, aunque junto a dicho régimen pueda aplicarse otro, el de infracciones y sanciones, tal como veremos con detalle: cuando se presenta una autoliquidación o declaración fuera de plazo sin requerimiento administrativo previo, que regulariza solo de modo parcial o incompleto un inicial incumplimiento que produjo un determinado perjuicio económico a la Hacienda Pública, a la vista de una actuación comprobadora posterior de la Administración tributaria que descubre que dicho perjuicio económico es mayor que el regularizado voluntariamente por el obligado tributario (apartado 2).

1. AUTOLIQUIDACIONES INCORRECTAS A LAS QUE NO SE APLICA EL RÉGIMEN DE RECARGOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT

A. Regularización encubierta mediante la inclusión en autoliquidación de periodo posterior de datos de periodos anteriores

De este modo, en primer lugar, el régimen de recargos del artículo 27 no se aplica cuando la autoliquidación utilizada por el obligado tributario para regularizar una determinada obligación tributaria y periodo fuera la correspondiente a otro periodo distinto, por lo que se oculta a la Administración tributaria que se está procediendo a regularizar de forma voluntaria aquella. Al menos, el obligado tributario, de ser descubierto por la Administración tributaria, podría alegar que estaría llevando a cabo tal regularización con la autoliquidación de aquel periodo posterior a efectos de evitar la imposición de sanciones. La incorrección de la autoliquidación de un determinado periodo en estos casos consiste, por tanto, en la inclusión en ella de determinados datos que corresponden a otro u otros periodos anteriores distintos. Se trata de una extendida práctica sobre todo en las autoliquidaciones periódicas del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA), del Impuesto General Indirecto Canario (en adelante, IGIC) y de las retenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF)⁶.

En estos supuestos, efectivamente, no sería de aplicación el régimen de recargos del artículo 27 de la LGT actual. Así lo ha dejado claro el apartado 4 de dicho precepto, cuyo objetivo fue

⁶ No obstante, en ocasiones se ha planteado la aplicación del régimen de recargos fuera de estos supuestos típicos, en concreto, en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS), en relación con la autoliquidación de un ejercicio en el que se incluye un determinado ingreso que, sin embargo, debería haberse incluido en la autoliquidación de un ejercicio anterior, de acuerdo a las criterios de imputación temporal correctamente aplicados. Si aplicó este régimen en este caso la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de octubre de 2006 [rec. 991/2003, ponente doña Antonia de la Peña Elías (NFJ025275)]. Véase al respecto WERT ORTEGA (2007), págs. 121 y 11.

evitar, como se reconocía en el *Informe sobre el borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, «que los sujetos realicen regularizaciones encubiertas beneficiándose de la aplicación del régimen de recargos»⁷, resolviéndose así las numerosas dudas que habían surgido bajo la normativa precedente. Porque «Para que pueda ser aplicable lo dispuesto en este artículo –se dispone–, las autoliquidaciones extemporáneas deberán identificar expresamente el periodo impositivo de liquidación al que se refieren y deberán contener únicamente los datos relativos a dicho periodo»⁸. Aunque como es sabido la misma solución se ha extendido de forma definitiva también para la situación normativa anterior por una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha terciado así en la disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto⁹.

Y en estos supuestos de regularizaciones voluntarias encubiertas por el obligado tributario en la autoliquidación de un periodo posterior, al no utilizarse la vía de las autoliquidaciones complementarias expresas y específicas relativas al periodo o periodos a los que se refieren los datos modificados o completados¹⁰, de acuerdo a la regulación normativa de la LGT actual, podrá sancionarse, en su caso, la infracción tributaria por dejar de ingresar del artículo 191 de la LGT en relación con el periodo o periodos al que corresponden realmente los datos incluidos en la autoliquidación del periodo posterior, aunque si bien en todo caso se considerará cometida como infracción leve, a la que corresponde como sanción una multa pecuniaria proporcional del 50%. Puesto que «siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta Ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo» (art. 191.6 de la LGT).

B. Regularización mediante autoliquidación trimestral en supuestos de obligada autoliquidación mensual

Algunas dudas podrían surgir en otro supuesto también bastante frecuente en la práctica, pero que no es idéntico al anterior, aunque se produce de igual modo en las autoliquidaciones periódicas del IVA, del IGIC y de las retenciones del IRPF: autoliquidación trimestral presentada utili-

⁷ Comisión para el estudio del borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria (2003), pág. 19.

⁸ Sobre esta problemática, entre otros, BLÁZQUEZ LIDOY (1999), págs. 3 y ss.; PALAO TABOADA (2000), págs. 376 y ss.; y SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2003), págs. 177 y ss.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2010 [rec. 308/2008, ponente don Rafael Fernández Montalvo (NFJ040741)], de 11 y de 18 de noviembre de 2010 [rec. 4667/2007 y 261/2007, ponente, don Ángel Aguillo Avilés (NFJ041171 y NFJ041095)] y de 22 de diciembre de 2010 [rec. 35/2007, ponente don Manuel Martín Timón, (NFJ041501)].

¹⁰ En este contexto se ha hablado a veces de «falsas complementarias» que serían las autoliquidaciones del periodo posterior en las que se incluyen los datos del periodo o periodos anteriores, a diferencia de las «complementarias expresas», que sería las relativas al periodo o periodos a los que corresponden los datos que pretenden regularizarse. Véase WERT ORTEGA (2007), pág. 127.

zando el modelo previsto para el correspondiente concepto tributario de esta periodicidad, cuando, sin embargo, lo procedente hubiera sido, dado el volumen de operaciones del obligado tributario, la presentación de autoliquidaciones mensuales, para las que se prevé otro modelo diferente. Con independencia de que la posterior regularización por el propio obligado tributario mediante la presentación de las autoliquidaciones mensuales sea realizada con o sin requerimiento administrativo previo, lo que determinará que la reacción administrativa hubiera sido la de exigir el régimen general de sanciones e intereses o el de recargos e intereses de demora del artículo 27 de la LGT, respectivamente, las dudas que surgen en lo que aquí interesa se refieren a la autoliquidación trimestral presentada inicialmente: si puede entenderse esta autoliquidación trimestral como regularización voluntaria acreedora del régimen del artículo 27 de la LGT en relación con los dos primeros meses del trimestre correspondiente, además de como cumplimiento de la obligación de autoliquidar e ingresar correspondiente al tercer mes del trimestre, aunque con el defecto formal del modelo utilizado.

A partir de la literalidad del artículo 27.4 de la LGT, que introduce determinados requisitos formales a las autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento previo a las que se aplican los recargos e intereses previstos en dicho precepto, podría sostenerse la no aplicación de este régimen en relación con el primer y segundo mes del trimestre. Y ello sería así sin dejar de reconocer que posiblemente cuando se redactó el artículo 27.4 de la LGT no se estaba pensando en estos casos de autoliquidaciones trimestrales incorrectas en lugar de las autoliquidaciones mensuales correctas¹¹.

En este sentido, en primer lugar, la autoliquidación trimestral presentada no contiene únicamente los datos relativos a uno u otro periodo de liquidación. Además de que en la autoliquidación trimestral, en segundo lugar, tampoco se identifica expresamente el periodo al que se refieren los datos de esos dos periodos, si por esa identificación expresa del periodo se entiende la del mes respecto al cual hay que presentar autoliquidación mensual, puesto que formalmente no se está reconociendo que existía la obligación de presentar autoliquidaciones mensuales.

Esta es la posición que ha seguido el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en reiteradas ocasiones (Sentencias de 18 de mayo de 2009¹² y de 17 de abril de 2012¹³), aunque sin ampararse expresamente en el apartado 4 del actual artículo 27 de la LGT¹⁴. De este modo, en un supuesto de presentación posterior por el propio obligado tributario de las autoliquidaciones mensuales debidas cuyas deudas tributarias se compensaron por la Administración tributaria a solicitud de

¹¹ De forma semejante, la aplicación que se ha realizado en alguna ocasión del régimen de recargos por declaración extemporánea a los supuestos mencionados con anterioridad de ingresos incluidos en la autoliquidación de un ejercicio del IS que debían haberse incluido en un ejercicio anterior, de haberse aplicado correctamente los criterios de imputación temporal, se ha considerado por WERT ORTEGA (2007), págs. 131 y 133, que no podría hacerse a partir del nuevo artículo 27.4 de la LGT, pese a que este artículo no estaba pensando tampoco en estos casos.

¹² Rec. 233/2006, ponente don José María Magán Perales (NFJ034924).

¹³ Rec. 751/2008, ponente don Jesús Martínez-Escribano Gómez (NFJ047473).

¹⁴ En la primera de las sentencias citadas porque no era aún aplicable dado el momento en el que se produjeron los hechos y en la segunda sentencia, al haberse limitado a reproducir la sentencia anterior.

aquel con las correspondientes a las autoliquidaciones trimestrales presentadas erróneamente con anterioridad, ha considerado que procedía la aplicación del régimen de recargos e intereses del artículo 61.3 de la anterior LGT y del artículo 27 de la LGT hoy vigente, pero por la regularización voluntaria llevada a cabo a través de las autoliquidaciones mensuales presentadas después y, por tanto, computando el retraso según el momento de presentación de estas últimas. En consecuencia, no se ha considerado aplicable este régimen favorable en relación con las anteriores autoliquidaciones trimestrales, que no se entienden como regularización voluntaria a efectos de aquellos preceptos¹⁵.

El argumento principal que se emplea en estas sentencias es el de que la entidad debía conocer desde principios de año que su volumen de operaciones superaba la cuantía determinante de obligación de presentar autoliquidaciones mensuales (en concreto, cuando presentó la declaración resumen anual del IVA del año anterior) y el de que dicha entidad regularizó su situación tributaria al presentar las autoliquidaciones mensuales. «El hecho de proceder a regularizar la situación y presentar las declaraciones mensuales –se afirma– pone de manifiesto que estamos ante créditos distintos (un crédito a favor de la empresa actora por haber efectuado un ingreso indebido y otro crédito a favor de la Hacienda pública por las autoliquidaciones presentadas fuera de plazo)».

A lo anterior se une el entendimiento del régimen de recargos como un régimen previsto legalmente de forma tasada, respecto al que el aplicador no tiene margen de maniobra alguno. Porque lo «que la parte actora propone es que para computar la fecha del recargo se tenga en cuenta la fecha efectiva del dinero ingresado, sin atender al concreto modelo por el que se presentó. Ello responde a una interpretación que quizá resultaría aceptable –reconoce el Tribunal– desde una perspectiva de justicia material, e incluso en las relaciones entre dos particulares que tuvieran créditos mutuos en materia civil. Pero en el caso de la Administración tributaria, los porcentajes legales de los recargos a aplicar vienen definidos legalmente y no resulta posible acoger otra interpretación que la que da la propia Ley General Tributaria».

En ello se insiste más adelante desde otra perspectiva al señalar que «la Administración no está aplicando ningún interés de demora (que tiene carácter sancionatorio o indemnizatorio), sino un simple recargo que se impone *ope legis* y que es un porcentaje automático que se aplica a cualquier declaración presentada fuera de plazo con independencia de la existencia o no de perjuicio para la Hacienda Pública, y donde el legislador ha decidido no imponer intereses de demora durante el primer año, siendo en este sentido la actual regulación legal de la LGT 58/2003 más favorable para los contribuyentes que la regulación contenida en la LGT de 1963».

¹⁵ Utilizando el mismo criterio, aunque sin entrar en la peculiaridad que podría tenerse en cuenta al respecto, se concluye también la procedencia del recargo en relación con la cuota correspondiente al tercer mes del trimestre, al no entenderse cumplida la obligación de autoliquidar e ingresar por los datos de ese mes hasta que se presenta después la autoliquidación mensual y no, por tanto, al presentarse la autoliquidación trimestral, pese a que el plazo voluntario de presentación de ambas es coincidente. En la segunda sentencia citada precisamente este era el único recargo que se cuestionaba pues la autoliquidación mensual de retenciones del mes de marzo de 2006 (modelo 111) se presentó en el mes de junio de dicho año, sin que se considerara cumplido a efectos del periodo de marzo con la autoliquidación trimestral (modelo 110) que se presentó dentro de plazo (hasta el abril de 2006).

En cualquier caso, debe señalarse también que la posición contraria ha sido sostenida, igualmente de forma reiterada, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencias de 21 de octubre de 2008¹⁶, de 22 de enero de 2009¹⁷ y de 8 de octubre de 2010¹⁸). En supuestos semejantes de presentación inicial de autoliquidaciones trimestrales, cuando correspondía presentar autoliquidaciones mensuales, lo que motivó que un tiempo después se presentaran las autoliquidaciones mensuales debidas, solicitándose por el obligado tributario y acordándose por la Administración tributaria la compensación correspondiente, el tribunal catalán considera procedente la aplicación del régimen del artículo 61.3 de la anterior LGT, pero tomando como referencia las autoliquidaciones trimestrales y no las mensuales presentadas después.

En su opinión, «la existencia de un error formal en la utilización de un modelo de impreso del IVA en lugar de otro no puede llevar a la Administración a ignorar la realidad de un ingreso efectuado, en el supuesto de autos, los días 20 de abril y 20 de julio del año 2001, pues el hecho fáctico que incide sobre el recargo aplicable y sobre el devengo de los intereses de demora es la fecha del ingreso extemporáneo del dinero correspondiente a la deuda tributaria, y en el supuesto de autos, la entidad recurrente al tener la condición de gran empresa y haber ingresado trimestralmente el IVA correspondiente al primer semestre del año 2001, el retraso incurrido en los ingresos realizados es inferior a los tres meses, resultando de aplicación un recargo único del 5 %».

«Por consiguiente —se afirma después—, de lo señalado se desprende que con las declaraciones sustitutivas de julio de 2002 se procedió por la recurrente a corregir un error formal en la utilización de un impreso y a poner de manifiesto el retraso en el ingreso del IVA de 2001, retraso que quedó de facto regularizado con el IVA ingresado en las declaraciones trimestrales de abril y de julio de 2001, ingresos y declaraciones que son las que se deben tener en cuenta a efectos de la aplicación del citado artículo 61.3 de la LGT/1963».

«Por el contrario —se concluye—, no compartimos los razonamientos de la resolución impugnada, pues entendemos que no pueden prevalecer aspectos exclusivamente formales que obvian la propia realidad de las cosas y porque sus argumentos sobre la compensación cabrían cuando esta hiciera referencia a créditos procedentes de otro impuesto o concepto, pero aquí, se insiste, estamos ante el mismo IVA por la misma actuación».

C. Regularización mediante autoliquidación con incorrecta cuota a ingresar

Por último, tampoco debería ser aplicable el régimen de recargos del artículo 27 de la LGT, en nuestra opinión, cuando pese a presentarse una autoliquidación a ingresar, en realidad la correcta autoliquidación no debería determinar cuota a ingresar alguna. Esto se debe, en nuestra opinión,

¹⁶ Rec. 138/2005, ponente doña Pilar Galindo Morell (NFJ032584).

¹⁷ Rec. 636/2005, ponente doña María Jesús Emilia Fernández de Benito (NFJ032698).

¹⁸ Rec. 500/2007, ponente don José Luis Gómez Ruiz (NFJ041335).

a que no se está realmente bajo el ámbito de aplicación de aquel precepto que es el de regularizaciones voluntarias del obligado tributario de iniciales incumplimientos de la obligación de presentar autoliquidaciones que produjeron un perjuicio económico a la Hacienda Pública: en estos casos en realidad no existía obligación a ingresar alguna que debía haber sido autoliquidada, por lo que no pudo haber una regularización voluntaria de la misma por parte del obligado tributario.

Cuestión distinta será la relativa a los cauces formales o procedimientos a través de los cuales podría lograrse efectivamente la no exigencia del recargo por autoliquidación extemporánea ante una situación como esta en la que la realidad exteriorizada en la aplicación del tributo por el obligado tributario —una obligación de ingreso, que es autoliquidada— no se corresponde con la realidad sustantiva de dicho tributo —no existía tal obligación de ingreso—. Si esto ocurre, por ejemplo, en un tributo autoliquidado en relación con el cual se presenta una autoliquidación a ingresar, fuera de plazo y sin requerimiento administrativo previo, que, sin embargo, era errónea puesto que lo correcto hubiera sido una autoliquidación sin resultado positivo (con cuota cero o a devolver, con una cantidad a compensar en periodos futuros o sin ella), o con un resultado positivo inferior al autoliquidado, podrían producirse diversas situaciones según las actuaciones que llevaran a cabo la Administración tributaria y el obligado tributario y el momento en el que tales actuaciones se produjeran.

De este modo, si la Administración tributaria, en un procedimiento de comprobación realizado tras presentarse la autoliquidación y antes de proceder a la liquidación del recargo, descubriera la incorrección, debería regularizar la situación tributaria del obligado tributario a través de una liquidación que rectificara la cuota a ingresar autoliquidada. En este caso, no debería liquidarse ningún recargo del artículo 27 de la LGT, dado el carácter accesorio de la obligación de pagar estos recargos respecto de la obligación tributaria principal o a cuenta correspondiente y el conocimiento por la Administración tributaria, manifestado en el acto de liquidación correspondiente, de la inexistencia de estas últimas. La rectificación de la cuota autoliquidada por el obligado tributario se habría llevado a cabo a través del cauce ordinario de las liquidaciones administrativas derivadas de procedimientos de comprobación, en un contexto en el que «Las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios [también, por tanto, las autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento administrativo previo] podrán ser objeto de verificación y comprobación por la Administración, que practicará, en su caso, la liquidación que proceda» (art. 120.2 de la LGT). Y además no habría sido necesario revisar liquidación administrativa alguna del recargo, al no haberse dictado aún esta.

Por el contrario, si la Administración tributaria, a la vista de la autoliquidación presentada, a ingresar, fuera de plazo y sin requerimiento previo, y por desconocer su incorrección, liquidara el correspondiente recargo del artículo 27 de la LGT, habría que ingresar dicho recargo en cuanto determinado en un acto administrativo que produce sus efectos mientras no sea objeto de revisión administrativa o jurisdiccional. Aunque el obligado tributario podría acudir, en los supuestos y plazos previstos por la normativa y de acuerdo a los cauces procedimentales oportunos, a la revisión de dicho acto administrativo, si es contrario al ordenamiento jurídico: revisión ordinaria a través de recursos y reclamaciones y revisión extraordinaria por medio de los procedimientos especiales de revisión. De todos modos, en estos casos, la revisión del acto administrativo de liquidación del recargo, como puso de relieve la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de

5 de noviembre de 2008, solo podría alcanzar a aquel, al no ser la vía para lograr la rectificación de la autoliquidación, pues esta tiene sus propios cauces¹⁹. Lo que pone de relieve la insuficiencia del cauce formal de revisión de la liquidación del recargo si la única razón de su incorrección es que es incorrecta la cuota autoliquidada fuera de plazo sin requerimiento administrativo previo.

Porque finalmente, con independencia de la actuación de la Administración tributaria, y puesto que el error está en un acto propio del obligado tributario, su autoliquidación, aquel podría solicitar la rectificación de esta a través del procedimiento regulado con detalle en los artículos 126 a 129 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (en adelante, RGGI), al ser este uno de los supuestos en que la autoliquidación presentada hubiera perjudicado de algún modo los intereses legítimos del obligado tributario (art. 120.3 de la LGT). Lo que podrá realizar mientras no se haya producido la prescripción del derecho a liquidar y del derecho a la devolución de ingresos indebidos y en tanto no se haya dictado una liquidación definitiva o una liquidación provisional por el mismo motivo por el que se pretendiera llevar a cabo la rectificación (art. 125.1 y 2 del RGGI).

De todos modos, el supuesto que con más frecuencia se puede dar en la práctica sería el siguiente: solicitud de rectificación de autoliquidación por el obligado tributario, que puede realizarse dentro de los amplios plazos de prescripción, que podría dar lugar a la rectificación, bien inicialmente al dictarse la liquidación provisional correspondiente por la Administración tributaria estimando la solicitud (art. 128.1 del RGGI), bien con posterioridad al resolverse el recurso o reclamación frente a la resolución expresa o presunta derivada de la solicitud de rectificación de la autoliquidación [art. 227.2 b) de la LGT]; pero entonces lo más probable será que la liquidación administrativa del recargo del artículo 27 de la LGT sea ya un acto administrativo firme, que, en nuestra opinión, debería revocarse por la Administración tributaria al amparo del artículo 219 de la LGT, al haberse producido circunstancias sobrevenidas que afectan a una situación jurídica particular (la rectificación de una autoliquidación que se presentó inicialmente fuera de plazo y sin requerimiento previo determinando una determinada cantidad a ingresar) que ponen de manifiesto la improcedencia del acto dictado (la liquidación administrativa del recargo).

Desde nuestro punto de vista, el argumento de la accesoriedad de los recargos del artículo 27 de la LGT no podría conducir a la anulación de la liquidación del recargo en el seno del recurso

¹⁹ R.G. 3759/2007 (NFJ031434). En unas reclamaciones interpuestas contra las liquidaciones del recargo por autoliquidación extemporánea, se señalaba, «respecto a la alegación relativa a que la deuda que origina la liquidación del recargo es improcedente, no es el momento procedimental oportuno para proceder a su examen ya que el artículo 120.3 de la citada Ley General Tributaria establece que "Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente", procedimiento que ha sido regulado en los artículos 126 a 130 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, y que la entidad interesada podrá instar si así conviene a su derecho».

o reclamación frente a la resolución expresa o presunta derivada de la solicitud de rectificación de la autoliquidación, aunque esta fue la conclusión a la que llegó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de diciembre de 2008²⁰.

En cualquier caso, debe destacarse que estos problemas derivados del necesario doble cauce de revisión, de la cuota autoliquidada, por un lado, y del recargo liquidado por la Administración tributaria, por otro, a partir de la regulación positiva hoy vigente, se solucionarían si se estableciera la obligación de autoliquidar el recargo por autoliquidación extemporánea²¹. Esto es algo que hoy

²⁰ Rec. 536/2006, ponente doña Lucía Acín Aguado (NFJ035617). «La cuestión que se plantea en este recurso –señala el Tribunal– es determinar si la anulación de una autoliquidación presentada fuera de plazo debe conllevar o no la consiguiente anulación de los recargos liquidados por dicha presentación fuera de plazo». Y tras destacar el carácter de obligaciones tributarias accesorias de los recargos por declaración extemporánea a partir de lo dispuesto en los artículos 25.1 y 27 de la LGT, afirma: «Dada su naturaleza jurídica de obligación accesorio, la consecuencia es que la anulación de la obligación principal conlleva la de la accesorio ya que ha desaparecido el presupuesto que justifica el devengo del recargo en el mismo momento en que ha sido anulada la autoliquidación presentada fuera de plazo. Por otra parte debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 27.2 de la Ley General Tributaria, el recargo "se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las liquidaciones extemporáneas" de lo que se deduce que de mantenerse la procedencia del recargo se llegaría a establecer que el mismo es de 0 al ser el importe de las autoliquidaciones una vez anuladas de cero / En consecuencia –se concluye– procede anular las liquidaciones por recargos por presentación extemporánea de las declaraciones complementarias y declarar el derecho del recurrente a obtener la devolución de las cantidades ingresadas en virtud de los mismos más los correspondientes intereses de demora».

²¹ El establecimiento de una obligación de autoliquidar el recargo se planteó en la reforma del artículo 27 de la LGT que dio lugar al nuevo apartado 5 de dicho artículo a través de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Porque la redacción inicial del texto de aquel apartado, introducido por una enmienda en el Congreso, no hacía referencia de forma expresa a la liquidación administrativa del recargo cuya notificación al obligado tributario abre el plazo voluntario de ingreso del mismo, como finalmente recoge el apartado 5 del artículo 27 a efectos de establecer uno de los requisitos para la aplicación de la reducción del 25% del recargo. Esta redacción, en opinión de MONTERO DOMÍNGUEZ (2007), pág. 7, «planteaba algún problema gestor, ya que obligaba a establecer un sistema de autoliquidación del recargo, que siendo viable, aun con ciertas dificultades, en el ámbito de las autoliquidaciones, no lo era en el de las declaraciones, en el que el conocimiento de la base del recargo se hacía depender de la cuantía finalmente liquidada por la Administración tributaria, por lo que la autoliquidación del recargo no era factible en el momento de presentar la declaración extemporánea / Como consecuencia de lo anterior –se añade–, en el trámite de enmiendas en el Senado se propuso una redacción alternativa que ha sido la finalmente aprobada (...)», en la que ya se hace una mención expresa a la notificación de la liquidación del recargo, lo que supone establecer la liquidación administrativa del recargo con carácter general, también para el caso de autoliquidaciones. Desde nuestro punto de vista, en el caso de las autoliquidaciones (no en el de las declaraciones simples, como se pone de relieve en la opinión recién reproducida), sí es posible el establecimiento de una obligación de autoliquidar el recargo, con la ayuda de los modelos de autoliquidación en los que se incluyeran las casillas necesarias a tal efecto, de forma semejante a lo que ocurre ahora con los intereses de demora derivados de la pérdida sobrevenida de beneficios fiscales. Esto haría innecesaria con carácter general la práctica de la liquidación administrativa del recargo, salvo en los supuestos de que el obligado tributario hubiera autoliquidado el mismo de forma incorrecta y facilitaría la revisión de la cuota autoliquidada y del recargo en los casos de autoliquidaciones con cuota incorrecta, al poder hacerse simultáneamente en el marco de la rectificación de la autoliquidación, en los términos señalados en el texto. Con anterioridad a aquella modificación normativa, y, por tanto, bajo la redacción originaria del artículo 27 de la LGT, FERNÁNDEZ PAVÉS y JABALERA RODRÍGUEZ (2007), págs. 122-123, defendieron la autoliquidación del recargo por el propio obligado tributario, señalando la coincidencia en los supuestos de autoliquidaciones, «de devengo y exigibilidad

no está previsto por el Derecho positivo, sobre todo a la vista del artículo 27.5 de la LGT²², pero que no debería considerarse tan extraño, pues en la actualidad ya existe la obligación de autoliquidar intereses de demora en los supuestos de pérdida sobrevenida de beneficios fiscales (art. 122.2, párr. 2 de la LGT, con carácter general)²³. Si se recogiera esta previsión normativa, la solicitud de rectificación de la autoliquidación incorrecta, formulada por el obligado tributario, alcanzaría simultáneamente a la cuota y al recargo autoliquidados, de modo que la estimación que se lograra de la rectificación solicitada, inicialmente o después en vía de recurso o reclamación, afectaría al mismo tiempo a la cuota y al recargo.

2. AUTOLIQUIDACIONES Y DECLARACIONES INCORRECTAS A LAS QUE SÍ SE APLICA EL RÉGIMEN DE RECARGOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT: LAS REGULARIZACIONES VOLUNTARIAS PARCIALES O INCOMPLETAS

Sin embargo, a diferencia de los tres grupos de supuestos que acabamos de señalar, distinta es la solución que debería darse a los casos en los que la incorrección de la autoliquidación o declaración presentada, fuera de plazo y sin requerimiento administrativo previo, consistiera en que la regularización voluntaria por el obligado tributario que se llevó a cabo con ella fuera parcial o incompleta a la vista de los resultados de una comprobación administrativa posterior que descubre un perjuicio económico mayor que el regularizado de forma voluntaria. En estos casos, en nuestra opinión, sí sería aplicable el régimen de recargos del artículo 27 de la LGT, en la parte regularizada por el obligado tributario. Aunque entonces también, en cuanto a la parte no regularizada por el obligado tributario sino por la Administración tributaria, se pudiera estar bajo el ámbito general de las infracciones y sanciones tributarias y de los intereses de demora²⁴.

del recargo respecto de las autoliquidaciones presentadas fuera de plazo y a diferencia de las declaraciones; lo que supone que el propio obligado tributario debería cuantificarlo e incluirlo en el contenido de su propio acto, antes de presentarlo acompañado del ingreso correspondiente». En contra, no obstante, ALONSO MADRIGAL (2010), pág. 694.

²² Así se pone de relieve por SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2007-2), págs. 137 y ss., destacando la trascendencia que tiene a efectos de determinar el momento de inicio del plazo de prescripción del derecho a liquidar los recargos por autoliquidación extemporánea.

²³ Sobre esta obligación de autoliquidar intereses de demora, véase SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2008), págs. 175 y ss.

²⁴ En nuestra opinión, el análisis debe ser diferente a la hora de admitir o no la regularización parcial voluntaria del obligado tributario a efectos de la exoneración de la pena por delito fiscal al amparo del artículo 305.4 del Código Penal. En este mismo sentido, CARRERAS MANERO (2012), págs. 56-57, para la que al analizarse «las consecuencias de una regularización parcial, esto es, aquellos supuestos en que la declaración complementaria no incluye la totalidad de los datos que, en su momento, fueron ocultados o falseados, sino solo una parte de los mismos», «cabe distinguir el régimen jurídico previsto en sede tributaria del establecido, a este respecto, en el ámbito penal»: si bien en el primero se admite con carácter general la regularización parcial, en el segundo deben hacerse algunas matizaciones relacionadas con las circunstancias, causas o razones que rodean la regularización tributaria parcial. Sobre estos supuestos de regularización o «autodenuncia» –en los términos de la normativa alemana– parcial, a efectos penales, IGLESIAS DEL RÍO (2003), págs. 122-123 y 283-292; CORDERO GONZÁLEZ (2007), pág. 90; HINOJOSA TORRALVO (2010), pág. 720.

En este sentido, es cierto que el régimen del artículo 27 de la actual LGT y el del artículo 61.3 de la anterior LGT conlleva que se excluyan «las sanciones que hubieran podido exigirse». Pero esta exclusión del régimen sancionador afecta únicamente al ámbito al que alcanza este régimen especial, es decir, al ámbito sobre el que se ha extendido la regularización voluntaria del obligado tributario. Por este motivo, si la autoliquidación o la declaración presentada extemporáneamente sin requerimiento previo fuera incorrecta al existir un perjuicio económico mayor que el regularizado de forma voluntaria con ellas y que es descubierto por la Administración tributaria, en la parte que afecta a dicha incorrección sí cabría aplicar el régimen general de las infracciones y sanciones tributarias y de intereses de demora²⁵.

Nos encontraríamos así con un supuesto en el que se aplicarían dos regímenes jurídicos diferenciados, pero en relación con dos ámbitos distintos, aunque se refieran ambos a una misma obligación tributaria material: aquel al que alcanza la regularización voluntaria del obligado tributario, al que se aplicaría el régimen del artículo 27 de la LGT; y aquel al que afecta la incorrección de la autoliquidación o de la declaración, que ha sido regularizado por la Administración tributaria, al que podría ser de aplicación el régimen general de infracciones y sanciones tributarias e intereses de demora²⁶.

De todos modos, debe precisarse que nos estamos refiriendo aquí a un supuesto en el que tras la presentación por el obligado tributario de una autoliquidación fuera de plazo sin requerimiento administrativo previo con un resultado a ingresar, la Administración tributaria descubre una cuota tributaria adicional a la autoliquidada, lo que se lleva a cabo a través del acto de liquidación con el que finaliza el correspondiente procedimiento de comprobación, de acuerdo a las exigencias formales que rodean los procedimientos de comprobación, entre las que se encuentran las relativas a las notificaciones de los actos administrativos. En este caso, efectivamente, debe diferenciarse el régimen jurídico aplicable a la cuota autoliquidada (recargos e intereses del art. 27 de la LGT) y a la cuota adicional descubierta por la Administración tributaria (régimen general de sanciones e intereses de demora), en los términos señalados con anterioridad.

Sin embargo, un supuesto distinto sería aquel en el que llega a conocimiento del obligado tributario de modo informal la valoración administrativa que pudiera utilizarse a efectos de la comprobación de valores, que incrementa los valores declarados en la autoliquidación presentada inicialmente y fuera el propio obligado tributario el que presentara la autoliquidación complementaria determi-

²⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ PAVÉS (1995), pág. 231, cuando afirmaba que «si el contenido de dicha autoliquidación [la presentada fuera de plazo sin requerimiento previo] (...) no es el adecuado, por incorrecciones, inexactitudes o falta de elementos y datos incluibles necesariamente; estas otras conductas ilícitas sí consideramos son sancionables, por supuesto si así concluyera el oportuno procedimiento sancionador». No obstante, en estos supuestos «claro está que las sanciones a imponer en su caso (...) girarían solo y exclusivamente, y por tanto serían calculadas atendiendo únicamente a ese mayor importe desvelado».

²⁶ Como ha señalado CARRERAS MANERO (2012), págs. 56-57, «cuando la regularización –aunque sea parcial– se realice conforme a lo dispuesto en el artículo 27.4 de la LGT, la parte de cuota que resulte de la misma disfruta de la exención de responsabilidad por infracción tributaria, si bien, como es obvio, ello no evitará la imposición de la sanción que, en su caso, corresponda respecto del resto de deuda pendiente, constituyendo el ingreso de aquella un mero pago a cuenta de la liquidación final».

nando la cuota tributaria adicional derivada de unos valores declarados de mayor cuantía a los de la inicial autoliquidación, coincidentes con esa valoración administrativa no notificada ni utilizada realmente un procedimiento de comprobación por la Administración. Sin perjuicio de lo curioso de un caso como el descrito, sobre el que se pronunció la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de enero de 2012²⁷, en la medida en la que es el propio obligado tributario, al menos formalmente, el que regulariza voluntariamente su situación tributaria a través de la presentación de la autoliquidación complementaria, y no la Administración tributaria por medio de un procedimiento de comprobación, procede la aplicación exclusiva del régimen de recargos e intereses del artículo 27 de la LGT en relación con la cuota regularizada con la autoliquidación complementaria.

III. LA BASE DE CÁLCULO DE LOS RECARGOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT EN LAS REGULARIZACIONES VOLUNTARIAS PARCIALES O INCOMPLETAS

Una vez que hemos resuelto en sentido afirmativo la cuestión relativa a la aplicación o no del régimen de recargos del artículo 27 de la LGT a estos supuestos de autoliquidaciones o declaraciones incorrectas, que han de diferenciarse, como hemos visto, de otros supuestos de incorrección de la autoliquidación o declaración a los que no puede aplicarse dicho régimen y que examinamos con anterioridad, corresponde ahora responder al segundo de los interrogantes mencionados: cuál es el importe sobre el que aplicar el correspondiente recargo, es decir, cuál es su base de cálculo, que sería también la cantidad sobre la que aplicar intereses de demora del mismo artículo 27 de la LGT

²⁷ Rec. 133/2011, ponente don Alejandro Valentín Sastre (NFJ046141). En el supuesto enjuiciado en esta sentencia que se refería a una sucesión hereditaria, tras la presentación dentro de plazo de las cuatro autoliquidaciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones relativas a cada uno de los adquirentes hereditarios, se presentaron extemporáneamente otras tantas autoliquidaciones que fueron calificadas por los presentadores de las mismas como «autoliquidaciones adicionales» (no autoliquidaciones complementarias). Y según se indica, por ejemplo, en relación con el expediente relativo a uno de estos adquirentes, «obra escrito dirigido, por este, a la Oficina de Tributos del Gobierno de La Rioja, con fecha de presentación 4 de junio de 2010, en el que expone que en fecha 2 de mayo de 2008, en expediente NUM008, presentó e ingresó la correspondiente autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones devengado como consecuencia del fallecimiento de su tía doña Carolina y que, aun cuando no ha sido notificada formalmente la comprobación de valores practicada en precitado expediente en relación con los inmuebles incluidos en la herencia, es conocedor de su resultado, conforme el siguiente tenor: -inmueble n.º 1 del inventario de bienes incluido en la escritura de herencia, referencia catastral NUM015, su valor comprobado es de 350.000 euros; -tercera parte indivisa del inmueble n.º 2 del inventario de bienes incluido en la escritura de herencia, referencia catastral NUM016, su valor comprobado es de 350.000 euros. Interesó que se tuviera por presentada autoliquidación adicional de la presentada e ingresada en el expediente NUM008, correspondiente al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones devengado como consecuencia del fallecimiento de su tía doña Carolina. Don Secundino presentó autoliquidación efectuando un ingreso de (...) el día 31 de mayo de 2010 (...)). En las autoliquidaciones presentadas se incluyó no solo la cuota adicional respecto de las autoliquidaciones iniciales, sino también intereses de demora. En las liquidaciones administrativas se impusieron, en relación con cada una de las autoliquidaciones, y al existir un retraso de alrededor de dos años, el recargo del 20% (con la reducción del 25%) e intereses de demora computados desde el día siguiente a los doce meses desde el fin del plazo de presentación de la autoliquidación (que fue el 5 de mayo de 2008), si bien el importe resultante de lo anterior se minoró por la propia Administración tributaria con los intereses que habían sido incluidos en las autoliquidaciones, tal como se expone con bastante detalle en la sentencia.

en los supuestos de retraso en la presentación de la autoliquidación o declaración superior a doce meses²⁸. Y a este respecto se ha planteado una doble posible alternativa, como poníamos de relieve al principio: la cuota autoliquidada por el obligado tributario o la liquidada por la Administración derivada exclusivamente de los datos declarados; o la cuota tributaria correcta total, integrada no solo por aquellas, sino también por la cuota adicional resultante de la comprobación administrativa.

Esta segunda opción es la que se ha seguido en una práctica administrativa que ha llegado a nuestro conocimiento y que en algún caso se ha convertido en conflicto resuelto por los Tribunales de Justicia. Concretamente, en la gestión por parte de las comunidades autónomas de dos tributos cedidos: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD) y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD).

De este modo, en supuestos de autoliquidaciones del ITPAJD, presentadas fuera de plazo sin requerimiento administrativo previo, tras el aumento de la base imponible declarada derivada de una comprobación de valores y el consiguiente incremento en el acto liquidatorio de la cuota tributaria respecto de la determinada en la autoliquidación, se han girado liquidaciones de recargos por autoliquidación extemporánea sobre la cuota tributaria total, es decir, no solo sobre la cuota autoliquidada sino también sobre la cuota adicional descubierta por la Administración. Esto es lo que ocurrió en el supuesto resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife), en su Sentencia de 27 de febrero de 2007²⁹.

De forma semejante, en casos de declaraciones del ISD que se presentaron extemporáneamente pero sin actuación anterior de la Administración tributaria, el correspondiente recargo por declaración fuera de plazo se ha girado sobre la cuota liquidada por la Administración tributaria, aunque parte de dicha cuota no derivara directamente de los datos declarados, sino de los valores comprobados más elevados respecto de los que se declararon por el sujeto pasivo o de bienes o derechos distintos y adicionales a los que fueron incluidos por aquel en su declaración.

Sin embargo, según nuestro parecer, nos encontramos con una práctica contraria a Derecho, como veremos a continuación de forma separada en relación con las autoliquidaciones y las declaraciones.

1. LAS AUTOLIQUIDACIONES: EL RECARGO DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT SOBRE LA CUOTA AUTOLIQUIDADA

En los supuestos de tributos autoliquidados, a las autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento previo que regularizan parcialmente el perjuicio económico producido de forma inicial

²⁸ Puesto que como señalan FERNÁNDEZ PAVÉS y JABALERA RODRÍGUEZ (2007), pág. 126, en estos supuestos «el interés de demora se girará sobre la misma magnitud sobre la cual se aplica el recargo por declaración extemporánea y espontánea».

²⁹ Ponente don Rafael Alonso Dorronsoro (reproducida en *Hacienda Canaria*, núm. 20, 2007, págs. 223 y ss.).

por el obligado tributario les corresponde un recargo sobre el importe autoliquidado y no sobre el importe correcto total, fijado posteriormente por la Administración tributaria tras la comprobación y liquidación que rectifica aquellas. Porque es únicamente el importe determinado por el obligado tributario en su autoliquidación el que este regulariza de forma voluntaria aunque fuera de plazo.

Además, esto es lo que se deduce del tenor literal de los preceptos afectados. De este modo, según el artículo 27.2 de la actual LGT el recargo por autoliquidación extemporánea «se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones». Y son los «ingresos correspondientes a declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo», de acuerdo a lo previsto en el artículo 61.3 de la anterior LGT, los que «sufrirán un recargo» del 5, 10, 15 o 20 %.

No fue esta, sin embargo, la opinión del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en su Sentencia de 27 de febrero de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Santa Cruz de Tenerife)³⁰, que entendió conforme a Derecho la liquidación de un recargo del artículo 61.3 de la anterior LGT sobre la cuota total liquidada por la Administración tributaria tras la comprobación de valores posterior a una autoliquidación extemporánea sin requerimiento previo. Aunque lo hizo, desde nuestro punto de vista, con base en algunos argumentos no convincentes³¹. Puesto que en contra de lo afirmado por el tribunal canario:

- En primer lugar, si se liquida el recargo en estos supuestos únicamente sobre la cuota autoliquidada no existe discriminación respecto «a aquellos declarantes de un impuesto cuya liquidación es ulterior, en cuyo caso el recargo será aplicable al total de la deuda que se fije por la administración (impuesto sobre sucesiones en declaraciones espontáneas pero extemporáneas)» ya que, como veremos a continuación, también en estos impuestos el recargo debe aplicarse sobre la parte regularizada por el obligado tributario de forma voluntaria, que es el importe de la cuota liquidada por la Administración derivada únicamente de los datos declarados.
- En segundo lugar, de llevarse a cabo aquella liquidación del recargo sobre la cuota incluida en la autoliquidación extemporánea tampoco existe discriminación alguna respecto «a quienes hacen la declaración-autoliquidación del impuesto con el valor correcto, en cuyo caso abona el total del recargo», al ser esto la consecuencia necesaria de aplicar el régimen de recargos únicamente al ámbito que le es propio que es el regularizado voluntariamente por el sujeto pasivo.
- En tercer lugar, en estos casos no existe una «imposibilidad de aplicar sanciones por el exceso de valor comprobado por la Administración»; por el contrario, precisamente al haberse producido una incorrección en la autoliquidación sí podrían imponerse las

³⁰ Ponente don Rafael Alonso Dorronsoro (reproducida en *Hacienda Canaria*, núm. 20, 2007, págs. 223 y ss.).

³¹ Véase el comentario a dicha sentencia de SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2007-1), págs. 205 y ss.

sanciones correspondientes, lo que no sucedería al sujeto que presentó extemporáneamente sin requerimiento previo una autoliquidación correcta con una cuota superior, por lo que se confirmaría la segunda no discriminación mencionada anteriormente; aunque esa imposición de sanciones no sería posible, lógicamente, en los casos de autoliquidaciones incorrectas que pudieran ampararse en una interpretación razonable de la norma u otras causas de exclusión de la responsabilidad sancionadora.

En definitiva, insistiendo en este último aspecto, para el sujeto que presenta fuera de plazo sin requerimiento previo una autoliquidación que adolece de algún tipo de incorrección determinante de una cuota inferior a la que se hubiera derivado de una correcta autoliquidación, además del mencionado régimen de los recargos e intereses por autoliquidación extemporánea, podría ser de aplicación el régimen general de las infracciones y sanciones e intereses de demora. Y serían, respectivamente, el ámbito al que alcanzó la regularización voluntaria del obligado tributario concretado en la cuota autoliquidada y el ámbito de la incorrección en la autoliquidación que se presentó, que se concreta en la cuota adicional descubierta por la Administración tributaria, aquellos a los que se aplicaría uno u otro régimen: el de los recargos e intereses del actual artículo 27 de la LGT y el general de las infracciones y sanciones e intereses de demora.

Es cierto que podría suceder que tras un análisis de las circunstancias del caso se concluyera que pese a realizarse la conducta típica del artículo 191 o del artículo 193 de la LGT, no concurren los requisitos para poder entenderse cometida la infracción tributaria. Esto, además, podría producirse fácilmente en ámbitos como el de la valoración, en los que suelen existir ciertos márgenes de indeterminación, tal como ha entendido ampliamente la jurisprudencia³² y se refleja en algunos preceptos del Derecho positivo (art. 18.4 de la Ley 29/1987, de 18 de

³² Podemos mencionar, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2003 [rec. 944/2001, ponente don Francisco José Navarro Sanchis (NFJ016751)] y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2003 [rec. 240/2000, ponente doña Raquel Iranzo Prades (NFJ016954)], del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 5 de septiembre de 2001 [rec. 3160/1997, ponente don José María Lago Montero (NFJ011466)] y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de febrero de 2003 [rec. 8507/1998, ponente don Francisco Javier D'Amorin Vieitez (NFJ016470)]. Por destacar lo señalado en alguna de ellas, en el Fundamento Jurídico 3.º de la mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se afirmaba: «De cuanto ya va expuesto se deduce que el pleito versa sobre cuestiones de valoración y calificación jurídica, que el sujeto pasivo nada ha ocultado en sus declaraciones de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio, y que, consecuentemente, no procedía, pues, ni plantearse la posible imposición de sanciones. Es manifiestamente incorrecta la conducta del Jefe de la Inspección Tributaria, empecinado en la imposición de una sanción aun cuando habían mediado tres valoraciones absolutamente dispares de los tres peritos intervinientes, demostrativas de que la existencia o no de la plusvalía y, consecuentemente, de la deuda tributaria, distaba mucho de ser tema pacífico e incontestado. Afirmar, como se afirma por el Jefe de la Inspección, que se aprecia de forma inequívoca la existencia de infracción tributaria, tratándose como se trata de un problema valorativo, es errar profundamente en la calificación de los hechos, pues si algo se aprecia inequívocamente en este expediente es la diversidad de criterios valorativos que se han ofrecido, y la imposibilidad, por ende, de imponer sanciones, cuando se están ventilando discusiones de calificación jurídica. No hay rastro de la culpabilidad necesaria para sancionar, que es esencial y no accidental en todas las infracciones, también en las tributarias, como sabe muy bien la defensa de la Administración demandada».

diciembre, del ISD³³). Puesto que estaríamos ante una actuación del sujeto pasivo «amparándose en una interpretación razonable de la norma», que excluye la responsabilidad derivada de la comisión de la infracción [art. 179.2 d) de la LGT].

Sin embargo, el que en los casos de interpretación razonable de la norma no puedan imponerse sanciones, no permite aplicar el régimen previsto para las regularizaciones voluntarias de los obligados tributarios. Porque entonces se aplicaría dicho régimen a un ámbito en el que no se ha producido regularización voluntaria alguna: la cuota tributaria adicional descubierta por la Administración tributaria derivada de su actuación de comprobación³⁴.

En relación con esta cuota tributaria adicional que no fue objeto de autoliquidación en el plazo general previsto para ello, en cualquier caso, sí que procederían las pertinentes consecuencias en materia de intereses de demora, aunque por ella no se impusieran sanciones.

2. LAS DECLARACIONES: EL RECARGO DEL ARTÍCULO 27 DE LA LGT SOBRE LA CUOTA LIQUIDAD POR LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DERIVADA DE LOS DATOS DECLARADOS

A. La cuota liquidada por la Administración tributaria derivada de los datos declarados

También en el caso de los tributos gestionados por el sistema de la declaración simple y posterior liquidación administrativa³⁵, debe rechazarse la práctica que se ha seguido en ocasiones por

³³ Según dispone este precepto: «No se aplicará sanción sobre la parte de cuota que corresponda al mayor valor obtenido de la comprobación sobre el declarado cuando el sujeto pasivo se hubiese ajustado en su declaración a las reglas de valoración establecidas en el Impuesto sobre el Patrimonio Neto».

³⁴ Aunque se trata de una posición no generalizada en la doctrina, debe señalarse que en alguna ocasión se ha defendido la aplicación de este tipo de recargos por autoliquidación extemporánea a la cuota liquidada por la Administración tras una actuación comprobadora ulterior a que se presentara la autoliquidación respecto a la que no se impusiera sanción tributaria. Así, para DE MIGUEL CANUTO (1999), págs. 20-25, cuando iniciado un procedimiento inspector con posterioridad a la presentación de la autoliquidación fuera de plazo sin requerimiento previo se determina una cuota más alta que el importe autoliquidado y no se hubiera impuesto una sanción tributaria por la cuota descubierta, «la Administración deberá girar el recargo sobre la totalidad de la cuota tributaria ahora fijada a cargo del obligado tributario, aun cuando su importe sea más alto que el ingresado en su día». Y fundamenta tal posición, pese a reconocer que no es lo que se deduce de la literalidad del artículo 61.2 de la LGT, según la redacción dada al mismo en 1991 (esta es la norma objeto de su estudio), al moverse «en una orientación hermenéutica que del «ingreso correspondiente a una autoliquidación» se remonta hacia la deuda tributaria por la Administración como posición metodológica que personalmente consideramos la más idónea para el conocimiento y comprensión del Estado de Derecho constitucionalmente configurado». «Nos parece esta —señala más adelante para los casos en que la mayor cuota haya sido determinada a través de una liquidación provisional o paralela— la solución que más favorece la armonía de las normas sustantivas y procedimentales a las que por imperativo del principio de legalidad está sometida la Administración».

³⁵ Se trata del llamado «Procedimiento iniciado mediante declaración» (Encabezamiento de la Subsección 2.ª de la Sección 2.ª del Capítulo III del Título III de la LGT) o «procedimiento de gestión tributaria mediante declaración» (art.

la Administración tributaria de girar el correspondiente recargo por declaración extemporánea sin requerimiento previo sobre la cuota tributaria total, incluida la derivada de la comprobación que aumenta los valores declarados o descubre datos no incluidos en la declaración presentada de forma voluntaria por el sujeto pasivo. Puesto que también en este sistema de gestión tributaria, cuando se regulariza voluntariamente por el sujeto pasivo de forma extemporánea una parte del incumplimiento producido de forma inicial generador de un perjuicio económico a la Hacienda Pública, lo que podría hacerse bien a través de una declaración inicial, una declaración complementaria o una declaración sustitutiva, el recargo del artículo 27 de la LGT se habría de aplicar en relación con aquella parte que regulariza el sujeto pasivo. Lo que en este caso supone la aplicación del recargo sobre la cuota liquidada por la Administración derivada exclusivamente de los datos declarados. Aunque también pueda la Administración tributaria liquidar la cuota tributaria adicional a partir de los resultados de su actividad comprobadora, acompañada de los correspondientes intereses de demora, pudiendo imponerse, en su caso, la sanción por la comisión de la infracción del artículo 192 de la LGT.

De este modo, en los tributos regidos por el sistema de la declaración simple seguida de la correspondiente liquidación de la Administración tributaria, es esta última la que a través del correspondiente acto liquidatorio determina la cuota tributaria sobre la que practicar el recargo por declaración extemporánea. En esto se diferencia claramente de lo que ocurre en el sistema de autoliquidación, en el que es la cuota autoliquidada por el obligado tributario aquella sobre la que se habrá de aplicar el recargo. Ello encuentra su justificación en la propia dinámica de este sistema procedimental en el que lo que hace el sujeto pasivo inicialmente es solo «la presentación de una declaración (...) en la que manifiest(a) la realización del hecho imponible y comuni(ca) los datos necesarios para que la Administración cuantifique la obligación tributaria mediante la práctica de una liquidación provisional» (art. 128.1 de la LGT). Por consiguiente, al no cuantificar el obligado tributario la deuda tributaria en estos impuestos, sino la Administración tributaria, es la cuantía fijada en la liquidación administrativa la que tiene que tomarse como base sobre la que aplicar el recargo por declaración extemporánea³⁶.

Sin embargo, la liquidación de la Administración tributaria cuya deuda tributaria será aquella sobre la que se aplique el recargo por declaración extemporánea en estos tributos regidos por el

28 de la LGT), que como prevé este último precepto se aplica «Cuando la normativa del tributo así lo establezca (...)». Uno de los ámbitos más relevantes en los que se aplica este sistema de gestión tributaria es el del ISD, en el que se prevé, con carácter general, la obligación de los sujetos pasivos de «presentar una declaración tributaria, comprensiva de los hechos imponibles», si bien dichos sujetos pasivos pueden optar por presentar una autoliquidación (art. 31 de la Ley del ISD). Esto es así salvo en aquellas comunidades autónomas en las que se haya establecido como obligatorio el régimen de autoliquidación, lo que en la actualidad es una competencia que corresponde al Estado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 34.3 de la Ley del ISD, tras la nueva redacción dada al mismo por la Ley 40/2010, de 29 de diciembre. Tras la redacción dada a este artículo por la Ley 40/2010, es obligatorio el régimen de autoliquidación en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Principado de Asturias, Illes Balears, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia y Región de Murcia. Por tanto, es en el resto de comunidades autónomas donde existe el mencionado sistema de declaración, aunque acompañado de la opción del sujeto pasivo por el de autoliquidación.

³⁶ CLAVIJO HERNÁNDEZ (2004), pág. 47.

sistema de la declaración simple es la liquidación dictada única y exclusivamente a partir de los datos declarados, sin variación alguna de los mismos. En definitiva, son únicamente estos datos declarados por el sujeto pasivo, en su realidad, calificación jurídica y cuantía o valoración³⁷, los que aquel ha regularizado voluntariamente con su declaración fuera de plazo. De ahí que sea solo la cuota derivada directamente de los mismos aquella sobre la que se aplique el recargo que establece un peculiar régimen jurídico para estos supuestos de regularización voluntaria.

A esta misma conclusión nos lleva la literalidad de los preceptos que regulan, o han regulado, los recargos por declaración extemporánea. Puesto que como dispone expresamente el actual artículo 27 de la LGT, en el caso de los tributos regidos por el sistema de la declaración simple, el «recargo se calculará (...) sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas (...)» (apartado 2). En un sentido similar, el artículo 61.3 de la anterior LGT preveía que sufrirán el recargo «las liquidaciones derivadas de declaraciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo».

Pues bien, «el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas» o «las liquidaciones derivadas de declaraciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo» deben entenderse como el importe o las liquidaciones que se derivan directa e inmediatamente de los datos contenidos en la declaración extemporánea, en cuanto a su realidad, calificación jurídica y cuantía o valoración. Sin tener en cuenta, por tanto, una eventual regularización por la Administración Tributaria, que es lo que podría producirse cuando en su actividad comprobadora, aunque con base en las facultades y posibilidades de actuación previstas en el artículo 129.2 de la LGT³⁸ y en el artículo 133.1 del RGGI³⁹ o en la normativa específica del tributo corres-

³⁷ Este es el contenido básico de las declaraciones tributarias iniciadoras del procedimiento del artículo 128 a 130 de la LGT. Véase, por todos, SÁNCHEZ SERRANO (1977), págs. 177 y ss.

³⁸ Dispone este artículo: «A efectos de lo previsto en el apartado anterior, la Administración tributaria podrá utilizar los datos consignados por el obligado tributario en su declaración o cualquier otro que obre en su poder, podrá requerir al obligado para que aclare los datos consignados en su declaración o presente justificante de los mismos y podrá realizar actuaciones de comprobación de valores».

³⁹ Según este precepto: «En los procedimientos iniciados mediante declaración del obligado tributario, el órgano competente de la Administración tributaria podrá realizar las actuaciones necesarias para practicar la liquidación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Cuando se requieran datos o documentos al obligado tributario se le otorgará un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento, para su aportación, salvo que la normativa específica establezca otro plazo. Asimismo, la Administración tributaria podrá hacer requerimientos a terceros». Son varios los autores que han dudado de la legalidad de los requerimientos a terceros en este procedimiento de gestión tributaria, a partir de lo dispuesto en esta norma reglamentaria, al no preverse en el artículo 129.3 de la LGT: PALAO TABOADA (2006), pág. 10; RUIZ GARCÍA (2010), pág. 110. Sí admite estos requerimientos a terceros la contestación a consulta de la Dirección General de Tributos de 7 de diciembre de 2011 [V2870/2011 (NFC043157)]. En ella, además, se ha considerado que «la normativa aplicable configura las actuaciones administrativas señaladas como de carácter potestativo, no quedando la Administración, en principio, obligada a requerir a terceros», respondiendo así a la cuestión planteada acerca de si la Administración estaba obligada a contrastar los datos facilitados por el Banco o puede liquidar sin ratificar esa información, en un supuesto en el que una entidad financiera depositaria de determinados activos financieros del causante

pondiente, modificara los datos declarados en cuanto a su realidad (incluye, por ejemplo, un bien o derecho no declarado), calificación jurídica y cuantía o valoración (comprobación de valores sobre el valor declarado, por ejemplo)⁴⁰.

B. Posibles consecuencias en el procedimiento de gestión tributaria mediante declaración

Desde esta perspectiva, en aquellos casos en que se está en presencia de una declaración extemporánea sin requerimiento previo, generadora del correspondiente recargo del actual artículo 27 de la LGT o del artículo 61.3 de la anterior LGT, se hace necesaria la práctica de una liquidación por parte de la Administración derivada exclusivamente de los datos declarados. Se trata de una exigencia implícita en aquellos preceptos. De todos modos, debido a las anteriormente mencionadas facultades y posibilidades de actuación comprobadoras en manos de la Administración en el denominado procedimiento de gestión tributaria mediante declaración, que también se habría iniciado cuando la declaración se presenta fuera de plazo sin requerimiento previo⁴¹, tampoco puede negarse a la Administración la posible utilización de las mismas ni la práctica de la consiguiente liquidación.

Por este motivo, podría ser este un caso en el que sería idónea la práctica de dos liquidaciones relativas a una misma obligación tributaria, semejante a los previstos para el procedimiento de

certificaba que la titularidad de los mismos correspondía de forma exclusiva al causante, discrepando el consultante de dicha asignación de titularidad. De todos modos, se admite también la aplicación a este supuesto de las previsiones del artículo 108.4 de la LGT, por lo que la ratificación del tercero sería necesaria si se alegara la falsedad o inexactitud de la información aportada por el Banco.

⁴⁰ Este es, de forma paralela al contenido de las declaraciones tributarias, el contenido o ámbito objetivo de la actividad administrativa de comprobación tributaria. Véase SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2004-1), pág. 144. También sería el caso de que los sujetos pasivos no hubieran cumplido con su obligación de «consignar en la declaración (...) el valor real que atribuyen a cada uno de los bienes y derechos incluidos en la declaración del impuesto» del artículo 18.2 de la Ley del ISD, que constituye una infracción específica en el artículo 40.2 de la Ley del ISD. Si bien entonces «se les concederá un plazo de 10 días para que subsanen la omisión», por lo que la liquidación administrativa se practicará a partir del valor o valores declarados con posterioridad o de la comprobación de valores que se realizara, según la conducta del obligado tributario tras el obligado requerimiento administrativo de subsanación. Según ha entendido la Dirección General de Tributos del Gobierno de Canarias, la conducta del mencionado artículo 40.2 de la Ley del ISD, «es la no consignación por el obligado de ningún valor en la declaración, no el que se haya consignado un valor distinto al real». Además, solo cabe sancionarla «cuando el sujeto no haya atendido en el plazo de 10 días al requerimiento de la Administración para subsanar la omisión» (Resolución de 27 de noviembre de 2009, por la que se fijan los criterios de las actuaciones a seguir por los órganos de gestión de la Administración Tributaria Canaria, para la iniciación, tramitación y resolución de los expedientes de infracciones tributarias en materia de tributos cedidos, pág. 12)

⁴¹ Así lo reconoce el propio artículo 129.1, párr. 2.º cuando regula el momento de inicio del cómputo del plazo de seis meses en los casos de declaraciones extemporáneas: «En el supuesto de presentación de declaraciones extemporáneas, el plazo de seis meses para notificar la liquidación comenzará a contarse desde el día siguiente a la presentación de la declaración». En este sentido, RUIZ GARCÍA (2010), págs. 106-107.

inspección en el artículo 101.4 b) de la LGT y 190.4 del RGGI⁴², cuya justificación se encuentra en razones procedimentales⁴³. Aunque lo cierto es que en la regulación del procedimiento de gestión tributaria mediante declaración no se ha previsto esta posibilidad, ni en la LGT ni en el RGGI.

De este modo, sin perjuicio de que la Administración realizara las comprobaciones oportunas rectificando los datos declarados, en su realidad, calificación jurídica, cuantía o valoración y todo ello se reflejara en la liquidación provisional con la que finaliza el procedimiento de gestión tributaria mediante declaración, podría parcelarse dicha liquidación, lo que estaría motivado en razones procedimentales. En este caso, porque al tratarse de un procedimiento de gestión tributaria mediante declaración en el que esta se ha presentado fuera de plazo sin requerimiento previo, se hace necesario dictar una liquidación que recoja el importe derivado estrictamente de los datos declarados, además de la otra liquidación que fuera el resultado de las comprobaciones administrativas que se han separado de los datos declarados.

Así, la liquidación del recargo por declaración extemporánea se realizaría de forma directa sobre el importe de la primera de aquellas liquidaciones. Y el importe de la segunda de las liquidaciones administrativas, derivada de las regularizaciones practicadas por la Administración tributaria respecto de los datos declarados, podría ser relevante para imponer ulteriormente, en su caso, la sanción derivada de la comisión de la infracción del artículo 192 de la LGT «por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos para practicar

⁴² Según lo dispuesto en el artículo 101.4 b) de la LGT: «Podrán dictarse liquidaciones provisionales en el procedimiento de inspección en los siguientes supuestos: b) Cuando proceda formular distintas propuestas de liquidación en relación con una misma obligación tributaria. Se entenderá que concurre esta circunstancia cuando el acuerdo al que se refiere el artículo 155 de esta ley no incluya todos los elementos de la obligación tributaria, cuando la conformidad del obligado no se refiera a toda la propuesta de regularización, cuando se realice una comprobación de valor y no sea el objeto único de la regularización y en el resto de supuestos que estén previstos reglamentariamente». Por su parte, el artículo 190.4 del RGGI dispone lo siguiente: «De acuerdo con lo dispuesto el artículo 101.4 b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las liquidaciones derivadas de un procedimiento de inspección podrán tener carácter provisional, además de en los supuestos previstos en dicho párrafo, en los siguientes: a) Cuando se haya planteado un supuesto de conflicto en la aplicación de la norma tributaria y no constituya el objeto único de la regularización, siempre que sea posible la práctica de liquidación provisional por los restantes elementos de la obligación tributaria. b) Cuando concluyan las actuaciones de comprobación e investigación en relación con parte de los elementos de la obligación tributaria, siempre que esta pueda ser desagregada. El procedimiento de inspección deberá continuar respecto de los demás elementos de la obligación tributaria. c) Cuando en un procedimiento de inspección se realice una comprobación de valores de la que se derive una deuda a ingresar y se regularicen otros elementos de la obligación tributaria. En este supuesto se dictará una liquidación provisional como consecuencia de la comprobación de valores y otra que incluirá la totalidad de lo comprobado. d) Cuando así se determine en otras disposiciones legales o reglamentarias».

⁴³ En estos supuestos, como señala SÁNCHEZ BLÁZQUEZ (2004-2), pág. 23, «la formulación de varias propuestas de liquidación se lleva a cabo para que la diferente tramitación procedimental y, en algún caso, las adicionales especificidades de régimen jurídico, tengan su aplicación únicamente a aquellos ámbitos de la comprobación y regularización inspectora que así lo exijan, y no al resto. Lo que se logrará formulando una propuesta de liquidación sobre el ámbito comprobado y regularizado al que corresponde aplicar aquellas especificidades y otra propuesta distinta sobre aquel ámbito en el que no procede aplicarlas».

liquidaciones». Téngase en cuenta que la base de la sanción en esta infracción para los supuestos de declaración presentada pero incorrecta es, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 3.º del apartado 1.º de aquel precepto, «la diferencia entre la cuantía que resulte de la adecuada liquidación del tributo y la que hubiera procedido de acuerdo con los datos declarados»⁴⁴.

Esto exige, es cierto, como ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de mayo de 2009, la previa liquidación a la sanción⁴⁵. Pero esto también exige, desde nuestro punto de vista, una doble liquidación: «la adecuada liquidación del tributo» y la liquidación «que hubiera procedido de acuerdo a los datos declarados».

También la individualización de esta segunda liquidación sería necesaria desde la perspectiva de ser ella la que delimitaría realmente el ámbito al que alcanzan los efectos preclusivos de la liquidación provisional previstos por el artículo 133.3 del RGRI, de modo semejante a lo recogido en el artículo 140.1 de la LGT para el procedimiento de comprobación limitada. Puesto que «en relación con el objeto comprobado», que es en realidad aquel que se ha regularizado y se ha plasmado en la liquidación provisional adicional, la «Administración no podrá efectuar una nueva regularización», aunque esto sea así «salvo que en un procedimiento de comprobación o investigación posterior se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en la resolución»⁴⁶.

⁴⁴ MESTRE GARCÍA y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO (2005), pág. 162. De todos modos, desde nuestro punto de vista, aquella previsión legal adolece de un defecto importante en el que no se ha incurrido al regular la base de la sanción en la infracción por dejar de ingresar del artículo 191 de la LGT. Porque en este último caso, la base de la sanción es «la cuantía no ingresada en la autoliquidación como consecuencia de la comisión de la infracción». «Según esto —señalan MESTRE GARCÍA y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO (2005), pág. 127—, la base de la sanción no coincidirá en todos los casos con la deuda tributaria resultante de una comprobación administrativa sino que solo formará la base de sanción la parte de dicha deuda que esté ocasionada por ajustes que se consideren sancionables, quedando excluidos aquellos importes sobre los que se exija la cuota y los intereses de demora pero en los que se aprecie una interpretación razonable de la norma y, en consecuencia, se consideren no sancionables». La misma idea debería haberse reflejado a la hora de fijar la base de la sanción en la infracción del artículo 192. En definitiva, la magnitud relevante para determinar la base de la sanción no debe ser, en los casos de declaraciones presentadas incorrectamente, «la cuantía que resulte de la adecuada liquidación del tributo», a la que se debe restar «la que hubiera procedido de acuerdo a los datos declarados». Tampoco debe serlo «la cuantía de la liquidación cuando no se hubiera presentado declaración». Sino que únicamente puede ser relevante para determinar la base de la sanción «la cuantía que resulte de la adecuada liquidación del tributo» como consecuencia de la comisión de la infracción, a la que se debe restar «la que hubiera procedido de acuerdo a los datos declarados», en los casos de declaraciones presentadas incorrectamente. Lo mismo ocurre con «la cuantía de la liquidación cuando no se hubiera presentado declaración», que solo podrá ser aquella derivada de la comisión de la infracción. Téngase en cuenta que también en el caso del sistema de gestión mediante declaración seguida por liquidación administrativa algunas incorrecciones o incluso omisiones en la obligada declaración a presentar pueden no ser sancionables, con base en las razones que con carácter general determinan la falta de comisión de la infracción (interpretación razonable, fuerza mayor, etc.).

⁴⁵ Rec. 323/2007, ponente doña Rosa María Litago Lledo (NFJ035712).

⁴⁶ No obstante, PALAO TABOADA (2006), págs. 10-11, se ha mostrado crítico con la previsión en el precepto reglamentario de los efectos preclusivos de estas liquidaciones provisionales del procedimiento de gestión tributaria mediante

Lo que sí ha recogido el Derecho positivo, en relación con esta cuestión conectada con las modificaciones de los datos declarados por la comprobación de la Administración tributaria que haría necesaria la práctica de dos liquidaciones administrativas, en nuestra opinión, es otra consecuencia procedimental: en el caso de que se produzca tal modificación, en el procedimiento de gestión tributaria mediante declaración no será suficiente practicar y notificar directamente la liquidación, sino que con carácter previo habrá que notificar una propuesta de liquidación.

Así lo dispone el párrafo 2.º del apartado 3.º del artículo 129 de la LGT: «Cuando se hayan realizado actuaciones de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo y los datos o valores tenidos en cuenta por la Administración tributaria no se correspondan con los consignados por el obligado en su declaración, deberá hacerse mención expresa de esta circunstancia en la propuesta de liquidación, que deberá notificarse, con una referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho que la motiven, para que el obligado tributario alegue lo que convenga a su derecho».

También lo recoge el artículo 133.2 del RGGI: «Cuando la Administración tributaria vaya a tener en cuenta datos distintos a los declarados por el obligado tributario, deberá notificar previamente la propuesta de liquidación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

Pues bien, desde nuestro punto de vista, y con las finalidades antes indicadas, en el caso de que se hubiera presentado la declaración fuera de plazo sin requerimiento previo, y los datos o valores tenidos en cuenta por la Administración no se correspondieran con los consignados por el obligado tributario en su declaración, a partir del ejercicio de las correspondientes facultades comprobadoras, podrían formularse dos propuestas de liquidación: aquella derivada exclusivamente de los datos declarados; y, la resultante de la comprobación administrativa que modifica los datos declarados. Aunque a partir de lo dispuesto en la LGT y en el RGGI podría dictarse directamente la liquidación derivada exclusivamente de los datos declarados, sin necesidad de una propuesta de liquidación previa.

declaración, pues, desde su punto de vista, en dicho procedimiento «no se comprueba nada». En la misma línea RUIZ GARCÍA (2010), pág. 113, para el que en este procedimiento «no existe propiamente actividad de comprobación, o al menos una que pueda equipararse a la existente en el procedimiento de comprobación limitada o en el procedimiento inspector; por ello –concluye–, cuando el artículo 133.3 del RGGIAT emplea la expresión «objeto comprobado» lo hace en sentido impropio, y su uso solo puede explicarse como una traslación mecánica del artículo 140.1 de la LGT». Este autor llega a defender la extralimitación reglamentaria al respecto porque «si el legislador ha incorporado un precepto semejante en el procedimiento de comprobación limitada, pero se ha abstenido de hacerlo en el procedimiento iniciado mediante declaración, parece lógico entender que esa abstención responde al deseo de no atribuir a la liquidación provisional dictada en el procedimiento iniciado mediante declaración los mismos efectos que se reconocen a la dictada en el procedimiento de comprobación limitada. A mayor abundamiento –añade–, conviene recordar aquí que, a propósito del procedimiento de verificación de datos, el artículo 133.2 de la LGT dispone que «la verificación de datos no impedirá la posterior comprobación objeto de la misma»; con mayor razón podría sostenerse que la regla aplicada al procedimiento de verificación de datos resulta también aplicable al procedimiento iniciado mediante declaración».

En cualquier caso, hubiera o no dos propuestas de liquidación notificadas previamente, se llegaría así a la práctica de dos liquidaciones separadas, aunque derivadas de un mismo procedimiento de gestión tributaria mediante declaración relativo a una única obligación tributaria: la derivada exclusivamente de los datos declarados; y, la resultante de la comprobación administrativa que modifica los datos declarados⁴⁷.

La parcelación de varias liquidaciones tributarias en relación con una misma obligación tributaria en estos tributos gestionados mediante declaración simple y liquidación administrativa podría ser incluso mayor en determinados casos, en los que sería necesaria la práctica de más de dos actos de liquidación. Y ello sería así a pesar de estarse en el marco de un único procedimiento de gestión tributaria mediante declaración. Esto es lo que ocurriría en los supuestos en que se presentara inicialmente una declaración en plazo y después, fuera de plazo y sin requerimiento administrativo previo, pero antes de la práctica de la liquidación provisional, se presentara una declaración complementaria o sustitutiva de la anterior, que es, además, incorrecta, al separarse la Administración tributaria de algunos de los datos declarados, en su comprobación dirigida a la práctica de la liquidación provisional.

Puesto que en estos supuestos habría que liquidar de forma separada: en primer lugar, la cuota derivada de los datos incluidos en la primera declaración, respecto a la cual no se habría producido ningún retraso en el cumplimiento de la obligación de presentar la declaración; en segundo lugar, la cuota derivada de los datos incluidos en la declaración complementaria o sustitutiva, que solo en el importe que excediera respecto de la cuota de la primera declaración presentada en plazo determinaría la base de cálculo de los recargos e intereses de demora del artículo 27 de la LGT; y, en tercer lugar, la cuota resultante de la comprobación administrativa, que en el importe que excediera de la suma de las dos cuotas anteriores podría dar lugar, en su caso, a la sanción por cometerse la infracción del artículo 192 de la LGT y que podría constituir la base de los intereses de demora derivados de esta regularización administrativa.

IV. CONCLUSIONES

Primera. En determinados casos de declaraciones o autoliquidaciones incorrectas no es de aplicación el régimen del artículo 27 de la LGT: en primer lugar, cuando se incluyen en la autoli-

⁴⁷ También RUIZ GARCÍA (2010), págs. 111-112, admite que puedan dictarse otras liquidaciones, pese a que la LGT y el RGGI «contemplan la emisión de una única liquidación, que será la provisional con la que termina el procedimiento». Aunque lo hace refiriéndose a los supuestos «cuando así esté previsto en la normativa del tributo. El caso más significativo está constituido –señala– por las liquidaciones parciales a cuenta, previstas en la normativa del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que se practican «a los solos efectos de cobrar seguros sobre la vida, créditos del causante, haberes devengados y no percibidos por el mismo, retirar bienes, valores, efectos o dinero que se hallaren en depósito y demás supuestos análogos», y a las que expresamente se les atribuye el carácter de ingresos a cuenta de la liquidación definitiva que proceda por la sucesión hereditaria de que se trate (artículo 35 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones y 78 de su Reglamento)».

quidación de un periodo posterior los datos de periodos anteriores (regularizaciones encubiertas), ante la exigencia del apartado 4 de dicho artículo de que las autoliquidaciones extemporáneas identifiquen expresamente el periodo al que se refieren y contengan únicamente los datos relativos a dicho periodo; en segundo lugar, cuando se presentan autoliquidaciones trimestrales, pese a existir realmente obligaciones de presentar autoliquidaciones mensuales, por aplicación de aquel mismo apartado, de modo que no puede entenderse que con la autoliquidación trimestral se estaría regularizando a efectos del artículo 27 de la LGT los dos primeros meses respecto a los que debían haberse presentado autoliquidaciones mensuales; y, en tercer lugar, cuando se presenta una autoliquidación fuera de plazo sin requerimiento previo, pero que determina una cuota a ingresar incorrecta, al no haber existido realmente perjuicio económico alguno por el importe de dicha cuota incorrecta que pueda regularizarse con posterioridad; sin perjuicio, en este último caso, de las dificultades que podrían darse en la práctica a partir de los distintos cauces formales que habrían de utilizarse para lograr la no exigencia del recargo, en función de las actuaciones que se hubieran llevado a cabo por el obligado tributario y la Administración tributaria: la rectificación de la autoliquidación y la revisión, ordinaria o extraordinaria, de la liquidación del recargo; estas dificultades se verían minoradas si se estableciera la obligación de autoliquidar los recargos del artículo 27 de la LGT en los supuestos de autoliquidaciones extemporáneas, en sustitución del régimen de liquidación administrativa obligatoria posterior, existente en la actualidad, al ser suficiente entonces el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones para revisar cuota y recargo.

Segunda. En los supuestos de declaraciones o autoliquidaciones, presentadas fuera de plazo sin requerimiento administrativo, pero que son incorrectas al regularizarse con ellas solo de modo parcial o incompleto el inicial perjuicio económico producido, sí se aplica el régimen del artículo 27 de la LGT, aunque solo a la parte regularizada voluntariamente por el obligado tributario. No obstante, en relación con la parte no regularizada por el obligado tributario, sino por la Administración tributaria en un procedimiento de comprobación posterior, sí podría estarse bajo el régimen general de infracciones y sanciones e intereses de demora.

Tercera. Cuando se regulariza de forma voluntaria por el obligado tributario su situación tributaria a través de autoliquidaciones fuera de plazo, el recargo del artículo 27 debe calcularse «sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones», como dispone expresamente el apartado 2 de dicho precepto. Y esto será así también cuando la Administración tributaria descubriera una cuota tributaria adicional a la autoliquidada, de modo que no es admisible la liquidación del recargo sobre la cuota tributaria correcta total, incluyendo, por tanto, dicha cuota adicional, pese a ser esta una práctica admitida en algún pronunciamiento jurisdiccional. Sobre esta última podría aplicarse el régimen general de infracciones y sanciones e intereses de demora, sin que tampoco puedan aplicarse sobre ella los recargos del artículo 27 de la LGT en aquellos casos en que no exista en relación con dicha cuota adicional una conducta susceptible de sanción.

Cuarta. Cuando la regularización voluntaria por el obligado tributario se realiza a través de una declaración, al ser este el sistema de gestión tributaria aplicable, el cálculo del recargo del artículo 27 de la LGT se ha de llevar a cabo, de acuerdo a lo que también dispone de modo expreso el apartado 2 de aquel artículo, «sobre el importe de la liquidación derivada de las decla-

raciones extemporáneas». Pero el importe de la liquidación a la que se refiere esta disposición es el que deriva exclusivamente de los datos declarados, de modo que si la Administración tributaria se hubiera separado de aquellos, en su realidad, calificación jurídica, cuantía o valoración y de ello resultara un importe de cuota adicional, el recargo del artículo 27 de la LGT no recaería sobre este último.

Esto es lo que puede determinar la práctica de dos liquidaciones en el seno de un mismo procedimiento de gestión tributaria mediante declaración, pese a que no existe previsión normativa expresa alguna al respecto, ni en la LGT ni en el RGGI: una liquidación derivada exclusivamente de los datos declarados, que determinaría el importe sobre el que aplicar el recargo del artículo 27 de la LGT; y, una liquidación resultante de la comprobación administrativa que se separa de los datos declarados, que podría ser relevante, junto a la anterior, para imponer la sanción por la infracción del artículo 192 de la LGT, teniendo en cuenta que su base es, de acuerdo a lo previsto en el párrafo 3.º del apartado 1 de aquel precepto, «la diferencia entre la cuantía que resulte de la adecuada liquidación del tributo y la que hubiera procedido de acuerdo con los datos declarados».

Bibliografía

ALFONSO GALÁN, R. M. [1998]: *Los intereses por retraso o demora a favor de la Hacienda Pública*, Dykinson, Madrid.

ALONSO MADRIGAL, F. J. [2010]: «La reducción de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo regulada en el artículo 27.5 de la LGT», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M. A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

BALLARÍN ESPUÑA, M. [1997]: *Los ingresos tributarios fuera de plazo sin requerimiento previo*, Marcial Pons, Madrid.

BLÁZQUEZ LIDOY, A. [1999]: «Ingresos fuera de plazo realizados sin identificar su carácter extemporáneo: un nuevo supuesto de hecho en las relaciones de los artículos 61.3 y 79 a) de la LGT», *RCyT. CEF*, núms. 197-198.

BOSCH CHOLBI, J. L. y URIOL EGIDO, C. [2010]: «Matizaciones a la imposición automática del recargo por presentar, extemporánea, pero espontáneamente, una declaración tributaria o una autoliquidación con ingreso», *Tribunal Fiscal*, núm. 242.

CARRASCO PARRILLA, P. J. [2000]: *Consecuencias del retraso en el pago de las deudas tributarias*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca.

CARRERAS MANERO, O. [2012]: «La cláusula de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito contra la Hacienda Pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 155.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F. [2004]: «Las obligaciones tributarias accesorias», *Hacienda Canaria*, núm. 10 (especial).

COMISIÓN PARA EL ESTUDIO DEL BORRADOR DEL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA [2003]: *Informe sobre el borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*, Ministerio de Hacienda. Secretaría de Estado de Hacienda.

CORDERO GONZÁLEZ, E. M. [2007]: «El delito fiscal en el ordenamiento alemán», *Crónica Tributaria*, núm. 123.

DE MIGUEL CANUTO, E. [1999]: «Presentación de autoliquidaciones extemporánea y espontáneamente (II)», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 251.

FALCÓN Y TELLA, R. [2013]: «Inicio del periodo ejecutivo, intereses y recargos: una propuesta de reforma», *Quincena Fiscal*, núm. 5 (versión en *Westlaw*).

FERNÁNDEZ PAVÉS, M. J. [1995]: *La autoliquidación tributaria*, IEF-Marcial Pons, Madrid.

FERNÁNDEZ PAVÉS, M. J. y JABALERA RODRÍGUEZ, A. [2007]: «Los recargos por declaración extemporánea en la nueva Ley General Tributaria», en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 77.

GOROSPE OVIEDO, J. I. [2001]: *Consecuencias del impago de los tributos. Intereses, recargos y sanciones*, La Ley, Madrid.

HINOJOSA TORRALVO, J. J. [2010]: «Regularizaciones tributarias y exenciones de responsabilidad penal y sancionadora», en ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.; COLLADO YURRITA, M. A. y ZORNOZA PÉREZ, J. (dir.), *Tratado sobre la Ley General Tributaria*, I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

IGLESIAS RÍO, M. A. [2003]: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (Un análisis de la «autodenuncia». Art. 305-4 CP)*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ MÁRTINEZ, J. [1994]: *Régimen jurídico de los llamados «intereses moratorios» en materia tributaria. Un análisis de su ubicación dogmática en el seno de la deuda tributaria*, Civitas, Madrid.

MESTRE GARCÍA, E. y CERVANTES SÁNCHEZ-RODRIGO, C. [2005]: *Guía de infracciones y sanciones tributarias*, Ciss, Bilbao.

MONTERO DOMÍNGUEZ, A. [2007]: «Modificaciones introducidas en la Ley General Tributaria por la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal», *RCyT. CEF*, núm. 286.

PALAO TABOADA, C. [2000]: «Los presupuestos de la aplicación del artículo 61.3 LGT (Comentario a la Resolución del TEAC de 6 de octubre de 1999)», *RCyT (Legislación, Consultas y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 202.

– [2006]: «La gestión tributaria en la Ley General Tributaria», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 4 (versión en *Westlaw*).

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. [1999]: *El interés de demora en la Ley General Tributaria*, IEF-Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

RUIZ GARCÍA, J. R. [2010]: «Procedimiento iniciado mediante declaración», en AA.VV., *Los procedimientos de aplicación de los tributos en el ámbito interno y en el de la fiscalidad internacional*, Landwell. PricewaterhouseCoopers-Lex Nova, Valladolid.

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, V. M. [2003]: «Ingresos fuera de plazo sin indicación de su carácter extemporáneo (Comentario parcial a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 26 de febrero de 2002)», *Hacienda Canaria*, núm. 4.

– [2004-1]: «La necesaria clarificación conceptual y terminológica sobre la comprobación en la liquidación tributaria: una aproximación a partir de la nueva LGT», *Crónica Tributaria*, núm. 110.

- [2004-2]: «Las liquidaciones provisionales en el procedimiento de inspección: los supuestos para su práctica en la nueva LGT», en *Carta Tributaria. Monografías*, núm. 20,
- [2007-1]: «Autoliquidación extemporánea sin requerimiento previo y posterior comprobación administrativa: ¿un nuevo supuesto problemático?», *Hacienda Canaria*, núm. 20.
- [2007-2]: *La prescripción de las obligaciones tributarias*, AEDAF, Madrid.
- [2008]: *Pérdida y regularización de la Reserva para Inversiones en Canarias*, Thomson-Aranzadi/Hacienda Canaria, Cizur Menor.

SÁNCHEZ SERRANO, L. [1977]: *La declaración tributaria*, IEF, Madrid.

SARTORIO ALBALAT, S. [1999]: *Ley General Tributaria e interés de demora. Naturaleza y régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

WERT ORTEGA, M. [2007]: «Recargo por ingresos extemporáneos: aplicación a un supuesto de diferimiento de ingresos en el Impuesto sobre Sociedades», *RCyT. CEF*, núm. 292.

RIESGO CORPORATIVO Y CRISIS FINANCIERA: EL PAPEL DE LOS INVERSORES INSTITUCIONALES

José María Díez Esteban

Conrado Diego García Gómez

Óscar López de Foronda Pérez

Profesores de la Universidad de Burgos

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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

Teniendo en cuenta que los inversores institucionales han jugado un papel importante en la propagación de la crisis financiera a la economía real, el presente trabajo analiza el comportamiento de inversores institucionales activos y pasivos en un periodo de desregulación financiera. Así, se estudia la relación entre la estructura de la propiedad institucional y el riesgo corporativo para una muestra de empresas de 21 países de la OCDE para el periodo 2001-2008. Nuestros resultados sugieren que, en un proceso de desregulación financiera, la falta de un mecanismo de control eficaz ha dado lugar a un exceso de inversión en proyectos de elevado riesgo por parte de los inversionistas institucionales. También encontramos que los inversores institucionales pasivos como los bancos se han comportado como inversores activos, aumentando los niveles de riesgo corporativo.

Palabras claves: accionistas de referencia, desregulación financiera, oportunidades de crecimiento, inversores institucionales y riesgo de la empresa.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 08-07-2013

CORPORATE RISK TAKING AND FINANCIAL CRISIS: THE ROLE OF INSTITUTIONAL INVESTORS

José María Díez Esteban

Conrado Diego García Gómez

Óscar López de Foronda Pérez

ABSTRACT

Given that institutional investors have played an important role in the financial crisis spread to the real economy, this paper analyzes the behavior of active and passive institutional investors in a period of financial deregulation. Thus, we study the relationship between institutional ownership structure and corporate risk taking for a sample of companies from 21 OECD countries for the period 2001-2008. Our results suggest that, in a process of financial deregulation, the lack of an effective control mechanism has resulted in an over-investment in high risk projects by institutional investors. We also found that passive institutional investors like banks have behaved as active investors, increasing levels of corporate risk taking.

Keywords: reference shareholders, financial deregulation, growth opportunities, institutional investors and corporate risk taking.

Sumario

1. Introducción
2. Riesgo corporativo y crisis financiera: el papel de los inversores institucionales
 - 2.1. Desregulación financiera, derechos de los acreedores y riesgo corporativo
 - 2.2. Concentración de la propiedad y oportunidades de crecimiento
 - 2.3. Inversores institucionales y riesgo corporativo
3. Muestra y metodología
 - 3.1. Datos, variables y modelo empírico
 - 3.2. Metodología
4. Resultados
 - 4.1. Análisis descriptivo
 - 4.2. Análisis explicativo
5. Conclusiones

Bibliografía

Anexo

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del riesgo corporativo ha cobrado creciente importancia en los últimos años debido a la crisis de confianza que ha sacudido a los mercados financieros internacionales, tras un periodo donde la facilidad del endeudamiento permitió a los agentes económicos alcanzar altos niveles de apalancamiento y emprender proyectos excesivamente arriesgados. La literatura reciente ha mostrado que la teoría de la agencia, basada en la separación entre propiedad y control (JENSEN y MECKLING, 1976), puede constituir un enfoque adecuado para explicar la toma de decisiones más o menos arriesgadas por las empresas partiendo de las distintas actitudes ante el riesgo de accionistas, directivos y acreedores, así como de la posibilidad de obtener beneficios privados como consecuencia de tal riesgo.

Aunque el enfoque de agencia ha proporcionado una mejor comprensión de variadas decisiones estratégicas como son la desinversión (WRIGHT y FERRIS, 1997), la diversificación (KROLL et ál., 1997) y las reestructuraciones empresariales (ATANASSOV y HAN KIM, 2009), la influencia de los conflictos de agencia en el riesgo asumido por las empresas es un tema relativamente poco explorado. En este sentido, la estructura de propiedad ha cobrado una cierta preeminencia como elemento modelador de los problemas de agencia (JUDGE, 2011), pasándose de una atención centrada en la relación entre directivos y accionistas a un contexto marcado por posibles divergencias entre accionistas dominantes y accionistas minoritarios (LA PORTA et ál., 1999, 2000 y 2002; MORCK et ál., 2005). Esta nueva configuración de la propiedad se halla ampliamente difundida en las empresas de Europa Occidental (BARCA y BECHT, 2001; FACCIO y LANG, 2002; SANTANA y AGUIAR, 2006; SANTANA et ál., 2007; LAEVEN y LEVINE, 2008) y puede modificar la estrategia corporativa frente al riesgo.

El grado en el que la crisis ha afectado a las empresas ha dependido, por un lado, de la protección de los derechos de los acreedores recogida en las leyes de bancarrota de los diversos países, y, por otro, de la mala gestión del riesgo corporativo por parte de determinados accionistas (KASHYAP et ál., 2008). En este sentido, a principios del siglo XXI, varios países llevaron a cabo procesos de desregulación financiera que afectaron en particular a inversores institucionales (COX et ál., 2004; HOTCHKISS y STRICKLAND, 2003; JOHNSON et ál., 2010; LI et ál., 2006). Debido a que la mayoría de empresas cuenta con inversores institucionales como accionistas, estos se convirtieron en agentes transmisores de la crisis desde los mercados de capitales a la economía real (AMIHUD y LI, 2006)¹. En 2007, los inversores institucionales suponían el 38 % de las acciones de

¹ La creciente participación de este tipo de inversores en la propiedad de las empresas de la mayoría de países desarrollados (HOTCHKISS y STRICKLAND, 2003; COX et ál., 2004; LI et ál., 2006; JOHNSON et ál., 2010) se ha visto favorecida no solo por la desregulación internacional, sino también por los procesos de titulización de los déficits públicos de los

las empresas británicas, el 31 % de las empresas francesas, el 28 % de las empresas alemanas y el 58 % de las empresas estadounidenses (AGGARWAL et ál., 2011). Este nuevo papel central de los inversores institucionales plantea claramente la cuestión acerca de cómo afectan a los proyectos de inversión de las empresas en las que participan.

El papel activo o pasivo que juegan los inversores institucionales en las empresas (BHATTACHARYA y GRAHAM, 2007; DALTON et ál., 2003; FERREIRA y MATOS, 2008) determina el grado en el que los inversores institucionales favorecen la toma de decisiones arriesgadas. Tendrán una actitud más proclive al riesgo por la propia naturaleza de su inversión, favoreciendo que los directivos emprendan proyectos de inversión más arriesgados con el fin de rentabilizar al máximo su inversión. Por su parte, otro tipo de inversores como bancos pueden tener otros intereses en la empresa, buscar beneficios privados y, por ende, no estar interesados en asumir mayores niveles de riesgo si ello perjudica sus objetivos en la empresa, más si cabe si esos objetivos son de carácter financiero, pues pueden ser negocios especialmente sensibles al riesgo corporativo (BHATTACHARYA y GRAHAM, 2007; NGUYEN, 2011).

Sin embargo, estos planteamientos teóricos han quedado en entredicho a raíz de la presente crisis financiera, consecuencia –entre otros– de los procesos de desregulación financiera acaecidos en los últimos años. Por un lado, los inversores institucionales caracterizados como resistentes han favorecido la toma de decisiones excesivamente arriesgadas por parte de los directivos (ERKENS et ál., 2012), provocando un grave conflicto de intereses en las empresas en las que participan, y por otro, los bancos –que supuestamente deberían haber mantenido una posición más moderada en las empresas por su doble condición de accionistas y acreedores– se han comportado como inversores agresivos, asumiendo mayores niveles de riesgo que los que se les suponían (DEYOUNG et ál., 2012). De este modo, y dada la creciente participación de estos inversores en el capital de las empresas antes señalada, los inversores institucionales se han convertido en agentes principales en la transmisión de la crisis a la economía real (ERKENS et ál., 2012; MANCONI et ál., 2012).

Con base en este argumento, estudiamos la relación entre estructura de propiedad, la naturaleza de los accionistas y el riesgo corporativo. Este estudio contribuye a la literatura existente en dos sentidos. Primero, estudiar el efecto de la estructura de propiedad sobre el riesgo corporativo analizando conjuntamente dos aspectos que previamente habían sido estudiados por separado: el entorno institucional (PALIGOROVA, 2010) y las oportunidades de crecimiento (WRIGHT et ál., 1996). Por otro, analizamos cómo los procesos de desregulación financiera de los últimos años han modificado la teoría sobre el comportamiento de los inversores institucionales, expuesta en trabajos como el de BHATTACHARYA y GRAHAM (2007), desembocando en diversos problemas de agencia en la medida en que estos han utilizado su creciente poder accionarial y financiero para

países de la OCDE, el traslado hacia una mayor financiación propia de empresas y bancos, los programas de privatización en Europa, el aumento del precio de los activos y el efecto llamada que ello ha tenido sobre los ahorradores, la favorable fiscalidad del ahorro institucional, la desintermediación financiera, la creciente sofisticación de los productos financieros y la notable incertidumbre sobre la financiación de las pensiones en un contexto de privatización progresiva de los sistemas de reparto (AGLIETTA, 1998; JEFFERS y PLIHON, 2001; PLIHON y PONSSARD, 2002).

favorecer la toma de decisiones que elevaron los niveles de riesgo corporativo de forma desmedida. De este modo, en una difícil coyuntura macroeconómica, han causado quiebras y graves deterioros en las empresas en términos de creación de valor, de negocio y de creación de empleo.

El trabajo se articula en cinco grandes epígrafes. Tras la introducción, se desarrollan los fundamentos teóricos que sirven de base a las hipótesis que serán objeto de contraste. El tercer apartado incluye el diseño empírico de la investigación, con la descripción de la muestra utilizada, el modelo a contrastar y el método seguido. La exposición de los principales resultados obtenidos conforma el cuarto epígrafe. El trabajo finaliza con un apartado de conclusiones en el que también se apuntan futuras direcciones de trabajo.

2. RIESGO CORPORATIVO Y CRISIS FINANCIERA: EL PAPEL DE LOS INVERSORES INSTITUCIONALES

2.1. DESREGULACIÓN FINANCIERA, DERECHOS DE LOS ACREEDORES Y RIESGO CORPORATIVO

En los años previos a la crisis financiera de 2007, en la mayoría de los países occidentales se llevaron a cabo procesos de desregulación financiera. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Ley de Modernización de Futuros de 2000 prohibía la regulación de los derivados y la Ley Gramm-Leach Bliley de 1999 permitió a los bancos comerciales entrar en las actividades de banca de inversión. En España, el proceso de desregulación financiera en los últimos 20 años permitió a los bancos comerciales entrar en operaciones previamente restringidas en las que no tienen experiencia previa.

La literatura precedente ha demostrado que las empresas son más tendentes a asumir riesgos en periodos de desregulación. Teniendo en cuenta que la creación de valor es el principal objetivo de las empresas financieras, la generación de las ventajas competitivas que permiten alcanzar un mayor rendimiento solo puede lograrse mediante la adopción de las decisiones más arriesgadas (NGUYEN, 2011). En consecuencia, la desregulación financiera de principios del siglo XXI animó a las empresas a tomar decisiones de mayor riesgo para aumentar su valor.

Sin embargo, en sí la desregulación no fue la causa de la crisis financiera, sino la posterior innovación financiera que permitió a las instituciones financieras la creación de nuevos productos que superaron los límites de la desregulación. Esta situación condujo a un aumento de las facilidades de crédito, creando una burbuja en las empresas debido a la gran variedad de instrumentos de crédito y de otras formas de facilitar el endeudamiento. Esta política incrementó las actividades bancarias y su control sobre la estructura financiera de las empresas.

Utilizamos el índice de Libertad Financiera de la *Heritage Foundation* para examinar el proceso de desregulación financiera. En el Anexo A se recogen las puntuaciones de los 21 países de la muestra para todo el periodo considerado (2001-2008). La libertad financiera es una medi-

da de la eficiencia de la banca, así como una medida de independencia del control gubernamental y la intervención en el sector financiero. La propiedad estatal de los bancos y otras instituciones financieras, tales como las aseguradoras y los mercados de capitales generalmente, reduce la competencia y reduce el nivel de servicios disponibles. En un entorno bancario y financiero ideal donde existe un nivel mínimo de interferencia del gobierno, la supervisión independiente del banco central y la regulación de las instituciones financieras se limitan a cumplir las obligaciones contractuales y la prevención del fraude. El crédito se adjudica según las condiciones del mercado, y el gobierno no posee participaciones en entidades financieras. Las instituciones financieras ofrecen diversos tipos de servicios financieros para particulares y empresas. Los bancos son libres de conceder créditos, aceptar depósitos y llevar a cabo operaciones en moneda extranjera. Las entidades financieras extranjeras operan libremente y reciben el mismo trato que las locales.

De este modo, la desregulación creó nuevas oportunidades de crecimiento, y la explosión de titulización de deuda animó a las empresas a asumir mayores niveles de riesgo antes de la crisis (ERKENS et ál., 2012). A pesar de que los directivos tienden a buscar un nivel de riesgo inferior al de los accionistas², la desregulación creó incentivos para que los accionistas, tales como inversores institucionales, forzaran a los ejecutivos a invertir en actividades de mayor riesgo (DE-YOUNG et ál., 2012.).

Por lo tanto, nuestra primera hipótesis queda planteada de la siguiente manera:

Hipótesis 1: *El nivel de libertad económica de un país tiene efectos positivos sobre el riesgo corporativo.*

Aunque el proceso de desregulación que llevó a la crisis financiera de 2007 afectó a empresas en todo el mundo, las consecuencias para cada una de ellas fueron diferentes. En parte, las consecuencias dependen de los derechos de los acreedores de la empresa según estén definidos en la ley de bancarrota del país. Así, el marco jurídico en el que una determinada empresa opera –concretamente como están protegidos los derechos de los acreedores– ayuda a determinar hasta qué punto una empresa está dispuesta a asumir mayores niveles de riesgo. Siguiendo el enfoque *Law and Finance*, en los países anglosajones, los administradores asumen el riesgo de quiebra de la empresa y los tenedores de deuda están cubiertos por la ley; por el contrario, en los países de tradición legal civil, los administradores, por lo general, no asumen ninguna responsabilidad (LA PORTA et ál., 1997, 1998, 2000, 2002).

En los países donde los derechos de los acreedores están mejor protegidos, tradicionalmente los países de derecho común, las empresas tienden a reducir la toma de riesgos de las empresas (PALIGOROVA, 2010). Siguiendo a ACHARYA et ál. (2011), una mayor protección de los derechos de los acreedores provoca una mayor propensión de las empresas a participar en compras para diversificar su negocio que reducen el valor de la empresa. El objetivo es adquirir activos que tengan un alto valor de recuperación y flujos de caja con poco riesgo.

² Los directivos tienden a buscar menores niveles de riesgo que los accionistas debido a su capital humano específico y los beneficios privados del control (LAEVEN y LEVINE, 2009).

Siguiendo a DJANKOV et ál. (2007) utilizamos las puntuaciones de derechos de los acreedores. El Anexo A proporciona las puntuaciones de los 21 países de la muestra para todo el periodo considerado (2001-2008). Los países con puntuaciones más altas son aquellos en los que la regulación bancaria es importante y las entidades financieras están mejor protegidas cuando la asunción de riesgos corporativos es mayor. En los países con una menor puntuación, los directivos mantienen el control de la empresa en el proceso de quiebra.

De esta manera, planteamos que el efecto de la desregulación financiera en las empresas aumentando la exposición al riesgo depende del marco legal del país y, en particular, de la orientación de la ley de bancarrota para cubrir los derechos de los acreedores.

En consecuencia, proponemos nuestra segunda hipótesis de la siguiente manera:

Hipótesis 2: *La protección de los derechos de los acreedores prevista por el marco legal está negativamente relacionada con el riesgo corporativo.*

2.2. CONCENTRACIÓN DE LA PROPIEDAD Y OPORTUNIDADES DE CRECIMIENTO

FACCIO et ál. (2001); KONJIN et ál. (2011); LAEVEN y LEVINE (2008) y RUIZ y SANTANA (2011) han mostrado que el conflicto de agencia derivado de la separación entre propiedad y control pasa a un segundo plano en muchas de las empresas europeas, dada su estructura de propiedad concentrada y en las que, en muchos casos, coinciden varios grandes propietarios. Surge, en consecuencia, un nuevo conflicto de intereses entre el accionista o los accionistas mayoritarios y el resto de propietarios (LA PORTA et ál., 1999).

Estudios previos han demostrado que las empresas con una mayor concentración de la propiedad proporcionan niveles superiores de rentabilidad (HU e IZUMIDA, 2008) y alcanzan una mayor productividad (CLAESSENS y DJANKOV, 1999). Dada esta nueva dimensión de las relaciones de agencia, resulta interesante analizar en primer lugar cómo el poder del accionista principal influye en el riesgo corporativo (LA PORTA et ál., 1999; MORCK et ál., 2005). Más concretamente, SHLEIFER y VISHNY (1986) argumentan que los grandes accionistas disponen de los medios para dirigir a las empresas hacia proyectos con mayores niveles de riesgo y, siguiendo a HILL y SNELL (1989), estos accionistas disuaden a las compañías de comprometerse en estrategias de inversión no relacionadas. Ha de tenerse presente que la responsabilidad limitada de los tenedores de acciones hace a estos menos adversos al riesgo que otro tipo de participantes como los acreedores (BARNEA et ál., 1985). Por tanto, parece que las empresas que cuentan con un accionista de referencia asumen mayores niveles de riesgo y, dada la relación entre rentabilidad y riesgo, obtienen mejores resultados (NGUYEN, 2010). En cualquier caso, puesto que el papel de la concentración de la propiedad es más relevante en las empresas de tradición legal civil, es probable que su efecto sobre el riesgo esté también condicionado por el entorno institucional (LA PORTA et ál., 1999).

Los resultados de HU e IZUMIDA (2008) y de BENNEDSEN y NIELSEN (2010) son especialmente reveladores pues amplían al ámbito de la relación entre accionistas los efectos de convergencia y atrincheramiento que ya MORCK et ál. (1988) habían detectado en el ámbito de la relación directiva. Estos autores detectan que el efecto de la concentración de la propiedad sobre la *performance* de la empresa no es lineal, sino que la relación entre capacidad de supervisión y posibilidad de expropiación está condicionada por la participación en la propiedad de los principales accionistas.

Como ha quedado dicho, la tendencia a una mayor exposición al riesgo de las empresas puede venir determinada por sus propias expectativas de crecimiento. De acuerdo con ANDERSON et ál. (1993) y WRIGHT y FERRIS (1997), cabe esperar que las empresas con mayores oportunidades de inversión asuman proyectos más arriesgados que las que no cuentan con esas posibilidades, con objeto de aprovechar dichas oportunidades e incrementar, por ende, el valor de la empresa. Es por tanto relevante este análisis en un escenario de desregulación financiera que, como ya ha quedado señalado anteriormente, generó nuevas oportunidades de inversión para las empresas.

La combinación del aumento del valor mediante la explotación de las oportunidades de inversión y la dualidad de actitudes (convergencia y atrincheramiento) del accionista principal constituye la base de nuestra tercera hipótesis. Esperamos que, en un primer momento, una mayor participación de dicho accionista conduzca a la toma de decisiones más arriesgadas al incrementar su rentabilidad y compartir el riesgo con los restantes propietarios. Sin embargo, superado un cierto umbral de propiedad, dicho accionista incurre en una excesiva concentración de riesgo lo que, unido a su creciente capacidad para influir en las decisiones corporativas, le llevará a preferir menores niveles del riesgo de la empresa. Por tanto, la primera hipótesis queda formulada de la siguiente manera:

Hipótesis 3: *En empresas con oportunidades de inversión, la propiedad del primer accionista tiene un efecto no lineal (en forma de U invertida) sobre el riesgo corporativo.*

Por su parte, cuando no existan oportunidades de inversión, la asunción de mayores niveles de riesgo corporativo carece de sentido, dadas las limitaciones que encuentra la empresa. En ese contexto parece lógico que el principal accionista prefiera proteger su inversión (HILL y SNELL, 1988; SMITH y WATTS, 1992; JENSEN, 1986; CAMPBELL et ál., 2001), lo que moderaría el riesgo de las decisiones corporativas. Asimismo, esta aversión al riesgo tendrá un efecto lineal, siendo tanto más notable cuanto mayor sea su participación en la empresa. De este modo, planteamos nuestra cuarta hipótesis:

Hipótesis 4: *En empresas sin oportunidades de inversión, la propiedad del primer accionista tiene un efecto negativo sobre el riesgo corporativo.*

2.3. INVERSORES INSTITUCIONALES Y RIESGO CORPORATIVO

Como hemos señalado anteriormente, el proceso de desregulación financiera está especialmente afecto a los inversores institucionales (MANCONI et ál., 2010). Los fondos de inversión aumentaron su presencia en las empresas y los bancos cedieron gran parte de su mercado tradicional

y se adentraron en nuevos negocios (COX et ál., 2004; HOTCHKISS y STRICKLAND, 2003; JOHNSON et ál., 2010; LI et ál., 2006).

La literatura previa ha analizado la relación entre la presencia de inversores institucionales en el capital de las empresas y el riesgo corporativo desde diferentes ópticas, no llegando a dar una respuesta unánime. Así, existen estudios que indican que los inversores institucionales pueden desalentar las decisiones que reducen el riesgo de la empresa (HILL y SNELL, 1988), mientras que otros trabajos como el de HANSEN y HELL (1991) concluyen que la presencia de inversores institucionales en el capital de la empresa está relacionada positivamente con el riesgo asumido por la empresa (ERKENS et ál., 2012; HANSEN y HILL, 1991; WRIGHT et ál., 1996).

Esta disparidad de resultados pone de manifiesto que considerar a los inversores institucionales como un grupo homogéneo carece de sentido en la medida en que cuentan con diferentes objetivos en las empresas en las que participan (SHLEIFER y VISHNY, 1986; POUND, 1988).

En un trabajo de 1988, POUND planteó tres hipótesis sobre la relación entre propiedad institucional y el resultado empresarial: control eficaz, conflicto de intereses y alineamiento estratégico. Así, los inversores institucionales pueden clasificarse como activos o pasivos, dependiendo de cómo estos tres aspectos impactan en su comportamiento (BHATTACHARYA y GRAHAM, 2007; DALTON et ál., 2003 y MATOS FERREIRA, 2008).

En este sentido, podemos definir a los inversores institucionales activos como aquellos que solo tienen una relación de inversión con las empresas en las que participan, de manera que mantienen una posición más independiente. Estos incluyen esencialmente a fondos de inversión, sociedades de capital riesgo, así como a fundaciones. Debido a la naturaleza de su inversión, los inversores institucionales activos tendrán una actitud más proclive al riesgo, favoreciendo que los directivos emprendan proyectos de inversión más arriesgados con el fin de rentabilizar al máximo su inversión.

Los inversores institucionales pasivos son aquellos que pueden tener tanto una relación de inversión como comercial en las empresas en las que poseen parte del capital. En este caso, su capacidad de control podría verse debilitada por mantener simultáneamente relaciones de negocio y financieras en esas empresas. En este grupo se incluyen las participaciones de las empresas de seguros, bancos, fideicomisos y las no bancarias. (BRICKLEY et ál., 1988). Este tipo de inversores pueden tener otros intereses en la empresa, buscar beneficios privados y, por ende, no estar interesados en asumir mayores niveles de riesgo si ello perjudica sus objetivos en la empresa, más si cabe si esos objetivos son de carácter financiero, pues pueden ser negocios especialmente sensibles al riesgo corporativo (BHATTACHARYA y GRAHAM, 2007; NGUYEN, 2011).

Sin embargo, el proceso de liberalización de principios del siglo XXI dio lugar a un cambio en el papel de los inversores institucionales. El peso creciente de los inversores institucionales en el capital de las empresas trasladó la crisis de los mercados de capitales a la economía real (MANCONI et ál., 2010). Este cambio introduce la cuestión de si las tesis propuestas sobre los inversores institucionales siguen siendo válidas tras la crisis financiera de 2007.

2.3.1. Inversores institucionales activos y el riesgo corporativo

La desregulación financiera ocurrida antes de la crisis financiera de 2007 permitió a los inversores institucionales activos alentar a los directivos para aumentar la rentabilidad de los accionistas a través de la toma de decisiones más arriesgadas. Para los inversores institucionales activos asumir mayores niveles de riesgo es más fácil puesto que no internalizan los costes sociales de las quiebras empresariales (ERKENS et ál., 2012). Los fondos de inversión combinaron la falta de control, el poder excesivo y la naturaleza especulativa, junto con su capacidad para diversificar su cartera de inversiones, para asumir riesgos corporativos excesivos obteniendo rendimientos anormales en los mercados de capitales.

MORCK et ál. (1988), HU e IZUMIDA (2008) y YEH (2005) muestran una relación cuadrática entre el valor de la empresa y tanto la propiedad directiva como la concentración de la propiedad, como resultado de la combinación de las hipótesis de alineación y atrincheramiento. NAVISSI y NAIKER (2006) extendieron esta lógica a la propiedad institucional y encontraron que los inversores institucionales activos ejercen un efecto cuadrático en el valor de la empresa. Nosotros examinamos si esta relación no lineal también es aplicable al riesgo corporativo.

La participación institucional activa es más relevante en los países anglosajones, donde la propiedad es más dispersa. Así, el efecto alineación se traduce en una relación positiva entre la propiedad institucional activa y el riesgo corporativo. Sin embargo, dada la estructura de propiedad dispersa de las empresas, los inversores institucionales pueden lograr alcanzar el control absoluto de las empresas y atrincherarse para extraer beneficios privados. Por lo tanto, después de alcanzar un cierto umbral, la propiedad institucional debe tener un impacto negativo en el riesgo corporativo. Sin embargo, como se señaló anteriormente, consideramos que la desregulación financiera, junto con una mejor protección de los derechos de los acreedores en algunos países, ha favorecido que los inversores institucionales activos hayan asumido inversiones con mucho riesgo, con independencia de su participación en el capital.

Por lo tanto, formulamos nuestra quinta hipótesis de la siguiente manera:

Hipótesis 5: *En un periodo de desregulación financiera, la propiedad de activos de inversores institucionales aumenta la toma de riesgos corporativos.*

2.3.2. Inversores institucionales pasivos y riesgo corporativo

El impacto de los inversores institucionales pasivos es más significativo en las empresas con sede en los países de derecho civil (LA PORTA et ál., 1997, 1998, 2000) que en los que, aunque también ha existido un proceso de desregulación financiera, los derechos de los acreedores no están tan bien protegidos. En esas empresas, los bancos pueden aliviar la situación de conflicto de interés típica de estos entornos, ya que están bajo la supervisión estricta de las autori-

dades reguladoras. De este modo, los inversores institucionales pasivos disputarán el poder de otros accionistas de referencia ya que pueden asumir mayores costes de la extracción de beneficios privados (MAURY y PAJUSTE, 2005)³. En este sentido, los inversores institucionales pasivos no estarían interesados en las decisiones que supongan asumir un mayor riesgo, ya que con ello dañarían su doble papel como prestamistas e inversores en esas empresas (KONISHI y YASUDA, 2004; NGUYEN, 2010).

Sin embargo, durante el proceso de desregulación financiera llevada a cabo en la mayoría de los países occidentales, antes de la crisis financiera de 2007, los bancos asumieron el mismo papel que los fondos de inversión. DEYOUNG et ál. (2012) encuentran que, en los años previos a la crisis financiera, los bancos cambiaron paquetes de compensación a los ejecutivos para alentarlos en la búsqueda de las nuevas oportunidades de crecimiento creadas por la desregulación y la titulización de deuda. Además, las instituciones financieras se vieron forzadas a entrar en actividades con más riesgo para obtener un mayor rendimiento debido a que su actividad principal estaba disminuyendo⁴. En consecuencia, los inversores institucionales pasivos tomaron el papel de los fondos de inversión (es decir, se convirtieron en inversores institucionales activos), pero carecían de la misma profesionalidad y experiencia en los mercados de capitales.

Por lo tanto, los bancos tuvieron una mayor capacidad para animar a los directivos a tomar decisiones más arriesgadas antes de alcanzar un cierto umbral de propiedad, a partir del cual prefirieron proteger su posición como prestamistas. Esta idea sirve de apoyo para considerar que existe una relación no lineal entre la propiedad institucional de bancos y el riesgo de la empresa teniendo como hipótesis la de colusión y contestación. Es decir, para bajos niveles de propiedad de los bancos, los inversores pueden coludir entre ellos mediante la formación de una coalición con los grandes accionistas para expropiar al resto, aumentando así el riesgo corporativo. Sin embargo, cuando el nivel de propiedad de los bancos se torna suficientemente alto, estos tendrán poder para disputar el control de otros accionistas, lo que, junto con su condición de acreedores, hará que tomen decisiones que reduzcan el riesgo de la empresa.

Por lo tanto, formulamos nuestra sexta hipótesis:

Hipótesis 6: *Existe una relación positiva para bajos niveles de propiedad institucional pasiva y el riesgo corporativo y una negativa para niveles altos.*

³ Estudios previos han demostrado que las empresas con un accionista de referencia tienden a asumir mayores niveles de riesgo (CLAESSENS y DJANKOV, 1999; HILL y SNELL, 1989; IZUMIDA, 2008; NGUYEN, 2010; SHLEIFER y VISHNY, 1986).

⁴ La reducción de los márgenes de intereses, junto con la carrera en la búsqueda de altos rendimientos de las participaciones de los inversores, llevaron a los bancos a atreverse a explorar nuevos productos financieros con las estructuras de ingresos no basadas en intereses, y los activos y pasivos de alto riesgo. Las regulaciones permisivas de la Unión Europea favorecieron esta situación debido a la falta de restricciones en cuanto a la estructura de los conglomerados financieros o el sistema de banca universal (LOECHEL y SOTTOCOMOLA, 2011).

3. MUESTRA Y METODOLOGÍA

3.1. DATOS, VARIABLES Y MODELO EMPÍRICO

Tal y como se detalla en la **tabla 1**, la muestra objeto de análisis está formada por 1.015 empresas pertenecientes a 21 países de la OCDE durante el periodo 2001-2008, con un total de 7.981 observaciones. Hemos extraído de la base de datos *Thomson One Banker* información relativa a los estados financieros (balance de situación y cuenta de resultados) de dichas empresas, a su estructura de propiedad y al valor de cotización de sus acciones.

La dificultad para obtener los datos sobre la estructura de propiedad impide el análisis de todas las empresas cotizadas en algunos países. La proporción de cada país en el conjunto muestral se determinó ponderando por igual el producto interior bruto (PIB) del país y la capitalización de sus mercados, a la vez que se buscó un equilibrio entre el entorno de ley común y el de ley civil. En el caso de los países más grandes, se procedió posteriormente a tomar una representación en función de la distribución sectorial del país para evitar incurrir en sesgos de selección. Comprobamos igualmente que en dicha selección se mantuvo la representación de empresas de diverso tamaño.

Tabla 1. Composición de la muestra por países

Ley común			Ley civil		
País	N. ^o empresas	N. ^o observaciones	País	N. ^o empresas	N. ^o observaciones
Australia	38	296	Austria	7	54
Canadá	82	647	Bélgica	13	103
Gran Bretaña	109	858	Suiza	23	181
Irlanda	3	24	Alemania	72	567
EE. UU.	228	1.807	Dinamarca	9	70
			España	60	470
			Finlandia	11	84
			Francia	88	688
			Grecia	6	47

.../...

Ley común			Ley civil		
País	N.º empresas	N.º observaciones	País	N.º empresas	N.º observaciones
.../...			Italia	72	550
			Japón	137	1.089
			Luxemburgo	3	22
			Holanda	20	156
			Noruega	9	71
			Portugal	11	86
			Suecia	14	111
Total	460	3.632	Total	555	4.349

En consonancia con la literatura sobre riesgo corporativo, usamos como indicador del riesgo de una empresa el riesgo de sus acciones (KONISHI y YASUDA, 2004; JOHN et ál., 2008; NGUYEN, 2010). Suponemos, por tanto, que el riesgo de una empresa está asociado a la varianza de los rendimientos diarios de sus acciones⁵. En consecuencia, definimos la variable riesgo corporativo (RTDT) como la suma de las desviaciones típicas de los rendimientos diarios de las acciones de la empresa para cada año.

Para analizar el proceso de desregulación financiera, hemos incluido DEREGUL. Esta variable se basa en el Índice de Libertad Financiera (ILF) proporcionado por la Fundación Heritage. Cada año, dan una puntuación para cada país entre 0-100. Los países con una puntuación superior son los que disfrutan de una mayor libertad financiera. Nuestra variable es el logaritmo del ILF para cada país y año en nuestra muestra.

Siguiendo a DJANKOV et ál. (2007) hemos incluido CRIGHTS para recoger las particularidades jurídicas de cada país y el nivel de protección de los derechos de los acreedores. CRIGHTS es la suma de los cinco índices: restricciones para entrar en la organización, no suspensión automática de los activos, los acreedores asegurados son pagados en primer lugar, los administradores no permanecen en la organización y reserva legal requerida como porcentaje del capital. Los países con mayor puntuación son los que han llevado a cabo más políticas de desregulación. Así,

⁵ Calculamos la rentabilidad de los títulos a través de la expresión $R_i = (P_f - P_i) / P_i$, siendo P_f el precio de la acción al final del día y P_i el precio inicial. Cuando una acción no cotizó en algún día concreto, excluimos los datos de ese día para el cálculo del riesgo.

la variable derechos de los acreedores tiene un rango entre 0 y 4. Los países con una puntuación más alta otorgan una mayor protección de los derechos de los acreedores.

Con respecto a la estructura de propiedad, medimos el poder del principal accionista mediante la proporción de acciones en manos del mismo (PP1)⁶. Construimos la variable INSTIT como la suma de la proporción de todos los inversores institucionales en una empresa. Como se ha señalado anteriormente, hemos realizado una división de los inversores institucionales en activos y pasivos. Así, INVESTFUND es la proporción del capital en manos de fondos de inversión y planes de pensiones mientras que BANKOWN es la proporción de bancos en el accionariado.

Hemos incorporado en el modelo unas variables de control que permiten comparar nuestros resultados con los de investigaciones previas, y cuya supresión podría conllevar un sesgo de omisión. La medición de las oportunidades de crecimiento tiene una gran importancia y, aunque son varias las formas utilizadas por la literatura, ADAM y GOYAL (2008) han demostrado que el ratio de valor de mercado de los activos respecto de su valor contable es la medida más adecuada. Por consiguiente, definimos la variable (MB) como un cociente cuyo numerador es la suma del valor de mercado de los recursos propios y el valor contable de la deuda, y cuyo denominador es el valor contable de los activos. Una segunda variable de control (END) mide el nivel de endeudamiento, calculado como el cociente entre el valor contable de los recursos ajenos y el valor contable de la empresa. Otra variable de control recoge el tamaño de la empresa, medido a través del logaritmo del valor del activo total (LNAT)

El modelo queda planteado de la siguiente manera, donde el subíndice i identifica a la empresa, el subíndice t indica el periodo y η_i es el término de efectos fijos invariante en cada individuo.

$$RTDT_{it} = \beta_0 + \beta_1 DEREGL_{i,t} + \beta_2 CRIGHTS_{i,t} + \beta_3 PP1_{i,t} + \beta_4 INSTIT_{i,t} + \beta_5 INVESTFUND_{i,t} + \beta_6 BANKOWN_{i,t} + \beta_7 MB_{i,t} + \beta_8 LEV_{i,t} + \beta_9 LOGAST_{i,t} + \eta_i + \varepsilon_{i,t}$$

3.2. METODOLOGÍA

El análisis empírico se ha estructurado en dos etapas. La primera de ellas es un análisis descriptivo que proporciona una primera aproximación a la muestra objeto de estudio y orienta sobre las posibles diferencias en la estructura de propiedad y el riesgo corporativo en cada entorno institucional. En una segunda fase, hemos contrastado las hipótesis previamente formuladas mediante un análisis explicativo.

⁶ Siguiendo a CHEN y STEINER (1999), HARBULA (2007) y SHORT et ál. (2002), entendemos como accionista de referencia aquel propietario que posee más del 5% del capital. Es probable que esa participación le permita influir en el consejo de administración, en el nombramiento de directivos e intervenir en las principales decisiones estratégicas. Algunas bases de datos como Thomson Financial, Marketguide y World Vest también hacen uso de esta proporción para la identificación de los accionistas de referencia.

La combinación de series temporales con datos de sección cruzada conduce a la formación de un panel de datos, que será tratado con la correspondiente metodología econométrica de datos de panel (ARELLANO y BOND, 1991; ARELLANO y BOVER, 1990; BOND, 2002). La utilización de esta técnica presenta dos ventajas. En primer lugar, permite controlar la denominada heterogeneidad inobservable constante, pues las peculiaridades propias de cada empresa pueden afectar a sus niveles de riesgo y estas características persisten a lo largo del tiempo. En segundo lugar, permite tratar la posible endogeneidad de las variables mediante el empleo del método generalizado de momentos (MGM). Nosotros hemos utilizado el estimador de sistemas o *system estimator*, una versión ampliada del estimador MGM en el cual las variables en diferencias son también utilizadas como instrumentos por las ecuaciones en niveles (BLUNDELL y BOND, 2000; BLUNDELL et ál., 2000; BOND, 2002).

La consistencia de los estimadores MGM depende de la ausencia de autocorrelación serial de segundo orden del término de error de los residuos y de la validez de los instrumentos. Por ese motivo, en las **tablas 5, 6 y 7** se presentan las pruebas de especificación del modelo. La validez de los instrumentos se valora a través del test de Hansen de sobreidentificación de restricciones que evalúa la validez conjunta de los instrumentos seleccionados. Se realiza también una prueba (AR2) para comprobar que el término de error de las regresiones no presenta correlación serial de segundo orden, ya que la propia definición del modelo hace muy probable la existencia de correlación de primer orden.

4. RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS DESCRIPTIVO

Para caracterizar la muestra objeto de estudio hemos realizado un análisis descriptivo de las variables utilizadas. En la **tabla 2** quedan reflejados los valores medios de las mismas, así como su desviación típica, la mediana y los valores máximos y mínimos. Como se puede observar, los valores de las variables quedan dentro de lo que sería de esperar, siendo de destacar únicamente la mayor dispersión de la variable (MB).

Tabla 2. Principales estadísticos descriptivos de la muestra

Media, desviación típica, mediana, valor mínimo y máximo de las variables. Véase Anexo para la definición de las variables.

Variable	Media	Desv. tip.	Mediana	Mínimo	Máximo
RTDT	0,020	0,009	0,018	0,001	0,074
DEREGUL	4,227	0,282	4,248	3,401	4,499
.../...					

Variable	Media	Desv. tip.	Mediana	Mínimo	Máximo
.../...					
CRIGHTS	1,810	1,121	2,000	0,000	4,000
PP1	0,206	0,195	0,113	0,020	0,898
INSTIT	0,164	0,118	0,150	0,000	0,916
INVESTFUND	0,145	0,121	0,128	0,000	0,916
BANKOWN	0,019	0,048	0,000	0,000	0,653
MB	2,613	1,835	2,092	0,171	11,945
LEV	0,587	0,188	0,613	0,001	0,987
LOGAST	22,488	1,535	22,552	17,114	28,289

La creciente presencia de inversores institucionales en el accionariado de las empresas (Li et ál., 2006) queda recogida en la **tabla 3**, en la cual se reporta la evolución del total de la propiedad institucional y los inversores institucionales activos y pasivos entre 2001 y 2008 por entorno. Como muestran los datos, la participación de todos los inversores institucionales, tanto activos como pasivos, ha ido en aumento entre 2001 y 2008.

Tabla 3. Evolución de la propiedad institucional (%)

Véase Anexo para la definición de las variables.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
INSTIT								
Muestra total	15,61	15,67	15,66	16,11	16,82	16,97	17,25	17,15
Ley común	21,45	21,82	23,04	23,43	23,74	23,40	23,26	23,37
Ley civil	10,63	10,61	9,67	10,15	11,16	11,68	12,35	12,04
INVESTFUND								
Muestra total	2,33	2,34	1,92	1,81	1,69	1,74	1,72	1,73
Ley común	0,49	0,51	0,45	0,38	0,40	0,48	0,42	0,38

.../...

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
.../...								
Ley civil	3,90	3,85	3,10	2,98	2,75	2,78	2,78	2,83
BANKOWN								
Muestra total	13,28	13,32	13,75	14,30	15,12	15,22	15,54	15,42
Ley común	20,97	21,30	22,59	23,05	23,33	22,91	22,84	22,99
Ley civil	6,73	6,76	6,57	7,16	8,41	8,90	9,58	9,20

La **tabla 4** recoge las correlaciones entre las variables para toda la muestra. Observamos que el riesgo (RTDT) está relacionado de forma negativa y significativa con la propiedad del principal accionista (PP1), mientras que con INSTIT, INVESTFUND y DEREGL la relación es positiva y significativa. Respecto a BANKOWN y CRIGHTS, la correlación es negativa pero no significativa. La elevada correlación entre las variables de propiedad y de caracterización del entorno aconseja un posterior análisis por separado.

Tabla 4. Correlaciones de las variables

Véase Anexo para la definición de las variables. *** indica un nivel de confianza superior al 99 %, ** al 95 % y * al 90 %.

Variable	DEREGUL	CRIGHTS	PP1	INSTIT	INVESTFUND	BANKOWN	MB	LEV	LNAT
RTDT	0,008	-0,006	-0,125***	0,035***	0,033***	0,001	-0,061***	-0,007	-0,075***
DEREGUL		0,121***	-0,170***	0,337***	0,488***	-0,418***	0,221***	-0,127***	-0,037***
CRIGHTS			-0,049***	0,048***	0,035***	0,026**	-0,043***	-0,021*	-0,123***
PP1				-0,333***	-0,254***	-0,162***	-0,050***	0,040***	-0,274***
INSTIT					0,919***	0,093***	0,104***	-0,081***	0,001
INVESTFUND						-0,306***	0,143***	-0,091***	-0,041***
BANKOWN							-0,110***	0,036***	0,105***
MB								-0,001	0,298***
LEV									0,298***

En la **tabla 5** recogemos las diferencias internacionales de la propiedad institucional y el riesgo corporativo comparando el valor medio de cada variable. Hemos creado una variable *dummy* para el ILF (DEREGULD), siendo 1 para países con una elevada puntuación (más de 80) y 0 para países con puntuaciones entre 30 y 70, para tener grupos compensados. También se incluye el test t de diferencia de medias y la prueba U de Mann-Whitney para comprobar si existen diferencias significativas entre los grupos en los que se ha segmentado la muestra.

Tabla 5. Estadísticos descriptivos en función del entorno legal y de las oportunidades de inversión

Véase Anexo para la definición de las variables. Valores medios de las variables según entorno legal y según las oportunidades de crecimiento. El test t y la prueba U de Mann-Whitney indican, respectivamente, si las medias y las medianas en cada uno de los grupos presentan diferencias significativas. *** indica un nivel de confianza superior al 99 %, ** al 95 % y * al 90 %.

	DEREGULD = 0	DEREGULD = 1	Test t	Prueba U
RTDT	0,020	0,021	-1,91*	1,89*
CRIGHTS	1,628	2,028	-16,01**	-6,65***
PP1	0,273	0,123	36,67***	21,83***
INSTIT	0,121	0,215	-38,15**	-40,25***
INVESTFUND	0,090	0,209	-48,67***	-48,16***
BANK	0,030	0,005	24,00***	26,81***
MB	2,220	3,080	-21,30***	-20,23***
END	0,606	0,565	9,68***	10,26***
LNAT	22,272	22,745	-13,79***	-13,02***

Los resultados de la **tabla 5** muestran que, en promedio, las empresas de los países con mayor desregulación financiera y mejor protección de los derechos de acreedores presentan mayor asunción de riesgo corporativo. Estos resultados son consistentes con la idea de que el proceso de desregulación financiera llevada antes de la crisis de 2007 favoreció que las empresas asumieran mayores niveles de riesgo, especialmente cuando la ley de bancarrota protege mejor a los inversores. Las variables de propiedades tienen diferentes patrones. En los países con menor desregulación, la propiedad está mucho más concentrada. La participación institucional es más importante en los países menos regulados, donde los inversores institucionales activos son más relevantes, mientras que la propiedad de los bancos es casi exclusiva de los países menos desregulados. Aunque no podemos establecer una relación casual, se puede inferir que las empresas con una mayor proporción de los inversores institucionales activos presentarán mayores niveles de riesgo, especialmente en entornos liberalizados.

4.2. ANÁLISIS EXPLICATIVO

La segunda parte de nuestro análisis empírico consiste en la estimación del modelo propuesto en la ecuación (1). La **tabla 6** recoge los resultados obtenidos mediante el estimador de sistemas del método generalizado de los momentos. También presentamos el test de Hansen y los test de autocorrelación de primer y de segundo orden. Dichas pruebas nos permiten confirmar la validez de los instrumentos empleados y la ausencia de autocorrelación de segundo orden en el término de error de las estimaciones. Por su parte, el test de Wald permite aceptar la validez del modelo estimado. A fin de facilitar la obtención de conclusiones, hemos introducido las variables por separado y, posteriormente, hemos realizado una estimación del modelo con todas las variables.

Tabla 6. Resultados de la estimación del modelo [1]

Véase Anexo para la definición de las variables. Coeficientes y errores estándar (entre paréntesis) de las variables según las oportunidades de crecimiento. ***indica un nivel de confianza superior al 99 %, ** al 95 % y * al 90 %.

Muestra total							
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
DEREGUL	0,0054** (0,0026)						0,0057** (0,0023)
CRIGHTS		-0,0058** (0,0028)					-0,0018 (0,0044)
PP1			-0,0109 (0,0409)				-0,0098 (0,0399)
INSTIT				0,0219* (0,0125)			0,0199* (0,0129)
INVESTFUND					0,0092* (0,0053)		0,0095 (0,0216)
BANKOWN						-0,0462 (0,0808)	-0,0895 (0,0792)
MB	-0,0045* (0,0009)	-0,0031*** (0,0011)	-0,0028*** (0,0009)	0,0025** (0,0011)	0,0012** (0,0008)	-0,0030*** (0,0012)	-0,0017* (0,0009)
LEV	-0,0044** (0,0221)	-0,0516** (0,0215)	0,0038*** (0,0022)	0,0387** (0,0164)	0,0092* (0,0049)	-0,0604** (0,0262)	-0,0542** (0,0225)
							.../...

Muestra total							
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)
.../...							
LOGAST	0,0034 (0,0032)	-0,0026 (0,0037)	-0,0029*** (0,0009)	-0,0079* (0,0040)	-0,0029 (0,0023)	-0,0040 (0,0044)	0,0028 (0,0030)
RTDT (t - 1)	-0,0369 (0,1803)	0,2345 (0,1657)	0,3092** (0,1365)	0,0876 (0,2786)	-0,0698 (0,1176)	0,1931 (0,1966)	0,0388 (0,2059)
Constant	0,2124 (0,9784)	0,4148 (0,3491)	0,0790*** (0,0202)	0,0279 (0,3455)	0,1951 (0,1815)	0,1679 (0,8560)	0,1128 (1,0056)
Wald Test (g.l.)	4.093,3*** (18)	6.041,6*** (18)	2.208,5*** (18)	5.795,1*** (19)	4.520,8*** (19)	5.314,2*** (18)	4.754,3*** (22)
m1	-0,74	-2,20**	-3,16***	-0,62	-0,67	-1,64	-0,99
m2	-1,63	-0,77	0,97	0,17	1,37	-0,58	-1,42
Hansen Test (g.l.)	21,18 (20)	21,83 (20)	24,20 (20)	25,40 (19)	19,13 (20)	20,00 (20)	24,85 (19)

Como podemos observar, el coeficiente de la variable DEREGUL es positivo y estadísticamente significativo, lo cual es consistente con nuestra primera hipótesis. Por lo tanto, cuando un país lleva a cabo un proceso de desregulación financiera sin mecanismos de control óptimos, la toma de riesgos corporativos es mayor, ya que los accionistas son más propensos a alentar a los ejecutivos a invertir en actividades más arriesgadas. Por otra parte, este resultado confirma la segunda hipótesis, en el sentido de que, cuando el proceso de desregulación se acompaña con una mayor protección de los derechos de los acreedores, los accionistas tendrán más incentivos para centrarse en actividades con más riesgo.

La protección de los derechos de los acreedores en caso de quiebra (CR) afecta negativamente a la toma de riesgos corporativos, lo que confirma la segunda hipótesis. En países con fuertes derechos de los acreedores, las empresas tienen una mayor propensión a tomar decisiones que reducen su valor, llevando a cabo proyectos de inversión menos arriesgados.

La variable explicativa de la participación en la propiedad del principal accionista (PP1) resulta no significativa. Esta situación nos lleva a considerar la relevancia del entorno legal y de las oportunidades de crecimiento abiertas por la desregulación financiera como variables modeladoras del comportamiento de los accionistas de referencia. Dicho análisis, que nos remite a la importancia de considerar el entorno legal como elemento moderador, se presenta más adelante.

La variable de propiedad institucional (INSTIT) afecta positivamente el riesgo de la empresa, lo que confirma estudios previos que encuentran que la presencia de inversores institucionales

en el capital de las empresas está positivamente relacionado con la toma de riesgos por parte de las empresas (ERKINS et ál., 2012; HANSEN y HILL, 1991; WRIGHT et ál., 1996). Cuando consideramos los inversores institucionales activos (INVESTFUND), se obtiene el mismo efecto, lo que es consistente con nuestra tercera hipótesis. Es decir, una importante presencia de fondos de inversión en el capital de las empresas incrementa el nivel de riesgo corporativo.

Sin embargo, el coeficiente de la variable BANKOWN no es significativo para toda la muestra. Como se ha señalado antes, los inversores institucionales pasivos son más relevantes en los países con menos desregulación financiera. Este resultado sugiere la necesidad de un análisis más detallado de la influencia de los inversores pasivos en función de la libertad financiera del país.

Dada la importancia que el entorno legal y jurídico, así como las oportunidades de crecimiento en un entorno de desregulación, tienen a la hora de modelar el comportamiento de los accionistas, a continuación realizamos un análisis diferenciado por marcos institucionales, como se recoge en la **tabla 7**, análisis que permite complementar el contraste de alguna de las hipótesis anteriores.

Tabla 7. Resultados de la estimación del modelo [1] en función de la libertad financiera

Véase Anexo para la definición de las variables. Coeficientes y errores estándar (entre paréntesis). *** indica un nivel de confianza superior al 99 %, ** al 95 % y * al 90 %. La consideración de la existencia de oportunidades de crecimiento se ha realizado en función de la mediana del ratio MB. La consideración de mayor o menor libertad financiera se ha hecho en función de la variable DEREGULD.

	Con oportunidades		Sin oportunidades	
	Mayor libertad financiera (1)	Menor libertad financiera (2)	Mayor libertad financiera (3)	Menor libertad financiera (4)
PP1	0,1613** (0,0799)	0,0660* (0,0337)	0,0177*** (0,0061)	-0,0414* (0,0220)
PP1 ²	-0,2809** (0,1383)	-0,1053** (0,0504)	-0,0387*** (0,0109)	0,0555* (0,0298)
LNAT	-0,0003 (0,0006)	-0,0032* (0,0019)	0,0001 (0,0005)	-0,0002 (0,0012)
END	-0,0029 (0,0020)	0,0044 (0,0148)	-0,0012 (0,0049)	-0,0254* (0,0137)
RTDT (t - 1)	0,3441*** (0,1222)	0,3340*** (0,1206)	0,4363*** (0,0504)	0,5286*** (0,0715)

.../...

	Con oportunidades		Sin oportunidades	
	Mayor libertad financiera (1)	Menor libertad financiera (2)	Mayor libertad financiera (3)	Menor libertad financiera (4)
.../...				
Constante	0,0011 (0,0193)	0,0750* (0,0382)	0,0209 (0,0348)	0,0695*** (0,0234)
Test de Wald (g.l.)	1.073,1*** (18)	1.067,0*** (17)	1.184,2*** (18)	1.185,5*** (17)
m1	-3,63***	-2,95***	-3,61***	-5,77***
m2	-0,37	1,23	-1,61	0,23
Test Hansen (g.l.)	20,0 (18)	20,1 (18)	24,8 (18)	17,7 (18)

Si actuamos de esa manera podremos observar diferentes patrones en cuanto a la influencia del accionista principal en función de su nivel de propiedad. La **tabla 7** muestra que, tanto en los países con mayor desregulación financiera como en los que han sufrido un menor proceso liberalizador, se verifica una relación no lineal en forma de U invertida en presencia de oportunidades de crecimiento, coherentemente con nuestra hipótesis 3. Por el contrario, cuando no existen dichas oportunidades la propiedad del principal accionista tiene un efecto diferente en función del entorno legal. La existencia de efectos contrapuestos en cada entorno legal (columnas 3 y 4 de la **tabla 7**) explica por qué los coeficientes de las columnas 3 y 7 de la **tabla 6** no resultaban significativos. Así, en empresas de países más liberalizados, el coeficiente de PP1 es positivo y el coeficiente de PP1² es negativo. Por su parte, en los países menos liberalizados se verifica la relación opuesta, con un efecto inicialmente negativo de PP1, que puede llegar a verse compensado por el efecto positivo de PP1².

En apariencia, se trata de resultados que nuevamente falsean nuestra cuarta hipótesis y que, en consecuencia, requieren algún comentario más detallado. Por lo que se refiere a las empresas de los países menos liberalizados (columna 4 de la **tabla 7**), hemos de preguntarnos en qué circunstancias tiene lugar la inflexión del efecto negativo al efecto positivo.

Los coeficientes de esa estimación indican que el valor de PP1 a partir del cual se produce la inflexión se sitúa en torno al 37%. Ha de recordarse que, por término medio, la propiedad del primer accionista en ese caso es del 27% (**tabla 5**). Por lo tanto, la mayor parte de las observaciones de la muestra se encuentra en el tramo con una influencia negativa, lo que resulta coherente con la hipótesis 2. Asimismo, una caracterización de ese 19% de empresas que se sitúan en el tramo de influencia neta positiva indica que son empresas de mayor tamaño (y, por consiguiente, posiblemente más diversificadas) y menor nivel de endeudamiento (con el consiguiente menor riesgo financiero). Por tanto, aunque la asunción de mayor riesgo a partir de una determinada concentración de la propiedad en empresas de ley civil sin oportunidades de inversión sea un re-

sultado contrario a lo esperado, existen algunos rasgos que sugieren que se trata de empresas con menores indicadores de riesgo financiero y que, de algún modo, cuentan con un cierto margen para tomar decisiones más arriesgadas que deberían ir acompañadas de una mayor rentabilidad.

En lo tocante a los países de ley común, es indudable que el efecto inicialmente positivo de la propiedad del principal accionista se desvía también de lo establecido por la hipótesis 2. Una posible explicación de este resultado estaría en la mayor dispersión de la propiedad en ese entorno institucional, lo que facilitaría la diversificación de inversiones. La posibilidad de los accionistas de diversificar su inversión resulta un elemento clave en la política de riesgo corporativo pues, como demuestran FACCIO et ál. (2011), las empresas poseídas por inversores que disponen de más posibilidades para diversificar su inversión toman decisiones más arriesgadas. Además, la mejor protección legal de que disfrutaban los accionistas y la menor incidencia del conflicto de agencia entre distintos tipos de propietarios hacen a estos menos vulnerables a la expropiación a través de un elevado nivel de riesgo corporativo.

Por su parte, también hemos considerado la relevancia del entorno en el que opera la empresa para analizar el comportamiento de los inversores institucionales pasivos. En la **tabla 8** se recoge el efecto de la propiedad de los bancos sobre el riesgo corporativo al considerar la libertad financiera como variable de segmentación.

Tabla 8. Resultados de la estimación del modelo [1] en función de la libertad financiera

Véase Anexo para la definición de las variables. Coeficientes y errores estándar (entre paréntesis). *** indica un nivel de confianza superior al 99 %, ** al 95 % y * al 90 %. La consideración de mayor o menor libertad financiera se ha hecho en función de la variable DEREGULD.

	Mayor libertad financiera	Menor libertad financiera
BANKOWN	0,0243 (0,0339)	0,1213** (0,0486)
BANKOWN ²	-0,1832 (0,1788)	-0,7323*** (0,2424)
MB	-0,0004* (0,0002)	0,0008 (0,0006)
LEV	0,0068 (0,0108)	-0,0248* (0,0132)
LOGAST	-0,0012 (0,0020)	-0,0070*** (0,0021)

.../...

	Mayor libertad financiera	Menor libertad financiera
.../...		
RTDT (t - 1)	0,1604 (0,1956)	0,0452*** (0,2016)
Constant	0,0798* (0,0422)	0,3974*** (0,1002)
Wald Test (g.l.)	3.069,3*** (19)	2.386,7*** (20)
m1	-0,93	1,60
m2	-1,59	-1,48
Hansen Test (g.l.)	24,62 (20)	15,37 (20)

Podemos observar un comportamiento diferente de los inversores institucionales, en función de la libertad financiera. Por un lado, los inversores institucionales activos se comportan de la misma manera, no importa el medio ambiente y su proporción de propiedad, es decir, que alientan a los administradores de las inversiones más arriesgadas, tal y como hemos comprobado en los resultados de la **tabla 6**. Por otro lado, la importancia de los inversores pasivos, como los bancos, solo es significativo en los países donde el proceso de desregulación financiera no ha sido tan fuerte. En esos casos, los bancos promueven el riesgo corporativo hasta alcanzar un cierto nivel de propiedad a partir del cual lo reducen mediante la protección de su doble condición de propietarios y los prestamistas, lo que confirma nuestra cuarta hipótesis. Teniendo en cuenta que en los países con una desregulación financiera menor, los derechos de los acreedores están peor protegidos, los bancos tienen menos incentivos para asumir alto nivel de riesgo en sus inversiones.

Por último, hemos realizado una serie de análisis de sensibilidad para comprobar la robustez de nuestros resultados. En primer lugar, hemos empleado como medida alternativa del riesgo indicadores de riesgo sistemático y de riesgo específico a partir del modelo CAPM, como emplean KONISHI y YASUDA (2004) para el caso japonés y ARCAS (1991) y AZOFRA et ál. (1997) para el caso español. Asimismo, dado que la muestra objeto de estudio está compuesta por empresas de diferentes sistemas legales donde la concentración de la propiedad puede ser diferente, hemos sustituido la variable (PP1) por el índice de poder de CUBBIN-LECH (1983)⁷. También

⁷ Este índice se calcula como el logaritmo neperiano de la expresión logística de la concentración de propiedad al n accionista para la empresa i en el momento t :

$$CL_{i,t}^n = Ln \left[\frac{Part_{i,t}^n}{100 - Part_{i,t}^n} \right]$$

hemos sustituido las estimaciones diferenciadas en función de las oportunidades de inversión por una variable dicotómica que se ha multiplicado por las restantes variables explicativas. Los resultados son análogos a los comentados anteriormente y no se presentan para evitar una exposición excesivamente prolija.

5. CONCLUSIONES

La proclividad de las empresas a la toma de decisiones arriesgadas es uno de los factores subyacentes al crecimiento económico a largo plazo. Por lo tanto, una mejor comprensión de los determinantes del riesgo corporativo constituye un campo de interés para conocer cómo se puede favorecer el desarrollo económico a través de la gestión de empresas. Asimismo, en los últimos años hemos asistido a un mayor protagonismo del riesgo corporativo debido al efecto que en los mercados financieros ha tenido el excesivo apalancamiento de empresas, familias y gobiernos, lo que ha podido facilitar la propagación de las turbulencias financieras.

Nuestro trabajo analiza la influencia de la estructura de propiedad en el riesgo asumido por empresas de 21 países de la OCDE. La utilización de una muestra internacional permite contrastar el efecto que, sobre dicha relación, puede tener el proceso de desregulación financiera del país. Un elemento clave en nuestra investigación es la incorporación de las oportunidades de inversión disponibles por parte de la empresa. Por consiguiente, una de nuestras contribuciones a la literatura consiste en considerar conjuntamente el efecto del entorno legal y de la disponibilidad de oportunidades de inversión.

Encontramos que el proceso de liberalización financiera que se produjo antes de la crisis de 2007 ha promovido la toma de decisiones más arriesgadas en el seno de las empresas. Es decir, la desregulación financiera incrementó el nivel de participación de los inversores institucionales en las empresas y los inversores institucionales activos y pasivos promovieron propuestas excesivamente arriesgadas y especulativas que no necesariamente se alinean con los intereses de la supervivencia de la empresa. En concreto, el nivel de libertad económica de un país afecta positivamente a la asunción de riesgos por las empresas, y los países con una mayor desregulación tienen niveles más altos de toma de riesgos corporativos. También encontramos que cuando los derechos de los acreedores están bien protegidos, son más propensos a reducir decisiones excesivamente arriesgadas.

Por su parte, nuestros resultados ponen de manifiesto que las oportunidades de inversión generadas por el proceso de desregulación financiera modelan la influencia de la estructura de propiedad, al crear unos incentivos distintos al accionista principal para asumir mayores riesgos en cada contexto. Asimismo, los inversores institucionales activos, debido a su mayor naturaleza especulativa y facilidad para diversificar inversiones son propensos a tomar decisiones más arriesgadas, mientras que los bancos no promueven el riesgo corporativo cuando alcanzan un cierto nivel de propiedad.

Nuestra investigación no se halla exenta de limitaciones. Una de ellas es la falta de consideración del grado de diversificación de la cartera de los accionistas. Es una limitación compartida

con la mayoría de los trabajos anteriores, en los que se admite que la concentración de propiedad constituye una aproximación a la concentración de la cartera de los accionistas. En segundo lugar, aunque se supone implícitamente que el mayor riesgo corporativo está vinculado al crecimiento de la empresa y a su rentabilidad, dicha relación no implica necesariamente un beneficio para el accionista. También la determinación arbitraria de puntos de corte es un aspecto a perfeccionar, lo que podría hacerse incorporando efectos moderadores (AIKEN y WEST, 1991).

Se trata de limitaciones que constituyen posibles líneas de investigación futuras. Otra cuestión que podría abordarse es la naturaleza de los accionistas de referencia, incorporando a los inversores institucionales y su variada tipología. Asimismo, el efecto del marco legal e institucional podría recibir un análisis más pormenorizado, desglosando con más detalle las características que configuran dicho marco institucional. Finalmente, sería interesante realizar un análisis del efecto de otros mecanismos internos de gobierno corporativo, pues han recibido una menor atención en comparación con los mecanismos externos.

Bibliografía

- AGGARWAL, R.; EREL, I.; FERREIRA, M. y MATOS, P. [2011]: «Does governance travel around the world? Evidence from institutional investors», *Journal of Financial Economics*, 100 (1), págs. 154-181.
- AMIHUD, Y. y LI, K. [2006]: «The declining information content of dividend announcements and the effects of institutional holdings», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 41 (3), págs. 637-660.
- ANDERSON, D.; FRANCIS, J. y STOKES, D. [1993]: «Auditing, directorships, and the demand for monitoring», *Journal of Accounting and Public Policy*, 69 (12), págs. 353-375.
- 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 (194), págs. 277-297.
- ARELLANO, M. y BOVER, O. [1990]: «La econometría de datos de panel», *Investigaciones Económicas*, 14 (1), págs. 3-45.
- ATANASSOV, J. y HAN KIM, E. [2009]: «Labour and corporate governance: International evidence from restructuring decisions», *Journal of Finance*, 64 (1), págs. 341-374.
- BARCA, F. y BETCH, M. [2001]: *The Control of Corporate Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- BARNEA, A.; HAUGEN, R. y SENBERT, L. [1985]: *Agency Problems and Financial Contracting*, Prentice Hall, New York.
- BHATTACHARYA, P. S. y GRAHAM, M. [2007]: *Institutional ownership and firm performance: Evidence from Finland*. Working paper, School of Accounting, Economics and Finance, Faculty of Business and Law, Deakin University, Melbourne.
- BENNETSEN, M. y NIELSEN, K. M. [2010]: «Incentive and entrenchment effects in European ownership», *Journal of Banking & Finance*, 34, págs. 2.212-2.229.

BLUNDELL, R. y BOND, S. [2000]: «GMM estimation with persistent panel data: An application to production functions», *Econometric Reviews*, 19 (3), págs. 321-340.

BLUNDELL, R.; BOND, S. y WINDMEIJER, F. [2000]: «Estimation in dynamic panel data models: Improving on the performance of the standard GMM estimator», en: BALTAGI, T.; FOMBY, B. y CARTER HILL, B., eds. *Nonstationary Panels, Panel Cointegration, and Dynamic Panels*, Emerald, Bingley, págs. 53-92.

BOND, S. [2002]: *Dynamic Panel Data Models: A Guide to Micro Data Methods and Practice*, Working Paper 9/02. The Institute for Fiscal Studies.

CAMPBELL, J.; LETTAU, M.; MALKIEL, B. y XU, Y. [2001]: «Have individual stocks become more volatile? An empirical exploration of idiosyncratic risk», *Journal of Finance*, 56 (1), págs. 1-43.

CLAESSENS, S. y DJANKOV, S. [1999]: «Ownership concentration and corporate performance in the Czech Republic», *Journal of Comparative Economics*, 27, págs. 498-513.

COX, P.; BRAMMER, S. y MILLINGTON, A. [2004]: «An Empirical Examination of Institutional Investor Preferences for Corporate Social Performance», *Journal of Business Ethics*, 52 (1), págs. 27-43.

CUBBIN, J. y LEECH, D. [1983]: «The effect of shareholding dispersion on the degree of control in British companies: theory and measurement», *Economic Journal*, 93, págs. 351-369.

DALTON, D.; DAILY, C.; CERTO, S. y ROENGPITYA, R. [2003]: «Meta-analyses of Financial Performance and Equity: Fusion or Confusion?», *Academy of Management Journal*, 46 (1), págs. 13-26.

DEYOUNG, R.; PENG, E. y YAN, M. [2012]: «Executive compensation and business policy choices at U.S. commercial banks», *Journal of Financial Quantitative Analysis*, Forthcoming.

DJANKOV, S.; MCLIESH, C. y SHLEIFER, A. [2007]: «Private credit in 129 countries», *Journal of Financial Economics*, 84 (2), págs. 299-329.

ERKENS, D.; HUNG, M. y MATOS, P. [2012]: «Corporate governance in the 2007-2008 financial crisis: Evidence from financial institutions worldwide», *Journal of Corporate Finance*, 18 (2), págs. 389-411.

FACCIO, M. y LANG, L. H. P. [2002]: «The ultimate ownership of Western European Corporations», *Journal of Financial Economics*, 65 (3), págs. 365-395.

FACCIO, M.; LANG, L. H. P. y YOUNG, L. [2001]: «Dividends and expropriation», *American Economic Review*, 91 (1), págs. 54-71.

FERREIRA, M. y MATOS, P. [2008]: «The colors of investors' money: The role of institutional investors around the world», *Journal of Financial Economics*, 88 (3), págs. 499-533.

HANSEN, G. y HILL, C. [1991]: «Are Institutional investors myopic? A time-series study of four technology-driven industries», *Strategic Management Journal*, 12 (1), págs. 1-6.

HILL, C. y SNELL, S. [1988]: «External control, corporate strategy and firm performance in research intensive industries», *Strategic Management Journal*, 9 (6), págs. 577-590.

— [1989]: «Effects of ownership structure and control on corporate productivity», *Academy of Management Journal*, 32, págs. 25-46.

HOTCHKISS, E. y STRICKLAND, D. [2003]: «Does Shareholder Composition Matter? Evidence from the Market Reaction to Corporate Earnings Announcements», *Journal of Finance*, 58 (4), págs. 1.469-1.498.

HU, Y. e IZUMIDA, S. [2008]: «Ownership concentration and corporate performance: A causal analysis with Japanese panel data», *Corporate Governance: An International Review*, 16 (4), págs. 342-358.

- JENSEN, M. [1986]: «Agency costs of free cash flow, corporate finance and takeovers», *American Economic Review*, 76 (2), págs. 323-329.
- JENSEN, M. y MECKLING, W. [1976]: «Theory of the firm: Managerial behaviour, agency costs and ownership structure», *Journal of Financial Economics*, 3 (4), págs. 305-360.
- JOHNSON, R.; SCHNATTERLY, K.; JOHNSON, S. y CHIU, S. [2010]: «Institutional Investors and Institutional Environment: A Comparative Analysis and Review», *Journal of Management Studies*, 47 (8), págs. 1.590-1.613.
- JUDGE, W. [2011]: «The Pivotal Role of Ownership», *Corporate Governance: An International Review*, 19, págs. 505-506.
- KASHYAP, A.; RAJAN, R. y STEIN, J. [2008]: *Rethinking capital regulation*, Working paper.
- KONJIN, S. J. J.; KRÄUSSL, R. y LUCAS, A. [2011]: «Blockholder dispersion and firm value», *Journal of Corporate Finance*, 17, págs. 1.330-1.339.
- KONISHI, M. y YASUDA, Y. [2004]: «Factors affecting bank risk taking: Evidence from Japan», *Journal of Banking and Finance*, 28 (1), págs. 215-232.
- KROLL, M.; WRIGHT, P.; TOMBS, L. y LEAVELL, H. [1997]: «Form of control: A critical determinant of acquisition performance and CEO rewards», *Strategic Management Journal*, 18 (2), págs. 85-96.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F. y SHLEIFER, A. [1999]: «Corporate ownership around the world», *Journal of Finance*, 54 (2), págs. 471-517.
- LA PORTA, R.; LÓPEZ DE SILANES, F.; SHLEIFER, A. y VISHNY, R. W. [1997]: «Legal determinants of external finance», *Journal of Finance*, 52 (3), págs. 1.131-1.150.
- [1998]: «Law and finance», *Journal of Political Economy*, 106 (6), págs. 1.113-1.155.
 - [2000]: «Investor protection and corporate governance», *Journal of Financial Economics*, 58 (1-2), págs. 3-27.
 - [2002]: «Investor protection and corporate valuation», *Journal of Finance*, 57 (3), págs. 1.147-1.170.
- LAEVEN, L. y LEVINE, R. [2008]: «Complex ownership structures and corporate valuations», *Review of Financial Studies*, 21 (2), págs. 579-604.
- LI, D.; MOSHIRIAN, F.; KIEN PHAM, P. y ZEIN, J. [2006]: «When financial institutions are large shareholders: the role of macro corporate governance environments», *Journal of Finance*, 61 (6), págs. 2.975-3.007.
- MANCONI, A.; MASSA, M. y YASUDA, A. [2012]: «The role of institutional investors in propagating the crisis of 2007-2008», *Journal of Financial Economics*, 104 (3), págs. 491-518.
- MORCK, R.; WOLFENZON, D. y YEUNG, B. [2005]: «Corporate governance, economic entrenchment, and growth», *Journal of Economic Literature*, 43 (3), págs. 655-720.
- NGUYEN, P. [2011]: *Corporate Governance and Risk Taking: Evidence from Japanese Firms*, Working paper, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1550709>
- PALIGOROVA, T. [2010]: *Corporate risk taking and ownership structure*, Working Paper 2010-3, Bank of Canada.
- RUIZ, M. V. y SANTANA, D. J. [2011]: «Dominant institutional owners and firm value», *Journal of Banking & Finance*, 35, págs. 118-129.

SANTANA, D. J. y AGUIAR, I. [2006]: «El último propietario de las empresas cotizadas españolas (1996-2002)», *Cuadernos de Economía y Dirección de la Empresa*, 26, págs. 47-72.

SHLEIFER, A. y VISHNY, R. [1986]: «Large shareholders and corporate control», *Journal of Political Economy*, 94, págs. 461-488.

SMITH, C. y WATTS, R. [1992]: «The investment opportunity set and corporate financing, dividend, and compensation policies», *Journal of Financial Economics*, 32 (3), págs. 263-292.

WRIGHT, P. y FERRIS, S. [1997]: «Agency conflict and corporate strategy: The effect of divestment on corporate value», *Strategic Management Journal*, 18 (1), págs. 77-83.

WRIGHT, P.; FERRIS, S.; SARIN, A. y AWASTHI, V. [1996]: «Impact of corporate insider, blockholder, and institutional equity ownership on firm risk taking», *Academy of Management Journal*, 39 (2), págs. 441-463.

ANEXO

Tabla 9. Definición de las variables

Abreviatura	Variable	Definición
DEREGUL	Financial deregulation effect	Puntuación en el Índice de Heritage Foundation
DEREGULD	Efecto de la Libertad Financiera	1 si la puntuación del Índice de Heritage Foundation es superior a 80
CRIGHTS	Derechos de los acreedores	Puntuación de los derechos de los acreedores (0-4)
PP1	Propiedad accionista de referencia	% de propiedad en manos del accionista de referencia
INSTIT	Propiedad institucional	Proporción de acciones en manos de inversores institucionales
INVESTFUND	Fondos de inversión	Proporción de acciones en manos de los cinco primeros accionistas institucionales activos
BANKOWN	Bancos	Proporción de acciones en manos de los cinco primeros accionistas institucionales pasivos
LEV	Endeudamiento	Valor contable recursos ajenos/valor contable pasivo total
LOGAST	Tamaño de la empresa	Neperiano del total activos
MTB	Ratio de valoración del activo	Capitalización bursátil diaria/valor contable de las acciones

Tabla 10. Clasificación de países por la puntuación en el Índice de Libertad Financiera (Heritage Foundation)

Country	Libertad financiera							
	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Australia	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0
Austria	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0
Bélgica	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	80.0	80.0
Canadá	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	80.0
Dinamarca	70.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0
Finlandia	50.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	80.0	80.0
Francia	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	60.0	70.0
Alemania	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	60.0
Grecia	50.0	40.0	50.0	50.0	50.0	50.0	40.0	50.0
Irlanda	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0
Italia	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	50.0	60.0	60.0
Japón	50.0	50.0	50.0	30.0	30.0	50.0	50.0	50.0
Luxemburgo	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	80.0	80.0
Noruega	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0
Portugal	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0	50.0
España	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	70.0	80.0	80.0
Suecia	70.0	90.0	90.0	90.0	90.0	70.0	70.0	80.0
Suiza	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	70.0	70.0	80.0
Holanda	90.0	80.0	90.0	90.0	90.0	90.0	80.0	90.0
Reino Unido	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0
Estados Unidos	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	90.0	80.0	80.0

Tabla 11. Puntuación de los derechos de los acreedores (DJANKOV et ál., 2007)

Country	Total score (crighsts)
Australia	3
Austria	3
Bélgica	2
Canadá	1
Dinamarca	3
Finlandia	1
Francia	0
Alemania	1
Grecia	1
Irlanda	1
Italia	2
Japón	2
Luxemburgo	–
Noruega	2
Portugal	1
España	2
Suecia	1
Suiza	1
Holanda	3
Reino Unido	4
Estados Unidos	1

METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN PRÁCTICA DEL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO: UN ENFOQUE DE EMPRESA

Elena Cabal García

José Carlos Cuervo Huergo

Profesores Titulares del Departamento de Contabilidad de la Facultad de Economía y Empresa. Universidad de Oviedo

EXTRACTO

El objetivo del presente trabajo es plantear una sencilla metodología de elaboración práctica del estado de flujos de efectivo, documento integrante de las cuentas anuales y de formulación obligatoria para todas las empresas excepto para aquellas que pueden formular balance, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria en el modelo abreviado y pymes. Asimismo, se resalta el contenido informativo del estado a efectos de aportar información relevante sobre la capacidad de la empresa para generar liquidez y su fuente de procedencia, incidiendo tanto en su utilidad como en sus limitaciones. El trabajo concluye con la presentación de un caso práctico de formulación e interpretación del estado conforme a la metodología expuesta.

Palabras claves: concepto y metodología de cálculo de los distintos flujos de efectivo, ejemplo de aplicación práctica, utilidad y limitaciones del estado a efectos de análisis.

Fecha de entrada: 23-03-2013 / Fecha de aceptación: 23-05-2013

A PRACTICAL METHODOLOGY FOR PREPARING THE STATEMENT OF CASH FLOWS: A BUSINESS-ORIENTED APPROACH

Elena Cabal García
José Carlos Cuervo Huergo

ABSTRACT

In this paper, a straightforward methodology for preparing the Statement of Cash Flows is set out. The Statement of Cash Flows has taken centre stage in recent years, as all companies (except small companies) that prepare financial statements in conformity with Spanish GAAP are required to present a Statement of Cash Flows as an integral part of their Annual Accounts. Furthermore, this paper discusses how decision makers can gain valuable insight into the current state of a company by assessing its ability to generate cash, spelling out both the pros and cons of the Statement of Cash Flows. The proposed methodology is illustrated by means of a practice exercise, which involves preparing and interpreting a Statement of Cash Flows.

Keywords: preparation and interpretation of the statement of cash flows, cash flow statement practice exercises, advantages and disadvantages of the statement of cash flows.

Sumario

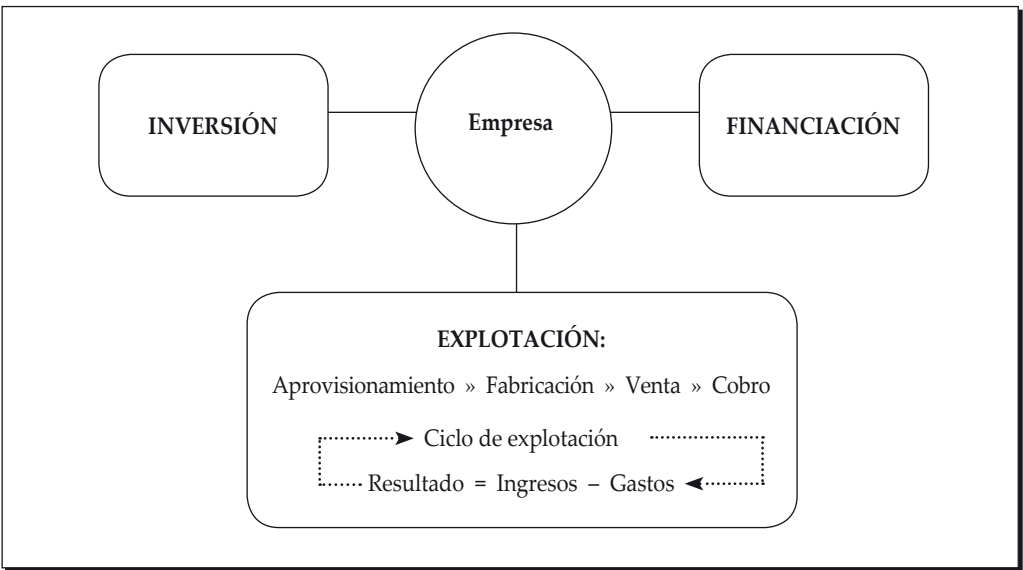
1. Las actividades de la empresa y su presentación en los estados contables. Estados de fondos versus estados de flujos
2. El estado de flujos de efectivo en el Plan General de Contabilidad (PGC)
3. Determinación del Flujo de Efectivo de las Actividades de Explotación (FEAE)
 - 3.1. Métodos de cálculo de flujos de efectivo derivados de ingresos y gastos
 - 3.2. Determinación del FEAE según el PGC. Esquema de cálculo y modelo de presentación
4. Flujos de Efectivo de las Actividades de Inversión y Financiación: determinación y presentación
5. Interpretación, utilidad para el análisis y limitaciones
6. Caso práctico

Bibliografía

1. LAS ACTIVIDADES DE LA EMPRESA Y SU PRESENTACIÓN EN LOS ESTADOS CONTABLES. ESTADOS DE FONDOS VERSUS ESTADOS DE FLUJOS

La empresa puede concebirse como una unidad económica de producción, orientada a la obtención de excedentes económicos, sirviéndose para ello de la combinación más apropiada de factores productivos. Con independencia del sector o mercado en que opere, para el logro de este propósito existen determinadas operaciones o actividades consustanciales a cualquier empresa, que se plasman en el **gráfico 1**:

Gráfico 1. Síntesis de la actividad empresarial



En efecto, la dirección de la empresa deberá planificar rigurosamente las inversiones en función de los objetivos de producción y ventas o servicios que preste y diseñar una estructura financiera acorde con dichas inversiones, de forma que sea capaz de atender los compromisos futuros derivados de la deuda asumida sin comprometer su estabilidad.

Las actividades de inversión y financiación permiten que la empresa desarrolle su actividad operativa principal o de explotación propiamente dicha, a través de las fases genéricas de aprovisiona-

miento, fabricación, venta y cobro a clientes. La actividad de explotación tiene un carácter dinámico, cíclico y recurrente, originándose durante la misma las principales corrientes de ingresos y gastos, de cuya confrontación se obtiene el resultado económico del ejercicio (beneficio o pérdida). De este modo, el resultado obtenido por la entidad será positivo (beneficio) cuando los recursos recuperados en las fases de venta y cobro superen a los invertidos en las fases de aprovisionamiento y fabricación, y negativo (pérdida) cuando no se consigue recuperar parte de esas inversiones o sacrificios.

A través de la actividad de explotación, se persigue lograr por tanto un objetivo prioritario de la gestión empresarial: conseguir excedentes económicos (beneficios) que incrementen el valor de la empresa y, por tanto, la riqueza de sus propietarios.

Las actividades de inversión y financiación de la empresa quedan representadas en el balance. El balance es un estado estático o de fondos, ya que informa de la situación patrimonial de la empresa a la fecha de cierre de cada ejercicio. Ahora bien, dentro del balance figuran ciertas magnitudes clave de las que este documento, al ser estático, solo permite conocer su saldo final, de modo que tomando los balances de situación de dos ejercicios consecutivos y comparando sus saldos se puede determinar la variación cuantitativa de dichas variables, siendo también de interés conocer los factores causales de dicha variación.

Para ello la información del balance debe complementarse con la aportada por los distintos estados dinámicos o de flujos que, al presentar la información referida a todo un periodo o ejercicio, permiten conocer los flujos o factores causantes de la variación de la variable fondo, tal y como se recoge en el **cuadro 1**.

Cuadro 1. Tipos de estados dinámicos o de flujos

VARIABLE FONDO (magnitud que figura en el Balance)	TIPO DE FLUJOS (factores que determinan el valor final de la variable Fondo)	ESTADO DINÁMICO (facilita información detallada de los Flujos)
Resultado del ejercicio (excedente económico)	Ingresos y gastos del ejercicio	Cuenta de pérdidas y ganancias
Patrimonio neto (participación de los socios o propietarios)	Aumentos y disminuciones de las cuentas integrantes del patrimonio neto	Estado de cambios en el patrimonio neto
Tesorería (liquidez)	Cobros y pagos del ejercicio	Estado de flujos de efectivo

Así pues, los estados dinámicos pueden ser de tres tipos según la naturaleza de los flujos de los que informan:

- a) **De circulación económica:** detallan los ingresos y gastos del ejercicio proporcionando información sobre la actividad económica desarrollada por la empresa en el mismo.

- b) **De circulación financiera:** informan de las entradas y salidas de recursos que se han producido en el ejercicio, lo que permite conocer tanto el origen como la aplicación que la entidad ha dado a tales recursos durante el periodo.
- c) **De movimientos de cuentas:** explican las variaciones que a lo largo del ejercicio han tenido lugar en los saldos de las cuentas, indicando el origen de los aumentos y las causas de las disminuciones registradas en las mismas.

2. EL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO EN EL PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD (PGC)

El PGC dispone la obligatoriedad de incluir como parte integrante de las cuentas anuales el estado de flujos de efectivo (EFE) con dos excepciones, no están obligadas a presentarlo ni las empresas que pueden formular balance, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria en el modelo abreviado ni las pymes.

El EFE constituye un estado dinámico de circulación financiera que representa los flujos de efectivo (cobros y pagos realizados por la empresa en el ejercicio), permitiendo conocer las causas de la variación cuantitativa experimentada en dicho ejercicio por el efectivo y otros activos líquidos equivalentes, variable financiera clave para la empresa al ser indicativa de los recursos líquidos de los que dispone¹.

El efectivo y equivalentes son activos y, como tales, figuran en el balance, pero al ser este un estado estático únicamente muestra el valor de esta variable a la fecha de cierre de cada año. Por eso, tomando los balances de dos ejercicios consecutivos y comparando sus saldos tan solo es factible conocer la variación cuantitativa experimentada por este concepto indicativo de la liquidez o capacidad inmediata de pago de la empresa.

Obviamente será más importante saber cuáles han sido las causas que han dado lugar a estas variaciones en los recursos líquidos de la empresa. Para ello es necesario complementar la información aportada por el balance con la que proporciona el EFE que, al ser un estado dinámico de circulación financiera, recoge las transacciones u operaciones que a lo largo del ejercicio dan lugar a entradas y salidas de efectivo y equivalentes en la empresa, es decir, los flujos de efectivo o cobros y pagos del ejercicio.

¹ El PGC especifica que el «efectivo y otros activos líquidos equivalentes» son los recogidos en el subgrupo 57. «Tesorería» y los que aparecen con la misma denominación en el correspondiente epígrafe del balance. Concretamente incluyen: (1) Tesorería depositada en caja y bancos, (2) Equivalentes de efectivo –activos financieros convertibles en dinero, con vencimiento no superior a tres meses desde el momento de su adquisición, no sujetos a riesgos significativos de cambios de valor y que forman parte de la gestión normal de tesorería de la empresa– y (3) descubiertos ocasionales que igualmente formen parte de la gestión habitual de tesorería de la empresa.

El EFE informa de estos flujos de efectivo clasificándolos en tres categorías según su procedencia:

- A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN (FEAE): Ingresos (I) de las operaciones ordinarias cobrados – Gastos (G) de las operaciones ordinarias pagados.
- B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN (FEAI): Cobros por desinversión – Pagos por inversión.
- C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN (FEAF): Cobros por financiación – Pagos por financiación.

3. DETERMINACIÓN DEL FLUJO DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN (FEAE)

El FEAE constituye el principal componente del EFE, ya que indica si la empresa con su actividad habitual u ordinaria genera o no excedentes de liquidez. Lo más importante es que para el PGC el término «explotación» es sinónimo de habitual u ordinario, ya que este concepto engloba los cobros y pagos derivados de los ingresos y gastos ordinarios del ejercicio, incluyendo los que son estrictamente de explotación (cobros por ventas, pagos por compras, pagos al personal, pagos por servicios exteriores...) y también aquellos otros que, sin ser estrictamente de explotación, son habituales o recurrentes, como los cobros y pagos derivados de ingresos y gastos financieros y del impuesto de sociedades. El modelo oficial de presentación del EFE permite diferenciarlos, pues los primeros se muestran por su importe neto, mientras que los cobros y pagos derivados de los segundos se presentan de forma individualizada.

3.1. MÉTODOS DE CÁLCULO DE FLUJOS DE EFECTIVO DERIVADOS DE INGRESOS Y GASTOS

A la hora de calcular los flujos de efectivo integrantes del FEAE se pueden emplear dos métodos:

- Método directo.
- Método indirecto.

El método directo muestra de forma individualizada cada uno de los cobros y pagos derivados de los ingresos y gastos ordinarios o habituales del ejercicio, de modo que con la aplicación de este método se obtiene información sobre el importe del flujo neto de efectivo y también sobre su composición individual, tal y como se muestra en el **cuadro 2**.

Cuadro 2. Información sobre el FEAE aplicando el método directo

Cobros por ventas (Pagos por compras) (Pagos al personal) (Pagos por servicios exteriores contratados) (Pagos de intereses) Cobros de intereses Cobros de dividendos (Pagos de impuestos)	COMPOSICIÓN
FEAE = I (7) Op. ordinarias cobrados – G (6) Op. ordinarias pagados [si es > 0 se llama también Tesorería Generada en las Operaciones (TGO)]	IMPORTE NETO

La aplicación del método directo sintetiza el cálculo de cobros y pagos derivados de ingresos y gastos en las fórmulas generales expuestas en el **cuadro 3**.

Cuadro 3. Fórmulas de cálculo de cobros y pagos derivados de ingresos y gastos por el método directo

Cobro por ingreso = (7) Ingreso – ↑Capital corriente + ↓Capital corriente de las cuentas relacionadas con ese ingreso
Pago por gastos = –(6) Gasto – ↑Capital corriente + ↓Capital corriente de las cuentas relacionadas con ese gasto

Por su parte, mediante la aplicación del método indirecto no se muestran los cobros y pagos de forma individualizada sino que este método únicamente permite determinar el flujo neto de tesorería derivado de los ingresos y gastos ordinarios o habituales. Para ello, la forma de cálculo consiste en partir del resultado del ejercicio, integrado por los ingresos y gastos del mismo, realizando en él una serie de ajustes:

1. Anular aquellos ingresos y gastos que no han dado lugar a variaciones en el capital corriente (porque al ser el efectivo y equivalentes un integrante del activo corriente, si no varía el capital corriente tampoco varían el efectivo y equivalentes). Asimismo se eliminarán los resultados derivados de la enajenación de inmovilizado, por no formar parte de las operaciones ordinarias, sino de actividades atípicas de desinversión. Este primer paso permite calcular un saldo ajustado del resultado contable, denominado recursos procedentes (aplicados) de (en) las operaciones

[RPO (RAO)], según resulte ser su signo positivo o negativo respectivamente, que constituye un indicador de la capacidad de la empresa para generar o no excedentes de recursos con la actividad ordinaria desarrollada en el ejercicio².

2. Una vez calculados los RPO (RAO) habrá que reajustarlos nuevamente para anular aquellos ingresos y gastos que, dando lugar a variaciones en el capital corriente de explotación, no han supuesto cobros ni pagos.

El **cuadro 4** sintetiza la aplicación práctica del método.

Cuadro 4. Cálculo de cobros y pagos derivados de ingresos y gastos por el método indirecto

Resultado contable del ejercicio = Ingresos (7) – Gastos (6) del ejercicio	
(+) Gastos que no dan lugar a ↓Capital corriente (incluidas pérdidas × enaj. inmov.) (–) Ingresos que no dan lugar a ↑Capital corriente (incluidos beneficios × enaj. inmov.)	
= RPO/RAO = Ingresos op. ordinarias ↑CC – Gastos op. ordinarias ↓CC	
(–) ↑ Capital corriente de explotación (↑AC explot. y/o ↓PC explot.) (+) ↓ Capital corriente de explotación (↓AC explot. y/o ↑PC explot.)	
= FEAE = I op. ordinarias cobrados – G op. ordinarias pagados	IMPORTE NETO

Las ventajas de este método respecto al anterior son, por un lado, su cálculo mecánico y, por otro, el que permite conocer y relacionar las tres escalas de la generación de liquidez en la empresa, el beneficio, los RPO y la TGO, siendo esta última un indicador fiable de la calidad o liquidez del beneficio.

3.2. DETERMINACIÓN DEL FEAE SEGÚN EL PGC. ESQUEMA DE CÁLCULO Y MODELO DE PRESENTACIÓN

El FEAE es el componente clave del EFE por cuanto informa de si estas actividades habituales o recurrentes han generado recursos líquidos suficientes que podrían emplearse para amortizar deudas, mantener la capacidad de explotación de la empresa, pagar dividendos y realizar nuevas inversiones sin recurrir a fuentes externas de financiación.

² Los RPO (RAO) formaban parte del cuadro de financiación, que constituía el estado de flujos de circulación financiera de obligada formulación en lugar del EFE según el PGC de 1990. A la hora de formular dicho estado, los recursos eran entendidos en un sentido más amplio, equiparándose al capital corriente que constituye un indicador de la solvencia a corto plazo de la empresa.

Como ya se señaló, el término «explotación» es sinónimo de habitual u ordinario englobando este concepto:

1. Cobros y pagos derivados de ingresos y gastos estrictos de explotación, que son calculados por el método indirecto, de modo que solo se puede determinar el importe neto de sus flujos.
2. Cobros y pagos consecuencia de ingresos y gastos financieros o del impuesto de sociedades que, sin ser estrictos de explotación, son habituales o recurrentes. Deben calcularse por el método directo mostrándose individualmente en un apartado específico denominado «Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación» los cobros y pagos derivados de cada uno de ellos. Asimismo, figura en este componente del modelo la partida «Otros pagos (cobros)» que entendemos, pese a que el PGC no dice nada al respecto, recoge los derivados de gastos e ingresos extraordinarios, pues estos componentes de existir se incluirían en la cuenta de pérdidas y ganancias formando parte del resultado de explotación, siendo pues obligada su exclusión del componente estricto de explotación del EFE así como la información individualizada de los flujos de efectivo que conllevan.

El PGC recoge un modelo de presentación oficial para el EFE exponiéndose en el **cuadro 5** la parte del mismo relativa a la formulación del FEAE.

Cuadro 5. Flujos de Efectivo de Actividades de Explotación según el PGC

	Notas	200X	200X-1
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN			
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos			
2. Ajustes del resultado			
a) Amortización del inmovilizado (+)			
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)			
c) Variación de provisiones (+/-)			
d) Imputación de subvenciones (-)			
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)			
			.../...

	Notas	200X	200X-1
.../...			
f) Rtdos. por bajas y enajenaciones de inst. financieros (+/-)			
g) Ingresos financieros (-)			
h) Gastos financieros (+)			
i) Diferencias de cambio (+/-)			
j) Variación de valor razonable en inst. financieros (+/-)			
k) Otros ingresos y gastos (-/+)			
3. Cambios en el capital corriente			
a) Existencias (+/-)			
b) Deudores y otras cuentas a cobrar (+/-)			
c) Otros activos corrientes (+/-)			
d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)			
e) Otros pasivos corrientes (+/-)			
f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)			
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación			
a) Pagos de intereses (-)			
b) Cobros de dividendos (+)			
c) Cobros de intereses (+)			
d) Cobros (pagos) por impuesto sobre beneficios (+/-)			
e) Otros pagos (cobros) (-/+)			
5. Flujos de efectivo de las actividades de explotación			

Del modelo de presentación oficial se deduce cómo debe calcularse el FEAE. El **cuadro 6** sintetiza los pasos a seguir para el cálculo del FEAE siguiendo las pautas marcadas en el modelo de presentación del PGC:

Cuadro 6. Esquema de cálculo del FEAE según PGC

1. Resultado antes impuestos = I (7) – G (6) excepto (630) IS	
2. Ajustes al resultado	$\left\{ \begin{array}{l} \text{(a) Eliminar G (+) e I (-) que nunca suponen pagos o cobros} \\ \text{(b) Eliminar G (+) e I (-) → pagos o cobros de inversión o financiación} \\ \text{(c) Eliminar Gf (+) e If (-) cuyos pagos y cobros hay que calcular por método directo (apartado 4)} \end{array} \right.$
$\left\{ \begin{array}{l} \text{Cobro} \\ \uparrow \text{CC explotación} \end{array} \right.$ $\left\{ \begin{array}{l} \text{Pago} \\ \downarrow \text{CC explotación} \end{array} \right.$ Sdo. ajustado = I (7) estrictos explot. que pueden suponer cobro – G (6) estrictos explot. que pueden suponer pago	
3. Ajustes por cambios en el capital corriente	
– ↑Capital corriente de explotación	
+ ↓Capital corriente de explotación	
Sdo. ajustado = I op. ordinarias estrictos de explotación cobrados – G op. ordinarias estrictos de explotación pagados	
4. Otros FEAE: habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación	
$\left. \begin{array}{l} \text{(a) Pagos por intereses = -Gto. por intereses - } \uparrow \text{CC} + \downarrow \text{CC} \\ \text{(b) Cobros de dividendos = Ing. por dividendos - } \uparrow \text{CC} + \downarrow \text{CC} \\ \text{(c) Cobros de intereses = Ing. por intereses - } \uparrow \text{CC} + \downarrow \text{CC} \\ \text{(d) Pagos (cobros) por IS = -Gto. por IS - } \uparrow \text{CC} + \downarrow \text{CC} \\ \text{(e) Otros pagos y cobros = -Gto (+ Ingresos) - } \uparrow \text{CC} + \downarrow \text{CC} \end{array} \right\} \begin{array}{c} \text{Método} \\ \text{directo} \end{array}$	
FEAE = Total I op. ordinarias cobrados – Total G op. ordinarias pagados	

Como puede verse, para el cálculo del flujo de efectivo de las actividades estrictas de explotación se sigue el método indirecto, siendo el punto de partida el Resultado antes de impuestos. Se prescinde del gasto por impuesto de sociedades por ser este uno de los gastos habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación, por ello el pago (cobro) asociado al mismo se calcula posteriormente por el método directo en el apartado A) 4 del modelo «Otros FEAE».

Dicho resultado es sometido a dos grupos o bloques de ajustes:

- A) 2 «Ajustes del resultado»: tendentes a calcular el FEAE compuesto exclusivamente por los ingresos estrictos de explotación que han podido suponer un cobro menos los gastos estrictos de explotación que han podido conllevar un pago. Con este fin los ajustes a efectuar son de tres tipos:
 1. Eliminar gastos e ingresos que nunca suponen pagos o cobros.
 2. Eliminar gastos e ingresos que pueden dar lugar a pagos o cobros pero derivados de operaciones de inversión o financiación.
 3. Eliminar los gastos e ingresos financieros, pues siendo habituales o recurrentes no son estrictos de explotación. Sus pagos y cobros se presentan posteriormente por el método directo en el epígrafe A) 4 del modelo. Igualmente con el fin de depurar la actividad estricta de explotación se elimina-

rían, de existir, los ingresos y gastos de carácter extraordinario incluidos en el resultado de explotación, cuyos cobros y pagos asociados serían también presentados individualmente en el epígrafe A) 4.

Con la eliminación de gastos e ingresos que nunca suponen pagos o cobros el resultado antes de impuestos es ajustado hasta quedar integrado por ingresos y gastos que pueden conllevar movimientos de efectivo. Concretamente se eliminan los siguientes conceptos, todos ellos correspondientes a cuentas de gestión que no conllevan variaciones en el efectivo y equivalentes:

- a) Amortización de inmovilizado.
- b) Correcciones valorativas por deterioro.
- c) Variación de provisiones.
- d) Imputación de subvenciones.
- i) Diferencias de cambio.
- j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros.

Hay que hacer una puntualización respecto a las diferencias de cambio. Según el PGC todas han de eliminarse al hacer los ajustes al resultado, pues, al no tratarse de operaciones con el exterior, sino de ajustes contables por variaciones en el tipo de cambio, no suponen movimientos del efectivo y equivalentes. Sin embargo, hay un caso en el que las diferencias de cambio sí que repercuten en el importe del efectivo y equivalentes y, por tanto, no deberían eliminarse. Esto ocurre cuando la empresa realiza operaciones con tesorería en moneda extranjera y se corrige en un epígrafe posterior del modelo de presentación del EFE, el D) «Efecto de las variaciones en los tipos de cambio» tal y como se indicará más adelante.

Por otra parte, el objetivo es depurar el resultado hasta alcanzar un saldo ajustado únicamente integrado por ingresos y gastos cobrados y pagados, pero derivados de las operaciones ordinarias o habituales. Esto conlleva la necesidad del segundo bloque de ajustes, la eliminación de gastos e ingresos que pueden dar lugar a pagos o cobros consecuencia de operaciones de inversión o financiación. Por este motivo son objeto de eliminación los conceptos:

- e) Resultados por bajas y enajenaciones de inmovilizado.
- f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros.

Tras practicar estos dos bloques de ajustes el resultado antes de impuestos ha quedado ajustado a un importe integrado por ingresos y gastos procedentes exclusivamente de las operaciones ordinarias, habituales o recurrentes que pueden conllevar variaciones en el efectivo y equivalentes.

No obstante, como ya se indicó, el PGC equipara el término explotación a habitual o recurrente, pero el modelo de formulación del EFE permite discernir el flujo de efectivo derivado de las actividades estrictas de explotación de aquel otro derivado de los ingresos y gastos que siendo

habituales o recurrentes no son estrictas de explotación, en concreto, los ingresos y gastos financieros, el impuesto de sociedades y los ingresos y gastos extraordinarios, cuyos cobros y pagos han de presentarse de forma individualizada en el apartado 4. «Otros FEAE». Esto justifica la necesidad de practicar el tercer bloque de ajustes al resultado, la eliminación de gastos e ingresos financieros, pues el gasto por impuesto de sociedades ha sido excluido desde el principio.

Hay un último concepto a ajustar que no encaja directamente en ninguna de las tres categorías de ajuste propuestas. Se trata de la partida k) «Otros ingresos y gastos». El PGC no dice expresamente cuáles son estos ingresos y gastos, pero es de suponer que se refiere a ingresos y gastos de carácter extraordinario, pues conforme a las normas de elaboración de las cuentas anuales, de existir, se recogen en la cuenta de pérdidas y ganancias, formando parte del resultado de explotación creándose dentro del mismo el epígrafe «Otros resultados» para recogerlos. Los cobros y pagos derivados de los mismos serán objeto de presentación individualizada en el apartado 4 e) del modelo dentro de los «Otros FEAE».

Una vez practicados los ajustes del resultado se ha llegado a un saldo ajustado integrado exclusivamente por los ingresos y gastos estrictos de explotación que han podido suponer cobros o pagos. Como solo interesan los movimientos reales de efectivo y equivalentes dicho saldo debe seguir depurándose practicándose en el mismo los A) 3. «Ajustes por cambios en el capital corriente», cuyo objetivo es aislar los ingresos estrictos de explotación cobrados y los gastos estrictos de explotación pagados, eliminando por tanto las cantidades que hayan quedado pendientes de cobro y pago haciendo variar el capital corriente de explotación. Este bloque de ajustes está integrado por los siguientes apartados:

- a) Existencias.
- b) Deudores y otras cuentas a cobrar, donde se incluirían las variaciones de saldos de las cuentas integrantes de los subgrupos (43) Clientes y (44) Deudores varios.
- c) Otros activos corrientes, que englobaría las variaciones experimentadas por las cuentas de activo de explotación de los subgrupos (46) Personal, (47) Administraciones Públicas (excepto las relacionadas con el impuesto de sociedades o con actividades de inversión o financiación) y (48) Ajustes por periodificación.
- d) Acreedores y otras cuentas a pagar, que recoge las variaciones de saldos de (40) Proveedores y (41) Acreedores varios.
- e) Otros pasivos corrientes, integrado por variaciones de saldos de cuentas de pasivo de explotación de los subgrupos (46) Personal, (47) Administraciones Públicas (excepto las relacionadas con el impuesto de sociedades o con actividades de inversión o financiación) y (48) Ajustes por periodificación.
- f) Otros activos y pasivos no corrientes. Resulta llamativo que dentro de una categoría denominada «Cambios en el capital corriente» aparezca este último ajuste referente a partidas no corrientes. Una vez más el PGC no aclara nada al respecto, pero entendemos, por coherencia con las normas de elaboración previstas para el balance, que se refiere a los derechos de cobro por ventas o prestaciones de servicios y a las deudas con

proveedores que por permanecer en la empresa un plazo de tiempo superior al ciclo de explotación de la misma pasan a formar parte respectivamente del activo y pasivo no corriente del balance donde se habrán habilitado los epígrafes A) VII. «Deudores comerciales no corrientes» y B) VI. «Acreedores comerciales no corrientes».

El modelo de presentación del FEAE culmina con el epígrafe A) 4, «Otros FEAE», donde se presentan individualmente, mediante la aplicación del método directo, los cobros y pagos derivados de los ingresos y gastos habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación: cobros y pagos de intereses, cobros de dividendos, pagos (cobros) por impuesto de sociedades y otros pagos (cobros). El método directo conlleva la aplicación de las siguientes fórmulas para el cálculo individualizado de estos ingresos y gastos:

- a) Pagos de intereses: $\text{Gasto financiero por intereses} - \uparrow \text{Capital corriente} + \downarrow \text{Capital corriente de las cuentas relacionadas con ese gasto, siendo las cuentas relacionadas (526, 527) Intereses a corto plazo de deudas o (567) intereses pagados por anticipado.}$
- b) Cobros de dividendos: $\text{Ingreso financiero por dividendos} - \uparrow \text{Capital corriente} + \downarrow \text{Capital corriente de las cuentas relacionadas, siendo estas (535, 545) Dividendos a cobrar.}$
- c) Cobros de intereses: $\text{Ingreso financiero por intereses} - \uparrow \text{Capital corriente} + \downarrow \text{Capital corriente de las cuentas relacionadas, en concreto (53, 54) Intereses a c/p derivados de activos financieros e (568) intereses cobrados por anticipado.}$
- d) Pagos (cobros) por impuesto de sociedades: $\text{Gasto por impuesto de sociedades (630)} - \uparrow \text{Capital corriente} + \downarrow \text{Capital corriente, concretamente las del subgrupo (47) relacionadas con el impuesto de sociedades.}$
- e) Otros pagos (cobros): $\text{Gastos (+ingresos) extraordinarios} - \uparrow \text{Capital corriente} + \downarrow \text{Capital corriente de las cuentas relacionadas.}$

4. FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN Y FINANCIACIÓN: DETERMINACIÓN Y PRESENTACIÓN

El Flujo de Efectivo de las Actividades de Inversión (FEAI) es un concepto que engloba los cobros y pagos derivados de la venta y compra de activos no corrientes y otros activos que no estén incluidos en el «Efectivo y otros activos líquidos equivalentes». Por ejemplo, cobros y pagos por venta y compra de inmovilizado –intangible, material, inversiones inmobiliarias y activos financieros a l/p–, o de inversiones financieras a c/p siempre que no sean activos líquidos equivalentes.

Por su parte, dentro del Flujo de Efectivo de las Actividades de Financiación (FEAF), se incluyen los cobros y pagos derivados de la obtención/devolución de recursos financieros, tanto propios como ajenos, por parte de la empresa, por ejemplo:

- Cobros derivados de la emisión de títulos valores.
- Cobros derivados de la obtención de préstamos.
- Pagos por amortización o devolución de préstamos y empréstitos.
- Pagos a favor de los accionistas en concepto de dividendos.

En ambos casos el PGC plantea un método directo para su determinación. Como las inversiones de la empresa se representan en el activo y sus fuentes de financiación en el patrimonio neto y pasivo, el documento contable que sirve de base para calcular los cobros y pagos derivados de estas actividades es el balance.

La aplicación práctica del método directo implicaría ahora reproducir las operaciones de inversión y financiación contabilizadas por la empresa en el año, analizando para ello las variaciones de los saldos de las cuentas implicadas y las notas de enlace a la memoria adjuntas, para así calcular de forma individualizada los cobros y pagos derivados de cada una de ellas.

En cuanto a su presentación en el modelo, para las actividades de inversión se establecen dos epígrafes: B.6. «Pagos por inversiones» y B.7. «Cobros por desinversiones» tal y como figura en el **cuadro 7**.

Cuadro 7. **Flujos de Efectivo de Actividades de Inversión según el PGC**

	Notas	200X	200X-1
B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN			
6. Pagos por inversiones (–)			
a) Empresas del grupo y asociadas			
b) Inmovilizado intangible			
c) Inmovilizado material			
d) Inversiones inmobiliarias			
e) Otros activos financieros			
f) Activos no corrientes mantenidos para la venta			
g) Otros activos			
7. Cobros por desinversiones (+)			
			.../...

	Notas	200X	200X-1
.../...			
a) Empresas del grupo y asociadas			
b) Inmovilizado intangible			
c) Inmovilizado material			
d) Inversiones inmobiliarias			
e) Otros activos financieros			
f) Activos no corrientes mantenidos para la venta			
g) Otros activos			
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión			

Para las actividades de financiación el PGC dispone tres epígrafes: uno para flujos derivados de la captación o devolución de instrumentos de patrimonio, otro para los generados por la obtención y devolución de fondos ajenos, y, por último, un apartado específico para pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio (epígrafes C.9, C.10 y C.11 del modelo). Este componente del modelo se expone en el **cuadro 8**.

Cuadro 8. Flujos de Efectivo de Actividades de Financiación según el PGC

	Notas	200X	200X-1
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN			
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio			
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+)			
b) Amortización de instrumentos de patrimonio (-)			
c) Adquisición de instrumentos de patrimonio propio (-)			
d) Enajenación de instrumentos de patrimonio propio (+)			
e) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+)			
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero			
.../...			

	Notas	200X	200X-1
.../...			
a) Emisión			
1. Obligaciones y otros valores negociables (+)			
2. Deudas con entidades de crédito (+)			
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (+)			
4. Otras deudas (+)			
b) Devolución y amortización de:			
1. Obligaciones y otros valores negociables (-)			
2. Deudas con entidades de crédito (-)			
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (-)			
4. Otras deudas (-)			
11. Pagos por dividendos y remuneraciones de otros instrumentos de patrimonio			
a) Dividendos (-)			
b) Remuneración de otros instrumentos de patrimonio (-)			
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación			

Una vez calculados y agrupados por actividades (explotación, inversión y financiación) todos los cobros y pagos del ejercicio, sumando los tres flujos de efectivo debería obtenerse la variación total neta del efectivo y otros medios líquidos equivalentes. No obstante, la equivalencia anterior puede no producirse si dentro del efectivo existe tesorería en moneda extranjera.

La razón de ello está en que, según el PGC, al calcular el FEAE, dentro de los ajustes al resultado deben eliminarse todas las diferencias de cambio, planteamiento que en general es correcto, ya que no suponen cobros ni pagos sino ajustes contables por efecto de las variaciones en los tipos de cambio.

Sin embargo, si la empresa posee tesorería en moneda extranjera las diferencias de cambio vinculadas a la misma sí repercuten en el valor final de la tesorería y, por tanto, no deben eliminarse. Esto se corrige en el modelo oficial de presentación del EFE, donde se incluye un epígrafe D) denominado «Efecto de las variaciones de los tipos de cambio» que solo tendrá contenido en el caso concreto de que la empresa tenga tesorería en moneda extranjera.

	Notas	200X	200X-1
D) Efecto de las variaciones de los tipos de cambio			
E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES (+/-A +/- B +/- C +/-D)			
Efectivo o equivalentes al comienzo del ejercicio			
Efectivo o equivalentes al final del ejercicio			

A continuación se ilustra con un sencillo ejemplo la problemática de las diferencias de cambio asociadas al efectivo.

EJEMPLO

La empresa durante el ejercicio adquirió 1.000 \$ siendo el tipo de cambio en la fecha de la operación 0,9 €/\$. Al cierre del ejercicio el tipo de cambio asciende a 0,98 €/ \$.

Al comprar los dólares la empresa contabilizó el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería en moneda extranjera (1.000 \$ × 0,9 €/ \$)	900	
57	Tesorería		900

$\nabla \Delta$ Efectivo y OALE = 0 (es un cambio cualitativo en la composición del efectivo y equivalente, su cuantía no se ve afectada)

Al cierre del ejercicio la tesorería en moneda extranjera debe quedar valorada al tipo de cambio de dicha fecha: 1.000 \$ × 0,98 €/ \$ = 980, hay que aumentar su valor en 80, produciéndose una diferencia positiva de cambio. La empresa habrá contabilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería en moneda extranjera	80	
768	Diferencias positivas de cambio		900

$\nabla \Delta$ Efectivo y OALE = 80

.../...

.../...

Al calcular el FEAE en los ajustes del resultado, como la diferencia era positiva se eliminó restándola, porque según el PGC al hacer el ajuste del resultado deben eliminarse todas las diferencias de cambio. Ahora se comprueba cómo esta diferencia de cambio sí que afecta al valor de la tesorería, por tanto no debería haberse eliminado, hay que neutralizar lo ya hecho para lo cual se hará lo contrario en el apartado D) del modelo, en este caso sumarla.

	Notas	200X	200X-1
D) Efecto de las variaciones de los tipos de cambio		+80	

Como ya se indicó, el epígrafe D) únicamente tendrá contenido en este caso concreto, pues en cualquier otro las diferencias de cambio no repercuten en el valor del efectivo y equivalentes siendo correcta su eliminación en los ajustes al resultado del FEAE.

5. INTERPRETACIÓN, UTILIDAD PARA EL ANÁLISIS Y LIMITACIONES

Los beneficios derivados de la información aportada por el EFE se recogen en la Norma Internacional de Contabilidad 7 (NIC 7), donde se señala que el análisis conjunto del EFE con el resto de los estados financieros permite a los usuarios:

1. Obtener información sobre la capacidad de la entidad para generar efectivo y equivalentes con la que desarrollar modelos para evaluar y comparar el valor actual de los flujos netos de efectivo de diferentes entidades.
2. Comparar datos sobre el rendimiento de la explotación de distintas empresas, ya que elimina los efectos de utilizar tratamientos contables alternativos para las mismas transacciones y sucesos económicos.
3. Además, la información histórica sobre flujos de efectivo se usa como indicador del importe, momento de la aparición y certidumbre de flujos de efectivo futuros. De modo que también es útil para comprobar la exactitud de evaluaciones pasadas respecto de los flujos futuros, así como para examinar la relación entre rendimiento, flujos de efectivo netos y el impacto de los cambios en los precios.

La principal utilidad del EFE es que permite conocer la capacidad de la empresa para generar liquidez con su actividad ordinaria que es la que, al tener un carácter habitual o recurrente, ha de constituir la principal fuente generadora de efectivo de la empresa. Además el modelo de presentación español permite discernir la liquidez derivada estrictamente de la explotación de la

procedente de otros conceptos habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación, así como de los de carácter extraordinario.

Sin embargo, pese a ser a priori un modelo de presentación claro, existe en el mismo un problema terminológico o semántico en la denominación de la magnitud clave del mismo, el FEAE.

Ese problema ya se plantea en la cuenta de pérdidas y ganancias, donde el llamado resultado de explotación incorpora componentes de naturaleza extraordinaria que, en ningún caso, forman parte de la explotación de la empresa³. Por coherencia, el PGC sigue incluyendo los cobros y pagos derivados de estos conceptos dentro del FEAE, si bien informa de ellos de forma separada e individualizada.

Sin embargo, el PGC no se ha preocupado de mantener la misma congruencia entre el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias y el del EFE en lo que respecta a los ingresos y gastos de naturaleza financiera. Así, mientras en la cuenta de pérdidas y ganancias estos componentes configuran el «Resultado financiero» en el EFE forman parte del FEAE.

La NIC 7 sí se ha preocupado de esta cuestión, matizando que los intereses pagados y cobrados y los dividendos percibidos únicamente formarán parte del FEAE en las entidades financieras. En cambio, para el resto de empresas no llega a un consenso respecto a su clasificación admitiendo dos posibles alternativas:

1. Incluirlos dentro del FEAE porque entran en la determinación del resultado del ejercicio.
2. Englobar los intereses pagados en las actividades de financiación y los intereses y dividendos percibidos en las de inversión, por ser respectivamente los costes derivados de la obtención de recursos financieros y el rendimiento generado por las inversiones financieras efectuadas.

En el caso español estos conceptos siempre forman parte del FEAE, si bien son igualmente presentados de forma separada e independiente para que los analistas procedan como crean más oportuno.

Este tipo de matizaciones deben ser conocidas por los usuarios a la hora de analizar el EFE. Cuando se dispone del estado completo y los analistas son expertos no habrá problema, pues sabrán diferenciar dentro del FEAE el componente realmente recurrente, excluirán del análisis, en caso de existir, el componente extraordinario, y les darán el tratamiento que consideren más oportuno a los cobros derivados de intereses y dividendos y a los pagos derivados de gastos financieros.

³ En este sentido el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del PGC 1990 era mucho más claro, pues los resultados de explotación eran presentados de forma independiente. El modelo actual exige que los analistas estén lo suficientemente formados como para no tomar directamente la cifra del resultado de explotación, sino que a la hora de hacer proyecciones futuras, dicho resultado ha de ser «depurado» para excluir del mismo los componentes no recurrentes, en concreto los resultados extraordinarios y/o los derivados de la enajenación de inmovilizado.

Sin embargo, el modelo puede resultar confuso para analistas poco expertos o cuando, con independencia de la cualificación del analista, se trabaja con bases de datos donde no se desglosa el estado, sino que aparece exclusivamente la magnitud «Flujo de Efectivo de las Actividades de Explotación», procediendo al cálculo de indicadores habituales en los que interviene tal magnitud (como el ratio de capacidad de devolución de la deuda: Fondos ajenos remunerables/FEAE) cuya interpretación puede resultar gravemente desvirtuada en función de si dicha partida incorpora o no componentes extraordinarios.

Por todo ello, consideramos que el modelo de presentación del EFE habría sido más claro si en lugar de emplear la denominación FEAE hubiese llamado a este componente «FLUJO DE EFECTIVO DERIVADO DE LAS OPERACIONES ORDINARIAS», por cuanto incluye cobros y pagos derivados de ingresos y gastos de explotación, pero también de ingresos y gastos financieros. Además habría sido más oportuno descomponer los flujos de efectivo en cuatro categorías:

- a) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS OPERACIONES ORDINARIAS: Ingresos ordinarios cobrados – Gastos ordinarios pagados, manteniendo la distinción entre explotación estricta y el resto de componentes habituales o recurrentes.
- b) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN (FEAI): Cobros por desinversión – Pagos por inversión.
- c) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN (FEAF): Cobros por financiación – Pagos por financiación.
- d) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS OPERACIONES EXTRAORDINARIAS = Ingresos extraordinarios cobrados – Gastos extraordinarios pagados. Estos flujos serían así directamente identificables por cualquier usuario y excluidos de todo análisis orientado a predecir la capacidad de generación de liquidez de la empresa o al calcular indicadores donde la magnitud a tener en cuenta sería exclusivamente el «flujo de efectivo de las operaciones ordinarias».

Por otra parte, la reforma del PGC también ha traído consigo la eliminación tácita de los RPO, variable indicativa de la solvencia a corto plazo de la empresa y que también tiene interés evaluar al juzgar la situación financiera de la misma. Si bien puede calcularse de modo sencillo cuando se dispone del estado en su totalidad, su presencia expresa en el modelo habría facilitado el trabajo de los analistas.

Por último, como en cualquier análisis, un EFE de un único ejercicio o un análisis aislado del mismo no conduce a nada. Hay que tener en cuenta su evolución temporal y la situación concreta en que se encuentra la empresa antes de emitir un juicio. La misma situación, como por ejemplo una empresa donde los flujos de efectivo derivados de las actividades de explotación y de inversión son negativos y el de las operaciones de financiación positivo, tiene una interpretación distinta en función de que se trate de una empresa de reciente creación o que está realizando un cambio de actividad, donde tal estado es lógico, o de una empresa ya implantada, donde denotaría problemas financieros.

6. CASO PRÁCTICO

Para concluir se presenta un caso práctico completo donde se aplica la metodología propuesta para la elaboración del EFE.

ENUNCIADO

De las cuentas anuales del ejercicio 200X presentadas por la sociedad KASPER, SA se ha extraído la siguiente información (datos en miles de euros):

Balance ejercicio 200X

ACTIVO	Notas	200X	200X-1
A) ACTIVO NO CORRIENTE		345	334
I. Inmovilizado intangible		–	–
II. Inmovilizado material	(1)	345	334
III. Inversiones inmobiliarias			
IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a l/p			
V. Inversiones financieras a largo plazo			
VI. Activos por impuesto diferido			
B) ACTIVO CORRIENTE		412	306
I. Activos no corrientes mantenidos para la venta			
II. Existencias		20	28
III. Deudores comerciales y otras cuentas a cobrar		217	160
• Clientes		15	0
• Socios por desembolsos exigidos			
IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a c/p			
V. Inversiones financieras a corto plazo			
			.../...

ACTIVO	Notas	200X	200X-1
.../...			
VI. Periodificaciones a corto plazo			
VII. Efectivo y otros activos líquidos equivalentes			
• Tesorería		160	100
• Otros activos líquidos equivalentes	(2)	0	18
TOTAL ACTIVO		757	640

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	Notas	200X	200X-1
A) PATRIMONIO NETO		534	438
A.1. Fondos propios		534	438
I. Capital			
• Capital escriturado	(3)	180	120
• (Socios por desembolsos no exigidos)		(30)	
II. Prima de emisión			
III. Reservas		276	240
IV. (Acciones y participaciones en patrimonio propias)			
V. Resultados de ejercicios anteriores			
VI. Otras aportaciones de socios			
VII. Resultado del ejercicio	(4)	108	78
VIII. (Dividendo a cuenta)			
IX. Otros instrumentos de patrimonio neto			
A.2. Ajustes por cambios de valor			
I. Activos financieros disponibles para la venta			
.../...			

PATRIMONIO NETO Y PASIVO	Notas	200X	200X-1
.../...			
II. Operaciones de cobertura			
III. Otros			
A.3. Subvenciones, donaciones y legados recibidos			
B) PASIVO NO CORRIENTE		77	90
I. Provisiones a largo plazo			
II. Deudas a largo plazo	(5)	77	90
III. Deudas con empresas del grupo y asociadas a l/p			
IV. Pasivos por impuesto diferido			
V. Periodificaciones a largo plazo			
C) PASIVO CORRIENTE		146	112
I. Pasivos vinculados activos no corrientes mant. vta.			
II. Provisiones a corto plazo			
III. Deudas con empresas del grupo y asociadas a c/p		7	0
IV. Deudas con empresas del grupo y asociadas a c/p			
V. Acreedores comerciales y otras cuentas a pagar			
• Proveedores		61	53
• Hacienda Pública, acreedora por Impuesto de Sociedades		55	40
• Hacienda Pública, acreedora por otros conceptos fiscales		15	12
• Organismos de la Seg. Social acreedores		8	7
VI. Periodificaciones a corto plazo			
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO		757	640

Cuenta de pérdidas y ganancias

A) OPERACIONES CONTINUADAS	Notas	200X
1. Importe neto de la cifra de negocios		886
2. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación		
3. Trabajos realizados por la empresa para su activo		
4. Aprovisionamientos		(532)
• Consumo de mercaderías (526)		
• Deterioro de mercaderías, mp y otros aprov (6)	(6)	
5. Otros ingresos de explotación		
6. Gastos de personal		(88)
7. Otros gastos de explotación		(68)
• Servicios exteriores (67)		
• Pérdidas, deterioro y variación de prov. por op. comerciales (1)	(7)	
8. Amortización del inmovilizado		(16)
9. Imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras		
10. Exceso de provisiones		
11. Deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado	(1)	(1)
A.1. RESULTADO DE EXPLOTACIÓN (BENEFICIO)		181
12. Ingresos financieros		3
13. Gastos financieros		(21)
14. Variación de valor razonable en instrumentos financieros		
15. Diferencias de cambio		
16. Deterioro y resultado por enajenaciones de instrumentos financieros		
A.2. RESULTADO FINANCIERO (PÉRDIDA)		(18)
A.3. RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS		163
17. Impuestos sobre beneficios		(55)
		.../...

A) OPERACIONES CONTINUADAS	Notas	200X
.../...		
A.4. RESULTADO DEL EJERCICIO PROCEDENTE DE LAS OPERACIONES CONTINUADAS = RESULTADO DEL EJERCICIO		108

Notas extraídas de la memoria 200X:

- (1) La sociedad vendió en el mes de enero un elemento de transporte que había sido adquirido 3 años antes por 14 y amortizado hasta la fecha en 10 obteniéndose como resultado una pérdida de 1.

Por otra parte, las nuevas inversiones realizadas por la sociedad en el año 200X fueron abonadas al contado siendo la amortización acumulada del inmovilizado material total a 31 de diciembre de los años 200X-1 y 200X de 88 y 94 respectivamente.
- (2) Durante el ejercicio vendió al contado y sin resultados inversiones financieras de gran liquidez.
- (3) En el mes de mayo se efectuó una ampliación de capital desembolsada en el mínimo legal y habiéndoseles exigido a los accionistas un tercio de los desembolsos pendientes.
- (4) El 30 de junio se procedió al reparto del beneficio del año anterior destinándose 42 a dividendos abonados en ese momento y el resto a reservas.
- (5) En relación con los préstamos bancarios la empresa canceló anticipadamente el 30 de julio un préstamo a largo plazo de 27. Asimismo, el 30 de septiembre obtuvo un nuevo préstamo a largo plazo de 21 que se compromete a amortizar en 3 cuotas anuales de igual importe pagaderas a partir del 30 de septiembre de 200X+1.
- (6) Este apartado recoge una pérdida por deterioro de valor de las mercaderías de 6.
- (7) Este apartado recoge una pérdida por deterioro de los créditos por operaciones comerciales de 1.

Se pide:

- Calcular e interpretar el Flujo de Efectivo de las Actividades de Explotación (FEAE).
- Contabilizar las operaciones de financiación e inversión realizadas por la empresa en el ejercicio e identificar los cobros y pagos asociados a las mismas.
- Formular el estado de flujos de efectivo del ejercicio 200X usando el modelo adjunto.

SOLUCIÓN

Año 200X:

Efectivo y eq. 1/1/0X = 118

Efectivo y eq. 31/12/0X = 160

ΔE y OALE = 42
¿Causas?
cobros y pagos de 200X

EFE 200X:
cobros y pagos 200X
1. FEAE
2. FEAI
3. FEAF

FEAE = Ingresos op. ordinarias cobrados – Gastos op. ordinarias pagados

Para calcular el FEAE se sigue el esquema de cálculo planteado según el cual, conforme al PGC, se combinan el método indirecto y directo, el primero para determinar el flujo neto de efectivo derivado de los ingresos y gastos estrictos de explotación y el segundo para informar de forma individualizada de los cobros y pagos derivados de los otros ingresos y gastos habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación [cobros por ingresos financieros, pagos por gastos financieros y pagos (cobros) por impuesto de sociedades y otros pagos (cobros)].

Los ajustes al resultado se hacen directamente rastreando los ingresos y gastos incluidos en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio para eliminar los que proceda por cualquiera de los tres motivos indicados anteriormente [(1), (2) o (3)]. En este caso la cuenta de pérdidas y ganancias del año X indica que no existen dentro del resultado de explotación partidas extraordinarias.

Los cálculos de las variaciones en el capital corriente, necesarias para el bloque 3, y de los otros flujos de efectivo de las actividades de explotación se muestran debajo del esquema.

Esquema de cálculo del FEAE

1) Resultado ej. antes impuestos = I (7) – G (6) excepto (630)	163
2) Ajustes al resultado	42
+ Deterioro valor mercaderías +6 Ajuste tipo (1)	
+ Deterioro valor clientes +1 Ajuste tipo (1)	
+ Amortización inmovilizado +16 Ajuste tipo (1)	
+ Pdas. enaj. inmov +1 Ajuste tipo (2)	
(Ingresos financieros) (3) Ajuste tipo (3)	
	.../...

.../...	
+ Gastos financieros +21 Ajuste tipo (3)	
Sdo. ajustado = I estrictos de explotación pueden suponer cobro – G estrictos de explotación pueden suponer pago	205
3) Ajustes × Cambios en el capital corriente	(44)
Menos ↑CC explotación (58)	
(AC) ↑Clientes (58)	
Más ↓CC explotación 14	
(AC) ↓Existencias 2	
(PC) ↑Proveedores 8	
(PC) ↑Org. SS 1	
(PC) ↑Hacienda Pública, ac. por otros cf 3	
Sdo. ajustado = I estrictos explot. cobrados – G estrictos explot. pagados	161
4) Otros Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación	(58)
a) Pagos de intereses = $-G_f - \uparrow CC + \downarrow CC = -21 - 0 + 0 = -21$	
b) Cobros de dividendos = $I_f \text{ dividendos} - \uparrow CC + \downarrow CC = 0 - 0 + 0$	
c) Cobros de intereses = $I_f \text{ intereses} - \uparrow CC + \downarrow CC = 3 - 0 + 0 = 3$	
d) Pagos × IS = $-G_{\text{impuestos}} - \uparrow CC + \downarrow CC = -55 + 15 = -40$	
e) Otros pagos (cobros): $-G (+I) - \uparrow CC + \downarrow CC = 0 - 0 + 0$	
FEAE = I op. ordinarias cobrados – G op. ordinarias pagado	103

La liquidez generada por la actividad ordinaria de la empresa en el ejercicio 200X ha ascendido a 103 miles de euros.

Cálculo de las variaciones en el capital corriente de explotación. En este caso es preciso recordar que en el balance los activos corrientes aparecen valorados a su valor contable o en libros (Valor inicial – Correcciones valorativas por deterioro). Como todos los deterioros se eliminan en los ajustes al resultado por no suponer pagos (cobros), al calcular ahora las variaciones en el capital corriente de explotación los activos corrientes han de valorarse a su valor inicial, pues de lo contrario el deterioro se estaría eliminando dos veces. En este caso han presentado deterioro las mercaderías y los clientes.

$$\text{DATOS S/ CC EXPLOTACIÓN} = \text{AC explot} - \text{PC explot}$$

	CC explot			
	S0	Sf	↑	↓
(3) Existencias (Vo)	28	26		2
(4) Clientes (Vo)	160	218	58	
(4) Proveedores	53	61		8
(4) Organismos SS acreedores	7	8		1
(4) Hacienda Pública, acreedora por otros cf	12	15		3
(4) Hacienda Pública, acreedora por impuesto sociedades	40	55		15

La cuenta (4) «Hacienda Pública, acreedora por impuesto de sociedades» no se utiliza en los ajustes por cambios en el capital corriente, pues al relacionarse específicamente con el impuesto de sociedades se emplea para calcular en el apartado A) 4 por el método directo el pago asociado a ese gasto.

Cálculo de los otros FEAE. Este apartado informa de los cobros y pagos derivados de los ingresos y gastos habituales o recurrentes pero no estrictos de explotación. Deben calcularse por el método directo aplicando las fórmulas ya vistas para el cálculo de cobros y pagos derivados de ingresos y gastos.

En este caso concreto:

- a) Pagos de intereses = $-\text{Gasto financiero} - \uparrow\text{CC} + \downarrow\text{CC}$ de las cuentas relacionadas con el mismo = $-21 - 0 + 0 = -21$.

El gasto por intereses ha sido íntegramente pagado, pues no existen en el pasivo del balance cuentas que indiquen lo contrario —en concreto, (528) «Intereses a corto plazo de deudas» y/o (567) «Intereses pagados por anticipado»—.

- b) Cobros de dividendos = $\text{Ingreso financiero por dividendos} - \uparrow\text{CC} + \downarrow\text{CC}$ de las cuentas relacionadas con el mismo = $0 - 0 + 0$.

El cobro de dividendos es nulo al no existir ni ingresos financieros por dividendos, ya que la empresa no posee inversiones financieras en instrumentos de patrimonio, ni aparecer en el balance cuentas relacionadas con dividendos, en concreto (5535) «Dividendo a cobrar de inversiones financieras en partes vinculadas» y/o (545) «Dividendo a cobrar».

- c) Cobros de intereses = $\text{Ingreso financiero por intereses} - \uparrow\text{CC} + \downarrow\text{CC}$ de las cuentas relacionadas con el mismo = $3 - 0 + 0 = 3$.

Hay un ingreso financiero, que será el rendimiento de los otros activos líquidos equivalentes, que está íntegramente cobrado, pues no figuran en el balance cuentas de activo corriente que indiquen lo contrario y requieran ajuste por variaciones de saldos.

- d) Pagos (cobros) por impuesto sobre beneficios = $-\text{Gasto por impuesto de sociedades} - \uparrow\text{CC} + \downarrow\text{CC}$ de las cuentas relacionadas con el mismo, en concreto (47) «Hacienda Pública, acreedora por impuesto de sociedades» = $-55 - 0 + 15 = -40$.

OPERACIONES DE INVERSIÓN: ACTIVO

Se trata ahora de reproducir las operaciones de inversión que contabilizó la empresa en el año analizando para ello las variaciones de saldos de las cuentas implicadas y la información complementaria aportada por la memoria.

Memoria Nota (1): En relación con el inmovilizado material la empresa contabilizó dos operaciones:

- Venta elementos de transporte con el siguiente detalle:
 - $V_0 = 14$.
 - Amortización acumulada = 10.
 - Resultado = Pérdida = 1.
- Compras al contado: AAIM 200X-1 = 88; AAIM 200X = 94

Por la venta de elementos de transporte contabilizó en el año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada inmovilizado material	10	
57	Tesorería	3	
671	Pérdidas procedentes del inmovilizado material	1	
218	Elementos de transporte		14

La venta ha sido cobrada, pues no aparecen ni en el activo no corriente ni en el activo corriente créditos a largo o corto plazo por enajenación de inmovilizado (253, 543).

Las operaciones contabilizadas por la empresa deben analizarse desde el punto de vista del EFE comprobando, por tanto, si conllevaron variaciones en el efectivo y otros activos líquidos equivalentes, subgrupo (57).

En este caso Δ Efectivo y OALE = 3 Cobro por desinversión por venta de inmovilizado material

Según la memoria, en el ejercicio también se han producido compras de inmovilizado material. Nuevamente hay que recordar que los activos en balance figuran valorados a valor contable, que en el caso del inmovilizado es Valor inicial – Amortización acumulada – Deterioros. En cambio, las compras de inmovilizado deben contabilizarse al precio de adquisición, luego debe calcularse este importe para contabilizar la compra.

A partir de los saldos de balance (valores contables) se calculan los valores iniciales (Valor contable + Amortizaciones acumuladas, pues no hay información de deterioros).

	So	Sf
Inmov. material (VC)	334	345
Amortización acumulada	88	94
Valor inicial	422	439

Una vez conocidos los valores iniciales al comienzo y final del ejercicio puede reproducirse el mayor del inmovilizado material y calcular así el precio de adquisición que nos interesa:

IM	
So 422	14 (vta. ET)
(p. adq) X	
Sf = 439	

X = 31

Por las compras de inmovilizado material contabilizó en el año 200X:

Código	Cuenta	Debe	Haber
22	Inmovilizado material	31	
57	Tesorería		31

La compra ha sido pagada, pues no aparecen ni en el pasivo no corriente ni en el corriente deudas vinculadas a la adquisición de inmovilizado.

∇ Efectivo y OALE = 31 Pago por inversión por compra de inmovilizado material

Las operaciones de inversión habrían finalizado, pero hay una nota de enlace a la memoria que informa de una operación realizada con el efectivo y equivalentes:

Memoria Nota (2): En el ejercicio vendió al contado y sin resultados inversiones financieras de gran liquidez, por lo que contabilizó:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	18	
57	IF c/p gran liquidez		18

Δ∇ Efectivo y OALE = 0 (variación cualitativa o traspaso entre efectivo y equivalentes)

OPERACIONES DE FINANCIACIÓN: PATRIMONIO NETO Y PASIVO

Se procede igual que en el caso anterior, esto es, reproduciendo las operaciones de financiación que realizó la empresa en el año para calcular individualmente los cobros y pagos derivados de las mismas.

Memoria Nota (3): Ampliación de capital realizada en mayo, por la que contabilizó:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	15	
558	Socios por desembolsos exigidos	15	
103	Socios por desembolsos no exigidos	30	
100	Capital social (180 – 120)		60

Δ Efectivo y OALE = 15 Cobro financiero por ampliación de capital

Memoria Nota (4): Contabilización del reparto del beneficio del ejercicio anterior:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	78	
57	Tesorería		42
11	Reservas (276 – 240)		36

∇ Efectivo y OALE = 42 Pago financiero por dividendos

Memoria Nota (5): Informa de dos operaciones realizadas en el ejercicio en relación con los préstamos a largo plazo:

- Cancelación anticipada por 27.
- Obtención de un nuevo préstamo de 21, pagadero en tres cuotas anuales siendo la primera reembolsable el 30 de septiembre de 200X+1.

Habrà contabilizado, por tanto, las tres operaciones siguientes:

La cancelación anticipada del primer préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a l/p con entidades de crédito	27	
57	Tesorería		27

∇ Efectivo y OALE = 27 Pago por financiación por devolución de préstamos bancarios

La obtención del nuevo préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57	Tesorería	21	
170	Deudas a l/p con entidades de crédito		21

Δ Efectivo y OALE = 21 Cobro financiero por obtención de préstamos bancarios

Y la reclasificación al cierre de la primera cuota de amortización de este último:

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a l/p con entidades de crédito	7	
520	Deudas a c/p con entidades de crédito		7

No existe variación Efectivo y OALE, la operación no ha supuesto ni cobro ni pago

Finalmente, se procedería a la formulación del EFE conforme al modelo oficial del PGC.

	20X8	20X7
A) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN		
1. Resultado del ejercicio antes de impuestos	163	
2. Ajustes del resultado	42	
a) Amortización del inmovilizado (+)	16	
b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-)	7 (*)	
c) Variación de provisiones (+/-)		
d) Imputación de subvenciones (-)		
e) Resultados por bajas y enajenaciones del inmovilizado (+/-)	1	
f) Resultados por bajas y enajenaciones de inst. financieros (+/-)		
g) Ingresos financieros (-)	(3)	
h) Gastos financieros (+)	21	
i) Diferencias de cambio (+/-)		
j) Variación de valor razonable en instrumentos financieros (+/-)		
k) Otros ingresos y gastos (-/+)		
3. Cambios en el capital corriente	(44)	
a) Existencias (+/-)	2	
b) Deudores y otras cuentas a cobrar (+/-)	(58)	
c) Otros activos corrientes (+/-)		
d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)	8	
e) Otros pasivos corrientes (+/-)	4 (**)	
f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)		
4. Otros flujos de efectivo de las actividades de explotación	(58)	
a) Pagos de intereses (-)	(21)	
		.../...

	20X8	20X7
.../...		
b) Cobros de dividendos (+)		
c) Cobros de intereses (+)	3	
d) Cobros (pagos) por impuesto sobre beneficios (+/-)	(40)	
e) Otros pagos (cobros) (-/+)		
5. Flujos de efectivo de las actividades de explotación	103	
(*) Deterioro de mercaderías + Deterioro de clientes = 6 + 1 = 7		
(**) Organismos de la Seguridad Social acreedores + Hacienda Pública, acreedora por otros conceptos fiscales = 1 + 3 = 4		

	20X8	20X7
B) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN		
6. Pagos por inversiones (-)	(31)	
a) Empresas del grupo y asociadas		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material	(31)	
d) Inversiones inmobiliarias		
e) Otros activos financieros		
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
7. Cobros por desinversiones (+)	3	
a) Empresas del grupo y asociadas		
b) Inmovilizado intangible		
c) Inmovilizado material	3	
d) Inversiones inmobiliarias		
.../...		

	20X8	20X7
.../...		
e) Otros activos financieros		
f) Activos no corrientes mantenidos para venta		
g) Otros activos		
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión	(28)	
C) FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN		
9. Cobros y pagos por instrumentos de patrimonio	15	
a) Emisión de instrumentos de patrimonio (+)	15	
b) Amortización de instrumentos de patrimonio (-)		
c) Adquisición de instrumentos de patrimonio propio (-)		
d) Enajenación de instrumentos de patrimonio propio (+)		
e) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+)		
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero	(6)	
a) Emisión	21	
1. Obligaciones y otros valores negociables (+)		
2. Deudas con entidades de crédito (+)	21	
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (+)		
4. Otras deudas (+)		
b) Devolución y amortización de	(27)	
1. Obligaciones y otros valores negociables (-)		
2. Deudas con entidades de crédito (-)	(27)	
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (-)		
4. Otras deudas (-)		
.../...		

	20X8	20X7
.../...		
11. Pagos dividendos y remunerac. otros inst. patrimonio	(42)	
a) Dividendos (–)	(42)	
b) Remuneración de otros instrumentos de patrimonio (–)		
12. Flujos de efectivo de las actividades de financiación	(33)	
D) EFECTO DE LAS VARIACIONES DE LOS TIPOS DE CAMBIO	–	
E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO/EQUIVALENTES	42	
Efectivo o equivalentes al comienzo del ejercicio	118	
Efectivo o equivalentes al final del ejercicio	160	

Bibliografía

REAL DECRETO 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007).

NORMA INTERNACIONAL DE CONTABILIDAD n.º 7 (NIC 7): Estado de Flujos de Efectivo.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

BOICAC núm. 85, marzo 2011. Consulta 7. «Operaciones entre empresas del grupo», NRV 21.^a Transacciones mixtas entre empresas del grupo.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de lo que el consultante denomina «transacciones mixtas» entre empresas del grupo. En particular, se pregunta sobre el tratamiento contable de las siguientes operaciones:

- a) Aportación no dineraria del 60% de una inversión en una sociedad dependiente que constituye un negocio y compraventa mediante una transacción monetaria del restante 40%.*
- b) Aportación no dineraria del 40% de una inversión en una sociedad dependiente que constituye un negocio y compraventa mediante una transacción monetaria del restante 60%.*
- c) Compraventa del 100% de una sociedad dependiente que constituye un negocio, mediante una transacción monetaria por los valores consolidados, 120 u.m., cuando el valor razonable es 150 u.m.*
- d) Criterio que debe seguirse en la posterior fusión de la sociedad dominante y dependiente en cada uno de los citados casos.*
- e) Por último, se pregunta sobre el tratamiento contable en las fusiones entre sociedades del grupo cuando la sociedad absorbente no posee la totalidad de las participaciones de la sociedad absorbida, sino que otra sociedad del grupo posee una participación minoritaria y, por tanto, debe compensar a esta en efectivo por la pérdida patrimonial sufrida.*

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 aportación no dineraria del 60% de una inversión en una sociedad dependiente, que constituye un negocio, y la compraventa mediante una transacción monetaria del restante 40% debe contabilizarse aplicando a la aportación no dineraria la norma particular recogida en el apartado 2.1 de la NRV 21.^a del PGC, y la compraventa por su valor razonable. Este mismo criterio debería seguirse en el supuesto de que a través de la aportación se transmitiese el 40% de los derechos de voto y mediante la compraventa el 60% restante.

En la pregunta c) el consultante afirma que la compraventa del 100% se realiza por un importe inferior al valor razonable. A pesar de esta discordancia, la respuesta se formula desde un punto de vista estrictamente contable sin entrar a valorar las implicaciones de otra índole que pudieran derivarse de los hechos descritos.

El apartado 1 «Alcance y regla general» de la NRV 21.^a «Operaciones entre empresas del grupo» expresa que cualquier diferencia significativa entre el precio acordado y el valor razonable de una operación debe registrarse considerando la realidad económica que subyace en la misma. Este criterio, como se infiere de la denominación que se le ha dado al apartado, es aplicable a cualquier transacción, tanto a las realizadas entre empresas del grupo como a las acordadas entre partes no vinculadas, sin perjuicio de que se haya considerado oportuno incluir esta regla general en la NRV 21.^a por considerar que ante la ausencia de intereses contrapuestos las valoraciones otorgadas deberían ser objeto de un especial análisis en este contexto.

El consultante no identifica la relación que existe entre la empresa adquirente y la transmitente. De la consulta solo se desprende que se trata de dos empresas incluidas en el alcance de la NRV 21.^a.

Sea como fuere, cuando la diferencia entre ambos importes es a favor de la sociedad adquirente, la doctrina de este Instituto al amparo de la regulación contenida en la NRV 18.^a 2 ha identificado en el desplazamiento patrimonial la causa de una operación societaria no genuina de aportación, en el porcentaje del capital que la transmitente posea de la adquirente, cuyo tratamiento contable será el previsto en la NRV 21.^a 2.1 para las aportaciones no dinerarias de un negocio.

A tal efecto, la participación que es objeto de transferencia por compraventa será el porcentaje que represente el precio acordado en relación con el valor razonable de la inversión que, de acuerdo con los datos facilitados por el consultante, asciende al 80% de los instrumentos de patrimonio.

En la posterior fusión de la sociedad dominante y dependiente deberán emplearse los valores consolidados del grupo o subgrupo superior radicado en España, considerando las siguientes precisiones:

- Si la vinculación directa se ha producido entregando una contraprestación distinta a los instrumentos de patrimonio de la adquirente, los valores consolidados del negocio adquirido serán los que lucirían en las cuentas consolidadas del subgrupo formado por la sociedad dominante y dependiente que participan en la operación, aplicando el régimen general regulado en las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas (NFCAC) considerando como fecha de adquisición aquella en la que nace la relación directa de las sociedades dominante y dependiente que participan en la operación.

Para poder considerar que se ha producido la citada vinculación, el porcentaje de instrumentos de patrimonio adquiridos deberá representar, al menos, el 51 % de los derechos de voto de la sociedad dependiente.

- En caso contrario, serán de aplicación los criterios recogidos en el artículo 40.2 de las NFCAC.

Respecto a las fusiones descritas en último lugar, calificadas por la norma mercantil como especiales, cabe realizar las siguientes observaciones.

La NRV 21.^a 2.2.1, letra a), establece dos excepciones a la norma particular aplicable en las fusiones entre una dominante y su dependiente, directa o indirecta:

«Sin perjuicio de lo anterior, cuando la vinculación dominante-dependiente, previa a la fusión, trae causa de la transmisión entre empresas del grupo de las acciones o participaciones de la dependiente, sin que esta operación origine un nuevo subgrupo obligado a consolidar, el método de adquisición se aplicará tomando como fecha de referencia aquella en que se produce la citada vinculación, siempre que la contraprestación entregada sea distinta a los instrumentos de patrimonio de la adquirente.

Se aplicará este mismo criterio en los supuestos de dominio indirecto, cuando la dominante deba compensar a otras sociedades del grupo que no participan en la operación por la pérdida que, en caso contrario, se produciría en el patrimonio neto de estas últimas.»

De acuerdo con lo anterior, en estas operaciones el método de adquisición se aplicará tomando como fecha de referencia aquella en que se produce la vinculación directa.

En consecuencia, si la sociedad dominante participa de forma directa en la dependiente, al menos, en un 51 %, los elementos patrimoniales de esta última se deben integrar por los valores en las cuentas anuales consolidadas, considerando que la adquisición minoritaria del 49 % debe tratarse de forma similar a una adquisición de socios externos.

Dicha conclusión se soporta en el siguiente razonamiento. Las excepciones a la norma particular tienen como objetivo evitar el reconocimiento de una disminución patrimonial en la sociedad ab-

sorbente, cuando la contraprestación entregada es distinta a sus propios instrumentos de patrimonio neto. Sin embargo, dicho criterio no puede prosperar cuando las propias normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas establecen que la misma operación realizada con un tercero originaría una disminución en las reservas derivada del enfoque de «la entidad».

Si la sociedad absorbente no participa de forma directa en la absorbida, al menos, en un 51 %, con carácter general, los elementos patrimoniales de esta última se valorarán por su valor razonable en la fecha en que se produce la fusión.

EJEMPLO

Las sociedades «A», «B» y «C» componen un grupo de sociedades, al ostentar la sociedad matriz el control del 100 % del capital social de las sociedades dependientes «B» y «C». Ambas participaciones se adquirieron a la constitución de las sociedades, por lo que no se identificaron plusvalías tácitas no reconocidas ni diferencias de primera consolidación. La situación patrimonial de las sociedades del grupo a esta fecha son las siguientes:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«B»	«C»
Inmovilizado material	150.000	25.000	20.000
Inversión inmobiliaria			5.000
Part. emp. grupo («B»)	20.000		
Part. emp. grupo («C»)	10.000		
Activo corriente	25.000	35.000	5.000
Total activo	205.000	60.000	30.000
Capital social	100.000	20.000	10.000
Reservas	50.000	35.000	15.000
Deudas	55.000	5.000	5.000
Total pasivo	205.000	60.000	30.000

Se estima que el valor razonable de los elementos patrimoniales de la sociedad «C» coincide con su valor contable, excepto la inversión inmobiliaria, a la que se le estima un valor razonable de 8.000 u.m.

.../...

.../...

Se plantean las siguientes operaciones societarias:

- En esta fecha se acuerda la ampliación del capital social en 4.000 u.m., con una prima de emisión de 8.000 u.m. La sociedad «A» suscribe íntegramente la ampliación de capital, entregando una participación en la sociedad «C» representativa del 40 % de las acciones, que se valora por 12.000 u.m. Acto seguido, la sociedad «B» adquiere el 60 % restante de las acciones por un importe de 18.000 u.m. Se acuerda la fusión de ambas sociedades en este momento.
- En esta fecha se acuerda la ampliación del capital social en 6.000 u.m., con una prima de emisión de 12.000 u.m. La sociedad «A» suscribe íntegramente la ampliación de capital, entregando una participación en la sociedad «C» representativa del 60 % de las acciones, que se valora por 18.000 u.m. Acto seguido, la sociedad «B» adquiere el 40 % restante de las acciones por un importe de 12.000 u.m. Se acuerda la fusión de ambas sociedades en este momento.
- Se vende el 100 % de las acciones de la sociedad «C» a la «B» por un importe de 24.000 u.m. Se estima que el valor razonable de la inversión es de 30.000 u.m. Ambas empresas se fusionan.

Solución

La NRV de operaciones entre empresas del grupo en ocasiones hace referencia al valor por el que figuren los elementos patrimoniales en las cuentas consolidadas. Procederemos a elaborar las cuentas consolidadas del grupo, para llegar a los valores por los que deben figurar los elementos patrimoniales en las cuentas consolidadas del grupo.

La adquisición en ambas sociedades se realizó a la constitución de las mismas, por lo que no se aplicaría el método de adquisición (no será necesario estimar el valor razonable de los elementos patrimoniales del negocio, y calcular una diferencia de primera consolidación). Desde la constitución de la sociedad «B» se han reconocido unas reservas en dicha sociedad por importe de 35.000 u.m. Al ostentar el 100 % de la participación la sociedad «A», en la formulación de cuentas consolidadas ese importe debe atribuirse como reservas en sociedades consolidadas. El asiento por la eliminación de inversión-patrimonio neto en dicha sociedad será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «B»	20.000	
11	Reservas «B»	35.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»		20.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		35.000

.../...

.../...

De igual modo debemos proceder con la participación sobre la sociedad «C»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «C»	10.000	
11	Reservas «C»	15.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		10.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		15.000

Comprobamos como el valor por el que figuran los elementos patrimoniales de la sociedad «C» coincide con su valor contable en cuentas individuales. Luego el valor contable de los elementos patrimoniales (activos menos pasivos) coincide con el valor del patrimonio neto de la entidad, de 25.000 u.m.

La hoja de trabajo, para la formulación de las cuentas consolidadas, será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«B»	«C»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	150.000	25.000	20.000	195.000		195.000
Inversiones inmobiliarias ...			5.000	5.000		5.000
Part. emp. grupo («B»)	20.000			20.000	-20.000	0
Part. emp. grupo («C»)	10.000			10.000	-10.000	0
Activo corriente	25.000	35.000	5.000	65.000		65.000
Total activo	205.000	60.000	30.000	295.000	-30.000	265.000
Capital social	100.000	20.000	10.000	130.000	-30.000	100.000
Reservas	50.000	35.000	15.000	100.000	-50.000	50.000
Reservas en soc. consolid. ...					50.000	50.000
Deudas	55.000	5.000	5.000	65.000		65.000
Total pasivo	205.000	60.000	30.000	295.000	-30.000	265.000

.../...

.../...

A) Aportación del 40 %, adquisición del 60 % y posterior fusión

a) Registro de las operaciones en la sociedad «B»

La sociedad «B» acuerda la ampliación del capital social por 4.000 u.m., estableciéndose una prima de emisión de 8.000. El asiento por la emisión de las acciones será:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	12.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		12.000

Recibe a cambio de esas acciones emitidas una participación del 40 % sobre la sociedad «C». Aclara la Consulta 7 del BOICAC 85 (NFC040278) que esa participación recibida debe valorarse conforme a lo dispuesto en la norma de operaciones particulares entre empresas del grupo, por lo que la participación recibida debe reconocerse por el porcentaje que represente la misma sobre el valor por el que figuren en cuentas consolidadas los elementos patrimoniales de la sociedad. Ya hemos visto que el valor por el que figuran los elementos patrimoniales de la sociedad «C» en cuentas consolidadas era de 25.000 u.m., por lo que debemos reconocer la participación recibida por un valor de 10.000 u.m. Las diferencias que surjan, entre el valor reconocido a las acciones emitidas en la ampliación de capital, y el valor por el que debe reconocerse la participación recibida en la sociedad «C», debe reconocerse contra reservas de la sociedad. Al surgir esa diferencia en un proceso de ampliación de capital, y habiéndose reconocido una prima de emisión superior a ese valor, consideramos más representativo reconocer las diferencias que surjan minorando la prima de emisión reconocida en la ampliación del capital social:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»	10.000	
110	Prima de emisión o asunción	2.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		12.000

Por la inscripción de la ampliación de capital social:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	12.000	

.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
100	Capital social		4.000
110	Prima de emisión o asunción		8.000

La adquisición del 60 % debe reconocer la compraventa por su valor razonable, que se corresponde en nuestro caso con la contraprestación entregada de 18.000 u.m.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»	18.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		18.000

La situación patrimonial de las sociedades «B» y «C» en este momento es la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»	«C»
Inmovilizado material	25.000	20.000
Inversión inmobiliaria		5.000
Part. empresas grupo «C»	28.000	
Activo corriente	17.000	5.000
Total activo	70.000	30.000
Capital social	24.000	10.000
Prima de emisión	6.000	
Reservas	35.000	15.000
Deudas	5.000	5.000
Total pasivo	70.000	30.000

Se produce en este momento la fusión de las sociedades «B» y «C». Al estar participada la sociedad al 100 %, no será necesario emitir nuevas acciones, ni compensar al resto de accionistas por la fusión.

.../...

.../...

Según la Consulta 7 del BOICAC, si la vinculación se ha producido entregando una contraprestación distinta a los instrumentos de patrimonio de la adquirente, se debe reconocer la operación conforme al régimen general, considerando como fecha de adquisición aquella en la que nace la relación directa entre las sociedades que participan en la operación. En nuestro ejemplo, la vinculación se ha producido con la adquisición del 60 %, por lo que debe aplicarse con dicha fecha el método de adquisición. Según los datos del enunciado, el valor razonable de la inversión inmobiliaria era de 8.000. El valor razonable de la participación era de 30.000 u.m. (las 18.000 u.m. desembolsadas por el 60 % que se adquirió, más el valor razonable del 40 % que se recibió en la aportación no dineraria, de 12.000 u.m.). El valor razonable de los activos netos adquiridos era de 28.000 u.m. (las 25.000 u.m. del patrimonio neto, más la plusvalía no identificada de 3.000 u.m.), por lo que se debe reconocer un fondo de comercio en la operación de 2.000 u.m. Entendemos que, al tratarse de una operación entre empresas del grupo, no se debe reconocer la revalorización de la participación previa en el resultado del ejercicio, sino que al momento de la fusión la diferencia entre el valor razonable de los elementos patrimoniales y el valor contable por el que figura la participación en la sociedad, se reconoce contra reservas de la sociedad. El asiento de fusión sería:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizado material	20.000	
22	Inversiones inmobiliarias	8.000	
-	Activo corriente	5.000	
204	Fondo de comercio	2.000	
-	Deudas		5.000
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		28.000
11	Reservas «B»		2.000

El balance de la sociedad «B», después de la fusión con la sociedad «C», será el siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«BC»
Inmovilizado material	45.000
Inversión inmobiliaria	8.000
Fondo de comercio	2.000
Activo corriente	22.000
Total activo	77.000

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«BC»
.../...	
Capital social	24.000
Prima de emisión	6.000
Reservas	37.000
Deudas	10.000
Total pasivo	77.000

b) Registro de las operaciones en la sociedad «A»

La aportación no dineraria de la participación representativa del 40 % de las acciones de la sociedad «C» debe reconocerse conforme a lo dispuesto en la NRV de operaciones entre empresas del grupo para las operaciones particulares. La inversión recibida debe valorarse conforme al valor que representen los elementos patrimoniales en las cuentas consolidadas, al igual que valoró la sociedad receptora («B») la aportación recibida. Ya hemos visto que esa referencia debe entenderse al porcentaje del patrimonio neto que representen las acciones objeto de transmisión (10.000 u.m.). Las diferencias que surjan entre la participación en la sociedad «C», que se da de baja por la aportación, y el valor por el que debe reconocerse la participación en la sociedad «B» recibida, se reconocerán en reservas de la sociedad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»	10.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		4.000
11	Reservas		6.000

La venta del 60 % de las acciones a la sociedad «B» debe reconocerse conforme a las normas generales, por lo que se reconocerá un resultado en la operación por la diferencia entre el valor contable de dicha participación y la contraprestación recibida:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	18.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		6.000
			.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		12.000

La situación patrimonial de la sociedad «A», después de las operaciones realizadas, será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»
Inmovilizado material	150.000
Participaciones empresas del grupo	30.000
Activo corriente	43.000
Total activo	223.000
Capital social	100.000
Reservas	56.000
Resultado del ejercicio	12.000
Deudas	55.000
Total pasivo	223.000

c) *Formulación de las cuentas consolidadas del grupo, una vez realizadas las operaciones*

La sociedad «A» reconoció un resultado en la venta de la participación sobre la sociedad «C» de 12.000 u.m. Debemos eliminar ese resultado reconocido en la operación, contra reservas de la sociedad «A».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio «A»	12.000	
11	Reservas «A»		12.000

En la fusión de las sociedades «B» y «C» se ha aplicado el método de adquisición a fecha de la adquisición de la participación que representaba el 60 %, por lo que se reconocieron

.../...

.../...

los elementos patrimoniales por sus valores razonables, y se reconoció como diferencia de primera consolidación un fondo de comercio de 2.000 u.m. En las cuentas consolidadas no podemos aplicar ese tratamiento, ya que el control se mantiene dentro del grupo. Debemos eliminar las plusvalías reconocidas en la operación (de 3.000 u.m. por la inversión inmobiliaria) y dar de baja el fondo de comercio reconocido, contra las reservas de la sociedad «B»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
11	Reservas «B»	5.000	
204	Fondo de comercio		2.000
22	Inversiones inmobiliarias		3.000

El asiento de eliminación de inversión-patrimonio neto a esta fecha será el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «B»	24.000	
110	Prima de emisión «B»	6.000	
11	Reservas «B»	32.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»		30.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		32.000

La hoja de trabajo, para formular las cuentas anuales consolidadas, será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«BC»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	150.000	45.000	195.000		195.000
Inversiones inmobiliarias		8.000	8.000	-3.000	5.000
Part. empresas grupo «B»	30.000		30.000	-30.000	0
Fondo de comercio		2.000	2.000	-2.000	0
Activo corriente	43.000	22.000	65.000		65.000
Total activo	223.000	77.000	300.000	-35.000	265.000

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«BC»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
.../...					
Capital social	100.000	24.000	124.000	-24.000	100.000
Prima de emisión		6.000	6.000	-6.000	0
Reservas	56.000	37.000	93.000	-25.000	68.000
Resultado del ejercicio	12.000		12.000	-12.000	0
Reservas sociedades consolidadas ..				32.000	32.000
Deudas	55.000	10.000	65.000		65.000
Total pasivo	223.000	77.000	300.000	-35.000	265.000

Vemos como la imagen del grupo de sociedades no se ha modificado una vez realizadas las operaciones objeto de consulta, el valor de los elementos patrimoniales y del patrimonio neto del grupo, es idéntico antes y después de la operación mixta de aportación y enajenación de la sociedad «C», y posterior fusión entre las sociedades «B» y «C».

B) Aportación del 60 %, adquisición del 40 % y posterior fusión

a) Registro de las operaciones en la sociedad «B»

Al igual que en el caso anterior, debe reconocerse la aportación no dineraria de las acciones conforme a la norma particular.

El asiento por la emisión de las acciones en la ampliación del capital social sería:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	18.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		18.000

La participación en la sociedad «C» debe reconocerse por el valor consolidado por el que figurase. Hemos comprobado previamente que la sociedad «C» tenía un valor en cuentas consolidadas de 25.000 u.m., luego las acciones representativas del 60 % deben reconocerse por un valor de 15.000. La diferencia entre el valor por el que se reconoce la participación recibida en la sociedad «C» y las acciones entregadas debe reconocerse en reservas de la sociedad:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones empresas del grupo «C»	15.000	
110	Prima de emisión o asunción	3.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		18.000

El asiento por la inscripción de la ampliación de capital social es:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	18.000	
100	Capital social		6.000
110	Prima de emisión o asunción		12.000

La adquisición del 40 % restante debe reconocerse conforme a las normas generales, por lo que se valorará la inversión por el importe desembolsado de 12.000 u.m.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo ..	12.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		12.000

La situación patrimonial de las sociedades «B» y «C» en este momento será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»	«C»
Inmovilizado material	25.000	20.000
Inversiones inmobiliarias		5.000
Participaciones empresas grupo «C»	27.000	
Activo corriente	23.000	5.000
Total activo	75.000	30.000
Capital social	26.000	10.000

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»	«C»
.../...		
Prima de emisión	9.000	
Reservas	35.000	15.000
Deudas	5.000	5.000
Total pasivo	75.000	30.000

Se acuerda en ese momento la fusión de las sociedades «B» y «C». Al haberse adquirido la vinculación directa a través de la entrega de instrumentos de patrimonio de la sociedad dominante, los elementos patrimoniales deben reconocerse por los valores por los que figurasen previamente en cuentas consolidadas. Las diferencias que surjan deben reconocerse contra reservas de la sociedad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizado material	20.000	
22	Inversiones inmobiliarias	5.000	
–	Activo corriente	5.000	
11	Reservas «B»	2.000	
–	Deudas		5.000
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		27.000

La situación patrimonial de la sociedad «B», con posterioridad a la fusión, será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»
Inmovilizado material	45.000
Inversión inmobiliaria	5.000
Activo corriente	28.000
Total activo	78.000
.../...	

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»
.../...	
Capital social	26.000
Prima de emisión	9.000
Reservas	33.000
Deudas	10.000
Total pasivo	78.000

b) Registro de las operaciones en la sociedad «A»

La inversión recibida en la aportación no dineraria debe reconocerse en la sociedad aportante por el mismo valor que en la sociedad receptora: por el valor por el que figurasen las acciones de la sociedad «C» en cuentas consolidadas (15.000 u.m.). La diferencia entre ese importe y el valor de la participación en la sociedad «C» que damos de baja debe reconocerse contra reservas de la sociedad aportante:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones empresas del grupo, «B»	15.000	
2403	Participaciones empresas del grupo, «C»		6.000
113	Reservas voluntarias		9.000

La venta posterior del 40 % debe reconocerse conforme a las normas generales. Se debe reconocer en dicha operación un resultado por la diferencia entre la contraprestación recibida, y el valor por el que figuraba la inversión en las cuentas individuales de la sociedad «A»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	12.000	
2403	Participaciones empresas del grupo, «C»		4.000
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		8.000

.../...

.../...

La situación patrimonial de la sociedad «A» en este momento será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»
Inmovilizado material	150.000
Participaciones empresas del grupo, «B»	35.000
Activo corriente	37.000
Total activo	222.000
Capital social	100.000
Resultado del ejercicio	8.000
Reservas	59.000
Deudas	55.000
Total pasivo	222.000

c) *Formulación de las cuentas consolidadas del grupo, una vez realizadas las operaciones*

Para la formulación de cuentas consolidadas debemos eliminar el resultado reconocido en la venta de la participación en la sociedad «C», reconociendo ese importe en reservas de la sociedad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio «A»	8.000	
11	Reservas «A»		8.000

El asiento de eliminación de inversión-patrimonio neto por la integración global de la sociedad «B» será el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «B»	26.000	
110	Prima de emisión	9.000	
11	Reservas «B»	33.000	

.../...

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»		35.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		33.000

La hoja de trabajo para formular las cuentas consolidadas del grupo será:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«B»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	150.000	45.000	195.000		195.000
Inversiones inmobiliarias		5.000	5.000		5.000
Part. empresas grupo «B»	35.000		35.000	-35.000	0
Activo corriente	37.000	28.000	65.000		65.000
Total activo	222.000	78.000	300.000	-35.000	265.000
Capital social	100.000	26.000	126.000	-26.000	100.000
Prima de emisión		9.000	9.000	-9.000	0
Reservas	59.000	33.000	92.000	-25.000	67.000
Reservas sociedades consolidadas ..				33.000	33.000
Resultado del ejercicio	8.000		8.000	-8.000	0
Deudas	55.000	10.000	65.000		65.000
Total pasivo	222.000	78.000	300.000	-35.000	265.000

Podemos comprobar como la situación de las cuentas consolidadas es la misma que la situación inicial, por lo que las operaciones realizadas entre empresas del grupo no han afectado a los valores por los que aparecen los elementos patrimoniales, ni al valor del patrimonio neto reconocido.

C) Venta del 100 % a un precio inferior a su valor razonable

a) Registro de las operaciones en la sociedad «B»

Considera la consulta que, de haberse vendido la participación por un importe inferior a su valor razonable, atendiendo a la realidad económica de la operación, deben identificarse dos hechos económicos en esa transacción.

.../...

.../...

Por la relación entre el precio de la venta, y el valor razonable de la participación transferida, debe reconocerse una venta de parte de la inversión. En nuestro caso práctico el precio de transferencia es de 24.000 u.m., mientras que el valor razonable es de 30.000 u.m., luego debemos entender que se vende el 80 % de las acciones a su valor razonable.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»	24.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		24.000

El resto de la participación que se enajena debemos entender que se entrega a título gratuito, por lo que debe aplicarse lo dispuesto para las aportaciones no dinerarias de negocio. En nuestro ejemplo, el 20 % restante se debe entender entregado a título gratuito. Esa inversión recibida debe reconocerse por el valor por el que figure en cuentas consolidadas. Ya hemos visto anteriormente que el valor por el que figura la sociedad «C» en cuentas consolidadas era de 25.000 u.m., por lo que el 20 % de sus acciones debe reconocerse por un valor de 5.000 u.m.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»	5.000	
118	Aportaciones de los socios		5.000

La situación patrimonial de ambas sociedades en este momento será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»	«C»
Inmovilizado material	25.000	20.000
Inversiones inmobiliarias		5.000
Participaciones empresas grupo, «C»	29.000	
Activo corriente	11.000	5.000
Total activo	65.000	30.000
Capital social	20.000	10.000
Aportaciones de los socios	5.000	

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«B»	«C»
.../...		
Reservas	35.000	15.000
Deudas	5.000	5.000
Total pasivo	65.000	30.000

En la fusión entre ambas sociedades debemos considerar lo dispuesto en la consulta del BOICAC. Al adquirirse la vinculación directa entregando una contraprestación distinta a los instrumentos de patrimonio de la sociedad adquirente, los valores consolidados del negocio deben calcularse considerando como fecha de adquisición aquella en la que nace la relación directa. De modo que debemos reconocer en la fusión la plusvalía en las inversiones inmobiliarias, y una diferencia de primera consolidación por la diferencia entre el valor razonable de los activos netos. Las diferencias entre el valor contable de la participación (5.000) y el valor razonable (6.000) entendemos que deben reconocerse contra reservas de la sociedad.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizado material	20.000	
22	Inversiones inmobiliarias	8.000	
-	Activo corriente	5.000	
204	Fondo de comercio	2.000	
-	Deudas		5.000
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		29.000
11	Reservas «B»		1.000

Una vez fusionadas ambas sociedades, la situación patrimonial de la sociedad resultante de la fusión, «BC», será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«BC»
Inmovilizado material	45.000
Inversiones inmobiliarias	8.000
Fondo de comercio	2.000
	.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«BC»
.../...	
Activo corriente	16.000
Total activo	71.000
Capital social	20.000
Aportaciones de los socios	5.000
Reservas	36.000
Deudas	10.000
Total pasivo	71.000

b) Registro de las operaciones en la sociedad «A»

Al igual que hemos hecho en la sociedad adquirente, en la enajenación de la participación a un precio inferior a su valor razonable deben, atendiendo a la realidad económica subyacente, diferenciarse dos hechos económicos:

- La venta de una participación por el porcentaje que represente el precio acordado en la operación sobre el valor razonable de la participación. Se debe reconocer en la sociedad «A» un beneficio por la diferencia entre el importe de venta, y el valor contable por el que figure la participación que se considera objeto de venta.
- El resto de las acciones transmitidas debe entenderse que se trata de una transacción a título gratuito, por lo que se debe reconocer la aportación a título gratuito conforme a lo dispuesto para las aportaciones no dinerarias.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	24.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo «C»		8.000
773	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en partes vinculadas		16.000

Por la parte que hemos considerado aportada a título gratuito (el 20 % restante), debe reconocerse la operación conforme a lo dispuesto para las aportaciones no dinerarias. Debemos

.../...

.../...

incrementar la participación en la sociedad «B» por el valor consolidado de la participación entregada (el 20 % de las 25.000 u.m. por los que figuraban en cuentas consolidadas el negocio que suponía la sociedad «C»; 5.000 u.m.). La diferencia entre el valor por el que se reconoce el incremento de la inversión en la sociedad «B», y el valor contable por el que figura la inversión en la sociedad «C» que damos de baja en este momento debe reconocerse contra reservas de la sociedad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»	5.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		2.000
11	Reservas		3.000

El balance de la sociedad en este momento será el siguiente:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»
Inmovilizado material	150.000
Participaciones empresas grupo «B»	25.000
Activo corriente	49.000
Total activo	224.000
Capital social	100.000
Resultado del ejercicio	16.000
Reservas	53.000
Deudas	55.000
Total pasivo	224.000

c) *Formulación de las cuentas consolidadas del grupo, una vez realizadas las operaciones*

Al considerar que parte de la operación debía tratarse como una venta de participaciones entre empresas del grupo, aplicando las normas generales, se ha reconocido un beneficio por esa operación en las cuentas individuales de la sociedad «A». Ese resultado no debe figurar en las cuentas consolidadas del grupo, por lo que daremos de baja el resultado reconocido aplicando ese importe en las reservas de la sociedad:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	16.000	
11	Reservas «A»		16.000

La fusión entre las sociedades «B» y «C» se ha reconocido aplicando el método de adquisición a la fecha en que se adquirió la vinculación directa. En las cuentas consolidadas no será adecuado aplicar ese criterio, ya que se trata de una operación de fusión entre empresas del grupo. Debemos dar de baja las plusvalías reconocidas a esa fecha, y la diferencia de primera consolidación reconocida, disminuyendo en ese importe las reservas de la sociedad «B».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
11	Reservas «A»	5.000	
22	Inversiones inmobiliarias		3.000
204	Fondo de comercio		2.000

El asiento de eliminación inversión-patrimonio neto, por la participación en la sociedad «B», será el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «B»	20.000	
118	Aportaciones de los socios	5.000	
11	Reservas «B»	31.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»		25.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		31.000

La hoja de trabajo para formular cuentas consolidadas del grupo será:

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«BC»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	150.000	45.000	195.000		195.000
Inversión inmobiliaria		8.000	8.000	-3.000	5.000
					.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de 20X9	«A»	«BC»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
.../...					
Part. emp. grupo («B»)	25.000		25.000	-25.000	0
Fondo de comercio		2.000	2.000	-2.000	0
Activo corriente	49.000	16.000	65.000		65.000
Total activo	224.000	71.000	295.000	-30.000	265.000
Capital social	100.000	20.000	120.000	-20.000	100.000
Aportaciones de los socios		5.000	5.000	-5.000	0
Resultado del ejercicio	16.000		16.000	-16.000	0
Reservas	53.000	36.000	89.000	-20.000	69.000
Reservas en soc. consolid.				31.000	31.000
Deudas	55.000	10.000	65.000		65.000
Total pasivo	224.000	71.000	295.000	-30.000	265.000

Podemos comprobar como la situación patrimonial del grupo es la misma que se obtenía de las cuentas consolidadas iniciales, reconociéndose los elementos patrimoniales, y el patrimonio del grupo, por los mismos importes. Por lo que la operación de la venta de la participación en la sociedad «C», por un precio inferior a su valor razonable, y la posterior fusión entre ambas sociedades, no ha tenido ningún impacto en las cuentas consolidadas del grupo.

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

BOICAC núm. 85, marzo 2011. Consulta 18. «Operaciones entre empresas del grupo», NRV 21.^a NECA 1.^a Creación de una sociedad como medio para la posterior enajenación de un negocio del grupo.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la creación de una sociedad como medio para la posterior enajenación de un negocio del grupo.

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.

Las operaciones de segregación, aportación no dineraria o fusión en las que la sociedad beneficiaria o absorbente es de nueva creación quedan dentro del ámbito de aplicación de la NRV 21.^a 2 si las sociedades que intervienen en la misma se califican como empresas del grupo de acuerdo con la norma de elaboración de las cuentas anuales (NECA) 13.^a incluida en la tercera parte del PGC, incluso cuando dicha vinculación surge como consecuencia de la operación.

La citada NRV 21.^a 2 no contempla que las reglas particulares pueden excepcionarse en los casos descritos por el consultante.

Sin embargo, cuando la sociedad de nueva creación que adquiere el negocio se configure como un mero vehículo con el objetivo de enajenar sus instrumentos de patrimonio a terceros, lo

que en el fondo determinaría la enajenación indirecta del negocio objeto de la transacción, la correcta interpretación de los hechos descritos por el consultante debería llevar a concluir que, en esencia, la nueva sociedad no forma parte del grupo cuando recibe el negocio, porque el control se ha cedido en virtud del acuerdo marco que soporta la transacción y, en consecuencia, que la adquisición original quedaría fuera del alcance de la NRV 21.^a 2.

En todo caso, para poder concluir que la transacción queda fuera del alcance de la NRV 21.^a, los instrumentos de patrimonio de la sociedad vehículo se deberán haber enajenado a un tercero antes de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio en que se transmitió el negocio a la citada sociedad instrumental.

EJEMPLO

La sociedad «GOLO, SA», dedicada al negocio alimentario, acuerda con un fondo de capital riesgo la venta de la línea de negocios de yogures helados, con un alto potencial de venta. Se acuerda la venta por un importe de 250.000 u.m., para lo cual se creará una nueva sociedad a la que se aportará dicho negocio. Los componentes del negocio se encuentran reconocidos en libros de la compañía por los siguientes importes:

Conceptos	Valor contable
Maquinaria	100.000
Existencias	75.000
Clientes	15.000

La creación de la sociedad se lleva a cabo a mediados de diciembre, formalizándose la venta a comienzos de enero del ejercicio siguiente.

Solución

El tratamiento de las aportaciones no dinerarias de un negocio, cuando las partes de la operación tengan la consideración de «empresas del grupo» según la NECA 13.^a, viene recogido en la NRV 21.^a 2. Según dicha norma, el aportante debe valorar la inversión por el valor contable que tuvieran los elementos aportados en las cuentas consolidadas. En las aportaciones no dinerarias de nueva creación debe seguirse el mismo criterio.

Esa norma no establece ninguna excepción a la regla de valoración de las inversiones recibidas por el valor contable en libros consolidados. Se le consulta al Instituto de Contabilidad

.../...

.../...

y Auditoría de Cuentas (ICAC) si en el caso de que la creación de la sociedad se realice con el objeto de facilitar la venta a terceros, siendo un mero vehículo para la facilitar la enajenación del negocio a terceros, la operación debería recibir el mismo tratamiento.

Considera el ICAC que, cuando la creación de una nueva sociedad responda a facilitar la enajenación de un negocio, en la constitución del vehículo no procede aplicar el tratamiento establecido en la NRV 21.^a 2. Según la Consulta 18 del BOICAC 85, en estas operaciones se debe entender que la empresa no forma parte del grupo, ya que el control se ha cedido a terceros, no estando por la operación dentro del alcance de la norma de operaciones entre empresas del grupo.

«Sin embargo, cuando la sociedad de nueva creación que adquiere el negocio se configure como un mero vehículo con el objetivo de enajenar sus instrumentos de patrimonio a terceros, lo que en el fondo determinaría la enajenación indirecta del negocio objeto de la transacción, la correcta interpretación de los hechos descritos por el consultante debería llevar a concluir que, en esencia, la nueva sociedad no forma parte del grupo cuando recibe el negocio, porque el control se ha cedido en virtud del acuerdo marco que soporta la transacción y, en consecuencia, que la adquisición original quedaría fuera del alcance de la NRV 21.^a 2.»

Al estar excluidas del alcance de las operaciones ente empresas del grupo, se deberían aplicar las normas generales a dicha operación, por lo que parece, se debe reconocer la inversión recibida por el valor razonable.

Establece una cautela adicional la consulta, para poder entender que la operación queda fuera del alcance de las normas de empresas del grupo, se debe haber producido la enajenación de los instrumentos de patrimonio de la sociedad creada como vehículo para la enajenación del negocio antes de la formulación de las cuentas anuales:

«En todo caso, para poder concluir que la transacción queda fuera del alcance de la NRV 21.^a, los instrumentos de patrimonio de la sociedad vehículo se deberán haber enajenado a un tercero antes de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio en que se transmitió el negocio a la citada sociedad instrumental.»

A pesar de tratarse la operación de una aportación no dineraria de un negocio a una empresa de nueva creación, recibándose en esa operación la totalidad de los instrumentos de patrimonio de la entidad de nueva creación, entiende el PGC que dicha operación no debe quedar comprendida dentro del alcance de la norma 21.^a 2. Considera la Consulta 18 del BOICAC 85 (NFC040263) que en esta situación se ha desprendido la entidad del control, por lo que no debe aplicarse la norma 21.2.^a, que regula las relaciones entre empresas del grupo. La inversión recibida, con objeto de la aportación no dineraria de negocio, debe reconocerse por su valor razonable. Al momento de la aportación, el asiento a reconocer en cuentas será:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
25,54	Inversiones financieras	250.000	
213	Maquinaria		100.000
3	Existencias		75.000
430	Clientes		15.000
77	Resultados en la enajenación de negocio		60.000

En el ejercicio siguiente, cuando se enajene la participación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	250.000	
25,54	Inversiones financieras		250.000

Establece como cautela adicional la norma que, si antes de la formulación de cuentas no se ha enajenado la participación, no procederá aplicar dicho criterio. En el caso de que se vayan a formular las cuentas del ejercicio, sin que se haya vendido la participación a terceros, se debe dar de baja el resultado reconocido. Se reconocería la inversión en ese caso, tal y como establece la norma 21.2.^a, por el valor en cuentas consolidadas de los activos aportados.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
77	Resultado en la enajenación de negocio	60.000	
25,54	Inversiones financieras		60.000

Recensiones bibliográficas

El impacto del Derecho de la UE en el poder tributario de las CC. AA.

Francisco ESCRIBANO LÓPEZ, Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ, Francisco M. CARRASCO GONZÁLEZ y Alfonso SANZ CLAVIJO (coords.) y varios autores más
Aranzadi, Navarra, 2011, 392 págs.

Con el mismo título que el del libro se realizaron en febrero de 2011, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, unas jornadas que contaron con la participación de la mayoría de los autores que firman los diversos capítulos¹, estructurados en cinco amplios bloques de materias. Las jornadas y la publicación resultante traducen los esfuerzos de un grupo de investigación universitario de Sevilla y Cádiz sobre los derechos y garantías de los contribuyentes en la Ley General Tributaria, desde una perspectiva constitucional y comunitaria. Sin embargo, la obra finalmente publicada, si nos atenemos al enunciado que se realiza al principio de la misma, «no es una mera recopilación de las presentaciones de aquellas jornadas, sino, más bien, un estudio exhaustivo de diversos temas que son, desde la perspectiva tributaria, de la más candente actualidad», tanto para las comunidades autónomas (CC. AA.), como para el Estado central. El enfoque realizado es eminentemente práctico y aborda los límites del Derecho de la Unión Europea (UE) al poder tributario autonómico.

El primer bloque considera los aspectos generales de esa relación, englobando tres capítulos sobre los perfiles constitucionales –la habilitación del artículo 93 CE para transferir competencias a una organización internacional– y la toma en consideración de la UE por los nuevos Estatutos de Autonomía que se fueron aprobando en la anterior Legislatura; las condiciones y restricciones impuestas a las competencias tributarias de las CC. AA. por las libertades que aparecen en el Tratado de Funcionamiento de la UE, definiendo el mercado interior y prohibiendo las ayudas de Estado, falseadoras de la competencia, así como los mecanismos que garantizan la primacía del Derecho de la Unión (inaplicación del Derecho nacional incompatible con el mismo, la cuestión prejudicial y los procedimientos de infracción) y se observan también diferentes conflictos que se han planteado con relación a tributos autonómicos en el marco actual de relaciones Estado-CC. AA. presidido por el principio de corresponsabilidad fiscal, esbozando propuestas para mejorar la adecuación de aquellos al ordenamiento de la UE.

El segundo bloque gira en torno a las limitaciones que derivan de los principios y libertades del Derecho europeo y agrupa dos ponencias de factura bien diferenciada. Por un lado, está una breve reflexión general, aunque con abundante consulta de la jurisprudencia del Tribunal de Jus-

¹ A saber, por el orden de aparición en la obra: Manuel MEDINA GUERRERO, Antonio BLANCO DALMAU, José María UTAN-DE SAN JUAN, Edoardo TRAVERSA (que escribe también el penúltimo capítulo), Francisco ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco M. CARRASCO GONZÁLEZ, Saturnina MORENO GONZÁLEZ, Adolfo MARTÍN JIMÉNEZ, Alfonso SANZ CLAVIJO, Florián GARCÍA BERRO, Alejandro GARCÍA HEREDIA y Fernando DE LA HUCHA CELADOR.

ticia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la aplicación de las libertades del Tratado a las autoridades subnacionales (regionales y locales) de los Estados miembros y, por otro lado, el amplio estudio del profesor ESCRIBANO LÓPEZ, centrado en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el irresponsable ejercicio de competencias normativas que las CC. AA. han demostrado con relación al mismo. A partir de la idea de la corresponsabilidad fiscal y del modelo de financiación regulado en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, el autor se ocupa del régimen jurídico de la citada figura como impuesto cedido y va desgranando los diferentes beneficios fiscales instaurados en la normativa autonómica y que comportan una carga fiscal para el contribuyente mucho más baja que la que resultaría de la legislación del Estado (aplicable esta a los no residentes) y que conduce, en casos conocidos, a una práctica supresión del gravamen que infringe los principios de lealtad institucional, igualdad e interdicción de la arbitrariedad; tiene en cuenta la jurisprudencia del TJUE y se plantea, con apoyo en la misma, las medidas que puede adoptar España para no incurrir en las violaciones detectadas a lo largo de su trabajo y que afectan a la no discriminación por razón de nacionalidad o residencia, libertad de establecimiento y libre circulación de capitales.

La prohibición de ayudas de Estado –prevista también en el Derecho originario de la UE– como límite específico al poder tributario de las CC. AA. conforma el tercer bloque del libro, donde se reúnen cuatro capítulos que repasan el criterio de selectividad geográfica tal y como ha sido concebido por la Comisión Europea y la interpretación realizada por el TJUE. Asimismo se considera el criterio de selectividad material y cómo afectaría a las normas tributarias autonómicas; punto en el que el profesor MARTÍN JIMÉNEZ aventura el juicio de que los conflictos entre la Comisión y las CC. AA. a la luz del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento no han hecho más que empezar y, por tanto, «bien harían las CC. AA. en buscar, con carácter preventivo, la autorización de la Comisión en relación con normas que presentan las notas propias de la selectividad material, tal y como la entiende el TJUE en los últimos tiempos: medidas que distinguen entre empresas residentes y no residentes (o entre inversión en empresas residentes o no residentes) en las CC. AA. Si a ello añadimos los problemas, en términos de libertades, que la normativa española plantea, quizás los legisladores autonómicos deberían considerar una revisión a fondo de su legislación y el legislador estatal una reforma de la LOFCA y las leyes de cesión, antes de que los conflictos amenacen, con lo que ello supone en tiempos de crisis, el presupuesto autonómico o el estatal de forma grave». Al final de esta parte, se analizan también los aspectos procedimentales de la prohibición de ayudas de Estado, sobre la base de los correspondientes procedimientos de notificación e investigación de nuevas ayudas y de examen y recuperación de ayudas ilegales.

Descendiendo después al Derecho derivado de la UE, en el cuarto bloque de cuestiones tratadas en el libro, se ponen de manifiesto los aspectos conflictivos del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores y se analiza la compatibilidad con el ordenamiento supranacional del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

Ambos temas han quedado afectados por modificaciones legislativas posteriores a la publicación de los trabajos. El polémico artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores –sobre el que el TJUE se ha expresado ya en Autos de octubre de 2010, comentados en la obra por GARCÍA BERRO– se ha visto afectado por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria

y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que pretende conformarle «tal como se estableció originariamente, como una medida antielusión fiscal de las posibles transmisiones de valores que, solo, sean una cobertura de una transmisión de inmuebles, mediante la interposición de figuras societarias»; lo que favorece la impresión de estar ahora ante un precepto perfectamente inútil, como algún autor ha señalado, dada su indiferenciación de requisitos y eficacia con el conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

Y, en cuanto al impuesto sobre ventas minoristas o «céntimo sanitario», que había sido objeto de dictámenes motivados desfavorables de la Comisión Europea, por lo que cabe esperar una futura sentencia del TJUE y hasta del Tribunal Constitucional por una cuestión de inconstitucionalidad formulada en torno al mismo, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 ha optado por integrarlo en el Impuesto sobre Hidrocarburos, lo cual ha afectado a la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las CC. AA. de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

El último bloque del libro se refiere a la aplicación de límites al poder tributario de entidades regionales en modelos territoriales diversos de las CC. AA. Al mismo pertenecen los trabajos de Edoardo TRAVERSA, profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Católica de Lovaina, quien ilustra sobre el federalismo fiscal en Bélgica, y el conclusivo del libro sobre las Haciendas forales del País Vasco y Navarra, escrito por Fernando DE LA HUCHA CELADOR, catedrático de la Universidad Pública de esta última comunidad.

Miguel Ángel Martínez Lago

Relaciones entre «reglamento» y «ley» en materia tributaria

Eva ANDRÉS AUCEJO

Marcial Pons, Madrid, 2013, 220 págs.

Dado el título de la obra elegida para dar noticia, habrá quien piense que la misma se sitúa a espaldas de los numerosos problemas que suscita la legislación tributaria en nuestros días.

Sin embargo, basta echar un vistazo al extenso prólogo que la encabeza, escrito por Clemente CHECA, catedrático de Derecho Financiero de la Universidad de Extremadura, para desechar de inmediato esa ligera y errónea impresión, pues como él mismo asegura «la potestad reglamentaria en materia financiera ha cobrado una importancia inusitada, trastocándose con ello el modesto papel que la Constitución otorga al Reglamento y su efectivo uso en la realidad, en la que la norma reglamentaria funciona como un producto normativo tan importante o más que la propia ley, acentuándose aún más este problema por el acusado protagonismo de otras disposiciones administrativas que ni siquiera tienen rango reglamentario, como las resoluciones del ICAC, y que, sin embargo, juegan un importante y decisivo papel en la esfera tributaria, soslayándose, ignorándose o degradándose con este proceder el alcance y contenido del principio de reserva de ley tributaria».

Son muchas las ideas que suscita el prólogo y que van más allá de la pura relación entre normas primarias y secundarias, entre las que ahora solamente quiero destacar dos, una porque constituye una crítica bastante extendida del estado actual de los sistemas democráticos fundados en la actividad de los partidos políticos y otra que casa con los procesos de normación en el contexto integrado europeo en el que nos situamos.

La primera supone la constatación de la pérdida de centralidad de los Parlamentos en el sistema, consecuencia del monopolístico protagonismo ejercido por los partidos, actuantes según una lógica caudillista, como prolongación del «líder» al que sirven en todo. Ello provoca consecuencias inobjetables en las relaciones Gobierno-Parlamento y, por tanto, en la propia división de poderes, dado que en la mayoría de las ocasiones, las Cámaras ejercen un papel de registro de las decisiones adoptadas fuera (*backdoor rules*) y se limitan a escenificar la ratificación de los proyectos gubernamentales.

Por otra parte, y emparentado con lo anterior, se encuentra el hecho de que las principales decisiones parlamentarias nacionales adoptan un carácter subalterno y supeditado a las adoptadas previamente por las instituciones europeas, cuando no de las indicaciones recibidas de la «Troika». Esta corriente arriba (*upstream*) hacia la Unión Europea, limita severamente las posibilidades de debate interno y da lugar a una «pérdida de calidad democrática a favor de la eficacia en la actuación reguladora de los Estados en el plano económico», como señala el profesor CHECA GONZÁLEZ.

La autora del libro escogido es profesora titular de Derecho Financiero de la Universidad de Barcelona, quien arranca con el enunciado de conceptos sobradamente conocidos de la Teoría general del Derecho Público antes de proyectar sus observaciones sobre la materia tributaria, valiosamente sustentadas en la doctrina científica y jurisprudencial.

Al principio, se da cuenta del origen de la potestad reglamentaria gubernamental en Reino Unido, Francia, Alemania y España, enmarcando luego aquella en el sistema dibujado por la Constitución de 1978, cuyo artículo 97 la perfila como una competencia separada de las funciones de dirección política y de ejecución que corresponden al Gobierno. En este punto, la profesora ANDRÉS AUCEJO considera que la potestad reglamentaria tiene *naturaleza constitucional*, conformándose como una *potestad subordinada* a las prescripciones constitucionales y al imperio de la ley, que adopta *formalmente* el ropaje de Decreto acordado por el Consejo de Ministros, sin perjuicio de que la titularidad de aquella no sea exclusiva, lo que explica que dispongan también de la misma las comunidades autónomas y la Administración local, entre otros sujetos, y que se somete a control judicial.

Después se distinguen los diversos tipos de reglamentos: según la Administración territorial o institucional de la que emanen (estatales, autonómicos, locales, del Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.), por su relación con las normas primarias (reglamentos de ejecución, independientes y de necesidad) y en función de sus efectos (reglamentos jurídicos o normativos y administrativos o de organización).

El conjunto de cuestiones generales se completa con el estudio de la delegación legislativa –particularmente del reenvío material o recepticio y formal o no recepticio, distinguiendo diversas acepciones de la «deslegalización» y anotando la figura del «reglamento delegado», amén de señalar los límites de la teoría de la remisión legal de la ley al reglamento y dejar expuestos los antecedentes de la remisión normativa en materia tributaria (Ley Orgánica del Estado de 1967 y Ley General Tributaria de 1963)– y de la relación existente entre la reserva de ley y la potestad reglamentaria, donde la autora irá dando respuesta a diversos interrogantes: ¿en qué términos puede un reglamento dar desarrollo a una materia reservada constitucionalmente a ley?, ¿es necesaria remisión, habilitación u autorización legal para que el reglamento pueda desarrollar y complementar una ley?, ¿procede la regulación de materias no expresamente reservadas a ley mediante reglamento independiente?, ¿es factible su explicación a la luz de la teoría del reparto horizontal de materias entre ley-reglamento?

El primer capítulo se cierra dejando indicadas las implicaciones de la teoría de la remisión legal en la actualidad y su seguimiento por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, posicionándose la autora a favor de la necesaria habilitación legal para que los reglamentos tributarios puedan regular materias reservadas a la ley.

El siguiente capítulo comienza resaltando el evidente protagonismo del reglamento en materia tributaria –que el Tribunal Constitucional ha avalado por razones de «complejidad técnica»–, pese al limitado papel que a la figura reserva la Constitución y a sobresalir en este ámbito jurídico, como sucede también en el orden penal, el principio de reserva de ley de una manera especialmente acentuada.

Precisamente, el estudio de dicho principio se acomete por la profesora ANDRÉS AUCEJO, nada más haber dejado referencia de la crisis de los sistemas parlamentarios y el papel hegemó-

nico que ostenta el Ejecutivo frente al Legislativo. La autora es consciente de la dificultad que conlleva el tratamiento del principio de legalidad, sometido, como es obvio, a innumerables formulaciones doctrinales. Con todo, pretende ordenar y delimitar «algunos conceptos de igual denominación y distinto contenido, de trascendencia sin par. Por ejemplo, la rabiosa equiparación entre el principio de reserva de ley y el principio de legalidad que impregna la mayoría de los escritos tributaristas sobre la materia, versus la marcada línea fronteriza que trazan ciertos autores distinguiendo ambos términos; o también, entre la doctrina científica administrativista, las dificultades para distinguir "legalidad" de "juridicidad"; cuando no de esa tendencia extendida a equiparar legalidad con legalidad administrativa».

Después de recorrer los preceptos constitucionales financieros en los que se plasman sendas reservas de regulación mediante ley, se especifica el valor del «principio de preferencia de ley», la jerarquía normativa y la naturaleza o carácter absoluto o relativo de la reserva de ley en materia tributaria. Como la autora es partidaria de las tesis que refutan la distinción entre reservas absolutas y reservas relativas de ley, prosigue identificando el reparto «horizontal» de materias tributarias que se encuentran reservadas, constitucional y formalmente, a ley, y analiza también el reparto «vertical» entre normas primarias y secundarias en el ámbito tributario, señalando el grado o intensidad con el que el reglamento puede, en su caso, desarrollar secundariamente dichas materias, recopilando los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Los últimos puntos de atención del estudio de Eva ANDRÉS, todavía en el capítulo segundo, se centran en la naturaleza de los reglamentos dictados en materia financiera y tributaria como «complemento indispensable» de las leyes que desarrollan y en el margen de actuación de que disponen aquellas normas reglamentarias («independientes») sobre cuestiones o aspectos no reservados ni material ni formalmente a la ley.

Finalmente, en el capítulo tercero, donde se discurre acerca del carácter originario o derivado de la titularidad de la potestad reglamentaria en materia tributaria, se considera también la controvertida atribución de la potestad reglamentaria a los ministros, la facultad interpretativa del ministro de Hacienda y la ausencia de carácter normativo de las disposiciones, así como de las interpretaciones, de autoridades y órganos jerárquicamente inferiores a los ministros.

Miguel Ángel Martínez Lago