

- **Deber de información sobre bienes en el extranjero y límites derivados del Derecho de la UE y la CE.** *Hugo López López*
- **La exención en el IVA de la protección de la infancia y el proceso abierto contra España.** *Alejandro Blázquez Lidoy*
- **La propuesta de la UE para el Impuesto sobre las Transacciones Financieras.** *Pablo Andrés Hernández González-Barreda*
- **Neutralidad impositiva y adquisición de vivienda.** *Miguel Pérez de Ayala Becerril*
- **La nueva deducción por inversión de beneficios.** *Antonio Martínez Alfonso*
- **El IVA y las agencias de viaje. Una relación difícil.** *Eduardo Verdún Fraile*
- **Razones de la nueva actualización de balances.** *Ángel Esteban Marina*
- **Borrador del IASB sobre contabilidad de arrendamientos.** *Juan del Busto Méndez*
- **Consultas planteadas al ICAC.** *Juan del Busto Méndez*
- **Caso práctico de contabilidad.** *Anna Ayats y Pilar García*

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

Noviembre 2013 – Número 368

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

70/2013	Nueva obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero y consecuencias de su incumplimiento en la imposición sobre la renta: un estudio a la luz del Derecho de la UE y la Constitución ... ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (Hugo López López)	5
71/2013	La protección y la educación de la infancia y juventud en el IVA y los monitores de colegio en tiempo interlectivo (Alejandro Blázquez Lidoy)	49
72/2013	La propuesta de la Unión Europea para el Impuesto sobre las Transacciones Financieras en el marco de la cooperación reforzada: entre justicia tributaria, recaudación y restricción a las libertades comunitarias (Pablo Andrés Hernández González-Barreda)	91
73/2013	La neutralidad impositiva en la adquisición de una vivienda para el uso empresarial de esta (Miguel Pérez de Ayala Becerril)	153
74/2013	Análisis práctico de la nueva deducción por inversión de beneficios en el IS e IRPF (Antonio Martínez Alfonso)	169
75/2013	El IVA y las agencias de viaje. Una relación difícil (Eduardo Verdún Fraile)	185
76/2013	¿Qué razones pueden haber determinado una nueva actualización de balances? (Ángel Esteban Marina)	195

CONTABILIDAD

77/2013	Borrador de la norma contable de arrendamientos del IASB: hacia el reconocimiento patrimonial de todos los arrendamientos (Juan del Busto Méndez)	199
77/2013	Consultas planteadas al ICAC (Juan del Busto Méndez)	215
79/2013	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado (Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez)	231

Entrega del Premio «Estudios Financieros» 2013, Clausura del curso académico 2012-2013 del CEF y Graduación de la II promoción de la UDIMA	271
---	------------

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

70/2013	The new Spanish reporting obligation of goods and rights situated abroad and the consequences of violating such obligation in the taxation of income: a European and Constitutional Law approach	5
	ACCESIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2013 (Hugo López López)	
71/2013	The protection of children and young persons in VAT exemption and the free-time instructors	49
	(Alejandro Blázquez Lidoy)	
72/2013	The European Union proposal on a financial transaction tax under enhanced cooperation: amongst tax fairness, revenue raising and restriction of the community freedoms	91
	(Pablo Andrés Hernández González-Barreda)	
73/2013	Tax neutrality in the acquisition of a residence for business use	153
	(Miguel Pérez de Ayala Becerril)	
74/2013	Practical analysis of new deduction for benefit investment in Corporate Income Tax and Personal Income Tax	169
	(Antonio Martínez Alfonso)	
75/2013	VAT and travel agencies: a difficult relationship	185
	(Eduardo Verdún Fraile)	
76/2013	What reasons have motivated the new balance sheet revaluation?	195
	(Ángel Esteban Marina)	

ACCOUNTING

77/2013	Leases exposure draft: the end of off-balance sheet leases accounting	199
	(Juan del Busto Méndez)	
78/2013	Questions formulated to ICAC	215
	(Juan del Busto Méndez)	
79/2013	Second exam of the selective examination for the admission to the Superior Body of the State Inspector Tax	231
	(Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez)	

«Estudios Financieros» Awards Ceremony 2013, Closing of CEF academic year 2012-2013 and Graduation of the II class of UDIMA	271
--	------------

Solo disponible en versión digital

NUEVA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE BIENES Y DERECHOS SITUADOS EN EL EXTRANJERO Y CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA: UN ESTUDIO A LA LUZ DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CONSTITUCIÓN

Hugo López López

Profesor Contratado Doctor
Universidad Pública de Navarra

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

Mediante Ley 7/2012, de 29 de octubre, se incorporó una nueva disposición adicional 18.^a en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que establece un nuevo deber de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero. No obstante, la nueva regulación va más allá de un mero deber formal de información e incorpora modificaciones sustantivas en el régimen previsto para las ganancias patrimoniales no justificadas (IRPF) y la presunción de obtención de rentas (IS). La novedosa regulación introduce enormes diferencias en las consecuencias jurídicas aplicables cuando las ganancias patrimoniales no justificadas derivan de patrimonio situado fuera del territorio español respecto del previsto para situaciones domésticas, en particular, en lo relativo al plazo de prescripción de la obligación tributaria. En efecto, mientras que en un ámbito estrictamente doméstico resulta de aplicación la regla general de prescripción a los 4 años, cuando el patrimonio se encuentra situado fuera del territorio español y no se ha dado debido cumplimiento al deber de información, la obligación tributaria deviene de facto imprescriptible. Además de lo anterior, cuando las ganancias patrimoniales no justificadas proceden de bienes o derechos situados en territorio español, la regla configura una presunción *iuris tantum*; mientras que en aquellos casos en que los bienes están ubicados en el extranjero, las posibilidades de prueba en contrario se restringen enormemente y la regla se torna en una presunción *iuris et de iure* un tanto peculiar o incluso en una *fictio iuris*. El distinto tratamiento que dispensa el legislador a este tipo de rentas cuando derivan de bienes y derechos situados en el extranjero, respecto del previsto para las ganancias patrimoniales no justificadas derivadas de los bienes y derechos se sitúan en territorio español unido a la enorme restricción de la prueba en contrario, hacen dudar seriamente de la compatibilidad de esta nueva medida antifraude con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea y de la propia Constitución Española. El objeto del este trabajo es, precisamente, analizar las principales dudas que suscita la novedosa regulación desde ambas perspectivas, europea y constitucional.

Palabras claves: obligación de información, ganancias patrimoniales no justificadas y libertad de circulación de capitales.

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

THE NEW SPANISH REPORTING OBLIGATION OF GOODS AND RIGHTS SITUATED ABROAD AND THE CONSEQUENCES OF VIOLATING SUCH OBLIGATION IN THE TAXATION OF INCOME: A EUROPEAN AND CONSTITUTIONAL LAW APPROACH

Hugo López López

ABSTRACT

In October 2012 the Spanish Parliament passed the «Ley 7/2012 de 29 de octubre» obligating resident taxpayers to inform about goods and rights placed abroad. Notwithstanding, the new measure is not just a reporting obligation, but also an incorporation of material changes in the regulation of the IRPF (Personal Income Tax) and IS (Corporate Income Tax), namely concerning the so called unjustified capital gains. Briefly said, the unjustified capital gains may be defined as a presumption on income for those cases in which the wealth attributed to a tax payer does not match with its reported income. This new piece of legislation introduces dramatic disparities in the regulation of unjustified capital gains depending on the fact of whether wealth is located in the Spanish territory or abroad, being the main difference a prescription issue. Whilst for goods located in Spain a general rule of a four-year prescription exists. The liability becomes *de facto* non-prescriptible when the non-justified capital gains are connected to assets located abroad, assuming there has been a breach of the aforementioned reporting obligation. Additionally when non-justified capital gains derive from estate placed in the Spanish territory, the rule appears as a presumption *iuris tantum*. Nevertheless, when assets are located abroad, the chances of evidence to the contrary are seriously constrained to the extent that the rule might well be labeled as *iuris et de iure* presumption or even a *fictio iuris*.

These different treatments generate serious European and Constitutional Law concerns being this contribution devoted to demonstrate that the new Spanish regulation might be incompatible with both limits.

Keywords: reporting obligation, unjustified capital gains and free movements of capitals.

Sumario

Introducción

1. Marco jurídico

- 1.1. El nuevo deber de información sobre bienes situados en el extranjero
- 1.2. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de información en la imposición sobre la renta (IRPF e IS)

2. Compatibilidad de la nueva regulación con el Derecho de la Unión Europea

- 2.1. Restricción de la libre circulación de capitales
- 2.2. Justificación de la restricción a la libre circulación de capitales

3. La limitación de la restricción de la libertad de circulación de capitales cuando los bienes y derechos ocultos se hallan en un tercer Estado

4. Compatibilidad de la nueva regulación con la Constitución Española

- 4.1. Exigencias constitucionales en la regulación del Derecho Tributario
- 4.2. Exigencias constitucionales en la regulación de las consecuencias sancionadoras

5. Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Resulta una obviedad afirmar que el fraude fiscal constituye en los momentos actuales una lacra inadmisibles que debe ser combatida de manera eficaz. Ahora bien, para que las políticas encaminadas a la lucha contra el fraude sean eso, eficaces, no basta con adoptar medidas orientadas a tal fin. Es necesario operar correctamente desde un punto de vista técnico; lo cual requiere una ponderación adecuada en la adopción de medidas que, por un lado, doten a la Administración Tributaria de un aparato normativo suficientemente incisivo para combatir esas conductas y, por otro lado, respeten el marco constitucional y por lo que aquí interesa, también europeo, como piedra angular de todo mecanismo eficaz de lucha contra el fraude fiscal.

En más ocasiones de las que sería deseable se han adoptado medidas legislativas que, tomando la parte por el todo, han articulado mecanismos extraordinariamente expansivos que han terminado siendo declarados contrarios al Derecho de la Unión Europea o a la Constitución, o en el «mejor» de los escenarios, se han mantenido en el Ordenamiento tributario como instrumentos puramente disuasorios en manos de la Administración actuante.

En los términos que se expondrán a lo largo de este estudio lo que se acaba de señalar es, precisamente, lo que a nuestro juicio terminará sucediendo con la nueva normativa adoptada a finales del mes de octubre de 2012 que exige a los obligados tributarios que informen acerca de los bienes y derechos situados en el extranjero de que sean titulares. Para ubicar correctamente esta novedosa regulación debemos hacer referencia a otra lamentable decisión adoptada, en esta ocasión por el Ejecutivo, mediante Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, a cuyo través se aprobó la regularización tributaria especial –irritante eufemismo con el que realmente se hacía referencia a una condonación de la deuda tributaria a defraudadores fiscales– de la que ya nos ocupamos en otro lugar¹. El principal objeto de esta «regularización tributaria especial» era aflorar patrimonio y renta no declarados, que en su mayor parte se ubicaban (y se ubican) más allá de nuestras fronteras. Empleando la clásica técnica del palo y la zanahoria, como «incentivo» a la muy ventajosa amnistía fiscal el legislador decidió pocos meses más tarde y justo antes de que finalizase el plazo previsto para la regularización tributaria especial, aprobar el deber de información sobre bienes situados en el extranjero. Este deber es de aplicación general, esto es, no se circunscribe a los defraudadores a quienes iba dirigida la amnistía fiscal y, por lo tanto, se hace recaer sobre

¹ LÓPEZ LÓPEZ, H. y CAMPIONE, R.: «La regularización tributaria prevista en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo: Una amnistía fiscal contraria a la justicia distributiva y manifiestamente ineficaz», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2012, septiembre, núm. 3, págs. 103-124, accesible on-line en la url: http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/09/06-Eunomia3_L%C3%B3pez-y-Campione_corregido.pdf.

todos los obligados tributarios una carga, en esta ocasión de información, consecuencia directa de conductas evasoras. Y lo que resulta todavía más criticable, a todos ellos resulta extensible el régimen extraordinariamente agresivo previsto por la normativa para los incumplimientos del meritado deber de información, en los términos que se expondrán a lo largo de nuestro trabajo.

En síntesis, el incumplimiento del deber de informar acerca de los bienes y derechos situados en el extranjero determina una ganancia patrimonial no justificada o una presunción de obtención de rentas, que se imputará en el momento en que la Administración Tributaria tenga conocimiento de la existencia de tales bienes, lo cual determina de facto la imprescriptibilidad de la obligación tributaria. Asimismo, la ganancia patrimonial o renta presunta se imputará al último de los ejercicios no prescritos.

La nueva regulación prevé consecuencias jurídicas distintas dependiendo de que los bienes y derechos del obligado tributario se hallen en territorio español o fuera de él. Esta diferencia de trato puede plantear serios problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Al mismo tiempo, las nuevas exigencias de información, así como las graves consecuencias derivadas de su incumplimiento, tanto tributarias como sancionadoras, suscitan no pocas dudas de compatibilidad con las exigencias constitucionales derivadas de algunos principios que vertebran el Derecho tributario y la potestad punitiva del Estado.

El objeto del presente trabajo es, precisamente, analizar esta novedosa regulación. Para ello, dedicaremos un primer apartado necesariamente descriptivo a la exposición sumaria de sus principales características. A partir de ahí, en los apartados dos y tres se analizará la compatibilidad de la nueva regulación con el Derecho de la Unión Europea interpretado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En el apartado cuatro, se examinará la adecuación de la normativa a los mandatos constitucionales, distinguiendo entre las exigencias constitucionales estrictamente tributarias, por un lado, y las sancionadoras o punitivas, por el otro. Y finalmente, en el apartado cinco estaremos en condiciones de exponer de manera sintética las principales conclusiones alcanzadas tras nuestro estudio.

1. MARCO JURÍDICO

En los términos que se acaban de exponer, el objeto de este trabajo es el estudio del nuevo deber de información acerca de los bienes y derechos situados en el extranjero y, fundamentalmente, las consecuencias que del incumplimiento de dicho deber se derivan en el ámbito de los impuestos sobre la renta (en particular IRPF e IS) desde la perspectiva de las limitaciones que impone el Derecho de la Unión Europea a los legisladores de los Estados miembros. Para una mejor comprensión de la configuración normativa de ambas regulaciones consideramos oportuno referirnos a ellas por separado, sin perjuicio de la estrecha relación existente entre el deber de información de carácter formal y las consecuencias materiales en IRPF y en IS derivadas del incumplimiento del deber de información, que conviene resaltar desde ahora.

1.1. EL NUEVO DEBER DE INFORMACIÓN SOBRE BIENES SITUADOS EN EL EXTRANJERO

Mediante Ley 7/2012, de 29 de octubre, se incorporó una nueva disposición adicional 18.^a a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante disposición adicional 18.^a LGT) en la que se establece un nuevo deber de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero. En particular, los obligados tributarios deben suministrar a la Administración Tributaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 93 de la LGT, la siguiente información:

- a) Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.
- b) Información de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.
- c) Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

En desarrollo de las obligaciones previstas en las tres letras anteriores y mediante Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre, se modifica el 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, incorporándose los nuevos artículos 42 bis, 42 ter y 54 bis, relativos a los deberes de informar acerca de cuentas en entidades financieras situadas en el extranjero, valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero y bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, respectivamente².

² Los deberes de información a que nos acabamos de referir se extenderán a quienes tengan la consideración de titulares reales de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, a tenor del cual se entiende por titular real:

- a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.
- b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 % del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes.

En cuanto al régimen sancionador, el apartado 2 de la disposición adicional 18.^a de la LGT prevé un régimen de infracciones y sanciones, propio para el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de información. En particular, la normativa contempla dos tipos infractores:

1. No presentar en plazo o presentar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos las declaraciones informativas a que se refiere esta disposición adicional.
2. También constituirá infracción tributaria la presentación de las mismas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo por dichos medios.

Las anteriores infracciones son sancionadas con una multa pecuniaria cuyo importe varía en atención a la gravedad de la conducta.

- a) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

- b) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre títulos, activos, valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidos en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado según su clase, que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a cada elemento patrimonial individualmente considerado según su clase, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

-
- c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 % o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos.

- c) En el caso de incumplimiento de la obligación de informar sobre bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a un mismo bien inmueble o a un mismo derecho sobre un bien inmueble que hubiera debido incluirse en la declaración o hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

La sanción será de 100 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a un mismo bien inmueble o a un mismo derecho sobre un bien inmueble, con un mínimo de 1.500 euros, cuando la declaración haya sido presentada fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria. Del mismo modo se sancionará la presentación de la declaración por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos cuando exista obligación de hacerlo por dichos medios.

Por último, la normativa establece un régimen de incompatibilidad de las infracciones y sanciones que se acaban de señalar con las establecidas en los artículos 198³ y 199⁴ de la LGT.

1.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA (IRPF E IS)

Como advertíamos *supra* la nueva regulación del deber formal de información despliega sus mayores efectos en la imposición sobre la renta. En efecto, la citada Ley 7/2012, de 29 de octubre, dio nueva redacción al artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante LIRPF) y al artículo 134 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS).

En particular, se ha añadido un apartado 2 al artículo 39 de la LIRPF relativo a las ganancias patrimoniales no justificadas, redactado en los siguientes términos:

«1. Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales.

³ Relativo a la infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico, por incumplir la obligación de comunicar el domicilio fiscal o por incumplir las condiciones de determinadas autorizaciones.

⁴ Relativo a la infracción tributaria por presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico o contestaciones a requerimientos individualizados de información.

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

2. En todo caso, tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derecho respecto de los que no se hubiera cumplido el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este impuesto.»

De manera coherente con la regulación prevista para el IRPF, el artículo 134 del TRLIS, relativo a la presunción de onerosidad, modifica el apartado 6 que pasa a estar redactado en los siguientes términos:

«1. Se presumirá que han sido adquiridos con cargo a renta no declarada los elementos patrimoniales cuya titularidad corresponda al sujeto pasivo y no se hallen registrados en sus libros de contabilidad.

[...]

2. Se presumirá que los elementos patrimoniales no registrados en contabilidad son propiedad del sujeto pasivo cuando este ostente la posesión sobre ellos.

[...]

5. El importe de la renta consecuencia de las presunciones contenidas en los apartados anteriores se imputará al periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos, excepto que el sujeto pasivo pruebe que corresponde a otro u otros.

6. En todo caso, se entenderá que han sido adquiridos con cargo a renta no declarada que se imputará al periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos susceptible de regularización, los bienes y derechos respecto de los que el sujeto pasivo no hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el sujeto pasivo acredite que los bienes y derechos cuya titularidad le corresponde han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o bien con cargo a rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de sujeto pasivo de este Impuesto.»

En cuanto al ámbito de aplicación temporal, las modificaciones que acaban de ser transcritas tienen efectos respecto de aquellos ejercicios que finalicen a partir de 31 de octubre de 2012. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a tenor de la disposición adicional 2.ª de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, la imputación regulada en los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS, «se realizará al periodo impositivo que proceda según lo señalado en dichos preceptos en el que hubiesen estado en vigor dichos apartados».

El régimen que se acaba de describir se completa con una regulación específica de infracciones y sanciones para los casos de incumplimiento que, por lo tanto, se aparta del régimen general de infracciones y sanciones, previsto en la LGT. En efecto, la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, regula el «régimen sancionador en supuestos de ganancias patrimoniales no justificadas y de presunción de obtención de rentas», a cuyo tenor:

«La aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la LIRPF y en el artículo 134.6 del TRLIS, determinará la comisión de infracción tributaria, que tendrá la consideración de muy grave, y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150% del importe de la base de la sanción.»

La nueva regulación suscita diversos interrogantes, algunos de los cuales ya han sido apuntados por un sector de la doctrina⁵. Sin menospreciar los problemas aplicativos que presenta la cumplimentación del Modelo 720 «Declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero», en el presente trabajo pretendemos abordar una cuestión que necesariamente debe ser aclarada con carácter previo, la compatibilidad de esta novedosa regulación con el Derecho de la Unión Europea, así como con la propia Constitución Española, dadas las consecuencias que ello puede comportar.

2. COMPATIBILIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Título IV de la Tercera Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) regula las libertades de circulación de personas, servicios y capitales, y estable-

⁵ En este sentido, pueden consultarse los recientes trabajos: MARTÍNEZ GINER, L. A.: «El fortalecimiento de la obtención de información tributaria en el ámbito internacional: FATCA versus RUBIK», en *Quincena Fiscal*, 2012, noviembre, núm. 19, págs. 73 y ss., aunque refiriéndose al Proyecto de Ley 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; ANEIRO PEREIRA, J.: «La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero», en *Quincena Fiscal*, 2013, febrero, núm. 3, págs. 19 y ss.; PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «La obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero», en *Quincena Fiscal*, 2013, febrero, núm. 4, págs. 33 y ss.; ALMAGRO MARTÍN, C.: «Mecanismos presuntivos como herramienta para la afloración de rentas: a vueltas con las ganancias no justificadas», en *Quincena Fiscal*, 2013, marzo, núm. 5, págs. 57 y ss. FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: «Examen de la declaración de bienes sitos en el extranjero a través de los principios jurídicos de las obligaciones tributarias formales», en *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, 2013, núm. 1, págs. 3 y ss.

ce un régimen de prohibiciones a las restricciones que los Estados miembros puedan hacer respecto de las meritadas libertades.

En particular, el artículo 56 del TFUE prohíbe «las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación». Asimismo, a tenor del artículo 63 del TFUE «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

En los términos que han sido expuestos en el apartado anterior de nuestro trabajo, la nueva normativa española implica un deber de información específico sobre bienes y derechos situados en el extranjero. Del incumplimiento de dicho deber se derivan unas consecuencias específicas en el ámbito de la imposición sobre la renta. Concretamente, la regulación prevista para las ganancias patrimoniales no justificadas en el IRPF y la presunción de onerosidad del IS, articulan un conjunto de reglas que determinan un tratamiento jurídico radicalmente distinto en función de que los bienes o derechos estén ubicados en España o en el extranjero.

En efecto, cuando un obligado tributario por el IRPF posea bienes o derechos en territorio español que no se correspondan con la renta o patrimonio declarados, se considerará que ha obtenido una ganancia patrimonial no justificada que se imputará a la base imponible del periodo impositivo respecto del que se descubra, salvo que pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

Por el contrario, cuando un obligado tributario por el IRPF posea bienes o derechos situados en el territorio español respecto de los que hubiera incumplido el nuevo deber de información, se considerará que ha obtenido una ganancia patrimonial no justificada que se imputará al último de los ejercicios no prescritos, sin que pueda probar que era titular de los bienes o derechos desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

Mutatis mutandi cuando se trata de contribuyentes por el IS la tenencia de bienes o derechos situados en territorio español que no se hallen registrados en los libros de contabilidad, determinará la presunción de obtención de renta que se imputará a la base imponible correspondiente al último periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos, salvo que el sujeto pasivo pruebe que corresponde a otro u otros.

Por el contrario, cuando el obligado tributario por el IS sea titular de bienes o derechos situados fuera del territorio español respecto de los que hubiera incumplido el nuevo deber de información, se entenderá que han sido adquiridos con cargo a renta no declarada que se imputará al periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos, sin que sea posible que el sujeto pasivo pruebe que la renta corresponde a otro u otros ejercicios.

Al impedir o, para ser más precisos, limitar extraordinariamente la prueba de que la renta con que se adquirieron los bienes ubicados en el extranjero procede de ejercicios prescritos, se está estableciendo de facto la imprescriptibilidad de la obligación tributaria. Tal medida se adopta

exclusivamente, conviene insistir, para aquellos supuestos en que los bienes y derechos se hallan en el extranjero y no se ha informado de su tenencia.

A la vista de lo que se acaba de señalar cabe cuestionarse la posible restricción de la normativa española de la libertad de establecimiento y, fundamentalmente, de la libertad de circulación de capitales prevista en el marco del Derecho de la Unión Europea. Para ello, conviene examinar la interpretación que de dichas libertades viene haciendo el TJUE para, a partir de ahí, extraer las oportunas conclusiones.

2.1. RESTRICCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

La doctrina científica que se ha planteado la posible incompatibilidad de la normativa objeto de estudio con las disposiciones previstas en el TFUE relativas al principio de no discriminación y más en concreto, a la libre circulación de capitales, analiza esta cuestión a la luz de la jurisprudencia del TJUE, como no podía ser de otro modo. Sin embargo, consideramos oportuno hacer una advertencia previa porque, en ocasiones, la jurisprudencia del TJUE no se emplea con el rigor exigible a un trabajo académico. Son abundantísimos los pronunciamientos del TJUE recaídos en materia de restricciones a la libre circulación de capitales mediante el empleo de normas tributarias y también son numerosas las ocasiones en que el TJUE lo ha hecho respecto de restricciones a las libertades fundamentales por normas tributarias cuya específica finalidad antielusoria así lo requiera. Ahora bien, es evidente que a la hora de analizar la normativa española la jurisprudencia del TJUE que debe servir como parámetro de control será aquella recaída en supuestos equiparables al que aquí ocupa. Por ese motivo, echamos en falta en todos los trabajos que se han ocupado de la novedosa normativa –al menos en aquellos de los que hemos tenido conocimiento hasta el momento de redactar estas líneas– el empleo de, al menos, dos sentencias del TJUE esenciales para desarrollar un análisis correcto.

Sin perjuicio de la puntual utilidad que puedan tener otras sentencias, debe subrayarse que el TJUE en Sentencias de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558)⁶, y más recientemente de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFJ044030), ha tenido ocasión de pronunciarse respecto de sendas normativas de Estados miembros que guardaban gran similitud con la regulación española, en el sentido de que ampliaban sensiblemente el periodo de prescripción, respecto del periodo general, en supuestos que implicaban la tenencia de bienes en el extranjero.

Concretamente, en la STJUE de 11 de junio de 2009 se enjuiciaba una medida adoptada por los Países Bajos. Con carácter general, la LGT establecía que la facultad administrativa para comprobar y liquidar una obligación tributaria expiraba transcurridos cinco años contados a partir de la

⁶ De la que diera cuenta antes de que se aprobara la Ley 7/2012, de 29 de octubre, MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Introducción: Imposición Directa y Derecho Comunitario», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia, CISS, 2012, págs. 1.194-1.197. Véase también del mismo autor «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en Civitas: *Revista Española de Derecho Financiero*, 2009, octubre-diciembre, núm. 144, págs. 1.116-1.120.

fecha de nacimiento de la obligación tributaria. Sin embargo, si el impuesto objeto de comprobación afectaba a un elemento poseído o producido en el extranjero, la facultad de la administración expiraba transcurridos doce años, contados a partir de la fecha de nacimiento de la obligación tributaria.

En la STJUE de 15 de septiembre de 2011, la normativa objeto de cuestión prejudicial era relativa al Impuesto sobre Sucesiones belga, que establecía un plazo general de dos años para la comprobación administrativa del valor de acciones nominativas de una sociedad cuya dirección efectiva estuviera establecida en el Reino de Bélgica; mientras que el plazo de comprobación se ampliaba a diez años cuando la comprobación del valor se refería a acciones nominativas de una sociedad de la que el causante era accionista y cuya dirección efectiva estaba establecida en otro Estado miembro.

En la STJUE de 11 de junio de 2009 (apartado 39), el TJUE consideró que:

«la aplicación a los contribuyentes [...] de un plazo ampliado para la liquidación complementaria, en lo que respecta a los activos que poseen fuera de ese Estado miembro (su estado de residencia) y a los rendimientos que de ellos obtienen, puede hacer menos atractivo para estos contribuyentes transferir activos a otro Estado miembro, con el fin de beneficiarse de los servicios financieros allí ofrecidos, que mantener dichos activos y obtener servicios financieros en (el país de residencia).»

En el mismo sentido, en la STJUE de 15 de septiembre de 2011 (apartado 24) se afirma que:

«la aplicación de un plazo de prescripción superior a los herederos titulares de acciones de una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro distinto (del Estado de residencia) puede tener por consecuencia disuadir a los residentes belgas de invertir o de mantener las inversiones en activos situados fuera de dicho Estado miembro, dado que sus herederos se encontrarán durante más tiempo con la incertidumbre de poder ser objeto de una liquidación tributaria complementaria.»

Lo anterior llevó al TJUE a concluir que ambas legislaciones nacionales constituían una restricción a la libre circulación de capitales, en el sentido del actual artículo 63 del TFUE, porque las medidas impuestas por un Estado miembro pueden disuadir a sus residentes de solicitar préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros⁷.

Habida cuenta de la anterior jurisprudencia del TJUE es fácil colegir que una medida como la que es objeto de nuestro estudio restringe claramente la libertad de movimientos de capitales en los términos en que la misma es interpretada por el propio TJUE porque, ante el incumplimiento de un deber de información de carácter formal, las facultades de comprobación de la Administración

⁷ STJUE de 11 de junio de 2009, apartado 33, citando la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, apartado 18, y STJUE de 15 de septiembre de 2011, apartado 25.

Tributaria se extienden de facto de manera ilimitada en el tiempo cuando se trata de bienes ubicados en el extranjero; mientras que si los bienes están situados en territorio nacional, la Administración tributaria solo dispone del plazo general de cuatro años previsto en el artículo 66 de la LGT.

2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA RESTRICCIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

Es evidente que no toda restricción de una libertad fundamental determina la vulneración del TFUE y así lo pone de manifiesto la línea jurisprudencial mantenida por el TJUE. En efecto, razones imperiosas de interés general pueden justificar una restricción al ejercicio de las libertades de circulación garantizadas en el TFUE. En particular, la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales⁸ y la lucha contra el fraude fiscal⁹.

La mejora en la eficacia de los controles fiscales y la prevención y lucha contra el fraude fiscal son, precisamente, los motivos que fundamentan la adopción del nuevo deber de información sobre bienes situados en el extranjero. Así se desprende de la erróneamente denominada Exposición de Motivos (en puridad se trata del Preámbulo) de 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, cuando afirma que:

«La globalización de la actividad económica en general, y la financiera en particular, así como la libertad en la circulación de capitales, junto con la reproducción de conductas fraudulentas que aprovechan dichas circunstancias, hacen aconsejable el establecimiento de una obligación específica de información en materia de bienes y derechos situados en el extranjero. De esta forma, a través de una disposición adicional que se incorpora a la Ley General Tributaria, se establece dicha obligación de información, así como la habilitación reglamentaria para su desarrollo. La obligación se completa con el establecimiento en dicha disposición del régimen sancionador en caso de incumplimiento de la obligación.

[...]

En conexión con lo apuntado más arriba en relación con la globalización de la actividad económica y la necesidad de obtener información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, y como complemento necesario de la misma, se introduce una modificación de las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

⁸ Véanse, en particular, las SSTJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05 (NFJ026992), apartado 55, y 27 de enero de 2009, Persche, C-318/07 (NFJ031286), Rec. p. I-359, apartado 52.

⁹ Véanse, en particular, las SSTJUE de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04 (NFJ024303), apartado 32 y 11 de octubre de 2007, ELISA, C-451/05 (NFJ026458), apartado 81.

y del Impuesto sobre Sociedades, para regular la incidencia que en el ámbito de las ganancias de patrimonio no justificadas y de la presunción de obtención de rentas, respectivamente, pueda tener la no presentación en plazo de tal obligación de información, introduciéndose, además, una infracción específica, con un agravamiento de las sanciones, para estos casos en los que los obligados tributarios no consignaron en sus autoliquidaciones las rentas que son objeto de regularización como ganancias patrimoniales no justificadas o presuntamente obtenidas»

Ahora bien, tal y como viene señalado de manera reiterada el TJUE «para que una medida restrictiva esté justificada, debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo»¹⁰. Dicho con otras palabras, «una restricción a la libre circulación de capitales solo puede aceptarse por dicho motivo si es idónea para garantizar la realización del objetivo que persigue sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo»¹¹.

Aunque la normativa española no explicita nada al respecto, la diferente regulación que reciben las ganancias patrimoniales no justificadas y la presunción de obtención de rentas, cuando estas proceden de bienes ubicados en el extranjero, respecto de la que resulta aplicable cuando los bienes ocultados se hallan en territorio español, podría justificarse por las mayores dificultades que tiene la Administración Tributaria española para efectuar las comprobaciones en los primeros casos, como consecuencia de la menor o nula información de que dispondrá cuando la comprobación afecte a bienes situados en el extranjero, así como las especiales dificultades que encontrará para su obtención.

A partir de lo anterior, conviene traer nuevamente a colación la doctrina del TJUE emanada de las Sentencias de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFJ044030), apartados 33 y siguientes, y de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartados 59 y siguientes a cuyo tenor no se puede afirmar directamente que:

«la ampliación del periodo durante el cual las autoridades pueden emitir una liquidación complementaria en caso de activos o de rendimientos procedentes de otro Estado miembro sea desproporcionada en relación con el objetivo de garantizar el respeto de las disposiciones fiscales nacionales.»

Determinar cuándo una medida resulta desproporcionada o no en aras a la consecución de determinados fines comporta un evidente componente valorativo que, a su vez, implica una cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, el TJUE introduce un elemento que permite dotar de una mayor objetividad o certidumbre la delimitación de la proporcionalidad de la normativa interna.

¹⁰ Por todas, STJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartado 47.

¹¹ SSTJUE de 15 de septiembre de 2011, C-132/10 (NFJ044030), apartado 31, y 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09 (NFJ040564), Rec. p. I-0000, apartado 33, y jurisprudencia citada.

Para determinar si la medida adoptada por el Estado miembro es adecuada para alcanzar los objetivos relativos a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y de combatir el fraude fiscal, debe diferenciarse entre dos hipótesis:

«La primera hipótesis corresponde a una situación en la que los elementos imponibles en un Estado miembro y situados en otro Estado miembro se han ocultado a las autoridades tributarias del primer Estado miembro y estas no disponen de indicio alguno sobre la existencia de dichos elementos que permita emprender una investigación [...] La segunda hipótesis corresponde a una situación en la que las autoridades tributarias de un Estado miembro disponen de indicios sobre los elementos imponibles situados en otro Estado miembro que permiten iniciar una investigación.»

Por lo tanto, para un adecuado análisis de la normativa española habremos de referirnos por separado a las dos situaciones que plantea la jurisprudencia del TJUE.

2.2.1. Existencia de indicios acerca de los bienes y derechos situados en el extranjero

Tal y como señala la STJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartado 74, en la segunda hipótesis:

«no puede justificarse la aplicación por ese primer Estado miembro de un plazo ampliado para la liquidación complementaria que no tenga por objeto específico permitir a las autoridades tributarias de este Estado miembro recurrir eficazmente a mecanismos de asistencia mutua entre Estados miembros y que se inicie desde el momento en que los elementos imponibles de que se trate se sitúen en otro Estado miembro.»

En definitiva, lo que viene a sostener el TJUE es que si un Estado miembro dispone de indicios que le permitan dirigirse a las autoridades competentes de otro u otros Estados miembros, por medio de la asistencia mutua prevista en la Directiva 77/799, de los convenios para evitar la doble imposición (CDI) con cláusula de intercambio de información u otros instrumentos análogos¹², con el fin de que tales autoridades comuniquen la información necesaria

¹² En los momentos actuales el Estado español tiene suscritos acuerdos para el intercambio de información con el Principado de Andorra (Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra para el intercambio de información en materia fiscal, hecho en Madrid el 14 de enero de 2010 y publicado en el BOE de 23 de noviembre de 2010), las Antillas Holandesas (Acuerdo sobre el intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de las Antillas Holandesas, hecho en Madrid el 10 de junio de 2008 y publicado en el BOE de 24 de noviembre de 2009), Aruba (Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos en nombre de Aruba, hecho en Madrid el 24 de noviembre de

para liquidar correctamente el impuesto, el simple hecho de que los bienes o derechos a tener en cuenta para la determinación de la deuda tributaria estén en el extranjero no justifica la ampliación general del plazo de que dispone la Administración Tributaria para efectuar la liquidación correspondiente. En palabras del TJUE, en estos casos la actuación de la Administración Tributaria «no depende en modo alguno del lapso de tiempo necesario para recurrir eficazmente a estos mecanismos de asistencia mutua» (apartado 75 de la STJUE antes citada). Esta doctrina es especialmente relevante en los momentos actuales si se tiene en cuenta el progresivo impulso que está experimentando el intercambio automático de información tributaria a nivel internacional¹³, mediante el empleo de CDI con intercambios automáticos y/o espontáneos de información¹⁴ o a través de los acuerdos administrativos bilaterales de intercambio de información tributaria, que son negociados por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) por no tener la categoría de Tratado Internacional, por lo que tampoco existe la obligación de su publicación en el BOE¹⁵. Y en un contexto europeo, debe destacarse asimismo

2008 y publicado en el BOE de 23 de noviembre de 2009), Bahamas (Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas y Memorandum de Entendimiento entre las Autoridades competentes del Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas en relación con la interpretación o la aplicación del Acuerdo entre el Reino de España y la Commonwealth de las Bahamas sobre el intercambio de información en materia tributaria y el reconocimiento de otros compromisos pactados entre las Autoridades competentes, hecho en Nassau el 11 de marzo de 2010 y publicado en el BOE de 15 de julio de 2011) y San Marino (Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre España y San Marino Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y la República de San Marino, hecho en Roma el 6 de septiembre de 2010, publicado en el BOE de 6 de junio de 2011). Asimismo, España ha rubricado acuerdos de intercambio de información con Bermudas, Guernsey, Islas Caimán, Islas Cook, Isla de Man, Jersey, Mónaco, San Vicente y Las Granadinas y Santa Lucía que están en distintas fases de tramitación.

¹³ El intercambio de información tributaria previa solicitud muestra una efectividad limitada en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacionales, a pesar de los progresos realizados en los últimos años en la aceptación generalizada de los estándares mínimos internacionales sobre la materia. Ello explica la aparición de nuevas iniciativas tendentes a potenciar el intercambio automático de información tributaria, entre las que despuntan las emprendidas en el seno de la Unión Europea (a través de la Directiva del ahorro o, de forma más reciente, mediante la Directiva de cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y las auspiciadas desde Estados Unidos con la finalidad de implementar la *Foreign Account Tax Compliance Act* (conocida por su acrónimo anglosajón FATCA). Cfr. el reciente y muy bien documentado, trabajo de MORENO GONZÁLEZ, S.: «Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información» en *Crónica Tributaria*, 2013, núm. 146, pág. 193 y ss. En relación con esta última, el Consejo de Ministros del pasado 2 de abril ha autorizado la firma de un acuerdo con Estados Unidos para la aplicación en nuestro país de la normativa FATCA.

¹⁴ Entre los convenios de doble imposición españoles que prevén expresamente intercambios automáticos y/o espontáneos de información destacamos los suscritos con Bélgica, Francia, Marruecos, Suecia, Cuba y Estados Unidos.

¹⁵ En los momentos actuales, España dispone de 12 acuerdos administrativos de intercambio de información que tienen como base, en unos casos, el Modelo de la OCDE y en otros el Modelo CIAT (Argentina, Chile, Francia, México, Estados Unidos, Portugal, Italia, Holanda, Costa Rica, Canadá, República Checa y Suecia). Sobre el contenido y utilidad de este tipo de acuerdos, *vid.*, ESCALONA, RUIZ, M.^a Á.: *Acuerdos internacionales de intercambio de información y asistencia mutua*, en Instituto de Estudios Fiscales, 2009, de acceso on-line en la url: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/11_2010/29_10.pdf (fecha de acceso 15 de diciembre de 2012)

el importante (aunque aún insuficiente¹⁶) avance en el intercambio automático de información que ha supuesto la Directiva 2003/48/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a la fiscalidad del ahorro en forma de pago de intereses y, sobre todo, la nueva Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad (que deroga y sustituye a partir de 1 de enero de 2013 Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos y los impuestos sobre las primas de seguros)¹⁷.

No solo los instrumentos que se acaban de mencionar permiten a la Administración Tributaria española disponer de información relevante a los efectos de comprobar y regularizar rentas no declaradas que se manifiesten en patrimonio hallado en el extranjero. Además de la cooperación a nivel internacional o europeo, en el intercambio de información tributaria, a nivel interno la Administración Tributaria puede llegar a disponer de elementos o indicios suficientes que le permitan iniciar las correspondientes actuaciones encaminadas a la regularización del obligado tributario, a partir de la información suministrada por terceros obligados tributarios e, incluso, por el propio obligado tributario¹⁸.

Por lo tanto, sería contrario a la libertad de circulación de capitales una medida que ampliara el plazo de prescripción en aquellos casos en que, a pesar de que los bienes y derechos tenidos en cuenta para efectuar la liquidación se sitúen en el extranjero, la Administración tributaria dispusiera de algún indicio sobre su existencia que le permitiera iniciar una investigación; empleando, para ello, cualquiera de los mecanismos normativos existentes.

De manera coherente con lo anterior, la posterior STJUE de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFIJ044030), consideró que la medida adoptada por el Reino de Bélgica que ampliaba el plazo para la comprobación administrativa del valor de las acciones nominativas de una sociedad a efectos del Impuesto sobre Sucesiones, de 2 a 10 años, cuando la dirección efectiva de la sociedad estuviera establecida en otro Estado miembro, resultaba desproporcionada al ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos relativos a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales y de combatir el fraude fiscal. En efecto, la citada STJUE afirma que, en

¹⁶ Sobre las lagunas y aspectos susceptibles de mejora, que presenta la Directiva, *vid.*, MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Loopholes in the EU Savings Tax Directive», en *Bulletin for International Taxation*. IBFD, 2006, diciembre, págs. 480-494.

¹⁷ Al respecto, *vid.*, CALDERÓN CARRERO, J. M.: «La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia, CISS, 2012, págs. 1.437 y ss.

¹⁸ A título de ejemplo, piénsese en las duplicidades de información que genera la propia regulación del deber de información sobre bienes situados en el extranjero al obligar a varios sujetos a suministrar la misma información, al hecho de que la Administración Tributaria ya disponga de información acerca de la situación patrimonial del obligado tributario a través del Impuesto sobre el Patrimonio, aquellos casos en que se hayan autoliquidado las rentas derivadas de este tipo de bienes en el IRPF e, incluso, en supuestos de presentación extemporánea o defectuosa, de la propia declaración de información sobre bienes situados en el extranjero.

el caso concreto, las autoridades belgas tenían indicios más que suficientes para recabar la información necesaria para comprobar el valor de las acciones objeto del litigio, empleando para ello instrumentos de asistencia mutua como el CDI entre Francia y Bélgica. Concluye el TJUE (apartado 39 de la STJUE citada) que:

«la aplicación de un plazo de diez años para valorar las acciones que se poseen en una sociedad cuya dirección efectiva está establecida en un Estado miembro distinto al Reino de Bélgica no está justificada en la medida en que la aplicación general de tal plazo no depende en modo alguno del lapso de tiempo necesario para recurrir eficazmente a mecanismos de asistencia mutua o a otros medios alternativos que permitan averiguar el valor de dichas acciones.»

Esta línea jurisprudencial es una clara continuación de la doctrina sentada por el TJUE en sentencias anteriores en que tuvo ocasión de enjuiciar la normativa de Estados miembros que limitaban la aplicación de un beneficio fiscal en aquellos casos en que el Estado miembro no podía comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el disfrute del beneficio fiscal, al encontrarse dicha información en el extranjero. En este sentido, en la STJUE de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket contra A.*, asunto C-101/05 (NFJ026992), se discutía una normativa sueca que, en síntesis, disponía la exención de los dividendos repartidos por una sociedad en forma de acciones en una filial cuando se cumplían ciertos requisitos. Sin embargo, tal exención no resultaba de aplicación cuando la sociedad que repartía el dividendo no estaba domiciliada en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo o en un Estado con el que Suecia hubiera celebrado un convenio fiscal con cláusula de intercambio de información. En el apartado 63 de la STJUE citada el Tribunal considera justificado limitar la aplicación del beneficio fiscal si resulta imposible obtener la información del país tercero para comprobar el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la ventaja fiscal, especialmente, como consecuencia de la inexistencia de una obligación convencional de dicho país de proporcionar la información. Por lo tanto, la imposibilidad de comprobar el cumplimiento de ciertos requisitos, cuya observancia solo puede ser comprobada por las autoridades competentes del Estado miembro recabando información del Estado en que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos, justificaría la restricción a la libertad de circulación de capitales del artículo 63 del TFUE, que supone negar la exención a la distribución de dividendos en las condiciones expuestas.

A partir de la jurisprudencia que se acaba de señalar es posible extraer una primera conclusión en relación con la adecuación de la nueva normativa española a las exigencias derivadas de las libertades fundamentales. Resultaría incompatible con la libertad de circulación de capitales reconocida en el artículo 63 del TFUE, por desproporcionado e injustificado la ampliación de facto o de iure del plazo de prescripción previsto con carácter general en el artículo 66 de la LGT cuando la Administración tuviera algún indicio acerca de la existencia de los bienes o derechos ocultos en el extranjero del obligado tributario.

Habida cuenta de lo anterior, hemos de concluir que la redacción de la normativa española presenta serios problemas de compatibilidad con la jurisprudencia del TJUE. En efecto, los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS articulan las consecuencias jurídicas ya expuestas en rela-

ción con los «bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». La normativa legal prescinde en términos absolutos de la posible existencia de indicios sobre los bienes y derechos situados en el extranjero de los que tenga constancia la Administración Tributaria, por ejemplo, a través de mecanismos de intercambio de información, o de la información facilitada por terceros o incluso, de la información facilitada por el propio obligado tributario mediante una presentación extemporánea o defectuosa de la declaración de información prevista en la LGT. Y el contenido del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que, al igual que la normativa de rango legal, debe interpretarse a la luz de esta doctrina del TJUE, resulta manifiestamente insuficiente para salvar su adecuación al Derecho europeo.

2.2.2. Inexistencia de indicios acerca de los bienes y derechos situados en el extranjero

Distintas de las anteriores son las consideraciones que deben efectuarse cuando nos encontramos ante la primera de las dos hipótesis señaladas anteriormente. En efecto, cuando se trata de bienes y derechos ocultados a la Administración Tributaria que se hallan en otro Estado miembro y las autoridades tributarias no disponen de indicio alguno sobre la existencia de dichos elementos que le permita emprender una investigación, dicho Estado miembro «se encuentra imposibilitado de dirigirse a las autoridades competentes del otro Estado miembro con el fin de que estas le transmitan la información necesaria para la correcta liquidación del impuesto» [STJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartado 63].

Ahora bien, que en estos casos esté justificado un plazo mayor para el ejercicio de las actuaciones administrativas no habilita al Estado miembro a establecer un plazo desproporcionado o arbitrario. En este sentido, en la STJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartados 69 y 70, al cuestionarse la posible arbitrariedad en la ampliación del plazo de 5 a 12 años, se afirma que:

«no parece desproporcionada la opción de un Estado miembro por limitar temporalmente este plazo y por determinar este límite tomando como referencia el plazo aplicable para las diligencias penales en los casos de delito fiscal.»

A partir del argumento anterior, concluye el TJUE que:

«En estas circunstancias, el hecho de someter los elementos imponible ocultos a la hacienda pública a un plazo de liquidación complementaria ampliado a doce años no sobrepasa lo necesario para garantizar la eficacia de los controles tributarios y luchar contra el fraude fiscal.»

Extrapolando la referida jurisprudencia a la situación española cabría afirmar que, en aquellos casos en que la Administración Tributaria española no dispusiera de indicio alguno acerca

de la tenencia por parte del obligado tributario de bienes o derechos ocultos situados en el extranjero, no resultaría desproporcionado a efectos de garantizar la eficacia de los controles y la lucha contra el fraude fiscal que el plazo establecido para que la Administración Tributaria pudiera comprobar la situación del obligado tributario y liquidar la deuda correspondiente, se ampliara de los cuatro años, previstos con carácter general, a los diez años establecidos como periodo de prescripción para los delitos fiscales más graves a que se refiere el actual artículo 305 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP). En efecto, en la nueva configuración del delito fiscal tras la modificación operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, para las defraudaciones fiscales en «que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito» a que se refiere la letra c) del mencionado artículo 305 bis del CP, la pena de prisión se sitúa entre los dos a seis años, lo que implica automáticamente el incremento del plazo de prescripción de cinco a diez años. Dicho aumento está absolutamente justificado, dado que se trata de conductas cuyo descubrimiento resulta especialmente complejo al intervenir organizaciones o grupos criminales, personas interpuestas, elementos fiduciarios y, por supuesto, territorios extranjeros de utilidad para ocultar patrimonio.

Sin embargo, con el juego conjunto del incumplimiento del deber de información sobre bienes situados en el extranjero, por un lado, y las ganancias patrimoniales no justificadas previsto en el nuevo artículo 39.2 de la LIRPF y la presunción de onerosidad regulada en el nuevo artículo 134.6 del TRLIS, por el otro, las facultades de comprobación de la Administración Tributaria se extienden *ad infinitum*; lo que determina de facto la imprescriptibilidad de la obligación tributaria.

Teniendo en cuenta que la imprescriptibilidad penal solo está prevista para los delitos de lesa humanidad y de genocidio, los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, así como los de terrorismo si hubieren causado la muerte de una persona, las consecuencias que se derivan de la normativa objeto de nuestro trabajo resultan absolutamente desproporcionadas para la consecución del control efectivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias y la prevención y lucha contra el fraude fiscal.

Habida cuenta de lo anterior, estamos en condiciones de concluir que la ampliación del plazo para que la Administración Tributaria pueda ejercer las facultades de investigación que legalmente tiene atribuidas cuando el obligado tributario oculta bienes o derechos en el extranjero está justificada cuando la Administración no dispone de indicio alguno acerca de la existencia de ese patrimonio. Sin embargo, la ampliación del plazo no permite al Estado miembro articular un conjunto normativo a partir del cual, del mero incumplimiento de un deber formal de información, la obligación tributaria devenga imprescriptible. Tal consecuencia resulta arbitraria y, en consecuencia, contraria a la libertad de movimiento de capitales reconocida en el artículo 63 del TFUE, en la interpretación dada por el TJUE. Por lo tanto, la nueva normativa incorporada tras la aprobación de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, vuelve a suscitar serias dudas de compatibilidad con las limitaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea.

3. LA LIMITACIÓN DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE CAPITALES CUANDO LOS BIENES Y DERECHOS OCULTOS SE HALLAN EN UN TERCER ESTADO

El análisis que se ha efectuado hasta ahora ha tenido por contexto el marco geográfico de la Unión Europea. Sin embargo, para un estudio más completo debemos referirnos a las eventuales limitaciones de un Estado miembro a la hora de restringir la libertad de circulación de capitales cuando los bienes ocultos se hallan situados en un tercer Estado, es decir, fuera del territorio de la Unión Europea.

Sobre el efecto del actual artículo 63 del TFUE en las relaciones entre los Estados miembros y los países terceros se ha pronunciado el TJUE en Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket contra A*, asunto C-101/05 (NFJ026992), apartados 21 y siguientes, afirmando con claridad que:

«cuando se trata de movimientos de capitales entre Estados miembros y países terceros, puede invocarse ante los tribunales nacionales el artículo 56 CE apartado 1 –actual art. 63 TFUE apartado 1– en relación con los artículos 57 CE y 58 CE –actuales arts. 64¹⁹ y 65²⁰ del TFUE–, y dicha disposición puede implicar la inaplicabilidad

¹⁹ 1. Lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

Respecto de las restricciones existentes en virtud de la legislación nacional en Bulgaria, Estonia y Hungría, la fecha aplicable será el 31 de diciembre de 1999.

2. Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás capítulos de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, solo el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos.

²⁰ 1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

- a. Aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;
- b. Adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.

de las normas nacionales contrarias a dicha disposición, independientemente del tipo de movimientos de capitales de que se trate» (apartado 27).

«[...] cuando el artículo 56 CE, apartado 1, extendió el principio de la libre circulación de capitales a los movimientos de capitales entre los países terceros y los Estados miembros, estos optaron por consagrar dicho principio en el mismo artículo y en los mismos términos para los movimientos de capitales que tienen lugar dentro de la comunidad y para los que se refieren a las relaciones con países terceros» (apartado 31).

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las restricciones que pueden aplicar los Estados miembros y la comunidad en virtud del artículo 64 apartado 1 del TFUE, a los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos.

El TJUE es consciente de que los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos se realizan en un contexto jurídico distinto de aquel en que se inscriben los producidos dentro de la Unión Europea. De ahí que en la STJUE de 18 de diciembre de 2007, Skatteverket contra A, asunto C-101/05 –NFJ026992– (apartado 37) apoyándose en la STJUE de 12 de diciembre de 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04 (NFJ024425), llegue a afirmar que:

«[...] Tampoco cabe excluir que un Estado miembro pueda demostrar que una restricción a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, está justificada por una razón determinada, en circunstancias en las que dicha razón no supondría una justificación válida de una restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros».

Por lo tanto, en los términos que se acaban de transcribir, no encontramos obstáculo para extender la conclusión alcanzada en cuanto a la vulneración por parte de la normativa española de la libertad de movimientos de capitales, a supuestos en que el obligado tributario disponga de bienes en un país tercero, respecto de los cuales haya incumplido el deber de información²¹. Los motivos que justifican la ampliación del plazo de prescripción (ausencia de indicios que permita a la Administra-

4. A falta de medidas de aplicación del apartado 3 del artículo 64, la Comisión o, a falta de una decisión de la Comisión dentro de un periodo de tres meses a partir de la solicitud del Estado miembro interesado, el Consejo, podrá adoptar una decisión que declare que las medidas fiscales restrictivas adoptadas por un Estado miembro con respecto a uno o varios terceros países deben considerarse compatibles con los Tratados en la medida en que las justifique uno de los objetivos de la Unión y sean compatibles con el correcto funcionamiento del mercado interior. El Consejo se pronunciará por unanimidad a instancia de un Estado miembro.

²¹ Un importante sector de la doctrina se inclina por interpretar en similar sentido el alcance de la libertad de circulación de capitales, que obligaría a los Estados miembros a otorgar un tratamiento equivalente a las situaciones intracomunitarias y a las referidas a terceros estados, lógicamente, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Entre otros, PISTONE, P.: «The impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation», en *Intertax*, 2006, vol. 34, issue 5, págs. 236 y 239 y ss., donde el autor distingue hasta siete categorías o situaciones distintas, en que se puede encontrar el tercer Estado en cuestión y que determinarán el efecto o impacto del Derecho de la Unión Europea sobre cada una de ellas. Más desarrollado en, LANG, M. y PISTONE, P.: *The EU and Third Countries: direct taxation*. Kluwer Law International, 2008.

ción Tributaria española investigar acerca de los bienes situados en el extranjero) no parecen diferir en atención al contexto europeo o extracomunitario en que nos encontremos. De ahí que si la Administración Tributaria dispusiera de indicios acerca de la existencia de patrimonio del contribuyente en un tercer Estado, deberá emplear los cauces normativos existentes para recabar la información necesaria y proceder a la liquidación correspondiente. Situación distinta de la anterior es aquella en la que la Administración no dispone de indicio alguno que le permita conocer la situación patrimonial del obligado tributario en el tercer Estado. En este tipo de situaciones estaría justificada una medida que ampliara el plazo de prescripción de la obligación tributaria respecto del previsto con carácter general. Sin embargo, al igual que señalábamos anteriormente, la ampliación del plazo de prescripción no puede hacerse de manera arbitraria. En este sentido, la desmesurada desproporción de la imprescriptibilidad de la obligación tributaria en aras de mejorar los controles fiscales, prevenir y luchar contra el fraude fiscal, no parece merecer distinto juicio en función del contexto territorial en que nos hallemos.

4. COMPATIBILIDAD DE LA NUEVA REGULACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El régimen jurídico de las ganancias y pérdidas patrimoniales (IRPF) y de la presunción de obtención de rentas (IS) viene siendo objeto desde antaño de una interesante discusión doctrinal²² y ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia, de la que daremos cuenta oportunamente en esta parte del trabajo. La nueva regulación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, añade elementos al debate que, a nuestro modo de ver, introducen mayor confusión a la ya de por sí poco clara naturaleza jurídica de este régimen. Además, en los términos que han sido expuestos, se han incorporado importantes consecuencias de carácter sancionador. Ese doble plano, el estrictamente tributario y el punitivo, aconseja abordar el análisis de constitucionalidad de la nueva regulación distinguiendo, por un lado, aquellos principios constitucionales que vertebran el Derecho tributario que, en nuestra opinión, pueden verse afectados seriamente por la nueva regulación y, por otro, las garantías de orden constitucionales que debe revestir el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con las que también podría colisionar la parte sancionadora de regulación objeto de estudio²³.

²² Entre las abundantísimas aportaciones doctrinales pueden consultarse los siguientes trabajos: SIMÓN ACOSTA, E.: «Naturaleza de los incrementos no justificados de patrimonio y efectos derivados de las declaraciones del Impuesto sobre el Patrimonio» en *Quincena Fiscal*, 1992, núms. 1 y 2; MARÍN-BARNUEVO FABO, D. y ZORNOZA PÉREZ, J.: «Los incrementos no justificados de patrimonio y el régimen sancionador tributario», en *Crónica Tributaria*, 1994; SÁNCHEZ PINO, A. J.: «Los incrementos no justificados de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», en *RCyT. CEF*, 1995, núm. 142; AGUALLO AVILÉS, Á. y GARCÍA BERRO, F.: «Los incrementos de patrimonio no justificados y la presunción de inocencia en el procedimiento tributario sancionador», en *XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario*, Libro 2, Lisboa, 1998; CHICO DE LA CÁMARA, P.: *Las ganancias no justificadas de patrimonio*, Madrid, Marcial Pons, 1999; o ALONSO GONZÁLEZ, L. M.: «Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha contra el fraude fiscal», en *AA.VV. Temas de Derecho Penal Tributario*. Madrid, Marcial Pons, 2000.

²³ Separar adecuadamente los aspectos estrictamente tributarios de los sancionadores es fundamental en el análisis jurídico. En la confusión de ambos se halla el origen de las denominadas sanciones tributarias impropias. Este curioso término ha sido acuñado en el seno de la moderna doctrina italiana (*vid.*, por todos D'ALESSANDRO, P. «Le Sanzioni Fiscali Impropie

4.1. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO

Entre los principios constitucionales que orientan la regulación del Derecho Tributario que pueden verse afectados por la nueva regulación objeto de nuestro análisis, sobresalen los de seguridad jurídica, capacidad económica y tutela judicial efectiva, por los motivos que se expondrán a continuación.

4.1.1. El principio de seguridad jurídica

Con carácter previo a la entrada en vigor de la normativa objeto de análisis las ganancias patrimoniales no justificadas reguladas en el artículo 39 de la LIRPF, así como la presunción de obtención de rentas regulada en el artículo 134 del TRLIS, contemplaban una regulación única para los casos en que los bienes y derechos ocultos se ubicaran en España y para aquellos otros en que los bienes y derechos se localizaban fuera de España.

La normativa entonces vigente consideraba ganancia de patrimonio no justificada a efectos de la liquidación del IRPF los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se correspondiera con la renta o patrimonio, declarados por el contribuyente. La ganancia patrimonial no justificada se integraba en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubrieran los bienes o derechos. En relación con la presunción de obtención de rentas prevista en el TRLIS, se consideraban adquiridos con cargo a renta no declarada los elementos patrimoniales cuya titularidad correspondiera al sujeto pasivo y no se hallasen registrados en sus libros de contabilidad. La renta así presumida se imputaba al periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos. En ambos casos, tanto para la imputación temporal de la ganancia patrimonial no justificada, como de la renta presuntamente obtenida, el legislador admitía la posibilidad de que el sujeto pasivo probase que la renta se había obtenido en otro ejercicio, obviamente, incluyendo periodos impositivos ya prescritos.

A partir de la modificación operada por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, el anterior régimen deja de resultar de aplicación cuando la ganancia patrimonial no justificada o la presunción de obtención de rentas, procede de bienes situados en el extranjero, respecto de los que no se haya dado cumplimiento del deber de información. En estos casos, tanto a efectos del IRPF como

in Materia di IVA e di Imposte Dirette», en *Rass. Mens. Imp.* II, 1987, pág. 1.451; y DEL FEDERICO, L.: «Sanciones indirectas, impropias y atípicas en el Ordenamiento tributario italiano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, 1997, n.º 4, págs. 201-228) de la que se ha hecho eco, entre nosotros, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «Sanciones "indirectas" o "impropias" en Derecho tributario», en Civitas: *Revista Española de Derecho Financiero*, 1996, n.º 91, págs. 501-529, posteriormente, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: *Forma y materia en Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, CEF, 2004, págs. 507-518. Como ya hemos tenido ocasión de señalar en otro lugar, en nuestra opinión, la pretendida autonomía del concepto sanción «impropia» o «atípica», además de carecer del más mínimo fundamento normativo, tampoco se justifica debidamente desde una perspectiva exclusivamente dogmática. Vid., ZORNOZA PÉREZ, J. y LÓPEZ LÓPEZ, H.: «Las sanciones administrativas tributarias. El poder sancionador de la Administración Tributaria», en AA. VV. *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI. Libro Conmemorativo del 50 Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario*, 2 T. Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, págs. 1.923-1.966.

del IS, la ganancia patrimonial no justificada o la renta presuntamente obtenida se imputará «en todo caso» al último de los ejercicios no prescritos, salvo que el sujeto pasivo demuestre que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o con periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente del impuesto de que se trate.

La nueva regulación plantea un primer problema de enorme trascendencia por afectar a la retroactividad de una norma que, además, comporta consecuencias de extraordinaria gravedad. En efecto, la normativa entró en vigor el 1 de noviembre de 2012, aunque el plazo para la presentación de la declaración de información –cuyo incumplimiento comporta las consecuencias en la imposición sobre la renta ya señaladas– comprende desde el 1 de febrero de 2013 al 30 de abril de 2013²⁴.

Aparentemente nada hace pensar que la medida tenga alcance retroactivo; puesto que nada se dice de forma expresa al respecto. Sin embargo, si se examina con detenimiento la conclusión a que se llega es justo la contraria: la norma despliega efectos sobre situaciones pasadas que, no solamente se han consumado, sino que incluso han prescrito. Con un ejemplo trataremos de ilustrar la proyección retroactiva de la nueva normativa. Imaginemos un sujeto que posee bienes y derechos en el extranjero que se justifican con rentas obtenidas en ejercicios prescritos a 31 de octubre de 2012. Con posterioridad incumple el deber de información sobre bienes situados en el extranjero, incurriendo en la infracción prevista en el apartado 2 de la disposición adicional 18.^a de la LGT. Supongamos que en 2014 la Administración Tributaria descubre los bienes y derechos situados en el extranjero, respecto de los cuales no se ha informado oportunamente. Con base en la redacción prevista en los nuevos artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS y, especialmente, a partir de la expresión «en todo caso» habría de imputarse una ganancia patrimonial no justificada (IRPF) o presumir la obtención de rentas (IS) por el importe correspondiente, en la medida en que el sujeto pasivo no esté en condiciones de acreditar: 1) que los bienes y derechos corresponden con rentas declaradas; ni 2) que los bienes y derechos corresponden con rentas obtenidas en periodos en que el sujeto pasivo no tenía la condición de contribuyente por el impuesto de que se trate.

A partir del ejemplo anterior se comprueba cómo, con base en la actual normativa, una obligación tributaria ya extinguida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 apartado 1 de la LGT («Las deudas tributarias podrán extinguirse por pago, prescripción, compensación o condonación [...]») «resucita» –si se nos permite la expresión– para desplegar plenos efectos sobre situaciones pasadas, tanto tributarios –ganancias patrimoniales no justificadas o presunción de obtención de rentas– como sancionadores –sanción del 150 % del importe de la base de la sanción–.

Debe advertirse que no nos estamos refiriendo a una hipotética imputación temporal de la ganancia patrimonial o de la renta presunta a un periodo impositivo anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa. En el ejemplo expuesto la renta se imputaría, en principio, al último de

²⁴ Según lo previsto en la disposición adicional única del Real Decreto 1715/2012, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de los Impuestos Especiales, aprobado por Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, y se introducen otras disposiciones relacionadas con el ámbito tributario.

los ejercicios no prescritos en el momento del descubrimiento (2009 o 2010), lo cual determinaría también la aplicación retroactiva de la norma objeto de análisis. Sin embargo, la anterior situación es resuelta por la disposición adicional 2.^a de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, cuando señala que la imputación regulada en los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS, se realizará al periodo impositivo que proceda según lo señalado en dichos preceptos en el que hubiesen estado en vigor dichos apartados. De manera que la imputación al último de los ejercicios no prescritos en ningún caso permite traspasar el límite temporal del ejercicio 2012 o, en todo caso, el correspondiente al periodo impositivo ya iniciado con la entrada en vigor de la nueva normativa²⁵.

La situación de retroactividad no resuelta que resulta de la redacción de la norma y que, por tanto, queremos subrayar, tiene una intensidad mucho mayor que aquella a la que sí da respuesta la disposición adicional 2.^a, porque altera el cómputo de la prescripción con efectos retroactivos hasta tal punto que llega incluso a desplegar efectos sobre obligaciones tributarias ya prescritas; pretendiendo, además, derivar consecuencias sancionadoras.

El ordenamiento constitucional no prohíbe la retroactividad de las normas tributarias. Ello quiere decir que las leyes tributarias retroactivas están en principio admitidas por nuestra Ley fundamental y solo incurrirán en inconstitucionalidad cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución; fundamentalmente los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Dicho con otras palabras: una ley tributaria retroactiva no será inconstitucional por el mero hecho de serlo, sino cuando dicho carácter sea arbitrario, no razonable²⁶.

Como es sabido, en el juicio sobre la corrección constitucional de las normas tributarias el Tribunal Constitucional valora, como elemento principal, el grado de retroactividad de la norma. El Tribunal Constitucional es más permeable a la retroactividad impropia, relativa o de grado medio, que determina que una norma incida sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales que aún no se han consolidado, dada su menor incidencia en la seguridad jurídica. Por el contrario, y también con carácter general, el máximo intérprete de la Constitución rechaza la retroactividad absoluta, esto es, la que afecta a situaciones jurídicas pretéritas y consolidadas, por el ataque que supone a la seguridad jurídica, dado que el obligado tributario no podrá en estos casos adecuar su comportamiento a la normativa aplicable²⁷.

La norma objeto de análisis va más allá de los dos principales grados de retroactividad que distingue el Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar la compatibilidad de una medida tributaria de carácter retroactivo. En efecto, la norma tal y como está configurada tiene un alcance retroactivo implícito no ya de grado máximo, sino de lo que podríamos denominar *ultra*. En efecto, la nueva medida introduce un nuevo grado de retroactividad desconocido hasta el momento en la medida en que afecta, no ya a hechos consumados o perfeccionados, sino a obligaciones extin-

²⁵ Como es sabido en el IS el periodo impositivo se determina a partir del ejercicio económico que no tiene por qué coincidir con el año natural (art. 26 TRLIS)

²⁶ MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 23.^a ed. Madrid, Tecnos, 2012, pág. 162.

²⁷ En este sentido pueden verse las SSTC 116/2009, de 18 de mayo (NCJ049593), y 176/2011, de 8 de noviembre (NCJ055862).

guidas de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la LGT. Lo anterior resulta absolutamente inadmisibles desde el punto de vista de las mínimas exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de nuestro Texto Constitucional.

4.1.2. El principio de capacidad económica y la tutela judicial efectiva

En los términos que ya han sido expuestos, a la luz del nuevo apartado 2 del artículo 39 de la LIRPF y del nuevo apartado 6 del artículo 134 del TRLIS, el incumplimiento del deber de presentar la declaración informativa sobre los bienes y derechos ubicados en el extranjero determina «en todo caso» la obtención de una ganancia patrimonial no justificada o de una renta presuntamente obtenida que se imputará al último de los ejercicios no prescritos; limitándose la prueba en contrario a la acreditación por parte del sujeto pasivo de que los bienes y derechos han sido adquiridos con cargo a rentas declaradas o con cargo a rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviera la consideración de sujeto pasivo del impuesto de que se trate.

Es evidente que en el momento de redactar estas líneas aún no hay jurisprudencia ni doctrina administrativa relevante relativa a la nueva redacción de ambos preceptos. Sin embargo, existe una copiosa jurisprudencia recaída sobre redacciones anteriores que puede aportar cierta luz en el análisis de los nuevos preceptos.

Salvo excepciones ciertamente aisladas²⁸ (SSTS de 25 de enero, 13 y 19 de octubre, de 1992 y 29 de noviembre y 1 de diciembre de 1993) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se viene

²⁸ Que sostienen el carácter no presuntivo de esta regla «que se limita a gravar un incremento de patrimonio que se caracteriza por no estar justificado conforme a las declaraciones anteriores de Renta y Patrimonio del sujeto. La existencia de patrimonio y su no justificación fiscal no está presumida en la Ley, sino que se parte de la realidad de estos hechos para configurar el gravamen» (FD 2.º de la STS de 13 de octubre citada en el texto). De este planteamiento jurisprudencial se hizo eco un sector, también minoritario, de la doctrina española que depurando dogmáticamente la idea esencial vino a sostener, en síntesis, que las ganancias patrimoniales no justificadas son un componente de renta más del IRPF, es decir, definen en definitiva el concepto «renta» configurador del hecho imponible del impuesto y, por lo tanto, no son instrumento procesal para la prueba de la realización del hecho imponible. *Vid.*, MARÍN-BARNUEVO FABO, D. y ZORNOZA PÉREZ, J.: «Los incrementos no justificados de patrimonio y el régimen sancionador tributario», en *Crónica Tributaria*, 1994; MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: *Presunciones y Técnicas Presuntivas*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pág. 162. Otros autores también han sostenido la naturaleza no presuntiva de esta regla. Así, HERNÁNDEZ MARTÍN, V.: «Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública», en *Crónica Tributaria*, 1989, núm. 60, págs. 103-104; AGUALLO AVILÉS, Á. y GARCÍA BERRO, F.: «Los incrementos de patrimonio no justificados y la presunción de inocencia en el procedimiento tributario sancionador», en *XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario*, Libro 2, Lisboa, 1998, pág. 117. El carácter no presuntivo de la regulación de las ganancias no justificadas de patrimonio se ha rebatido afirmando que si una ganancia no justificada fuera un elemento o componente de la renta gravable, el contribuyente estaría obligado a declararlo, igual que ha de declarar sus rendimientos del trabajo, del capital o de una actividad económica y, sin embargo, el contribuyente no puede declarar (autoliquidar) ganancias no justificadas de patrimonio. *Vid.*, SIMÓN ACOSTA, E.: «Naturaleza de los incrementos no justificados de patrimonio y efectos derivados de las declaraciones del Impuesto sobre el Patrimonio», en *Quincena Fiscal*, 1992, núms. 1 y 2, pág. 50 y JIMÉNEZ COMPAIRED, I.: *Los incrementos no justificados de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 87. Recientemente y como consecuencia de la Declaración Tributaria Especial (también conocida como «amnistía fiscal») se ha llegado a sostener que con dicha regularización el legislador ha venido a admitir que las ganancias patrimoniales no tienen naturaleza presuntiva,

afirmando, de forma reiterada, la doctrina asentada en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a) de 29 de marzo de 1996 (NFJ004661), ponente don Alfonso Gota Losada, que sostiene que la regulación de las ganancias patrimoniales no justificadas en el IRPF se articula en torno a dos presunciones *iuris tantum* que obedecen a otros tantos:

«momentos fundamentales en la génesis de los incrementos no justificados de patrimonio, el primero es la ocultación a efectos fiscales de parte o de la totalidad de las rentas obtenidas [...] y, el segundo momento, que es la exteriorización de dicho ahorro ocultado, mediante su inversión en adquisiciones a título oneroso, que al fin consigue conocer la Administración Tributaria, y que por su origen, como hemos explicado, no se hallan fiscalmente justificadas.

[...]

En una situación probatoria normal, la exteriorización de un incremento patrimonial no justificado con la renta declarada, sería siempre un indicio razonable de que se había producido previamente una ocultación de rentas, pero a la Administración Tributaria le sería muy difícil probar fehacientemente tal ocultación, es decir los rendimientos concretos o plusvalías de enajenación ocultados o las adquisiciones a título gratuito, también ocultadas, y no digamos nada, probar el ejercicio o ejercicios en que se produjeron tales ocultaciones.

La Ley 44/1978, de 8 septiembre, salió al paso de estas dificultades, modificando el *onus probandi*, liberando a la Administración Tributaria de la carga de la prueba, mediante dos presunciones legales *iuris tantum*, que operan sobre el mismo hecho base.

[...] el hecho base consiste sencillamente en la existencia de un incremento patrimonial que no se justifica con las rentas declaradas. Este hecho base debe ser probado por la Administración por los medios ordinarios de prueba, sin que respecto del mismo exista presunción legal alguna.

Probado que existe un incremento no justificado de patrimonio, la Administración no podría normalmente descubrir qué rendimientos o plusvalías de enajenación se habían ocultado, ni tampoco cuándo se produjeron tales ocultaciones, por ello la Ley deduce de tal hecho base, mediante presunciones legales, dos hechos consecuencia, uno sustantivo y otro temporal.

porque en la «amnistía fiscal» las rentas que se habían ocultado y eran objeto de regularización especial se autoliquidaban por el sujeto, calificándose como ganancias patrimoniales no justificadas que, como es sabido, no seguían el régimen general previsto para esta fuente de renta, sino que eran sometidas a un gravamen del 10% del valor de la ganancia. *Vid.*, este interesante razonamiento en ALMAGRO MARTÍN, C.: «Mecanismos presuntivos como herramienta para la afloración de rentas: a vueltas con las ganancias no justificadas...», *op. cit.*, pág. 62. Cuando afirma que «a través de la Declaración Tributaria Especial lo que el contribuyente hace es declarar una renta calificada por la norma que la regula como ganancia no justificada, con lo que, por primera vez, y aunque sea con carácter extraordinario, parece admitirse en una ley la declaración de tales ganancias por el contribuyente, de lo que quizás podría deducirse que son un elemento de la renta del contribuyente y que su naturaleza no tiene carácter presuntivo».

[...] Probado el hecho base, el hecho consecuencia presunto es que el valor del incremento patrimonial no justificado, es renta gravable ocultado y, concretamente, no rendimientos, sino incremento patrimonial (componente de la renta).

La segunda presunción resuelve las dificultades probatorias de naturaleza temporal, y contesta la pregunta de ¿cuándo se ha ocultado las rentas? [...]».

La naturaleza presuntiva del régimen de ganancias patrimoniales no justificadas, que se manifiesta en dos hechos consecuencia o presumidos –uno sustantivo y otro temporal– a partir de la constatación por parte de la Administración de la ocultación de patrimonio que no se corresponde con la renta declarada, se pone de manifiesto también en las más recientes SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 19 de junio de 2008 (NFJ030389), 13 de julio de 2011 (NFJ043997) en recurso de casación para la unificación de doctrina, 18 de octubre de 2012 (referidas a la regulación de las ganancias patrimoniales no justificadas previstas en el artículo 37 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre) o la reciente STS de 8 de marzo de 2012 (NFJ047010) (relativa a la regulación contenida en el art. 49 de la Ley 18/1991, de 6 de junio).

Idéntica doctrina se extrae a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de la presunción de obtención de rentas contemplada en la regulación del Impuesto sobre Sociedades. Así, en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 8 de septiembre de 2011 se afirma que:

«la Ley, ante la eventualidad de que el obligado tributario no refleje en contabilidad su situación patrimonial, con la consiguiente ocultación, establece una serie de presunciones *iuris tantum* dirigidas a hacer tributar rentas ocultas o no declaradas y ello tanto cuando se trate de supuestos de infravaloración del activo (artículos 140. 1. 2 y 3), como de deudas inexistentes (art. 140.4)»

Precisamente por ello, no debe sorprender que la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) de 5 de octubre de 2012 (NFJ048688) haya considerado improcedente la liquidación efectuada en aplicación de la presunción de onerosidad prevista, en su momento, en el artículo 140 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, porque, aunque concurría la constatación administrativa del hecho base (contabilización de pasivos ficticios) que desplegaba plenos efectos en cuanto a la constatación de los hechos presumidos (obtención de renta imputable al último de los periodos impositivos no prescritos):

«El artículo 140 no era una norma dirigida a evitar los efectos de la prescripción, ante una ocultación del contribuyente, sino una norma de liquidación del impuesto mediante una serie de presunciones legales para facilitar esa liquidación en estos casos, sin perjuicio de la prescripción cuando esta se probase por el sujeto pasivo.»

En la medida en que dicha deuda ya estaba reflejada en la contabilidad correspondiente a un ejercicio ya prescrito, procede a anular la resolución impugnada del TEAR del Principado de Asturias de 13 de julio de 2007 y los actos de liquidación y de sanción que confirma, por la existencia de prescripción.

La redacción de los nuevos artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS parece mutar la primigenia configuración de las ganancias patrimoniales no justificadas y de la presunción de obtención de renta, respectivamente, cuando el patrimonio oculto se halla en el extranjero. La nueva normativa referida a estos supuestos señala que «en todo caso» los bienes ocultos tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificada o que se han obtenido con renta no declarada por la sociedad, que se imputará al periodo más antiguo de los no prescritos. La enfatización que suponen los términos «en todo caso» convierte inicialmente la presunción *iuris tantum* en presunción *iuris et de iure*. Decimos inicialmente porque, a continuación, ambos preceptos admiten una prueba en contrario, pero de carácter restringido; pues solo se admite la demostración de que los bienes y derechos ocultos en el extranjero han sido adquiridos con rentas declaradas o bien con cargo a rentas que fueron obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales el obligado tributario no tenía la condición de sujeto pasivo del impuesto.

Desde el punto de vista sustantivo la nueva redacción de los preceptos excluye, claramente, la posibilidad de que el sujeto pasivo demuestre por otras vías el nexo causal entre el origen de los fondos y su aplicación, por ejemplo, por la obtención de rentas exentas.

Es evidente que, en general, las ganancias patrimoniales no justificadas y la presunción de obtención de rentas y, en particular, las derivadas de la ocultación de bienes extranjeros, son normas que pretenden atajar determinadas conductas fraudulentas que además, en estos últimos casos, resultan más difícil de descubrir para la Administración Tributaria. Sin embargo, la rigidez de los nuevos preceptos bien puede llevar a situaciones en que, con el loable fin de luchar contra el fraude fiscal, se pueda llegar a someter a gravamen manifestaciones de capacidad económica inexistentes o ficticias. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre medidas adoptadas en el marco de relaciones o situaciones especialmente proclives al fraude fiscal, admitiendo la posibilidad de establecer determinadas reglas de carácter probatorio o reglas de valoración específicas como el valor de mercado [al respecto SSTC 146/1994, de 12 de mayo (NFJ003364) y 255/2004, de 23 de diciembre (NFJ018644)]. Sin embargo, tales normas resultarán incompatibles con el artículo 31.1 de la CE interpretado a la luz de la STC 194/2000, de 19 de julio [FD 8.º (NFJ009087)] cuando traspasen el ámbito de las presunciones y creen una auténtica ficción jurídica a la hora de establecer la existencia de renta, su calificación y su tratamiento fiscal, alejándose por completo de la realidad al someter a gravamen una renta inexistente o ficticia y, por tanto, contraviniendo abiertamente las exigencias derivadas de principio de capacidad económica.

Desde el punto de vista temporal, la nueva redacción de los preceptos señalados excluye, claramente, la posibilidad de que el sujeto demuestre que era titular de los bienes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción o que las rentas fueron obtenidas en un ejercicio posterior al periodo más antiguo de entre los no prescritos.

Parece claro que, empleando la terminología del Tribunal Supremo antes transcrita, los nuevos preceptos sí serían normas dirigidas a evitar los efectos de la prescripción de la obligación tributaria, ante la ocultación del contribuyente. En efecto, los términos en que están redactados los nuevos preceptos evidencian que la obligación tributaria deviene de facto imprescriptible. Por lo tanto, por

lo que respecta al momento temporal en que deban imputarse las rentas, la nueva normativa muta su primigenio carácter de presunción *iuris tantum* para convertirse en una auténtica ficción jurídica, con todo lo que ello comporta. La nueva norma no parte de la constatación de un hecho base (patrimonio oculto) para, a partir de ahí, y mediante un razonamiento lógico, considerar suficientemente probado que la renta se ha obtenido en un determinado momento (el periodo impositivo respecto del que se descubren los bienes o el periodo más antiguo de los no prescritos) sino que finge, al no admitir prueba en contrario, que la renta ha sido obtenida en todo caso en el periodo más antiguo de los no prescritos. Debe subrayarse que la norma adquiere los contornos propios de una ficción jurídica, porque acepta, nada menos, que la renta se impute al más antiguo de los no prescritos aunque se pueda constatar perfectamente que dicha renta se obtuvo en un periodo impositivo prescrito o en uno anterior.

La nueva normativa incorpora un régimen en materia de prescripción de la obligación tributaria que, a primera vista, pudiera guardar cierta relación con el previsto a efectos de otros impuestos. En efecto, existen otros ámbitos impositivos, particularmente en la regulación de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante ITPyAJD) y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISyD) donde el legislador, con el propósito de evitar determinadas prácticas fraudulentas, ha establecido un régimen específico a la hora de computar el inicio del periodo de prescripción.

En relación con el ITPyAJD, el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante TRLITPyAJD) señala, en el apartado 2 del artículo 50 del TRLITPyAJD que «a los efectos de prescripción, en los documentos que deban presentarse a liquidación, se presumirá que la fecha de los privados es la de su presentación, a menos que con anterioridad concorra cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 1.227 del Código Civil, en cuyo caso se computará la fecha de la incorporación, inscripción, fallecimiento o entrega, respectivamente». Es evidente que el legislador está articulando una regla específica de carácter probatorio para evitar que, en documento privado, se antedate la fecha de una transmisión para fingir que la misma se efectuó en un ejercicio ya prescrito. La técnica empleada para ello es presumir que, a los efectos del inicio del cómputo de la prescripción, la fecha es la del momento de presentación del documento o de la declaración, salvo que concorra alguna de las circunstancias del artículo 1.127 del Código Civil. Este último precepto niega eficacia frente a terceros a la fecha que conste en los documentos privados hasta el momento en que se produzca la muerte de alguno de los firmantes, se inscriba el documento en un registro público, o el mismo sea presentado a un funcionario público por razón de su oficio. Se trata de una regla de naturaleza presuntiva, por ese motivo, la jurisprudencia civil entiende que el precepto citado contiene una enumeración meramente ejemplificativa; pudiendo demostrarse la fecha del acto o contrato por otros medios, como actas de la comunidad de propietarios, registros de las compañías suministradoras de agua y electricidad, asientos contables, descuento de las letras o pagarés que instrumentaron el pago del precio, etc.²⁹

²⁹ Por todos, FALCÓN Y TELLA, R.: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Madrid, Iustel, 2005, págs. 162 y ss.

Igualmente a efectos tributarios ha de admitirse, en los supuestos de documento privado o contrato verbal, la posibilidad de prueba de la fecha del devengo por cualquier medio admitido en Derecho, como afirmara la STS de 5 de diciembre de 1998 (NFJ007028) que declaró la nulidad del artículo 94.3 del Reglamento del ITPyAJD en este punto. No en vano, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en el mismo sentido, entre otras, en la STS de 14 de noviembre de 1988, que declaraba aplicable en este ámbito el artículo 1.251 del Código Civil, coincidente con el artículo 108.1 de la actual LGT, según el cual las presunciones establecidas por la Ley pueden destruirse mediante prueba en contrario.

En nuestra opinión, la normativa objeto de este trabajo va más allá de la técnica de las presunciones como mecanismo para resolver las dificultades de la Administración para levantar la carga de la prueba que, de ordinario, le correspondería al incorporar una auténtica ficción jurídica que pretende privar de todo efecto la acreditación por parte del sujeto pasivo del periodo impositivo en que efectivamente se obtuvieron las rentas origen del patrimonio oculto. La diferencia es clara, en el régimen previsto para el ITPyAJD el obligado tributario puede demostrar fehacientemente que la fecha de la transmisión es anterior a la correspondiente a la presentación para la liquidación, con independencia de la rigidez en la apreciación de dicha prueba. Sin embargo, en la normativa que aquí ocupa no se admite prueba de que las rentas con que fueron adquiridos los bienes ocultos en el extranjero proceden de ejercicios distintos del último periodo no prescrito.

Algo similar a lo expuesto en relación con el ITPyAJD sucede respecto al ISyD. El artículo 25.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante LISyD) introducido por el artículo 3 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispone que: «En el supuesto de escrituras autorizadas por funcionarios extranjeros, el plazo de prescripción se computará desde la fecha de su presentación ante cualquier Administración española, salvo que un Tratado, Convenio o Acuerdo Internacional, suscrito por España, fije otra fecha para el inicio de dicho plazo.» Según viene señalando la jurisprudencia, la incorporación de este apartado:

«[...] no es innovativ(a), sino aclaratori(a), viniendo a recoger lo que ya regía con la anterior redacción del precepto que remitía a los artículos 64 y siguientes de la Ley General Tributaria, interpretado conforme al principio de la *actio nata*. Nuestro criterio concuerda con el expuesto por la Dirección General de Tributos, aunque relativo al ITPyAJD, la consulta 2055/1999 en el sentido que, sin perjuicio de los efectos jurídicos generales que implique la "apostilla" a que alude el artículo 4.º del Convenio de La Haya, ha de considerarse en lo que afecta a la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria correspondiente al ITPyAJD, lo mismo para el Impuesto sobre Donaciones, ha de atenderse, como fecha inicial del cómputo, al momento en que los documentos notariales formalizados en el extranjero y "que deban ser presentados" en España, son efectivamente objeto de presentación en territorio español, porque además es la única circunstancia que permite a la Administración española tener conocimiento fehaciente del hecho imponible, lo que en el presente caso nos lleva a no apreciar la prescripción, por cuanto el sujeto pasivo no ha acredi-

tado que tal presentación mediara con anterioridad a la fecha de 27 de agosto de 2001 en que se presentó ante el Registro de la Propiedad»³⁰.

Debe subrayarse que la jurisprudencia que acaba de ser transcrita hace hincapié en la idea fundamental que subyace a la jurisprudencia del TJUE a que ya nos hemos referido en los apartados anteriores y que, a su vez, conecta con la teoría de la *actio nata*. A partir de ahí, la jurisprudencia transcrita extrae idénticas conclusiones en cuanto a la aplicación de reglas «presuntivas» para determinar el plazo de prescripción a efectos de ITPyAJD e ISyD. En efecto, se trata de reglas de naturaleza «presuntiva» orientadas a facilitar las tareas de comprobación administrativa, cuando esta se ve impedida para conocer la realización del hecho imponible. En particular, en la sentencia transcrita se evidencia que los documentos formalizados en el extranjero que deben ser presentados en España, solo cuando son «efectivamente» presentados ante la Administración española permiten el conocimiento fehaciente de la realización del hecho imponible. Lo cual pone de manifiesto que, el cómputo «general» del periodo de prescripción comenzará a partir del momento en que la Administración conoce la existencia de las escrituras autorizadas en el extranjero³¹.

Por el contrario, como ya hemos señalado, la normativa objeto de nuestro análisis va más allá de la técnica de las presunciones como mecanismo para resolver las dificultades de la Administración para levantar la carga de la prueba que, de ordinario, le correspondería e incorpora una auténtica ficción jurídica que pretende privar de todo efecto la acreditación por parte del sujeto pasivo del periodo impositivo en que efectivamente se obtuvieron las rentas origen del patrimonio oculto. La diferencia es clara, al igual que en el régimen previsto para el ITPyAJD, en el ISyD el obligado tributario puede (y debe) demostrar fehacientemente la fecha a partir de la cual la Administración tenía conocimiento de las escrituras autorizadas en el extranjero. Sin embargo, en la normativa que aquí ocupa no se admite la prueba de que las rentas con que fueron adquiridos los bienes situados en el extranjero proceden de ejercicios distintos del último periodo no prescrito, se finge que ello ha sido así, con independencia incluso de que la Administración tributaria tuviera indicios de la existencia de los bienes.

Habida cuenta de lo anterior, la actual regulación supone un evidente exceso del legislador al ir más allá de los límites constitucionalmente establecidos, tanto desde la perspectiva del principio de capacidad económica, al extender la aplicación potencial del precepto a situaciones que no manifiestan riqueza, como del derecho de defensa, al limitar extraordinariamente las posibilidades de prueba en contrario. Todo ello, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a que nos hemos referido.

³⁰ Sentencias del Tribunal de Justicia de Cataluña 1084/2009, de 4 de noviembre, y 1137/2009, de 16 de noviembre.

³¹ La misma idea subyace a la doctrina emanada de la Dirección General de Tributos en relación con el inicio del cómputo del plazo de prescripción para girar la, mal denominada por la propia normativa, liquidación definitiva del ICIO. En efecto, según la Resolución de la DGT núm. 16/2012, de 12 de diciembre de 2012 (NFC045902), el inicio del cómputo del plazo solo comienza cuando la Administración tributaria ha podido conocer la finalización de la construcción, instalación u obra, lo que ocurre, generalmente, cuando se presente ante el ayuntamiento la documentación necesaria para la obtención de la licencia de primera ocupación, salvo que se pueda probar fehacientemente que la Administración Tributaria tuvo conocimiento formal de la terminación de la obra en una fecha anterior o que deban realizarse obras adicionales, en cuyo caso, habrá que estar a la fecha de finalización de las mismas.

4.2. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES EN LA REGULACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS SANCIONADORAS

La regulación objeto de nuestro análisis no se ciñe exclusivamente a los aspectos estrictamente tributarios a que ya nos hemos referido, que deben ser analizados exclusivamente desde la perspectiva de las garantías constitucionales que vertebran el Derecho Tributario³², sino que va más allá e incorpora importantes consecuencias de carácter sancionador. Tales consecuencias se derivan de las sanciones previstas por el incumplimiento del deber de información de los bienes y derechos situados en el extranjero, en los términos que ya han sido expuestos en la primera parte del trabajo, y de la sanción prevista para los casos en que resulten de aplicación los artículos 39.2 de la LIRPF o el artículo 134.6 del TRLIS (150% del importe de la base de la sanción). La concurrencia de ambas sanciones, unida al empleo de los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS, como sustento material para considerar consumado de manera cuasiautomática el tipo infractor, plantea no pocos problemas desde la perspectiva de la compatibilidad de esta regulación con las exigencias constitucionales en el ámbito punitivo. A continuación nos proponemos revisar las más destacables.

4.2.1. El principio de presunción de inocencia

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la aplicación de las reglas relativas a las ganancias patrimoniales no justificadas y a la presunción de obtención de rentas (obviamente en su redacción anterior a la modificación objeto de nuestro análisis) en el ámbito punitivo y, en particular, en materia penal. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de manera coherente con el planteamiento sostenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, considera que estas normas están integradas por dos presunciones legales. En este sentido, la STS 1335/1999, de 17 de noviembre (NFJ044567), afirma que:

«No cabe duda de que el precepto citado de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas contiene dos presunciones legales relativas o *iuris tantum*, en cuanto viene a establecer que el descubrimiento de elementos patrimoniales cuya financiación no está justificada con la renta declarada por el sujeto pasivo hace presumir la existencia de una renta gravable que se ha ocultado a Hacienda y, en segundo lugar, que esa renta se imputa al periodo impositivo en el que ha sido descubierta».

A partir de ahí, el Tribunal expone la doctrina que vienen declarando la Sala y el Tribunal Constitucional, acerca de los requisitos que deben cumplirse para que la prueba de presunciones

³² Como se ha advertido en nota a pie 23, en ocasiones, medidas tributarias que podríamos calificar como agresivas, como la que aquí ocupa, son consideradas por un sector de la doctrina sanciones atípicas (*vid.*, SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A.: «Sanciones "indirectas" o "impropias" en Derecho tributario...». *op. cit.*, págs. 501-529). Este concepto, conviene reiterar, además de carecer de soporte normativo alguno, provoca unos efectos perturbadores en el correcto análisis de las normas tributarias. Sobre esta cuestión nos permitimos remitir nuevamente al lector a LÓPEZ LÓPEZ, H. y ZORNOZA PÉREZ, J.: «Las sanciones Administrativas tributarias. El poder sancionador de la Administración Tributaria...», *op. cit.*, págs. 1.923 y ss.

o indicios tenga virtualidad como prueba de cargo en la que se pueda sustentar una sentencia condenatoria. En particular, pone de relieve que los indicios, en términos generales, pueden llegar a enervar la presunción de inocencia que en principio ampara a toda persona acusada de un delito, siempre y cuando la prueba así efectuada reúna una serie de requisitos, so pena de vaciar de contenido un derecho fundamental. Así, la prueba indirecta o indiciaria requiere la concurrencia de una «pluralidad de indicios [...]» que genere «un estado de certeza moral objetivamente justificable sobre la realidad del hecho. La certeza a que nos referimos [...] no puede normalmente tener su origen en un solo indicio, siempre equívoco, porque lo característico de la equivocidad es la inseguridad de su significado». Tras referirse a una copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo subraya que el máximo intérprete de la Constitución:

«coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes. Que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probatorios, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito [...]»

En el mismo sentido y de forma aún más contundente se expresa la STS 872/2002, de 16 de mayo (NFJ013338), al afirmar que:

«un sistema de presunciones legales para determinar un concepto tributario de naturaleza sancionadora puede ser constitucionalmente inobjetable siempre que no sean *iuris et de iure* y permitan la prueba en contrario, pues el artículo 24.2 de la CE rechaza rotundamente la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba».

Por lo anterior, no debe sorprender que en la sentencia que se acaba de citar se llegue a la conclusión de que, con independencia de las consecuencias tributarias derivadas de las normas sobre ganancias patrimoniales no justificadas,

«cuando exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolución, que dichos bienes o derechos proceda de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo, sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado. (STS 2486/2001, de 21 de diciembre)»

En el caso concreto objeto de la citada sentencia, el Tribunal Supremo afirma lo siguiente:

«Partiendo del mismo criterio de la Inspección de Hacienda de compensar suscripciones con reembolsos, el Tribunal sentenciador sitúa la clave de la cuestión a resolver en decidir "si puede considerarse o no probado que el importe de las suscripciones efectuadas en 1988 y no justificadas con reembolsos de aquel ejercicio, obedecen a un incremento generado ese mismo año". El Tribunal se pronuncia por la negativa porque en un proceso penal no puede basarse una condena en presunciones como la de considerar que cuando aflora un elemento patrimonial que ha permanecido fiscalmente oculto debe entenderse que ha sido generado en el mismo ejercicio en que ha sido afluído, tanto más cuando la defensa ha aportado una explicación racional y plausible sobre el origen de los incrementos patrimoniales que se basa, precisamente, en el mismo método que han empleado las acusaciones para determinar el montante del presunto incremento patrimonial mediante la compensación de reembolso y suscripciones, en el sentido de que las participaciones de 1998 fueron suscritas con el dinero obtenido de los reembolsos de 1987. Recuerda la Sala "a quo" que en el propio informe de la Inspección de Hacienda, se afirma que "en la medida que los activos aflorados puedan identificarse con los rendimientos o beneficios declarados o prescritos, su afluencia no implicaría la existencia de incremento de patrimonio, pero tal identificación ha de suponer lógicamente, que el sujeto pasivo puede probar y relacionar hechos y operaciones", que es lo sucedido en el presente caso pues la defensa ha conseguido establecer dicha relación sin que se haya conseguido desacreditar su corrección.

La sentencia de instancia concluye su correcta y sólida fundamentación argumentando que la aplicación automática de las presunciones, en que se basaban las acusaciones, no podía desvirtuar la presunción de inocencia porque no reunía la exigencias de la prueba de indicios por no ser plurales ni, por otra parte, habían rebatido una revisión de los hechos documentalmente acreditada, que no era irracional ni absurda, invocando acertadamente la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1999»

Como ya hemos advertido, la nueva normativa más que articularse en torno a una doble presunción, sustantiva y temporal, establece una ficción jurídica, al menos por lo que respecta a la imputación temporal de la renta presuntamente obtenida. Lo cual se opone abiertamente a la posibilidad de derivar responsabilidades penales de manera automática, en los términos exigidos por la jurisprudencia que acabamos de transcribir, por resultar contrario al principio de presunción de inocencia que constituye una garantía fundamental base de todo procedimiento penal y que no puede ser desvirtuada mediante el empleo de normas que no solo no son suficientes por sí mismas para dar debido cumplimiento a los requisitos exigidos por la jurisprudencia en relación con la prueba indiciaria, sino que, además, limitan extraordinariamente las posibilidades de defensa del obligado tributario; desvirtuando de ese modo las posibilidades de prueba en contrario. Lo anterior implica, a nuestro modo de ver, una vulneración del principio de presunción de inocencia y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución.

La doctrina jurisprudencial que se acaba de transcribir es perfectamente extrapolable al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y, por lo que aquí interesa, al Tributario Sancionador.

En efecto, como es sabido, el Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias recaídas en materia de Derecho Administrativo Sancionador sostuvo la teoría del *ius puniendi* único del Estado³³, en virtud de la cual los principios que configuran el orden penal son de aplicación al ámbito de las infracciones administrativas, dado que la potestad penal y la sancionadora forman parte de un mismo *ius puniendi* único del Estado³⁴. Por lo tanto, los problemas de constitucionalidad a que nos acabamos de referir son extensibles cuando la conducta es constitutiva de infracción tributaria.

4.2.2. El principio de culpabilidad

Como se expondrá a continuación, la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, configura un régimen sancionador extraordinariamente defectuoso desde un punto de vista técnico, con claras consecuencias en cuanto a las garantías que debe revestir todo acto de imposición de sanciones a un sujeto infractor y, por lo que ahora interesa, por el necesario respeto a las garantías más elementales derivadas del principio de culpabilidad.

Por sorprendente que pueda resultar, lo que define el tipo infractor no es la conducta del sujeto, sino «la aplicación de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la LIRPF y en el artículo 134.6 del TRLIS». Es decir, la conducta infractora no es definida por el tipo infractor como aquella consistente en dejar de ingresar con un propósito elusivo, sino como el simple hecho de que «resulte de aplicación» a efectos tributarios la nueva regla de ganancias de patrimonio no justificadas o la presunción de rentas.

La defectuosa técnica legislativa empleada es manifiesta y ello unido a las insalvables restricciones de la prueba en contrario a que venimos haciendo referencia a lo largo de nuestro trabajo, pone de manifiesto la configuración de un régimen sancionador cuasiautomático.

Y en este sentido, debe destacarse que la incorporación de un régimen de responsabilidad objetiva resulta abiertamente opuesto a las garantías más elementales derivadas del principio de culpabilidad³⁵ reconocido en la Constitución Española, en su interpretación dada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, desde sus primeros pronunciamientos ha advertido el carácter subjetivo de la responsabilidad sancionadora que impide, por tanto, la exigencia de esta clase de responsabilidad por el mero resultado y sin atender a la conducta del obligado tributario; en concreto, al elemento intencional y a la diligencia del sujeto³⁶.

³³ De la que hemos tenido ocasión de ocuparnos en LÓPEZ LÓPEZ, H.: *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Navarra, Aranzadi, 2009.

³⁴ Por todas, *vid.*, las SSTC de 30 de enero y 8 de junio, de 1981.

³⁵ De dicho principio nos hemos ocupado de manera monográfica en el siguiente trabajo al que nos permitimos, de nuevo, remitir al lector: LÓPEZ LÓPEZ, H.: *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Navarra, Aranzadi, 2009.

³⁶ *Id.*, entre otras, las SSTC 219/1988, de 22 de noviembre; 75/1990, de 26 de abril; 246/1991, de 19 de diciembre o 120/1994, de 25 de abril.

Las limitaciones en cuanto a la extensión de este trabajo nos impiden ser más prolijo pero, en todo caso, las breves observaciones efectuadas ponen de manifiesto, nuevamente, las serias dudas de compatibilidad de la normativa objeto de análisis con las exigencias más elementales derivadas del Texto Constitucional.

4.2.3. Non bis in ídem

El apartado 2 de la disposición adicional 18.^a de la LGT contempla el régimen de infracciones y sanciones previsto para el incumplimiento del deber de información sobre bienes y derechos ubicados en el extranjero. En los términos ya señalados, la normativa contempla dos tipos infractores: no presentar en plazo o presentar de forma incompleta, inexacta o con datos falsos las declaraciones informativas a que se refiere esta disposición adicional; y la presentación de las mismas por medios distintos a los electrónicos, informáticos y telemáticos, en aquellos supuestos en que hubiera obligación de hacerlo por dichos medios. Para cada tipo infractor se prevé una sanción cuyo importe se hace depender de la gravedad del incumplimiento.

Asimismo, según el peculiar régimen sancionador diseñado por la disposición adicional 1.^a de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, la aplicación de los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS «se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 % del importe de la base de la sanción.»

Dispone el artículo 178 de la LGT que «la potestad sancionadora en materia tributaria se ejercerá de acuerdo con los principios reguladores de la misma en materia administrativa con las especialidades establecidas en esta Ley. En particular serán aplicables los principios [...] de no concurrencia.» Aunque no fuera necesario hacerlo, la propia LGT está reconociendo la regla non bis in ídem que prohíbe sancionar dos veces la misma conducta.

A partir de lo anterior, empleando terminología penal, cuando un ilícito es medio necesario para cometer otro no pueden sancionarse ambas conductas de manera independiente, so pena de vulnerar las garantías derivadas de la referida regla.

Pues bien, lo que se acaba de señalar es precisamente lo que sucede en relación con el particular régimen sancionador previsto para los incumplimientos del deber de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero, por un lado, y para la aplicación de las ganancias patrimoniales injustificadas o la presunción de obtención de renta, por el otro. La primera conducta es medio necesario (curso ideal o medial) para cometer el segundo ilícito, más grave y determinante de la defraudación tributaria; de manera que, en buena lógica, la sanción más grave prevista para las defraudaciones tributarias absorbe a la que correspondería aplicar por el incumplimiento formal del deber de información.

Al no tener en cuenta lo anterior y sancionar ambas conductas, en nuestra opinión, la normativa objeto de este trabajo estaría vulnerando el *principio de no concurrencia* que, como la propia LGT advierte, rige la aplicación de la potestad sancionadora. Otra muestra más de las evidentes dudas de constitucionalidad que suscita esta cuestionable novedosa regulación.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado estamos en condiciones de esbozar nuestras principales conclusiones respecto a la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea y la Constitución Española del nuevo régimen jurídico del deber de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero y las consecuencias previstas en la imposición sobre la renta para los supuestos de incumplimiento del referido deber de información.

En primer lugar, a partir de la jurisprudencia del TJUE, especialmente de las SSTJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558) y 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFJ044030), se puede afirmar que una medida como la que es objeto de nuestro trabajo restringe claramente la libertad de movimientos de capitales al ampliar de facto el plazo de prescripción de la obligación tributaria cuando se trata de bienes situados en el extranjero y, por el contrario, mantener el plazo de prescripción general cuando la obligación tributaria se refiere a bienes situados en territorio español.

La restricción de las libertades fundamentales parece estar motivada en la mejora en la eficacia de los controles fiscales y la prevención y lucha contra el fraude fiscal. En particular, la diferente regulación que reciben las ganancias patrimoniales no justificadas así como la presunción de obtención de rentas, cuando estas proceden de bienes ubicados en el extranjero podría justificarse por las mayores dificultades que tiene la Administración Tributaria española para efectuar las comprobaciones, respecto de aquellos casos en que los bienes y derechos ocultos están ubicados en territorio español.

Sin embargo, «para que una medida restrictiva esté justificada, debe respetar el principio de proporcionalidad, en el sentido de que ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo» [SSTJUE de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), apartado 47, de 15 de septiembre de 2011, C-132/10 (NFJ044030), apartado 31 y 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09 (NFJ040564), apartado 33 y jurisprudencia allí citada]. A la luz de la doctrina del TJUE emanada de las Sentencias de 15 de septiembre de 2011, asunto C-132/10 (NFJ044030) y de 11 de junio de 2009, asuntos acumulados C-155/08 y C-157/08 (NFJ033558), para determinar si la medida adoptada por el Estado español es proporcionada deben distinguirse claramente dos hipótesis: que las autoridades tributarias españolas dispongan de algún indicio sobre la existencia de dichos elementos que permita emprender una investigación; o que carezcan de él. En la primera hipótesis no estaría justificada la ampliación del plazo de prescripción, por lo tanto, la norma deviene contraria a la libertad de circulación de capitales. En la segunda hipótesis sí estaría justificada la ampliación del plazo de prescripción. Ahora bien, dicha ampliación no puede ser arbitraria o, a su vez, desproporcionada. Resultaría admisible la ampliación del plazo de prescripción de la obligación tributaria si, por ejemplo, se adoptara el plazo de prescripción previsto por la normativa penal para los delitos fiscales más graves (en la actualidad 10 años). Sin embargo, una medida que de facto implique la imprescriptibilidad de la obligación tributaria no parece justificar la restricción a la libertad de circulación de capitales, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

En segundo lugar, aunque de manera implícita, la nueva normativa despliega efectos retroactivos. Ello es así porque, tal y como está configurada, modifica el plazo de prescripción previsto para situaciones previas a su entrada en vigor y lo que resulta aún más alarmante, «resucita» —si se nos permite la expresión— obligaciones tributarias que ya se habían extinguido de conformidad con el artículo 59.1 de la LGT. Todo ello en abierta contradicción con las exigencias más elementales derivadas del artículo 9.3 de la CE.

Es evidente que la nueva regulación de las ganancias patrimoniales no justificadas y de la presunción de obtención de rentas está orientada a la lucha contra el fraude fiscal. Sin embargo, la novedosa regulación objeto de nuestro trabajo excluye la posibilidad de que el sujeto pasivo demuestre por otras vías el nexo causal entre el origen de los fondos y su aplicación; configurando de facto la imprescriptibilidad de la obligación tributaria. De ese modo se impide al sujeto probar que la renta origen del patrimonio situado en el extranjero fue obtenida en un periodo impositivo distinto del previsto por la nueva normativa. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre medidas adoptadas en el marco de relaciones o situaciones especialmente proclives al fraude fiscal y ha admitido la posibilidad de establecer medidas especiales de carácter probatorio o de valoración, para combatir conductas fraudulentas [ad. ex. SSTC 146/1994, de 12 de mayo (NFJ003364) y 255/2004, de 23 de diciembre (NFJ018644)]. Sin embargo, tales normas resultarán incompatibles con el artículo 31.1 de la CE interpretado a la luz de la STC 194/2000, de 19 de julio [FD 8.º (NFJ009087)] cuando traspasen el ámbito de las presunciones y creen una auténtica ficción jurídica a la hora de establecer la existencia de renta, su calificación y su tratamiento fiscal, alejándose por completo de la realidad al someter a gravamen una renta inexistente o ficticia y, por tanto, contraviniendo abiertamente las exigencias derivadas del principio de capacidad económica, que es, precisamente, lo que parece suceder con la nueva normativa a partir de los efectos expansivos derivados de su discutible configuración técnica.

El novedoso régimen de imprescriptibilidad de la obligación tributaria no es comparable con otras técnicas que previamente han sido empleadas por el legislador y, en particular, con los artículos 25.2 de la LISyD y 50.2 del TRLITPyAJD. Este último precepto articula una regla específica de carácter probatoria basada en una presunción *iuris tantum*. Sin embargo, la normativa objeto de nuestro estudio va más allá de la técnica de las presunciones como mecanismo para resolver las dificultades de la Administración para levantar la carga de la prueba al incorporar una auténtica ficción jurídica que pretende privar de todo efecto la acreditación por parte del sujeto pasivo del periodo impositivo en que efectivamente se obtuvieron las rentas origen del patrimonio oculto. La diferencia es clara, en el régimen previsto para el ITPyAJD el obligado tributario puede demostrar fehacientemente que la fecha de la transmisión es anterior a la correspondiente a la presentación para la liquidación, con independencia de la rigidez en la apreciación de dicha prueba. Sin embargo, en la normativa que aquí ocupa no se admite la prueba de que las rentas con que fueron adquiridos los bienes situados en el extranjero proceden de ejercicios distintos del último periodo no prescrito.

Desde un punto de vista estrictamente sancionador, la nueva regulación también suscita serias dudas de compatibilidad con las exigencias constitucionales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo asentada, entre otras, en la STS 872/2002, de 16 de mayo (NFJ013338), es clara al señalar que «un

sistema de presunciones legales para determinar un concepto tributario de naturaleza sancionadora puede ser constitucionalmente inobjetable siempre que no sean *iuris et de iure* y permitan la prueba en contrario, pues el artículo 24.2 de la CE rechaza rotundamente la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba». «En un proceso penal no puede basarse una condena en presunciones como la de considerar que cuando aflora un elemento patrimonial que ha permanecido fiscalmente oculto debe entenderse que ha sido generado en el mismo ejercicio en que ha sido aflorado tanto más cuando la defensa ha aportado una explicación racional y plausible sobre el origen de los incrementos patrimoniales». La normativa objeto de nuestro análisis se muestra abiertamente contraria a esta jurisprudencia en la medida en que limita extraordinariamente las posibilidades de prueba en contrario, cuando no las excluye completamente (como sucede en lo relativo a la imputación temporal). Lo anterior supone, en nuestra opinión, una vulneración constitucional de la tutela judicial efectiva, así como del principio constitucional de presunción de inocencia.

Del mismo modo, la aplicación de manera cuasiautomática de los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS, unido al hecho de que el tipo infractor se define sorprendentemente como la mera «aplicación» de lo dispuesto en estos preceptos, además de resultar técnicamente incorrecto, configura el tipo infractor de manera objetiva. Lo cual también suscita serias dudas de compatibilidad con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, en la interpretación que del mismo viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, la concurrencia de sanciones por incumplimiento del deber de informar sobre los bienes ubicados en el extranjero y por aplicación de los artículos 39.2 de la LIRPF y 134.6 del TRLIS plantea serias dudas de compatibilidad con la regla *non bis in idem*, reconocida en el propio artículo 178 de la LGT, en la medida en que la primera conducta es medio necesario para cometer el segundo ilícito, lo que determina una situación de concurso ideal o medial en la que la primera conducta quedaría subsumida en la segunda; resultando improcedente sancionar ambos ilícitos, so pena de violentar la referida regla.

Tal y como señalábamos en la introducción, nos hallamos ante una medida loable en cuanto a la finalidad o propósito que persigue, combatir el fraude fiscal y en concreto el que se pone de manifiesto con el patrimonio oculto en el extranjero del obligado tributario, que dificulta extraordinariamente a la Administración Tributaria el ejercicio efectivo de sus facultades de comprobación e inspección. Sin embargo, los términos en que se ha articulado la normativa provocan unos efectos expansivos extraordinarios y una restricción de los derechos y garantías de los contribuyentes, tanto en el plano estrictamente tributario, como en el sancionador, de tal magnitud que difícilmente resultarán compatibles con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión Europea y de la propia Constitución Española.

Con este tipo de medidas se deja en manos de la medida y la racionalidad de la Administración Tributaria la aplicación de una norma que, insistimos, tiene un alcance potencial devastador. Lo cual resulta absolutamente inadmisibles en un Estado de Derecho con pretensiones de desarrollo económico y social, en el que las normas, incluidas aquellas que se desarrollan en el marco de estrategias para combatir la evasión fiscal, deben estar técnicamente bien diseñadas o, de lo contrario, resultarán manifiestamente ineficaces en aras a la prosecución de la finalidad que persiguen.

Bibliografía

- AGUALLO AVILÉS, Á. y GARCÍA BERRO, F. [1998]: «Los incrementos de patrimonio no justificados y la presunción de inocencia en el procedimiento tributario sancionador», en *XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario*, Libro 2, Lisboa, pág. 117.
- ALMAGRO MARTÍN, C. [2003]: «Mecanismos presuntivos como herramienta para la afloración de rentas: a vueltas con las ganancias no justificadas», en *Quincena Fiscal*, marzo, núm. 5.
- ALONSO GONZÁLEZ, L. M. [2000]: «Las ganancias patrimoniales no justificadas y la lucha contra el fraude fiscal», en AA. VV. *Temas de Derecho Penal Tributario*, Madrid, Marcial Pons.
- ANEIROS PEREIRA, J. [2013]: «La nueva obligación de informar sobre los bienes y derechos en el extranjero», en *Quincena Fiscal*, febrero, núm. 3.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [2012]: «La asistencia mutua e intercambio de información en materia tributaria», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia, CISS.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. [1999]: *Las ganancias no justificadas de patrimonio*, Madrid, Marcial Pons.
- D'ALESSANDRO, P. [1987]: «Le Sanzioni Fiscali Improprie in Materia di IVA e di Imposte Dirette», en *Rass. Mens. Imp.* II, pág. 1.451.
- DEL FEDERICO, L. [1997]: «Sanciones indirectas, impropias y atípicas en el Ordenamiento tributario italiano», en *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario*, núm. 4.
- ESCALONA RUIZ, M.^a Á. [2009]: *Acuerdos internacionales de intercambio de información y asistencia mutua*, en Instituto de Estudios Fiscales, de acceso on-line en la url: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formation/11_2010/29_10.pdf
- FALCÓN Y TELLA, R. [2005]: *Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Madrid, Iustel.
- FERNÁNDEZ AMOR, J. A. [2013]: «Examen de la declaración de bienes sitos en el extranjero a través de los principios jurídicos de las obligaciones tributarias formales», en *Crónica Tributaria: Boletín de Actualidad*, núm. 1.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V. [1989]: «Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública», en *Crónica Tributaria*, núm. 60.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. [1996]: *Los incrementos no justificados de patrimonio en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Madrid, Marcial Pons, pág. 87.
- LANG, M. y PISTONE, P. [2008]: *The EU and Third Countries: direct taxation*, Kluwer Law International.
- LÓPEZ LÓPEZ, H. [2009]: *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Navarra, Aranzadi.
- LÓPEZ LÓPEZ, H. y CAMPIONE, R. [2012]: «La regularización tributaria prevista en el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo: Una amnistía fiscal contraria a la justicia distributiva y manifiestamente ineficaz», en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, septiembre, núm. 3, págs. 103-124, accesible on-line en la url http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/09/06-Eunomia3_L%C3%B3pez-y-Campione_corregido.pdf
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. y ZORNOZA PÉREZ, J. [1994]: «Los incrementos no justificados de patrimonio y el régimen sancionador tributario», en *Crónica Tributaria*.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D. [1996]: *Presunciones y Técnicas Presuntivas*, Madrid, McGraw-Hill.

MARTÍN JIMÉNEZ, A. [2006]: «Loopholes in the EU Savings Tax Directive», en *Bulletin for International Taxation*. IBFD, diciembre, págs. 480-494.

- [2009]: «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, octubre-diciembre, núm. 144.
- [2012]: «Introducción: Imposición Directa y Derecho Comunitario», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.) *Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea*, Valencia, CISS.

MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. [2012]: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 23.ª ed. Madrid, Tecnos, pág. 162.

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

MORENO GONZÁLEZ, S. [2013]: «Nuevas tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria: hacia un mayor y más efectivo intercambio automático de información», en *Crónica Tributaria*, núm. 146.

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

PISTONE, P. [2006]: «The impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation», en *Intertax*, vol. 34, issue 5, pág. 236.

SÁNCHEZ PEDROCHE, J. A. [1996]: «Sanciones "indirectas" o "impropias" en Derecho tributario», en Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 91.

- [2004]: *Forma y materia en Derecho Financiero y Tributario. Incumplimiento de obligaciones formales y pérdida de derechos sustanciales*, Madrid, CEF.

SIMÓN ACOSTA, E. [1992]: «Naturaleza de los incrementos no justificados de patrimonio y efectos derivados de las declaraciones del Impuesto sobre el Patrimonio», en *Quincena Fiscal*, núms. 1 y 2.

ZORNOZA PÉREZ, J. y LÓPEZ LÓPEZ, H. [2008]: «Las sanciones administrativas tributarias. El poder sancionador de la Administración Tributaria», en AA. VV. *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*. Libro Conmemorativo del 50 Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario. 2 T. Buenos Aires, Marcial Pons.

LA PROTECCIÓN Y LA EDUCACIÓN DE LA INFANCIA Y JUVENTUD EN EL IVA Y LOS MONITORES DE COLEGIO EN TIEMPO INTERLECTIVO

(Análisis de la Consulta V2251/2012 de la DGT y el proceso abierto por la Comisión Europea contra España)

Alejandro Blázquez Lidoy

*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Rey Juan Carlos*

EXTRACTO

Como consecuencia de un informe del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte publicado en 2012, la DGT ha emitido una serie de contestaciones (la primera de ellas de 26 de noviembre de 2012) referente a las clases extraescolares y los servicios de cuidado de niños y jóvenes en el tiempo interlectivo (recreo, comedor, ruta, etc.). La interpretación restrictiva de la DGT ha llevado a la Comisión Europea a preguntar a España la razón por la que los servicios de cuidado y atención a niños mayores de seis años no caben en las exenciones del IVA en España. En el presente estudio se analiza la doctrina de la DGT y se mantiene que tanto la interpretación que hace de la exención por enseñanza (art. 20.Uno.9) como la que hace de la protección de la infancia y la juventud [art. 20.Uno.8 a)] no son correctas.

Palabras claves: IVA, educación, enseñanza, protección de la infancia y la juventud, y monitores de tiempo libre.

Fecha de entrada: 03-09-2013 / Fecha de aceptación: 16-09-2013

THE PROTECTION OF CHILDREN AND YOUNG PERSONS IN VAT EXEMPTION AND THE FREE-TIME INSTRUCTORS

(Analysis of the DGT's ruling V2251/2012 and the open process by the
European Commission against Spain)

Alejandro Blázquez Lidoy

ABSTRACT

Following a report by the Ministry of Education, Culture and Sports published in 2012, the DGT has issued a series of rulings (the first one of November 26, 2012) regarding out-of-school education and child and young care services (school canteen, class break, route, etc.). The restrictive interpretation of DGT has led the European Commission to ask why care services of children and young persons older than six years will not fit on VAT exemptions in Spain. This paper analyses the rulings of the DGT and held that both the interpretation of the exemption for education (art. 20.Uno.9) and the protection of children and young persons [art. 20.Uno.8 a)] are not correct.

Keywords: VAT, education, protection of children and young persons, and free-time instructors.

Sumario

1. La contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012 (Contestación núm. V2251/2012)
 - A. La doctrina de la DGT en la Consulta núm. V2251/2012
 - B. Contestaciones de la DGT posteriores y anteriores a la Consulta núm. V2251/2012
 - C. Procedimiento de la Comisión Europea contra España por la no aplicación de la exención en el IVA en el caso de los monitores en tiempo interlectivo
2. La exención de la enseñanza extraescolar y su correcta interpretación
 - A. La exigencia de que una materia esté en un plan de estudios
 - B. La competencia del MECD a los efectos de determinar qué materias están en un plan de estudios
3. Servicios extraescolares de monitores en tiempos interlectivos y la aplicación de la exención por educación
 - A. El comedor como lugar educativo y papel de los monitores
4. Servicios extraescolares de monitores en tiempos interlectivos y la aplicación de la exención del artículo 20.Uno.8 de la LIVA
 - A. Actividades de monitor como actividad de protección de la infancia y la juventud: la edad y el concepto de niño
 - B. La interpretación correcta de la «custodia y atención a niños menores de seis años»
 - C. La actividad del monitor como «protección» de la infancia y la juventud
 - D. Protección de la infancia y juventud y responsabilidad de los centros educativos
 - E. Un argumento comparativo; la exención de las actividades de monitores en campamentos, excursiones, etc.
5. Conclusiones

Bibliografía

1. LA CONTESTACIÓN DE LA DGT DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2012 (CONTESTACIÓN NÚM. V2251/2012)

La Federación Estatal de Organizaciones Empresariales de Ocio Educativo y Animación Socio-Cultural (FOESC) presentó ante la Dirección General de Tributos (DGT) una consulta tributaria con relación al régimen tributario en el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) de ciertas actividades del proyecto educativo para niños y jóvenes en los colegios (relativo al comedor escolar, aulas matinales y de tarde, y actividades extraescolares y de soporte educativo). Ante el contenido de la consulta, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) pregunta de forma interna al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD) si las actividades descritas por el consultante (FOESC) pueden «entenderse que están incluidos en algún plan de estudios de cualquier grado o nivel del sistema educativo, con el objeto de aplicar la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido». La exención es la del artículo 20.Uno.9 y 20.Uno.10 de la LIVA (exención de educación). La Subdirección General de Ordenación Académica del MECD emite oficio de 4 de mayo de 2012 contestando al MINHAP. El texto de la Subdirección General es recogido, de forma íntegra, en la Contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012, consulta núm. V2251/2012 (NFC045858), y, a partir del mismo, extrae su doctrina tributaria.

A. LA DOCTRINA DE LA DGT EN LA CONSULTA NÚM. V2251/2012

La Contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012, Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858), resuelve la consulta sobre las diversas actividades del proyecto educativo plan-teadas por FOESC con base en los siguientes argumentos:

- (i) La contestación alcanza no solo a la exención por educación de los artículos 20.Uno.9 y 20.Uno.10, sino que, también, analiza la exención del artículo 20.Uno.8 de la LIVA (protección de la infancia y de la juventud y de asistencia social)¹.

¹ En la Consulta de la DGT de 26 de noviembre de 2012 [Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858)] se analiza la exención o no de los servicios complementarios o escolares, como los de atención a los niños en el tiempo interlectivo de comedor escolar o las aulas matinales y de tarde. Y se analiza desde dos exenciones distintas, como son la exención por educación (art. 20.Uno.9) y la exención por servicios sociales y de protección a la juventud (art. 20.Uno.8). Ciertamente, todo lo que tenga que ver con la infancia y la juventud puede analizarse desde varias exenciones. No en vano, en la Sentencia del TJUE de 9 de febrero de 2006 [Kinderopvang Enschede, As. C-415/04 (NFJ021513)] se advierte que la guarda de niños podría estar exenta por asistencia social, por protección de la infancia y juventud (que en la Directiva están regulados en preceptos diferentes) o incluso por educación. Es decir, el análisis de cualquier actividad

- (ii) Con relación a la exención por educación, se inicia, como es habitual en todas las contestaciones relativas a la exención por educación, al elemento subjetivo de la exención. No es objeto de este trabajo el análisis del elemento subjetivo, así como otras de las muchas cuestiones controvertidas de la exención por educación que las analicé en otro trabajo anterior². Sin embargo, es necesario hacer mención al procedimiento C-319/12 (MDDP) que se sigue en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En las conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott de 20 de junio de 2013 en el asunto C-319/12 se examina la Ley de Polonia, donde no se exige ningún requisito subjetivo para ser un centro educativo cuando según la Directiva los prestadores tienen que ser «Entidades de Derecho público que tengan este mismo objeto o por otros organismos a los que el Estado miembro de que se trate reconozca que tienen fines comparables» [art. 132.1 i)]. La Abogado General entiende que dicha regulación vulnera la Directiva porque no se prevé ninguna limitación o requisito a los entes privados³. En España, creemos que la interpretación de la DGT, exigiendo solamente que la actividad del centro sea única o principalmente la enseñanza incluida en algún plan de estudios, lleva al mismo resultado de no exigir ninguna limitación⁴. De aceptarse por parte del Tribunal la interpretación de la Abogado General, entendemos que la doctrina de la DGT no sería aceptable y, además, la Ley española debería precisar qué requisitos pueden ser exigibles.
- (iii) En la contestación se recoge la siguiente doctrina con relación al alcance objetivo de la exención en el IVA en el marco de la enseñanza. En concreto, se afirma que:

«Como ha señalado el Tribunal de Justicia, la enseñanza es aquella actividad que supone la transmisión de conocimientos y de competencias entre un profesor y los estudiantes, acompañada, además, de un conjunto

relacionada con la juventud o infancia puede hacerse a partir de tres exenciones según la Directiva: la de asistencia social, la de protección de la infancia y juventud y la de educación.

² El régimen tributario de la exención de educación del artículo 20.Uno.9 de la LIVA lo analicé con detalle en una monografía sobre el régimen jurídico de la educación (BLÁZQUEZ LIDOY, 2009).

³ En las conclusiones de la Abogado General se afirma que «los artículos 132, apartado 1, letra i), 133 y 134, de la Directiva del IVA se deben interpretar en el sentido de que no se oponen a que se incluyan en la exención los servicios de educación prestados por organismos privados con fines comerciales, pero sí se oponen a una transposición de dichas disposiciones que en la práctica no imponga ningún requisito al reconocimiento de unos fines comparables de los organismos privados».

⁴ En las Contestaciones de la DGT se afirma de manera constante, como también en la V2251/2012, que «La referencia a las entidades privadas autorizadas previsto en el artículo 20, apartado uno, número 9.º de la Ley 37/1992, debe interpretarse, vista la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en atención a la clase o naturaleza de las actividades desarrolladas por la entidad privada autorizada o centro de enseñanza en cuestión, de forma que dicho centro se considerará autorizado o reconocido, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando sus actividades sean única o principalmente enseñanzas incluidas en algún plan de estudios que haya sido objeto del mencionado reconocimiento o autorización, bien sea por la legislación de la propia Comunidad o por la del Estado que resulte aplicable».

de otros elementos que incluyen los correspondientes a las relaciones que se establecen entre profesores y estudiantes y los que componen el marco organizativo del centro en el que se imparte la formación, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo.

La exención no será aplicable a los servicios de enseñanza que versen sobre materias no incluidas en alguno de los planes de estudios de cualquiera de los niveles o grados del sistema educativo español.

La competencia para determinar si las materias que son objeto de enseñanza por un determinado centro educativo se encuentran o no incluidas en algún plan de estudios del sistema educativo a efectos de la aplicación de la mencionada exención y teniendo en cuenta a tal fin los criterios anteriormente expuestos, corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte».

En estos párrafos de la DGT se incorpora la interpretación que hace esta institución con relación al alcance de la exención de la enseñanza en el ámbito del IVA. Al entender este órgano que la exención por el IVA se limita a materias incluidas en alguno de los planes de estudios de cualquiera de los niveles o grados del sistema educativo español, y ser competente el MECD para determinar esta inclusión, se plantea la consulta por el MINHAP al MECD, donde se pregunta que se pronuncie sobre si ciertas actividades del proyecto educativo que son objeto de consulta por la FOESC están dentro de los planes de estudio. A su vez, la contestación de la DGT reproduce, casi de forma íntegra, la parte esencial del informe de la Subdirección General de Ordenación Académica del MECD de 4 de mayo de 2012. En concreto, en el cuerpo de la consulta se recoge que:

«Las normas educativas mencionan y regulan las actividades y servicios que, además de las enseñanzas para las que estén autorizados, pueden prestar los centros docentes en un conjunto muy variado de normas estatales y autonómicas. Entre ellas, podemos citar el artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE), o para el territorio de gestión del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte el Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, por el que se regulan las actividades escolares y los servicios complementarios de los centros concertados, o el Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, y 83/1996, de 26 de enero, por el que se aprueban los Reglamentos Orgánicos de las Escuelas de Educación Infantil y los Colegios de Educación Primaria y el Real Decreto 83/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria.

De acuerdo con esta normativa, cabe distinguir entre:

- a) Actividades complementarias, que son aquellas que con carácter gratuito se realizan dentro del horario lectivo como complemento de la actividad escolar.

b) Actividades extraescolares, que además de las deportivas, pueden ir desde la lectura y comprensión oral a los bailes, (...). Por su carácter de extraescolar, estas actividades no pueden contener enseñanzas incluidas en la programación docente de cada curso ni son susceptibles de evaluación a efectos académicos de los alumnos.

c) Los servicios complementarios o escolares, como los de comedor escolar, transporte escolar, gabinete médico o cualquier otro de naturaleza análoga; dentro de ellos se pueden incluir los citados por la FOESC de atención a niños en el tiempo interlectivo del comedor escolar o las aulas matinales y de tarde, que en el caso de los alumnos más pequeños sirven también a los fines de conciliación de la vida laboral y familiar.

En el proyecto educativo y en la programación anual de los centros docentes, tanto públicos como privados, se incardinan servicios y actividades como las realizadas en el caso de que los centros no las presten directamente por las organizaciones empresariales que se agrupan en la entidad consultante, la Federación Estatal de Organizaciones Empresariales de Ocio Educativo y Animación Sociocultural (FOESC).

En cuanto estas actividades pueden estar integradas en los planes y proyectos de los centros docentes, informados por el Claustro y aprobados y evaluados por el Consejo Escolar del centro, tienen un carácter educativo. Entendiendo por tal, que están impregnadas y deben desarrollar valores y principios y objetivos comunes a toda la educación y también los propios de la institución docente que ofrece estas actividades a sus alumnos. Por otro lado, los servicios complementarios o escolares y, sobre todo, las actividades extraescolares tienen también un carácter formativo, más o menos marcado, como se deduce del listado de actividades que hemos recogido más arriba.

En consecuencia, las Administraciones educativas y los titulares de los centros deben potenciar el que los centros ofrezcan estas actividades a fin de favorecer que la oferta educativa se amplíe atendiendo a las nuevas demandas sociales (art. 112.5 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

Pero las actividades citadas nunca forman parte del plan de estudios, en ninguna de las etapas, grados o niveles del sistema educativo; dicho de otra manera, no tendrán nunca carácter curricular, entendiendo por currículo, de acuerdo con la definición del artículo 6 de la LOE, el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en dicha ley (todas las que integran el sistema educativo, salvo las enseñanzas universitarias).

Las actividades o servicios a que se refiere la consulta se realizan o se prestan en las horas en las que el centro permanece abierto a disposición de

la comunidad educativa, pero no pueden formar parte del horario lectivo o escolar del centro; tienen carácter voluntario; y pueden ser organizadas y prestadas de manera indirecta por el centro docente. Las actividades incluidas en el plan de estudios, en cambio, forman parte del horario lectivo, son obligatorias para los alumnos y deben ser prestadas directamente por el centro»

- (iv) Tras transcribir el informe del MECD la DGT concluye con carácter general que «El hecho de encuadrar las actividades objeto de consulta dentro de un "proyecto educativo" no implica que tengan cabida en la exención del artículo 20.Uno.9.º, **pues el concepto "educación" es mucho más amplio que el de "enseñanza"** y podría tener consecuencias no deseadas por el legislador». Y, con carácter particular, hace dos afirmaciones. En primer lugar, que los servicios de monitor de apoyo no están dentro de la exención de la enseñanza al no estar amparados en ningún plan de estudios. En segundo lugar, que «Los programas de clases extraescolares estarán exentos del Impuesto cuando se encuentren incluidos en algún plan de estudios del sistema educativo de acuerdo con el criterio del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo». Esta frase es la que induce a más errores en el ámbito de la consulta, en tanto podría parecer que solo la enseñanza «oficial» estaría exenta, pero no el resto de clases extraescolares.
- (v) La DGT se plantea, a su vez, si las actividades del proyecto educativo para niños y jóvenes (relativo al comedor escolar, aulas matinales y de tarde, y actividades extraescolares y de soporte educativo) pueden estar incluidos dentro del ámbito objetivo del artículo 20.Uno.8 a) de la LIVA (exención por protección de la infancia y la juventud y de asistencia social). Si estuviera incluida, dichas actividades podrían estar exentas si el prestador fuera un establecimiento de carácter social (art. 20.Tres) o tributar al tipo de gravamen del 10 % (art. 91.Uno.2.7) en caso contrario (como sería el caso si el prestador fuera una sociedad mercantil).

La DGT concluye que respecto de los servicios de monitores escolares para atención de niños y niñas en el tiempo interlectivo de mediodía durante el comedor escolar y en aulas matinales y de tarde fuera del horario escolar que solo están exentos –o tributan al tipo del 10 % si el prestador no es un establecimiento de carácter social del art. 20.Tres– los servicios «de custodia y atención a niños menores de seis años de edad». Si tienen más de 6 años, son servicios plenamente gravados y tributan al 21 %. También están exentos, al estar incluidos dentro del artículo 20.Uno.8 a) la realización de campamentos, excursiones, viajes infantiles y juveniles y otras análogas prestadas en favor de personas menores de 25 años de edad.

B. CONTESTACIONES DE LA DGT POSTERIORES Y ANTERIORES A LA CONSULTA NÚM. V2251/2012

La Contestación de 26 de noviembre de 2012 [Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858)] tiene dos partes diferenciadas. Una, la referente a la exención por educación en las clases extraes-

colares (art. 20.Uno.9). La otra, la que afecta a los monitores de tiempo interlectivo dentro de la exención de protección de la infancia y la juventud (art. 20.Uno.8) y de educación. Con relación a esta última, la DGT reitera su doctrina anterior con relación a que la actividad de monitores en los comedores o tiempo libre solo está exenta cuando se trata de la guarda y custodia de menores de 6 años [Contestaciones de 22 de abril de 2008 (Consulta núm. V0833/2008 –NFC029196–, de 18 de junio de 2010 (Consulta núm. V1388/2010 –NFC038597–), de 21 de julio de 2011 (Consulta núm. V1856/2011 –NFC042202–, de 18 de julio de 2011 (Consulta núm. V1822/2011 –NFC042126–, de 27 de junio de 2011 (Consulta núm. V1657/2011 –NFC041943–, de 3 de mayo de 2011 (Consulta núm. V1105/2011 –NFC041353–)]⁵.

La novedad de la Consulta V2251/2012 de la DGT se fundamenta en la incorporación del Oficio de la Subdirección General de Ordenación Académica del MECD (de 4 de mayo de 2012) y en la interpretación que hace del mismo. Este Oficio, y el tratamiento de las actividades en tiempo interlectivo, se recoge en Contestaciones posteriores como dos de 19 de diciembre de 2012 [Consultas núm. V2484/2012 (NFC046114) y núm. V2485/2012 (NFC046117)] y la de 23 de abril de 2013 [Consulta núm. V1395/2013 (NFC047648)].

C. PROCEDIMIENTO DE LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA ESPAÑA POR LA NO APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN EN EL IVA EN EL CASO DE LOS MONITORES EN TIEMPO INTERLECTIVO

Como consecuencia de la Contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012 [Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858)] se formularon varias preguntas escritas por distintos diputados del Parlamento Europeo a la Comisión (con arreglo al art. 117 del Reglamento del Parlamento Europeo) sobre cuál era su postura sobre el hecho de que las actividades de monitores escolares en comedores y horarios interlectivos estuviera en España gravada al tipo del 21 % y no se considerara exenta⁶. En las preguntas se advierte que esta situación aboca a un encarecimiento sustancial de los servicios, lo que supone un perjuicio grave para las familias, una disminución de la calidad de los servicios, y también repercute en las administraciones educativas dependientes de las comunidades autónomas, que deberían afrontar un mayor gasto⁷.

⁵ En la Contestación de la DGT de 22 de abril de 2008 [Consulta núm. V0833/2008 (NFC029196)] con relación al régimen tributario de los «servicios de monitores para comedores escolares», se afirmaba que los servicios de monitor escolar estarán exentos cuando se trate «de servicios de custodia y atención a niños menores de seis años de edad», mientras que «Los servicios de monitores custodiando niños mayores de seis años tanto en los recreos, como en horarios de comidas... estarán sujetos y no exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido».

⁶ Tanto las preguntas como la Respuesta de la Comisión Europea pueden verse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2013-003640&language=ES>

⁷ En total son cuatro preguntas con el mismo contenido. La pregunta escrita E-003528-13 de doña Maria Badia i Cutchet presentada el 27 de marzo de 2013 (Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento

La Comisión Europea, contestando en su nombre el Sr. Šemeta a las anteriores preguntas escritas, advierte que:

«el Tribunal también parece aceptar que los servicios de cuidado infantil (que incluyen el cuidado de los niños en edad preescolar y de los niños en edad escolar fuera del horario lectivo) pueden considerarse la prestación de un servicio que entra en el ámbito de la asistencia social y de la seguridad social, así como de la protección de la infancia y de los jóvenes, en el sentido de la Directiva del IVA.

La Comisión tiene la intención de ponerse en contacto con las autoridades españolas para solicitar información sobre la aplicación de estas exenciones en relación con los servicios mencionados en la pregunta en dicho Estado miembro».

2. LA EXENCIÓN DE LA ENSEÑANZA EXTRAESCOLAR Y SU CORRECTA INTERPRETACIÓN

En la consulta de la DGT se analiza el tratamiento de las clases extraescolares y la exención por educación (art. 20.Uno.9 y 20.Uno.10). Estas clases, según se identifica en el Oficio del MECD, incluyen el deporte, comprensión oral, lectura, música, *ballet*, expresión plástica, expresión corporal, manualidades, ajedrez, repujado, informática, cocina, repostería, teatro, idiomas y «Por su carácter de extraescolar, estas actividades no pueden contener enseñanzas incluidas en la programación docente de cada curso ni son susceptibles de evaluación a efectos académicos de los alumnos».

Como hemos señalado, la DGT concluye en la Contestación de 26 de noviembre de 2012 (Consulta núm. V2251/2012) que:

«Respecto de las actividades extraescolares y de enseñanza, apoyo escolar, baile, idiomas, etc.:

Los programas de clases extraescolares estarán exentos del Impuesto cuando se encuentren incluidos en algún plan de estudios del sistema educativo de acuerdo con el criterio del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo.

En el supuesto de que, en aplicación de los criterios contenidos en los puntos anteriores, los referidos servicios de enseñanza no estuviesen exentos del Impuesto,

Europeo); la pregunta escrita E-003052-13 formulada por don Salvador Sedó i Alabart (Convergència i Unió) el 19 de marzo de 2013; la pregunta escrita E-003097-13, presentada por don Raul Romeva i Rueda (The European Free Alliance Greens) el 19 de marzo de 2013, y la E-003640-13, formulada por don Ramon Tremosa i Balcells (Grupo de la Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa).

el tipo impositivo aplicable a los mismos sería el general del 21 por ciento a partir del 1 de septiembre de 2012».

La redacción que hace la DGT no es clara y podría dar a entender que estas clases no están exentas, en tanto remite al informe del MECD y en este se afirma que «las actividades citadas nunca forman parte del plan de estudios, en ninguna de las etapas, grados o niveles del sistema educativo; dicho de otra manera, no tendrán nunca carácter curricular... Las actividades o servicios a que se refiere la consulta se realizan o se prestan en las horas en las que el centro permanece abierto a disposición de la comunidad educativa, pero no pueden formar parte del horario lectivo o escolar del centro; tienen carácter voluntario; y pueden ser organizadas y prestadas de manera indirecta por el centro docente. Las actividades incluidas en el plan de estudios, en cambio, forman parte del horario lectivo, son obligatorias para los alumnos y deben ser prestadas directamente por el centro». A la vista de lo anterior podría entenderse que todas las clases extraescolares están sujetas al IVA en tanto no son enseñanza oficial. Es decir, si se identifica que las actividades incluidas en un plan de estudios son de carácter obligatorio, sujetas a examen e incluidas en la programación docente, las actividades extraescolares no estarían exentas al ser voluntarias y no formar parte del horario lectivo.

Sin embargo, cabe otra interpretación que es, además, la ajustada a Derecho. Lo que se exige por parte de la DGT que debe estar incluida en un plan de estudios es, exclusivamente, la materia concreta impartida, siendo indiferente que se presten en horario lectivo y que sean obligatorias para los alumnos. Sería suficiente conque la materia, desde una perspectiva objetiva, esté dentro de un plan de estudios. Y, en dicho sentido, habría que analizar cada uno de los supuestos objeto de enseñanzas extraescolares –deporte, comprensión oral, lectura, música, *ballet*, expresión plástica, expresión corporal, manualidades, ajedrez, repujado, informática, cocina, repostería, teatro–. A pesar del texto literal de la Contestación de 26 de noviembre de 2012 la única respuesta que puede aceptarse en términos jurídicos es la segunda. Cualquier materia que se imparta en horario extraescolar y que objetivamente pudiera estar incluida en los planes de estudio está exenta, con independencia de que sea o no enseñanza oficial. Y las razones son varias.

- (i) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en Sentencia de 14 de junio de 2007 [Haderer, As. C-445/05 (NFJ025813)] que no es «necesario formular en la presente sentencia una definición concreta del concepto comunitario de "enseñanza escolar o universitaria" a efectos del régimen del IVA, basta con señalar que dicho concepto no se limita a la enseñanza que aboque a un examen para la obtención de una cualificación o que permita adquirir una formación para el ejercicio de una actividad profesional, sino que comprende otras actividades en las que la enseñanza se imparte en escuelas o universidades con el fin de desarrollar los conocimientos y las aptitudes de los alumnos o estudiantes, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo». Por su parte, la Abogado General Sharpston afirma en sus conclusiones presentadas el 8 de marzo de 2007 en dicho asunto que cualquier materia o actividad respecto a la cual se presta usualmente instrucción en escuelas o universidades tiene que incluirse en el ámbito de la exención, con independencia de que se ajuste a un programa o currículo estrictamente

definido. En definitiva, la enseñanza de cualquier materia vinculada a la formación personal y de desarrollo de conocimientos, hecha al margen de la enseñanza oficial, está exenta del IVA si tiene carácter recreativo.

- (ii) La exención por clases particulares en la LIVA (art. 20.Uno.10) determina que están exentas «Las clases a título particular prestadas por personas físicas sobre materias incluidas en los planes de estudios de cualquiera de los niveles y grados del sistema educativo». Y, de la misma manera, el artículo 132.1 j) de la Directiva 2006/112/CE dispone que están exentas «las clases dadas a título particular por docentes y que se relacionen con la enseñanza escolar o universitaria».

Tal y como señala la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2010 (Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)], la exención de clases particulares no es de «la enseñanza escolar o universitaria», sino que tienen que ser clases que se «relacionen» con dicha enseñanza. Es más, las clases particulares no están en ningún plan formal de estudios, ni son obligatorias, ni forman parte de un programa docente tal y como se define en el informe del MECD. Es enseñanza no oficial, impartidas por quien tiene la cualificación necesaria. Y la normativa determina que la misma está exenta. De la misma manera, cualquiera de las clases extraescolares debe estar exenta, en tanto lo que determina la exención es la materia concreta que se imparte, no la oficialidad. Cualquier otra interpretación vulneraría el principio comunitario de neutralidad.

- (iii) Los posibles problemas hermenéuticos pueden venir en un error de planteamiento por parte del MINHAP cuando solicita el informe al MECD. Lo que pregunta es si los proyectos educativos que se recogen en la pregunta de FOESC –entre las que están las clases extraescolares– pueden «entenderse que están incluidos en algún plan de estudios de cualquier grado o nivel del sistema educativo, con el objeto de aplicar la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido». No pregunta si las materias que integran el proyecto educativo (las clases extraescolares), en sentido objetivo, están incluidas en un plan de estudios, sino si el proyecto educativo se incorpora al plan de estudios. Y el MECD contesta, como no podía ser de otra manera, que las clases extraescolares no son obligatorias y no tienen carácter curricular por lo que no se integran formalmente en el plan de estudios. Pero lo que no dice, porque no ha sido objeto de cuestión, es que la materia objetivamente no esté dentro de un plan de estudios.
- (iv) Precisamente relacionada con la anterior cuestión, no hay que olvidar que la doctrina reiterada de la propia DGT con relación al alcance objetivo de la exención por educación ha sido sostener que muchas de las materias objeto de las clases extraescolares están exentas al estar incluidas dentro de los planes de estudio. Así, y por hacer mención a Contestaciones cercanas en el tiempo, en la de 3 de mayo de 2011 [Consulta núm. V1105/2011 (NFC041353)], se señala que con relación a las actividades extraescolares y de enseñanza que «Los programas de clases extraescolares desarrollados por la entidad consultante estarán exentos del Impuesto cuando se encuentren incluidos en algún plan de estudios del sistema educativo de acuerdo con el criterio del Ministerio de Educación siempre y cuando dichas actividades no re-

vistan un carácter meramente recreativo. La danza y el teatro son materias incluidas en planes de estudio, luego estarán exentas del Impuesto». Y en el mismo sentido se pronuncia en la Contestación de 18 de junio de 2010 [Consulta núm. V1388/2010 (NFC038597)]. En la Contestación de 20 de diciembre de 2012 [Consulta núm. V2514/2012 (NFC046064)] se afirma que «De acuerdo con los antecedentes obrantes en este Centro Directivo, la enseñanza de idiomas, teatro, manualidades, música, danza española, *ballet*, informática, mecanografía, se encuentra en los planes de estudios del sistema educativo español. Por tanto, los citados servicios educativos han de considerarse sujetos y exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido»⁸.

Podemos concluir que la única interpretación posible de la Contestación de la DGT con relación a las clases extraescolares es que la exención no exige ni requiere que sea enseñanza oficial o incluida formalmente en los planes de estudios entendidos en su carácter curricular u obligatorio. Lo único que requiere objetivamente es que la materia esté incluida en sentido abstracto en un plan de estudios.

⁸ La doctrina de la DGT en este sentido es amplia y consolidada. En la Contestación de 23 de febrero de 2007 [Consulta núm. V0412/2007 (NFC043770)] señala que el teatro está incluido en determinados planes de estudio del sistema educativo español; en la de 6 de noviembre de 2006 [Consulta núm. V2223/2006 (NFC023840)] se afirma que se encuentran tanto la enseñanza de expresión corporal como la de interpretación teatral; en la de 6 de marzo de 2006 [Consulta núm. V0374/2006 (NFC022280)] las clases de teatro, manualidades y poesía están incluidas en determinados planes de estudio del sistema educativo español; de igual manera, en la Contestación de 26 de noviembre de 2008 (Consulta núm. V2243/2008 (NFC033025)) se afirma que «Según los antecedentes obrantes en este Centro Directivo son materias incluidas en los planes de estudios del sistema educativo español, entre otras: teatro, expresión corporal, taller de cuentos, danza, música, matemáticas, lenguaje, informática, inglés, arte, historia, literatura, encuadernación, manualidades, dibujo, pintura y cerámica»; en la Contestación de 8 de febrero de 2007 [Consulta núm. V0242/2007 (NFC024953)] se reseña que «Según los datos obrantes en este Centro directivo la enseñanza de materias como: repaso escolar, teatro, informática, taller de cuentos y lógica e inglés, son materias incluidas en los planes de estudio del sistema educativo español». En la de 25 de abril de 2005 [Consulta núm. V0679/2005 (NFC029792)] se señala que «La formación en capacitación profesional para el ejercicio de actividades de transportes por carretera cumple, en principio, las condiciones necesarias para la aplicación de dicha exención en lo que respecta a la materia impartida». En la Contestación de 24 de mayo de 2007 [Consulta núm. V1021/2007 (NFC025649)] se advierte que «Según los datos obrantes en este Centro directivo las materias que imparte la entidad consultante (música, informática, idiomas y mecanografía) están incluidas en los planes de estudio del sistema educativo español». En la Contestación de 6 de marzo de 2006 [Consulta núm. V0376/2006 (NFC022282)] se cuestiona que la enseñanza sobre quiromasaje, osteopatía y reflexoterapia podal no tienen reconocimiento oficial por parte de la Xunta de Galicia al no existir titulación oficial para ello. La DGT contesta que «no es competente para decir si una materia está incluida en algún Plan de estudios, no obstante según los datos obrantes en este Centro directivo el quiromasaje es una materia incluida en determinados planes de estudio del sistema educativo español. (Resoluciones de fecha 7 de septiembre de 1988, 15 de septiembre de 1995 y 19 de junio de 1997 n.º 1270-97)». En la Contestación de 12 de julio de 2006 [Consulta núm. V1493/2006 (NFC023059)] se señala que están en los planes de estudio el «refuerzo escolar, música, danza, pintura, baile moderno, informática, charlas formativas, cocina». Con relación a contestaciones anteriores, puede verse el trabajo de CHECA GONZÁLEZ (2001) donde se recogen diversas consultas en las que consta que están incluidas en el sistema educativo varias asignaturas: corte y confección, enseñanza de peluquería, enseñanza de teatro, informática, contabilidad y clases de preparación de oposiciones, enseñanza de técnicas agrícolas, laborales, contables y fiscales, ofimática, secretariado internacional, las enseñanzas normalmente realizadas en las granjas-escuela relativas al conocimiento y experimentación de las ciencias de la naturaleza y agricultura.

A. LA EXIGENCIA DE QUE UNA MATERIA ESTÉ EN UN PLAN DE ESTUDIOS

Una de las cuestiones que debe ser analizada en la exención por educación es si cabe exigir que una materia esté o no dentro de un plan de estudios español. Como hemos señalado, la DGT afirma que «La exención no será aplicable a los servicios de enseñanza que versen sobre materias no incluidas en alguno de los planes de estudios de cualquiera de los niveles o grados del sistema educativo español». Sin embargo, lo cierto es que dicha afirmación debe ser revisada.

- (i) En el artículo 20.Uno.9 de la LIVA (exención por educación), dicho requisito no se exige. El artículo 20.Uno.9 y el artículo 132.1 i) de la Directiva hacen mención a la educación, la enseñanza, la formación, y el reciclaje profesional. Pero no exigen, en ninguna de las normas, que la materia concreta esté en un plan de estudios. Es más, el Reglamento de ejecución 282/2011 del Consejo señala que los servicios de formación o reciclaje profesional prestados en artículo 132.1 i) de la Directiva «incluirán la instrucción directamente relacionada con un oficio o profesión así como toda instrucción destinada a la adquisición o actualización de conocimientos a efectos profesionales. La duración de la formación o del reciclaje profesional será irrelevante a estos efectos» (art. 44). La enseñanza se vincula en este Reglamento al trabajo, y es indiferente que dicha profesión u oficio esté o no en los planes de estudio. Hay trabajos y profesiones que no están regladas ni tienen por qué enseñarse en ningún plan de estudios. El Tribunal de Luxemburgo se ha limitado a señalar que la enseñanza incluye esencialmente la transmisión de conocimientos entre un docente y los alumnos o estudiantes en el marco «de una formación para el ejercicio de una actividad profesional» [STJUE de 28 de enero de 2010, Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)].
- (ii) En el artículo 20.Uno.10 de la LIVA (exención por clases particulares) sí se establece que están exentas «Las clases a título particular prestadas por personas físicas sobre materias incluidas en los planes de estudios de cualquiera de los niveles y grados del sistema educativo». Pero dicha regulación solo opera para las clases particulares y no para la exención por educación del artículo 20.Uno.9. Tampoco existe tal requisito en el artículo 132.1 j) de la Directiva 2006/112/CE, al disponerse que lo que están exentas son «las clases dadas a título particular por docentes y que se relacionen con la enseñanza escolar o universitaria». Como puede verse, el tenor no es el mismo. La norma española hace referencia a que tienen que ser «materias incluidas en los planes de estudios de cualquiera de los niveles y grados del sistema educativo» mientras que la Directiva exige que «se relacionen con la enseñanza escolar o universitaria», lo que es distinto terminológicamente, pues el concepto relación tiene una amplitud mayor que el término inclusión. En concreto, una determinada enseñanza puede no estar incluida en un plan de estudios pero sí, por el contrario, relacionada con el mismo de manera directa o indirecta⁹.

⁹ En el ámbito del Derecho, un curso sobre métodos de búsqueda de información jurídica en internet no es una materia incluida en el Plan de Estudios, pero sí está *relacionada* indirectamente con las asignaturas que componen el grado de Derecho.

- (iii) El artículo 20.Uno.9 de la LIVA (exención por educación) y el artículo 20.Uno.10 de la LIVA (exención por clases particulares) no tienen el mismo alcance objetivo. Su finalidad y ámbito de aplicación es distinto¹⁰. El artículo 20.Uno.10, y su correspondiente en la Directiva, se limita a actividades que se relacionen con la *enseñanza* escolar y universitaria. El artículo 20.Uno.9 de la LIVA y el 132.1 i) tiene un alcance mucho mayor¹¹. Se aplica no solo a la enseñanza universitaria y escolar, sino que incluye, además, la educación de la infancia y la juventud, la guarda y custodia de niños, los idiomas, el posgrado, la formación y el reciclaje profesional. Por tanto, no es posible jurídicamente exigir los requisitos del artículo 20.Uno.10 (inclusión en un plan de estudios) al artículo 20.Uno.9 de la LIVA, cuando el alcance y finalidad de ambos preceptos es distinto. Se trata de una reducción del alcance realizada por la DGT sin justificación.
- (iv) El concepto de enseñanza es un concepto comunitario autónomo y no puede vincularse a un plan de estudio español. Como concepto comunitario «tienen por objeto evitar divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA» [por todas, la STJUE de 28 de enero de 2010, Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)]. El concepto de *enseñanza*, que es el que se emplea en la Directiva para las clases particulares, se ha definido por el Tribunal de Luxemburgo en dos Sentencias. En la de 14 de junio de 2007 [Haderer, As. C-445/05 (NFJ025813)], expresamente se señala que no es «necesario formular en la presente sentencia una definición concreta del concepto comunitario de "enseñanza escolar o universitaria" a efectos del régimen del IVA, basta con señalar que dicho concepto no se limita a la enseñanza que aboque a un examen para la obtención de una cualificación o que permita adquirir una formación para el ejercicio de una actividad profesional, sino que comprende otras actividades en las que la enseñanza

¹⁰ Con carácter general, se puede citar la STJUE de 21 de febrero de 2013 [Mesto Žamberk, As. C-18/12 (NFJ049865)] donde con relación a los términos empleados en las exenciones en el IVA, afirma que «procede interpretar esos términos a la luz de su contexto y los objetivos y la sistemática de la Directiva IVA, atendiendo particularmente a la *ratio legis* de la exención prevista (véanse, en este sentido, las sentencias Temco Europe, antes citada, apartado 18; de 3 de marzo de 2005, Fonden Marselisborg Lystb?dehavn, C-428/02, Rec. p. I-1527, apartado 28, y Canterbury Hockey Club y Canterbury Ladies Hockey Club, antes citada, apartado 17)».

¹¹ El artículo 20.Uno.9 de la LIVA establece que estarán exentas «La educación de la infancia y de la juventud, la guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar, universitaria y de posgraduados, la enseñanza de idiomas y la formación y reciclaje profesional, realizadas por entidades de derecho público o entidades privadas autorizadas para el ejercicio de dichas actividades....». Por su parte, la Directiva 2006/112/CE dispone en su artículo 132.1 i) que estará exenta «La educación de la infancia o la juventud, la enseñanza escolar o universitaria, la formación o reciclaje profesional, así como las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con estas actividades, cuando sean realizadas por Entidades de Derecho público que tengan este mismo objeto o por otros organismos a los que el Estado miembro de que se trate reconozca que tiene fines comparables». El artículo 133 de la Directiva permite a los Estados miembros subordinar la concesión de la exención por educación al cumplimiento de requisitos adicionales, condiciones que no han sido incorporadas por España.

se imparte en escuelas o universidades con el fin de desarrollar los conocimientos y las aptitudes de los alumnos o estudiantes, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo». Y en la Sentencia de 28 de enero de 2010 [Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)] se afirma que «respecto del término "enseñanza", hay que recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado, en esencia, que si bien la transmisión de conocimientos y de competencias entre un profesor y los estudiantes es un elemento especialmente importante de la actividad de enseñanza contemplada en el artículo 13, parte A, apartado 1, letra i), de la Sexta Directiva, no es menos cierto que esta actividad está constituida por un conjunto de elementos que incluyen de modo concomitante los correspondientes a las relaciones que se establecen entre profesores y estudiantes y los que componen el marco organizativo del centro en el que se imparte la formación (véase, en ese sentido, la sentencia Horizon College, antes citada, apartados 18 a 20)». Ese concepto, de hecho, es acogido por la DGT en sus contestaciones de forma reiterada y, en concreto, en la de 26 de noviembre de 2012 [Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858)], donde se afirma que «Como ha señalado el Tribunal de Justicia, la enseñanza es aquella actividad que supone la transmisión de conocimientos y de competencias entre un profesor y los estudiantes, acompañada, además, de un conjunto de otros elementos que incluyen los correspondientes a las relaciones que se establecen entre profesores y estudiantes y los que componen el marco organizativo del centro en el que se imparte la formación, siempre y cuando dichas actividades no revistan un carácter meramente recreativo».

El concepto comunitario se aleja de planes de estudios formales vinculados a países miembros y se relaciona con un concepto material de enseñanza, donde, incluso, el TJUE ha determinado [Sentencia de 28 de enero de 2010, Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)] que a pesar de que «la exención contemplada en la letra i) de dicho apartado –la exención por educación y enseñanza–, ya que, a diferencia de esta última letra, la letra j) de dicho apartado –la exención por clases particulares– no menciona de modo explícito, además de la enseñanza escolar o universitaria, la formación», dicha ausencia es irrelevante, y no procede distinguir en el IVA entre «enseñanza impartida a alumnos o a estudiantes que siguen una primera formación escolar o universitaria y la impartida a personas que ya son titulares de un título escolar o universitario y que, basándose en ese título, continúan su formación profesional», ya que la exención alcanza la enseñanza de esa formación profesional.

B. LA COMPETENCIA DEL MECD A LOS EFECTOS DE DETERMINAR QUÉ MATERIAS ESTÁN EN UN PLAN DE ESTUDIOS

Al partir la DGT como presupuesto de hecho de la exención por educación que las materias deben estar incluidas en planes de estudio de cualquier nivel o grado del sistema educati-

vo, concluye que «La competencia para determinar si las materias que son objeto de enseñanza por un determinado centro educativo se encuentran o no incluidas en algún plan de estudios del sistema educativo a efectos de la aplicación de la mencionada exención y teniendo en cuenta a tal fin los criterios anteriormente expuestos, corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte». Hay que tener en consideración que la competencia de cualquier dependencia ministerial española se limita al Estado español, por lo que cuando la DGT hace mención a planes de estudios se limita a los españoles. Por tanto, la DGT exige que las materias estén incluidas en un plan de estudios español¹².

Dicha afirmación es a nuestro parecer incorrecta. En la Sentencia de 14 de junio de 2007 [Haderer, As. C-445/05 (NFJ025813)] se señala que las exenciones «constituyen conceptos autónomos de Derecho comunitario que tienen por objeto evitar que se produzcan divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA», por lo que «una interpretación particularmente restrictiva del concepto de "enseñanza escolar o universitaria" podría originar divergencias entre la aplicación del régimen del IVA en los diferentes Estados miembros, debido a que estos organizan sus respectivos sistemas de enseñanza en función de modalidades distintas. Semejantes divergencias serían incompatibles con la jurisprudencia citada en el apartado 17 de la presente sentencia». Y, como se afirma en la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2010 [Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)] resulta difícil la distinción de las enseñanzas en «función de las materias impartidas». El concepto «enseñanza», como concepto autónomo comunitario no puede estar vinculado a planes de estudio, ni españoles ni de otro país, ni desde luego ser competencia del MECD definir el alcance concreto. Como señala la Sentencia del TJUE de 28 de enero de 2010 [Eulitz, As. C-473/08 (NFJ036777)] «la sujeción al IVA de una determinada operación o su exención no pueden depender de su calificación en Derecho nacional»¹³.

Podemos concluir que cualquier enseñanza, vinculada directamente a la escuela, universidad, trabajo o formación de cualquier tipo, siempre que no sea recreativa y se realice para desarrollar conocimientos y aptitudes, debe estar exenta. La mención a la existencia de un plan de

¹² En cualquier caso, habría que determinar si la competencia es realmente del MECD en todos los casos, o son las consejerías de educación de las comunidades autónomas las que, en su caso, deberían pronunciarse al respecto. Por otro lado, si se exige por parte de la DGT al obligado tributario dirigirse al Ministerio para ver si una materia está incluida en un plan de estudios, entendemos que debería haber un procedimiento ad hoc al respecto, y desconocemos que exista. Además, este deber se debería extender también a los órganos de control e inspección, ya que lo que no parece tener sentido es que la DGT no se pueda pronunciar sobre si una materia esté en un plan de estudios y sí lo esté la Inspección. Pero, sobre todo, la doctrina de la DGT introduce a nuestro juicio un elemento externo que parece atentar contra el principio calificador que tienen tanto los obligados como los órganos de Inspección e impone un reconocimiento previo de difícil justificación en el sistema.

¹³ Por poner un ejemplo, imaginemos que un estudiante español está cursando el grado universitario en Alemania cuyas materias no están en un plan de estudios español. Durante su periodo vacacional en España, recibe clases particulares de un residente alemán en España sobre ese grado. Esto daría lugar a que si esas clases particulares se recibieran en Alemania estarían exentas, pero al recibirse en España no. Y esa interpretación no es posible porque atentaría contra el principio de neutralidad.

estudios del sistema educativo «español», o de otro país, no es correcta. Ni la Directiva ni el Tribunal exigen tal requisito. Además, por aplicación del principio de neutralidad, no es tolerable que una misma materia estuviera exenta en España y sujeta en otro país de la Unión Europea. Y eso sería posible si el criterio fuera el de un plan de estudios español, en tanto es posible que ciertas materias se incluyan en otros sistemas educativos y no en el español, y viceversa. Por tanto, el MECD, ni ninguna otra autoridad nacional o autonómica, debe tener capacidad con relación a la exención del IVA por educación, por lo que la mención que la DGT hace con relación a la competencia del MECD creemos que es incorrecta. Y, más en concreto, están exentas, por ser materias relacionadas con la enseñanza escolar o formación, las actividades extraescolares relacionadas de alguna manera a la enseñanza o formación.

3. SERVICIOS EXTRAESCOLARES DE MONITORES EN TIEMPOS INTERLECTIVOS Y LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN POR EDUCACIÓN

Una vez determinado que las clases extraescolares sí están exentas en el IVA, cabe analizar la segunda de las afirmaciones planteadas en la Contestación de la DGT, que se refiere a los servicios de monitores escolares para la atención de niños y niñas en el tiempo interlectivo de mediodía durante el comedor escolar y en las aulas matinales y de tarde fuera del horario escolar. La Contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012 (Consulta núm. V2251/2012) entiende que «en base al citado informe del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, este Centro Directivo reitera su criterio al considerar que los servicios educativos complementarios prestados por monitores de apoyo no están amparados por la exención de enseñanza regulada en el artículo 20.Uno.9.º de la Ley 37/1992, al no formar parte de ningún plan de estudios en ninguna etapa o nivel del sistema educativo». De la misma manera, y aunque no lo señala de forma expresa, tampoco cabría aplicar la exención del artículo 20.Uno.8 a) que determina que están exentas las actividades de «formación de niños y jóvenes...». La DGT afirma que «el concepto "educación" es mucho más amplio que el de "enseñanza" y podría tener consecuencias no deseadas por el legislador» por el hecho de incluirlas en la exención de la educación.

La DGT no toma en consideración que el alcance del artículo 20.Uno.9 de la LIVA y del artículo 132.1 i) es más amplio que la *enseñanza*. La Directiva determina que está exenta «La educación de la infancia o la juventud, la enseñanza escolar o universitaria, la formación o reciclaje profesional, así como las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con estas actividades...». La LIVA establece en su artículo 20.Uno.9 que está exenta «La educación de la infancia y de la juventud, la guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar, universitaria y de posgraduados, la enseñanza de idiomas y la formación y reciclaje profesional...». Y también el artículo 20.Uno.8 a) dispone que está exenta la *formación* de niños y jóvenes cuando se preste por un establecimiento de carácter social. Es decir, en contra de lo que determina la DGT, la *educación* y la *formación* sí están expresamente incluidas en el ámbito objetivo de la exención del IVA, y si en la Directiva no se establecen limitaciones entendemos

que la DGT no puede hacerlo¹⁴. Y más cuando en el ámbito europeo, además, se da una especial relevancia a lo que se denomina formación no formal o informal¹⁵.

Con relación a las actividades de los monitores como servicios complementarios, en el informe de la Subdirección General de Ordenación Académica del MECD y expresamente se indica que:

«En cuanto estas actividades pueden estar integradas en los planes y proyectos de los centros docentes, informados por el Claustro y aprobados y evaluados por el Consejo Escolar del centro, tienen un carácter educativo. Entendiendo por tal, que están impregnadas y deben desarrollar valores y principios y objetivos comunes a toda la educación y también los propios de la institución docente que ofrece estas actividades a sus alumnos. Por otro lado, los servicios complementarios o escolares y, sobre todo, las actividades extraescolares tienen también un carácter formativo, más o menos marcado, como se deduce del listado de actividades que hemos recogido más arriba.

En consecuencia, las Administraciones educativas y los titulares de los centros deben potenciar el que los centros ofrezcan estas actividades a fin de favorecer que la

¹⁴ En la STJUE de 21 de febrero de 2013 [Mesto Žamberk, As. C-18/12 (NFJ049865)] se conoce de la exención por actividades deportivas y entiende que no se pueden establecer limitaciones si la Directiva no las ha establecido. En concreto, afirma «En cuanto al artículo 132, apartado 1, letra m) de la Directiva IVA, procede señalar que ese precepto tiene por objeto, según su propio tenor, la práctica del deporte y de la educación física en general. A la vista de dicho tenor, dicho precepto no pretende reservar la exención establecida únicamente a determinados tipos de deporte... Asimismo, el artículo 132, apartado 1, letra m), de la Directiva IVA no exige, para ser aplicable, que la actividad deportiva se practique en un nivel determinado, por ejemplo, profesional, ni que la actividad deportiva en cuestión se practique de forma determinada, esto es, de manera regular u organizada o con vistas a participar en competiciones deportivas, siempre que, no obstante, el ejercicio de dicha actividad no se inscriba en un ámbito de puro entretenimiento y recreación. 23. Por lo que se refiere a la finalidad... dicho precepto pretende fomentar ese tipo de práctica entre amplios sectores de la población».

¹⁵ En la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el reconocimiento del valor de la educación no formal e informal en el ámbito de la juventud europea (2006/C 168/01) se reconoce que las actividades educativas no formales e informales en el ámbito de la juventud son complementarias de la enseñanza y el sistema de formación convencionales, constituyen elementos importantes del proceso educativo y son eficaces instrumentos para convertir la educación en algo atractivo, fomentar la buena disposición para el aprendizaje permanente y promover la integración social de los jóvenes.

En el Libro Blanco de la Comisión Europea, un nuevo impulso para la juventud europea [Bruselas, 21 de noviembre de 2001, COM(2001) 681 final], se resalta el carácter complementario del aprendizaje formal y no formal, donde la necesidad de una educación y una formación a lo largo de toda la vida y en todos los campos ha mostrado estos últimos años que las competencias necesarias solo se pueden adquirir mediante el aprendizaje en contextos a la vez formales, no formales e informales. La educación no formal sigue estando muy infravalorada, ya que no se la considera como un «verdadero» aprendizaje. Lo que aprendemos en los marcos formales (escuelas, centros de enseñanza superior, centros de formación, etc.) es solo una faceta de la adquisición de competencias. También aprendemos en marcos no formales e informales (por ejemplo, en clubes juveniles, en asociaciones deportivas, dentro de la familia, en la vida política). El aprendizaje mediante actividades realizadas en la sociedad civil y en entornos sociales es parte del aprendizaje informal y no formal, y no se produce solo por azar, sino también de manera intencionada y organizada.

oferta educativa se amplíe atendiendo a las nuevas demandas sociales (art. 112.5 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación)».

En el IVA está exenta la enseñanza en sentido estricto, tal y como la analizamos anteriormente, y sin que pueda exigirse la pertenencia a un plan de estudios. Pero, no solo la enseñanza está exenta, sino también lo está la educación y la formación de niños y jóvenes. En consecuencia, siempre que los servicios complementarios o escolares (servicios de monitores en las comidas, transporte o tiempo libre) puedan incardinarse dentro del concepto comunitario de *educación o formación*, deberían estar exentos [arts. 20.Uno.9 y 20.Uno.8 a)]¹⁶.

¹⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de la que España es signataria, establece en su artículo 28 que «Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural».

En España, el artículo 27.2 de la Constitución Española dispone que «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, señala en su artículo 2 que: «La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente Ley, los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno; b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia».

En la Ley 2/2010, de 15 de junio, de autoridad del profesor de la Comunidad de Madrid, se determina en su artículo 3 que «Los principios generales que inspiran esta ley son los siguientes: a) El derecho de todos a la educación consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución española. b) La escuela como ámbito de aprendizaje de los principios de convivencia y respeto mutuo, y de desarrollo de la personalidad del alumno... d) La educación y la formación en calidad como herramientas esenciales para la igualdad de oportunidades y el progreso individual de las personas...». En la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de la Comunidad de Galicia, se determina (art. 3) que «Las normas sobre convivencia en los centros docentes establecidas en la presente ley se orientan a los siguientes fines, que informarán su interpretación y aplicación: a) La garantía de un ambiente educativo de respeto mutuo que haga posible el cumplimiento de los fines de la educación y que permita hacer efectivo el derecho y el deber de aprovechar de forma óptima los recursos que la sociedad pone a disposición del alumnado en el puesto escolar. b) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas. c) La prevención y tratamiento de las situaciones de acoso escolar mediante medidas eficaces». Y la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura señala en su artículo 73.1 que «La educación en valores, desde el respeto a los derechos humanos y a las libertades públicas reconocidas en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales ratificados por España, presidirá la vida de los centros educativos y vertebrará sus proyectos, programaciones y currículos».

La Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre «El tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil» afirma que «La educación debe transmitir los valores que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales, a los bienes jurídicos ajenos y los hábitos de convivencia democrática y de respeto mutuo y avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad».

Definir jurídicamente cuáles son las actividades que realiza un monitor es complejo, debido a que el concepto de «monitor» no está jurídicamente definido en la normativa. Se trata de un término común, de manera que el mismo deberá interpretarse en cada caso en función de cuál sean las verdaderas tareas de cada *monitor*. En el Diccionario de la Real Academia Española (1992) el concepto de «monitor» tiene una doble acepción. Por un lado «El que amonesta o avisa»; y, por otro «El que guía el aprendizaje deportivo, cultural, etc.». La DGT identifica en sus contestaciones la actividad de los monitores con la «custodia y atención», limitando, sin justificar argumentalmente, el alcance de las tareas de que realiza el monitor. No es comparable un monitor que en el tiempo interlectivo simplemente vigile que los niños no se hagan daño o comentan abusos (lo cual, como veremos, sí cabe dentro del concepto de protección), que un monitor que, además, realice esas actividades desde un ámbito educativo y pedagógico, teniendo el monitor la formación suficiente. No es lo mismo, siguiendo la definición del diccionario de la Real Academia, el que amonesta o avisa, que el que además guía en el aprendizaje. Para esta última labor, es necesario tener la cualificación y formación necesarias y hacerlo dentro de un proyecto educativo concreto. Cuando se habla de servicios de *monitor* es importante identificar qué actividades hay detrás de cada uno de esos servicios para verificar si caben dentro de la educación o la formación. Si las actividades concretas que realizan los monitores pueden dirigirse a lo que es la formación, educación o asistencia de los jóvenes e infantes, por estar impartidas por personal con cualificación suficiente dentro de un proyecto educativo, deberían estar exentas por *educación o formación*¹⁷.

En la normativa autonómica se pueden encontrar suficientes argumentos a los efectos de calificar la actividad de los monitores como educación o formación. Especialmente significativa ha sido la normativa catalana. En la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de la Comunidad de Cataluña se señala en su artículo 19.2 que «La comunidad educativa del centro, o comunidad escolar, está integrada por los alumnos, madres, padres o tutores, personal docente, otros profesionales de atención educativa que intervienen en el proceso de enseñanza en el centro, personal de administración y servicios del centro, y la representación municipal y, en los centros privados, los representantes de su titularidad». Por su parte, el artículo 39.1 determina que «El sistema educativo reconoce e incorpora el carácter educativo de las actividades de tiempo libre, especialmente el compromiso y la transmisión de valores. Estas actividades pueden articularse entre los centros educativos y los entes locales, las familias y las asociaciones en las que se agrupan y las entidades, asociaciones y empresas de educación en el tiempo libre, en los distintos territorios». Y en el artículo 41 se afirma que «Las administraciones públicas deben establecer medidas de fomento para garantizar que todos los alumnos puedan participar en los planes y programas so-

MEIX CERECEDA (2012) entiende que tomando en consideración el artículo 27.2 de la Constitución y el artículo 3 b) de la Ley 2/2010, de 15 de junio, de Autoridad del Profesor de la Comunidad de Madrid, la educación no es exclusivamente transmisión de conocimientos, sino medio privilegiado de desarrollo personal, por otra parte necesariamente ligado a la vida en comunidad. Y el concepto convivencia, en castellano, implica un enriquecimiento mutuo que es un estándar de integración mucho más elevado que la mera coexistencia.

¹⁷ Por llevar al extremo este argumento, no es lo mismo que una persona cuya formación y actividad esté destinada a ser portero de salas de fiestas atienda a los niños en el comedor que lo haga un profesional con la titulación y formación necesaria.

cioeducativos y en las actividades de educación en el tiempo libre en condiciones de equidad, sin discriminación por razones económicas, territoriales, sociales, culturales o de capacidad». Dentro de esta comunidad, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Cataluña determina (art. 3.4) «El derecho a la educación, incluidas las actividades extraescolares, deportivas, de tiempo libre y las actividades culturales de los niños y los adolescentes, debe prevalecer por encima de las prácticas culturales, la tradición y la religión, y sus manifestaciones; estas prácticas no pueden justificar en ningún caso una discriminación, limitación o exclusión de niños y adolescentes en el pleno ejercicio de este derecho». Y el artículo 57 señala que «1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a recibir una formación integral en el tiempo libre que les facilite la educación en los valores cívicos y en el respeto a la comunidad y al medio, mediante centros de recreo, agrupaciones y centros que forman la red asociativa de entidades de educación en el tiempo libre, y el resto de entidades culturales, deportivas y sociales o las instituciones existentes en Cataluña y que se dedican al tiempo libre. 2. Las entidades de educación en el tiempo libre tienen por función la intervención educativa en el ámbito del tiempo libre, fuera de la enseñanza reglada y del ámbito familiar y ayudan al desarrollo de los niños y los adolescentes como futuros adultos responsables y comprometidos con la comunidad. 3. Las administraciones deben favorecer y fomentar la educación en el tiempo libre y prestar apoyo a la red asociativa de entidades sociales, fomentando la igualdad de acceso a estas por parte de niños y adolescentes»¹⁸.

¹⁸ La normativa catalana es especialmente relevante, pero no es la única. Así, (i) La Ley 3/2007, de 21 de marzo, de Juventud de Aragón establece en el artículo 17.1 que «El Instituto Aragonés de la Juventud, a la hora de planificar y ejecutar políticas de educación y formación a favor de las personas jóvenes, coordinará acciones relativas a la educación no formal y de apoyo a la formal». En el 21.1 se dispone que «El Gobierno de Aragón adoptará medidas concretas encaminadas a ampliar la dimensión y la calidad de la oferta de actividades de ocio y tiempo libre dirigidas a la población joven, entendiendo el aprovechamiento del tiempo de ocio como elemento fundamental del desarrollo de la personalidad y su utilización como instrumento educativo y formativo». En el artículo 22.1 se señala que «Las políticas de juventud del Gobierno de Aragón promoverán la salud y la adopción de hábitos de vida saludable por la población joven, por medio de programas, proyectos o campañas específicos dirigidos a la misma. Se prestará especial atención a la educación para la sexualidad, a la prevención y el tratamiento de drogodependencias, otras adicciones, trastornos alimentarios, enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, así como al fomento de una cultura de consumo racional y a la prevención de los accidentes de tráfico». En el artículo 30 de dicha norma se mantiene que «Se considera formación juvenil en el tiempo libre la educación no formal cuyos contenidos, metodologías y actuaciones persiguen la capacitación del personal en los ámbitos de ocio y tiempo libre, en el marco de los principios rectores regulados en el artículo 3 de esta ley, con especial atención a la organización y gestión de las actividades que se contemplan en la presente ley».

- (ii) También hacen mención a la educación no formal el artículo 20 de la Ley 10/2006 de la Ley Integral de la Juventud en las Islas Baleares y en el artículo 14.1 de la Ley 7/2005 de la Juventud de La Rioja.
- (iii) La Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral, de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 23.2 que «Las enseñanzas y formación que se ofrezcan al menor se deben dirigir al ejercicio pleno de su ciudadanía, al respeto por los derechos humanos y los valores culturales propios, en un marco de solidaridad y tolerancia». En el artículo 37 se dispone que «La Conselleria competente de la Generalitat en materia de salud desarrollará programas educativos dirigidos a las familias, los menores y al personal sanitario para promover la adquisición de hábitos saludables y tratar la prevención y transmisión de enfermedades, las necesidades de nutrición de los niños y la atención preventiva de la salud». En el artículo 48 se precisa que «Los

Desde un punto de vista jurídico, las actividades de los monitores pueden vincularse a la educación y la formación. Las actividades que realizan pueden conceptuarse dentro de la enseñanza no formal del ocio, tiempo libre, valores sociales, respeto por los derechos humanos y los valores culturales, etc. En consecuencia, sería una actividad que podría estar exenta de IVA ya sea por aplicación del artículo 20.Uno.9 o del artículo 20.Uno.8 a) (en la parte que hace referencia a la formación), siempre que los prestadores de servicios cumplieran con los requisitos subjetivos exigidos por la normativa. Para que puedan calificarse como «educación o formación», el monitor debe tener la cualificación y preparación necesaria para prestar las actividades concretas encomendadas y realizarse dentro de un proyecto educativo concreto.

A. EL COMEDOR COMO LUGAR EDUCATIVO Y PAPEL DE LOS MONITORES

En las diversas Contestaciones de la DGT una de las actividades concretas de los monitores que se analizan son las que se refieren a la atención en el comedor escolar. En este ámbito, hay que reseñar la importancia que el comedor y los monitores están tomando debido a los actuales problemas que existen en la salud infantil vinculados a la educación y alimentación (obesidad, malos hábitos, trastornos del comportamiento alimentario, enfermedades cardiovasculares, etc.).

niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente en la vida cultural y artística de la comunidad, al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas y deportivas propias de su edad, como elementos esenciales para su educación y desarrollo». El artículo 50 regula que «La Generalitat promocionará la educación en el tiempo libre, el juego en la infancia, y el desarrollo de servicios y equipamientos lúdicos y deportivos de carácter socioeducativo dirigidos a la población infantil y adolescente. 2. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a que el juego forme parte de su actividad cotidiana como elemento esencial para su desarrollo evolutivo y proceso de socialización. Los juegos y juguetes destinados a los niños reunirán las adecuadas medidas de seguridad, se adaptarán a las necesidades propias de cada edad, ayudarán al desarrollo físico y psíquico de cada etapa evolutiva y evitarán los elementos y mensajes sexistas, violentos, xenófobos o que propicien cualquier tipo de discriminación. 3. Los niños y adolescentes tienen derecho a practicar deportes y a participar en actividades físicas y lúdicas en un ambiente de seguridad. Se fomentará la actividad física y deportiva como hábito de salud, tanto en el ámbito escolar como en el ámbito de la comunidad».

- (iv) La Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura señala en su artículo 187.3 que «La Administración educativa facilitará la utilización de los centros por parte del municipio fuera del horario lectivo para llevar a cabo actividades educativas, culturales, deportivas u otras de carácter social que contribuyan a la adquisición de valores, así como a la utilización responsable y enriquecedora del tiempo libre. Asimismo, se impulsará el uso conjunto de las instalaciones deportivas de los municipios y de los centros». Y el artículo 39.1 señala que «El servicio de aula matinal, mediante la apertura anticipada de los centros educativos, permite la acogida y atención educativa del alumnado antes del inicio de las actividades lectivas con el objetivo de contribuir a conciliar la vida laboral y familiar».
- (v) En la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, el artículo 138 dispone que «Las actividades extracurriculares tienen como finalidad facilitar y favorecer el desarrollo integral del alumnado, su inserción sociocultural y el uso formativo del tiempo libre, y contribuir a generar hábitos de participación y a la adquisición de habilidades sociales. Estas actividades son voluntarias y se desarrollan al margen de las programaciones didácticas y fuera del horario lectivo». Y en el artículo 142.3 se determina que «Los centros docentes públicos, con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, podrán poner en marcha un servicio de aula matinal con atención al alumnado hasta que se inicie el horario lectivo, donde se complementa el servicio de comedor con actuaciones educativas o con actividades extracurriculares».

La doctrina se ha mostrado partidaria de la perspectiva educativa del comedor escolar. Lo que se mantiene de forma reiterada es que el comedor es un lugar de aprendizaje y de convivencia que debería estar integrado en el proyecto educativo del centro y proporcionar una oportunidad para que los niños lleven a la práctica los conocimientos adquiridos en el aula, y donde el papel del monitor o educador es muy relevante¹⁹.

- ¹⁹ Así, (i) AA. VV. (2008a, pág. 84) mantienen que «El comedor escolar debería estar integrado en el proyecto educativo del centro y proporcionar una oportunidad para que los niños lleven a la práctica los conocimientos adquiridos en el aula. A la vez, experimentan y comparten con sus compañeros la degustación de alimentos y formas culinarias que no han probado en sus casas y aprenden de ellos con el respaldo de políticas de centro que faciliten un ambiente escolar positivo». Y continúan señalando que (pág. 85) «Los comedores de centros docentes tienen la misión principal de asegurar aportes nutricionales adecuados a las características de los usuarios, pero deben influir positivamente en otros aspectos no menos importantes como la promoción de hábitos alimentarios saludables o su función como marco de adquisición de hábitos de compostura social, educación nutricional y desarrollo de habilidades o como marco de socialización y convivencia».
- (ii) ZAFRA APARICIO (2005) parte de la base de que la alimentación de los niños y adolescentes es un tema de salud pública, donde el comedor se convierte en un vehículo para la adquisición de buenos hábitos alimentarios y supone un elemento esencial de socialización donde se forman los hábitos de alimentación. Así, señala (pág. 371) que el comedor escolar implica impulsar y dirigir los hábitos alimentarios de sus comensales mediante el establecimiento de un sistema de reglas de comportamiento específicas «dirigidas a la atención de las necesidades biológicas del alimento y el descanso, así como al aprendizaje de la convivencia. El cumplimiento de estas normas queda bajo la vigilancia de los monitores». Y especialmente significativas son sus palabras con relación a los monitores (pág. 367), donde «La escasa valoración de su función, hace que nos cuestionemos si se deben considerar como meros "mantenedores del orden" dentro del comedor o como personas que pueden y debe contribuir a una mejor función alimentaria y nutricional de los escolares».
- (iii) ORTEGA ANTA (2008, pág. 121) señala que además de que el comedor preste los alimentos necesarios «se tiende a esperar algo más del comedor del centro educativo, que puede ayudar a mejorar la situación nutricional y la educación alimentaria de los escolares, lo que trasciende a su familia y etapa adulta; por ello son muy importantes los hábitos y los conocimientos que se puedan transmitir al escolar». Mantiene que la incorporación de la educación nutricional en los programas escolares es una realidad en muchos países desarrollados y «La coherencia entre estos conocimientos y la práctica enseñada en el comedor escolar resulta vital en el proceso educativo» (pág. 127). Concluye esta autora que los comedores escolares pueden mejorar los hábitos y conocimientos de los alumnos debido a su mayor preparación y «la utilización creciente del comedor escolar de los centros hace deseable que este servicio, además de brindar una oferta de alimentos seguros y nutricionales correctos, actúe como un instrumento educativo, en el que se pongan en práctica las recomendaciones y conocimientos aprendidos en el aula» (pág. 133).
- (iv) ROSET ELÍAS y GONZALVO HERAS (2008, pág. 159) advierten que «En el ámbito de la escuela, la alimentación como parte de educación para la salud tiene un importante espacio de aplicación en el comedor escolar. Este es un lugar privilegiado para realizar experiencias educativas que permitan promocionar los hábitos y estilos de vida saludables aplicando, por una parte, los conocimientos adquiridos en el aula y, por otra, y dado su carácter de comedor colectivo, los criterios de calidad alimentaria». Dentro de este sistema de educación, señalan estas autoras que (pág. 163) «Un factor importante es la capacitación y formación de los educadores en nutrición y actividades de tiempo libre».
- (v) AA. VV. (2008b, pág. 82) afirman que el comedor escolar constituye el lugar ideal para la adquisición de nuevos conocimientos, y desempeña un doble papel. Por un lado, el colegio es el espacio ideal para dar a conocer al niño las bases de una alimentación saludable. El comedor es, además, el lugar donde deben ponerse en práctica los conocimientos adquiridos en el aula; y «si no existieran estos, es el lugar donde debe llevarse a cabo la educación».
- (vi) ARANCETA BARTRINA (2000) hace mención a que se está introduciendo la figura del «educador del comedor escolar» y entre sus funciones está la de dinamización del tiempo prealimentario, la atención a la seguridad del comensal durante el tiempo de servicio, la organización de actividades de tiempo libre tras la ingesta, y el hecho de contribuir a la educación de los hábitos alimentarios, hábitos de higiene personal y relación social.

También en distintos informes de las Administraciones Públicas se incide en el carácter esencial de la educación en la alimentación. En el Libro Verde «Fomentar una alimentación sana y la actividad física: una dimensión europea para la prevención del exceso de peso, la obesidad y las enfermedades crónicas» de la Comisión Europea (COM 2005) advierte que «Durante la infancia y la adolescencia se producen importantes elecciones en cuanto a hábitos de vida, que predeterminan los problemas de salud en la edad adulta. Es pues esencial orientar a los niños hacia comportamientos saludables. La escuela es el medio privilegiado para realizar acciones de promoción de la salud, y puede contribuir a proteger la salud de los niños fomentando una alimentación sana y la actividad física. Además, existen pruebas que demuestran que una alimentación sana mejora la concentración y facilita el aprendizaje. Las escuelas tienen la posibilidad de fomentar entre los niños la práctica diaria de una actividad física»²⁰.

Este enfoque educativo del comedor escolar es también reconocido en el ámbito legislativo, donde distintas normas, muchas de ellas menores, reconocen su carácter educador, como un lugar para el desarrollo de la adquisición de hábitos sociales, normas de urbanidad, cortesía, solidaridad y convivencia, donde se deben desarrollar los hábitos de correcta alimentación e higiene en la infancia y adolescencia²¹.

²⁰ En el Programa Perseo, realizado por los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Educación y en colaboración con seis comunidades autónomas, para promover un programa para favorecer la alimentación saludable y la actividad física en el ámbito escolar, se afirma que «Dado que los hábitos de vida se forman durante los primeros años de la vida, la escuela constituye un lugar óptimo para desarrollar programas de educación y promoción de la salud». «Los hábitos alimentarios y comportamientos sedentarios se desarrollan en la infancia y consolidan durante la adolescencia, siendo luego muy difíciles de modificar. Por eso, la mejor edad para intervenir sobre ambos es durante la enseñanza primaria. La escuela ofrece innumerables oportunidades para formar sobre hábitos alimentarios saludables y fomentar la práctica regular de actividad física y deporte, constituyendo, por eso, uno de los lugares más eficaces para modificar los estilos de vida de los niños, niñas y adolescentes».

En el estudio «Alimentación saludable. Guía para las familias» de los Ministerios de Educación, Política Social y Deporte y de Sanidad y Consumo y la Consejería de Educación y Ciencia del Principado de Asturias, se afirma que «La escuela, durante la etapa obligatoria, tiene la responsabilidad de conseguir que el alumnado adquiera la información, la formación y los valores necesarios para vivir una vida saludable».

²¹ El artículo 37 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral, de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, establece que «La Conselleria competente de la Generalitat en materia de salud desarrollará programas educativos dirigidos a las familias, los menores y al personal sanitario para promover la adquisición de hábitos saludables y tratar la prevención y transmisión de enfermedades, las necesidades de nutrición de los niños y la atención preventiva de la salud».

La Orden de 8 de marzo de 2010, por la que se regulan los servicios complementarios de la enseñanza, aula matinal, comedor escolar y actividades en los centros docentes públicos así como la ampliación de horario, de la Junta de Andalucía, establece en el artículo 10.2 que «Las funciones del personal de atención al alumnado en el servicio de comedor escolar son las siguientes: ... c) Prestar especial atención a la labor educativa del comedor: adquisición de hábitos sociales e higiénico sanitarios (...)».

En la Orden de 2 de marzo de 2004, de Castilla-La Mancha, se establece en su artículo segundo, que los consejos escolares, previamente para proceder a la apertura y puesta en funcionamiento de comedores escolares en sus respectivos centros escolares deberán presentar a la Delegación Provincial de Educación, entre otra documentación, la siguiente: «e) Programa de actividades educativas: Actividades educativas que favorezcan el desarrollo de hábitos

En definitiva, comedor y su aproximación al mismo por parte de los monitores tiene dos enfoques distintos. Uno, donde el monitor es un mero vigilante y la comida un servicio de restauración. Otro, donde el comedor escolar es parte del proyecto educativo y donde los monitores tienen la correspondiente capacitación y su papel debe enmarcarse dentro del concepto general de educación formativa integral de los alumnos. En esta segunda aproximación, el papel de educador y formador del monitor no admite dudas y, por tanto, debería incluirse en la exención por educación (art. 20.Uno.9) y por formación [art. 20.Uno.8 a)], siempre que los prestadores cumplan con las condiciones subjetivas exigidas por la normativa.

4. SERVICIOS EXTRAESCOLARES DE MONITORES EN TIEMPOS INTERLECTIVOS Y LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 20.UNO.8 DE LA LIVA

La actividad de los monitores en el tiempo interlectivo de los monitores se ha analizado también por la DGT con arreglo al artículo 20.Uno.8 de la LIVA, que establece que están exentas:

«Las prestaciones de servicios de asistencia social que se indican a continuación efectuadas por entidades de Derecho público o Entidades o establecimientos privados de carácter social: a) Protección de la infancia y de la juventud. Se considerarán acti-

relacionados con la higiene y la alimentación saludable, programadas durante el servicio de comida de mediodía y/o aula matinal».

La Orden 917/2002, de 14 de marzo, de la Consejería de Educación de Madrid, dispone (art. 7) que los centros docentes públicos que presten el servicio de comedor escolar dispondrán de un programa anual del servicio de comedor escolar que será aprobado por el Consejo Escolar, y en particular el programa anual del servicio de comedor escolar, debe atender a los siguientes objetivos: «-Objetivos relativos a la educación para la salud (higiene y nutrición) encaminados a desarrollar la adquisición de hábitos sociales, normas de urbanidad y cortesía y correcto uso y conservación de los útiles de comedor. -Objetivos educativos que fomenten actitudes de colaboración, solidaridad y convivencia. -Actividades que desarrollen hábitos de correcta alimentación e higiene en la infancia y adolescencia...».

La Orden 27/2006, de 28 de septiembre, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de La Rioja, en su artículo 10 dispone que los Consejos escolares aprobarán un plan de funcionamiento del servicio de comedor, el cual contendrá los siguientes objetivos y actuaciones: «-Desarrollar la adquisición de hábitos sociales, normas de urbanidad y cortesía y uso correcto y conservación de los útiles de comedor. -Fomento de las actitudes de colaboración, solidaridad y convivencia. -Actividades que desarrollen hábitos de correcta alimentación saludable e higiene en la infancia y adolescencia. -Actividades que fomenten actitudes de ayuda y colaboración entre los compañeros, prestando especial atención a los más pequeños y en las labores de puesta y recogida del servicio, a través del responsable de mesa...». En el Decreto 20/2008, de 13 de marzo, de la Consejería de Educación de Castilla y León, que regula el servicio público de comedor escolar, en su artículo 15 referente al plan anual de funcionamiento del comedor escolar, que se integra en la programación anual general del centro escolar, se establece que el comedor escolar tendrá los siguientes objetivos: «a) Fomentar la adquisición de hábitos de correcta alimentación e higiene en la infancia y adolescencia. b) Desarrollar la adquisición de hábitos sociales, normas de urbanidad y cortesía y correcto uso y conservación de los útiles de comedor. c) Fomentar actitudes de ayuda y colaboración entre los compañeros, prestando especial atención a los más pequeños y en las labores de puesta y recogida del servicio. d) Fomentar actitudes de convivencia y solidaridad (...))».

vidades de protección de la infancia y de la juventud las de rehabilitación y formación de niños y jóvenes, la de asistencia a lactantes, la custodia y atención a niños menores de seis años de edad, la realización de cursos, excursiones, campamentos o viajes infantiles y juveniles y otras análogas prestadas en favor de personas menores de veinticinco años de edad...».

Este precepto debe completarse con la aplicación del tipo reducido del 10 %, ya que el artículo 91.Uno.2.7 de la LIVA determina que tributan a dicho tipo las «Las prestaciones de servicios a que se refiere el número 8.º del apartado uno del artículo 20 de esta ley cuando no estén exentas de acuerdo con dicho precepto...». La no exención operará cuando el prestador no sea un establecimiento de carácter social (art. 20.Tres de la LIVA), como es el caso generalmente de las sociedades mercantiles o empresarios individuales.

La DGT entiende que solo lo que es custodia y atención a niños menores de seis años de edad tiene cabida en el ámbito objetivo del artículo 20.Uno.8 a). Pero lo que es la atención de monitores escolares a mayores de seis años está excluido y, por tanto, tributa en todo caso al tipo del 21 %.

Por su parte, la Directiva del IVA, 2006/112/CE, regula la asistencia social en dos preceptos distintos. En concreto, el artículo 132.1 señala que estarán exentas:

«(g) Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con la asistencia social y con la Seguridad Social, incluidas las realizadas por las residencias de tercera edad, realizadas por Entidades de Derecho público o por otros organismos a los que el Estado miembro de que se trate reconozca su carácter social.

(h) Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con la protección de la infancia y de la juventud, realizadas por Entidades de Derecho público o por otros organismos a los que el Estado miembro de que se trate reconozca su carácter social».

La Directiva regula ambas exenciones en dos preceptos diferentes, a diferencia del precepto español. La transposición interna creemos que es incorrecta en tanto deberían estar regulados en artículos distintos ya que no toda actividad de protección de la infancia y la juventud es asistencia social. La protección de la infancia y juventud no es una especificidad de la asistencia social, sino un concepto con autonomía propia. Proteger a los niños en el recreo no debe considerarse asistencia social. Son conceptos diferentes, todo lo que sea asistencia social está excluido, con independencia de que los destinatarios sean mayores, reclusos o jóvenes.

Al margen de la anterior precisión, la diferencia en la regulación comunitaria e interna radica en que la LIVA ha enumerado una serie de actividades que se incluyen dentro del concepto de protección. La Directiva declara exentas «(h) Las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con la protección de la infancia y de la juventud...», sin más, mientras que el artículo 20.Uno.8 a) señala que está exenta la «Protección de la infancia y de la

juventud. Se considerarán actividades de protección de la infancia y de la juventud las de...». Como puede verse, la LIVA avanza un paso e identifica las actividades incluidas en la protección de la infancia y juventud, aunque, ciertamente, acaba la definición con una cláusula abierta y extendiendo el concepto de protección a las actividades *análogas* a las enumeradas previamente.

Como advertimos cuando analizamos la educación, las exenciones del IVA son conceptos autónomos de Derecho Comunitario que tienen por objeto evitar que se produzcan divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA [por todas, Sentencia de 1 de diciembre de 2005, Ygeia, As. C-394/04 y C-395/04 (NFJ021357)]. Esto supone que los Estados miembros no pueden definir de manera independiente las exenciones. Todo lo que sea protección de la infancia y juventud debe estar exento, con independencia de lo que se defina en la LIVA o en la legislación de otro Estado miembro. No es posible, por ejemplo, que en España se diga que solo está exenta «la custodia y atención a niños menores de seis años de edad» y que en Francia se dijera que está exenta «la custodia y atención a niños menores de dieciocho años de edad». Los principios comunitarios de neutralidad y no discriminación impiden que una exención se interprete de manera distinta en dos países.

A. ACTIVIDADES DE MONITOR COMO ACTIVIDAD DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA JUVENTUD: LA EDAD Y EL CONCEPTO DE NIÑO

La LIVA declara exenta la guardia y custodia de niños menores de 6 años y por joven entiende todo aquel que tenga menos de 25 años. En la Directiva no se establecen límites de edad, y se hace mención al concepto general de infancia y juventud. Tampoco se hace mención a un límite determinado de edad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02), que en su artículo 24 se limita a señalar que «1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar... 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial». Pero en otras normativas sí se remite a una edad. En la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de la que España es signataria, se establece en su artículo 1 que «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». En la Comunicación de la Comisión Europea «Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia» [COM(2006) 367 final] se hace mención a que «Los niños, que en este contexto se entenderán como las personas menores de 18 años, igual que en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas». Y en España, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, determina en su artículo 1 que «La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad», pero añadiendo en el artículo 3 que «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas». En este sentido, DE PALMA DEL TESO (2006, pág. 79) afirma que en el Ordenamiento Español tienen la condición de menor y, por

tanto, el derecho a la protección pública que nuestro Ordenamiento reconoce a todos los menores, las personas que no han cumplido los dieciocho años, salvo que en virtud de la Ley personal que les fuera aplicable hubieran alcanzado con anterioridad la mayoría de edad²².

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la DGT reconoce expresamente que en el caso de los monitores en el tiempo interlectivo, sí están exentos cuando se trate de guarda y custodia de niños los menores de seis años. Eso implica que para la DGT la *custodia y atención* como concepto objetivo está dentro de la protección de la infancia y la juventud. La DGT, siguiendo una interpretación literal de la LIVA, lo limita a los menores de 6 años. Sin embargo, creemos que dicha interpretación atenta contra la Directiva. La protección como género, y la guarda y custodia como especie, debe hacerse extensiva a todos los infantes y jóvenes, pues en tanto la Directiva 2006/112/CE no establece ninguna limitación por la edad no lo puede hacer la LIVA. No es posible que la norma interna limite el alcance de un concepto incluido objetivamente en la protección a una determinada edad. Todas las actividades de guarda y atención que sean a infantes o jóvenes deben tener el mismo tratamiento a efectos del IVA, sin que pueda establecerse una discriminación por razón de la edad, porque lo que se tutela es, objetivamente, la protección de la infancia y la juventud, con independencia de la edad. Carece de sentido que la protección de un niño de 7 años no esté exenta y si lo esté la de un niño de 6²³.

²² Señala esta autora (DE PALMA DEL TESO, 2006, pág. 79) que el hecho de considerar menor a los menores de 18 años no impide que en nuestro sistema jurídico diversas normas distingan dentro de los menores entre niños y los adolescentes. Así ocurría en Cataluña, a los efectos de aplicación de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, y las normas que la desarrollan «se entiende por niño toda persona menor de doce años y por adolescente toda persona con una edad comprendida entre los doce y la mayoría de edad establecida por la Ley» (art. 2). En consecuencia, en Cataluña, la edad de doce años marcaría el paso de la infancia a la adolescencia. Esta edad ya había sido prevista por el legislador estatal y ciertos legisladores autonómicos como momento a partir del cual era obligatorio escuchar al menor en los procedimientos que le afecten, en tanto se considera que el menor ya tiene suficiente juicio o capacidad para discernir sobre alcance de las actuaciones que le afectan. Posteriormente a la obra de esta autora, la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares establece en su artículo 2.2 que «A los efectos de la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, se entiende por infancia el periodo de vida de las personas comprendido desde el nacimiento hasta los doce años y por adolescencia desde los doce años hasta la mayoría fijada en el artículo 12 de la Constitución». En la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral, de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, se establece en su artículo 2.1 que «La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años...»

Con relación al concepto de joven, en el Libro Blanco de la Comisión Europea, un nuevo impulso para la juventud europea [Bruselas, 21.11.2001, COM(2001) 681 final] se entiende que son jóvenes los que tienen entre 15 y 25 años de edad, por analogía a lo que decidieron el Parlamento y el Consejo para el Programa Juventud. Por tanto, hasta los 15 años se considera que son niños. Y en la Comunidad de Valencia, la Ley 18/2010, de juventud, entiende que «A los efectos de la presente ley, tendrán la consideración de jóvenes todas las personas con edades comprendidas entre los catorce y los treinta años, inclusive» (art. 2.2).

²³ En la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre «El tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil» se advierte que «Debe recordarse que según la mayoría de los estudios, la mayor incidencia del maltrato entre iguales se produce en el primer ciclo de secundaria, entre 12 y 14 años». En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Medidas preventivas para la protección de los niños contra los abusos sexuales» (Dictamen adicional) (2012/C 24/33) de forma expresa se señala qué programas educativos deberían centrarse especialmente en los niños y prestar particular atención a los niños más mayores.

Por otra parte, la única Sentencia del TJUE que se ha pronunciado sobre la protección de la infancia y juventud [9 de febrero de 2006, *Kinderopvang Enschede*, As. C-415/04 (NFIJ021513)], creemos que apoya esta conclusión. En las Conclusiones de este asunto (presentadas por el Abogado General el 15 de septiembre de 2005) se afirma que:

«8. Según la resolución de remisión, *Stichting Kinderopvang Enschede* (en lo sucesivo, «Fundación») es un organismo sin ánimo de lucro. Sus objetivos son fundamentalmente mantener y desarrollar la prestación de una serie de servicios de guarda de niños que respondan a las necesidades a este respecto de los padres trabajadores, así como actuar como intermediario entre los padres y cuidadores independientes.

9. La propia Fundación dirige varios centros de guarda de niños para niños en edad preescolar y escolares en horario extraescolar».

El Tribunal de Luxemburgo manifiesta en su Sentencia que:

«17. No se discute que la guarda de niños por los cuidadores puede considerarse una prestación de servicios comprendida en la asistencia social y la seguridad social así como en la protección de la infancia y de la juventud, a efectos del artículo 13, parte A, apartado 1, letras g) y h), de la Sexta Directiva [actuales art. 132.1 g) y h) de la Directiva 2006/112/CE].

18. No obstante, el Gobierno neerlandés considera que la guarda de niños no es un servicio comprendido en el ámbito de la educación de la infancia o de la juventud y, por lo tanto, estima que el mencionado párrafo 1, letra i), no puede tenerse en cuenta para la solución de un litigio como el litigio principal.

19. A este respecto, es preciso señalar que la información de que dispone el Tribunal de Justicia no le permite determinar con seguridad si se prevé la educación como parte integrante de la guarda de los niños realizada por los cuidadores. Habida cuenta de las consideraciones efectuadas en el apartado 17 de la presente sentencia, no es necesario pronunciarse sobre este tema.

20. Por tanto, la guarda de los niños por cuidadores puede estar comprendida en, al menos, dos categorías de exenciones previstas en el artículo 13, parte A, apartado 1, letras g) y h), de la Sexta Directiva».

Por tanto, el Tribunal de Luxemburgo mantiene que las actividades de guarda de niños por cuidadores están exentas con independencia de la edad. Y afecta tanto a los niños en edad preescolar como en edad escolar. Esto implica que dicha interpretación deba hacerse extensiva a toda la Unión Europea, sin hacer distinciones entre los niños menores de 6 años y los mayores. Todo lo que sea guarda y custodia de niños en edad escolar está exento.

B. LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA «CUSTODIA Y ATENCIÓN A NIÑOS MENORES DE SEIS AÑOS»

En el artículo 20.Uno.8 a) de la LIVA se establece que «Se considerarán actividades de protección de la infancia y de la juventud las de rehabilitación y formación de niños y jóvenes, la de asistencia a lactantes, la custodia y atención a niños menores de seis años de edad, la realización de cursos, excursiones, campamentos o viajes infantiles y juveniles y otras análogas prestadas en favor de personas menores de veinticinco años de edad...». Se trata, como se puede ver, de un precepto abierto, no cerrado. Es decir, pueden estar, incluso con la Ley interna, otras actividades además de las enumeradas en la norma.

La DGT se limita a señalar en su Contestación de 26 de noviembre de 2012, Consulta núm. V2251/2012, que solo se aplicará la exención «cuando se trate de servicios de custodia y atención a niños menores de seis años de edad»²⁴. Como se puede ver, al menos a nuestro juicio, se trata de una afirmación sin motivar ni fundamentar. Es un juicio apodictico. La custodia a niños mayores de seis años no está exenta. Pero no se dice por qué, en general, no es protección a la infancia y la juventud y, en particular, por qué no es una *actividad análoga*. Es una afirmación sin justificar teniendo en consideración que el monitor en el tiempo interlectivo tiene como finalidad la del cuidado de los jóvenes y niños a su cargo. Cabe preguntarse, desde el punto de vista de un consumidor medio, cuál es la actividad que realizan los monitores de niños y jóvenes sino es cuidar y proteger a los niños y jóvenes²⁵. De hecho, el enfoque debe ser distinto al que hace la DGT. No hay ninguna razón objetiva por la cual la actividad de monitores de niños mayores de seis años no pueda estar exenta por ser una actividad de protección de la infancia y la juventud o análoga.

La LIVA determina que están exentas las actividades de «custodia y atención a niños menores de seis años de edad». Lo que no establece es que estén sujetas las actividades de cuidado y vigilancia a niños y jóvenes de otras edades. Para el resto de edades, con arreglo a la Directiva, estarán exentas cuando sean actividades de protección a la infancia y a la juventud. Es más, la redacción de la LIVA parece que fundamenta su redacción en las normativas educativas. En España, hasta los seis años no es obligatorio ir al colegio (la denominada educación infantil es optativa) (puede verse, el art. 11 de la Ley Orgánica de Educación 10/2002, o el art. 4 de la Ley Orgánica de Educación 2/2006). Cuando la LIVA hace mención a la «custodia y atención a niños menores de seis años de edad» debe interpretarse como las actividades de guardería que no se realizan en

²⁴ Desde la Contestación de 22 de abril de 2008 [Consulta núm. V0833/2008 (NFC029196)] la DGT se limita a decir que «Los servicios de monitores custodiando niños mayores de seis años tanto en los recreos, como en horarios de comidas... estarán sujetos y no exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido».

²⁵ En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo un criterio de interpretación que se ha empleado es el del punto de vista del consumidor medio. Así, por todas, puede verse la STJUE de 21 de febrero de 2013 [Mesto Žamberk, As. C-18/12 (NFJ049865)] donde con relación a cuándo una prestación es única o son varias, afirma que «Se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el elemento predominante debe determinarse basándose en el punto de vista del consumidor medio (véanse en este sentido, en particular, las sentencias Levob Verzekeringen y OV Bank, antes citada, apartado 22, y de 2 de diciembre de 2010, Everyting Everywhere, C-276/09, Rec. p. I-12359, apartado 26)».

centros educativos o colegios. Esto hay que incardinarlo con la exención del artículo 20.Uno.9, de tal manera que si los niños hasta seis años van al colegio, se aplicaría el artículo 20.Uno.9 de la LIVA que hace mención a la «guarda y custodia de niños, la enseñanza escolar...». Por tanto, cuando la LIVA se refiere a la «custodia y atención a niños menores de seis años de edad», puede entenderse que se vincula a las normas de educación y que se refiere a la custodia y atención de niños que no van al colegio. Se trata de una interpretación sistemática relacionada con la Ley de educación. De esta manera, la restricción que hace la LIVA sobre los menores de seis años nada tiene que ver con la actividad de monitores de los colegios en el tiempo libre de los escolares, recreos, comedores, etc. Es decir, que la LIVA haga mención a las actividades de custodia y atención a menores de seis años no puede dar lugar a interpretar que la custodia y atención al resto esté gravada. La actividad de monitores en los colegios estará exenta o sujeta en función de su naturaleza. Lo que es necesario analizar es si son *actividades de protección de la infancia y de la juventud* o bien, como dice el artículo 20.Uno.8 a), si son *análogas*.

C. LA ACTIVIDAD DEL MONITOR COMO «PROTECCIÓN» DE LA INFANCIA Y LA JUVENTUD

La DGT no argumenta la razón por la que la actividad de monitor escolar para la atención de niños y niñas en horario interlectivo no pueda ser protección de la juventud. Sin embargo, existen argumentos normativos, jurisprudenciales y doctrinales que sí justifican la calificación de la labor de los monitores como protección a la infancia y la juventud.

El deber de protección del niño es un deber general que impregna todo el sistema jurídico²⁶. La Constitución Española reconoce en su artículo 39.4 que «Los niños gozarán de la protección

²⁶ PICONTÓ NOVALES (2009, págs. 63 y 64) señala que los derechos del niño en un sentido amplio incluye tres categorías de derechos. En primer lugar, el «derecho a beneficiarse de algo», en el que se incluirían por ejemplo el derecho a ser alimentado, a ser cuidado, a recibir afecto, a tomar medicinas. En segundo lugar, el niño tiene «derecho a ser protegido de cualquier cosa», esto es, de aquello que atenta o puede atentar a su integridad física o psíquica, ya sean malos tratos, tortura, explotación laboral, etc. Por último, estaría el derecho del niño a «hacer algo», a realizar alguna acción, como puede ser la de expresarse, participar en las decisiones que afecten a su vida, lo que no es sinónimo de que todas sus decisiones hayan de ser respetadas sino más bien el derecho del niño a que sus opiniones y pareceres sean tenidos en consideración. El concepto de protección se define en alguna normativa autonómica. En la Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, el artículo 48 dispone que «1. A efectos de la presente ley, se entiende por sistema de protección de menores el conjunto de servicios, actuaciones y medidas de intervención de los poderes públicos destinadas a paliar las situaciones de desprotección y conflicto social en que puedan encontrarse las personas menores de edad. 2. Constituyen situaciones de desprotección las de riesgo y las de desamparo. 3. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 2/2006, de derecho civil de Galicia, se considera situación de riesgo la que se produce de hecho cuando la persona menor de edad, sin estar privada en su ámbito familiar de la necesaria asistencia moral o material, se ve afectada por cualquier circunstancia que perjudique su desarrollo personal, familiar, social o educativo y que permita razonablemente temer que en el futuro pueda estar incurso en una situación de desamparo, inadaptación o de exclusión social...». También se define en la Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia, que establece en el artículo 35.1 que «A los efectos de la presente Ley, la protección de la infancia y la adolescencia comprende el conjunto de actuaciones desarrolladas por el Sistema Público de Servicios Sociales para

prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Y entre esos tratados hay que hacer referencia al la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 19.1 que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicios o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

Y precisamente dentro de esa labor de protección a la infancia y juventud distintas normas se centran en la protección de los niños y jóvenes dentro del entorno educativo, donde la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, reconoce en su artículo 6.3 que los alumnos tienen derecho, entre otros, a que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales, a la protección contra toda agresión física o moral, y a recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. De la misma manera se dispone en el artículo 17 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, sobre los derechos, deberes y normas de convivencia de los alumnos de centros sostenidos con fondos públicos que «Todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad física y moral y su dignidad personal, no pudiendo ser objeto, en ningún caso, de tratos vejatorios o degradantes», mientras que en el artículo 7 se establece que «Los órganos de gobierno del centro, así como la Comisión de convivencia, adoptarán las medidas preventivas necesarias para garantizar los derechos de los alumnos y para impedir la comisión de hechos contrarios a las normas de convivencia del centro»²⁷.

prevenir, evitar y atender las situaciones de riesgo de desprotección o de desprotección en que se halle la persona menor para garantizar, en todo caso, su pleno desarrollo y autonomía personal, así como su integración familiar y social».

²⁷ Dentro de la normativa autonómica relativas a la educación, y protección de la infancia y juventud podemos hacer mención a varias normas:

- (i) El artículo 30.2 de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de la Comunidad de Cataluña establece que «Todos los miembros de la comunidad escolar tienen derecho a convivir en un buen clima escolar y el deber de facilitarlo con su actitud y conducta en todo momento y en todos los ámbitos de la actividad del centro». El artículo 7.1 determina que «Todos los miembros de la comunidad escolar tienen el derecho a una buena convivencia y el deber de facilitarla». Por su parte, dentro de los derechos de los alumnos el artículo 21.2 identifica «(g) Gozar de una convivencia respetuosa y pacífica, con el estímulo permanente de hábitos de diálogo y de cooperación» o «(j) Recibir especial atención si se hallan en una situación de riesgo que eventualmente pueda dar lugar a situaciones de desamparo». Y en el artículo 33 se señala que se «deben adoptar las medidas necesarias para prevenir las situaciones de acoso escolar y, en su caso, hacerles frente de forma inmediata, y para asegurar en cualquier caso a los afectados la asistencia adecuada y la protección necesaria para garantizarles el derecho a la intimidad. 2. El Departamento debe poner a disposición de los centros los medios necesarios para atender las situaciones de riesgo de acoso escolar...». La Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Cataluña establece en su artículo 90 que «Las administraciones públicas deben impulsar el desarrollo de actuaciones dirigidas al conjunto de la comunidad educativa que permitan prevenir, detectar y erradicar el maltrato a niños y adolescentes, los comportamientos violentos, el asedio escolar y la violencia machista».
- (ii) La Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral, de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 7.2 que «La Generalitat, dentro de sus competencias, garantizará la protección integral y efectiva de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales del menor, fomentando su

De la misma manera, en el ámbito doctrinal, es necesario reseñar los distintos análisis que se han realizado de la protección de la infancia y la juventud en el entorno escolar, donde es necesaria la intervención más allá de los espacios educativos en aula, en tanto el acoso, aislamiento,

integración real y efectiva en la sociedad». En el artículo 26.1 se regula que «Los servicios y centros escolares, tanto públicos como privados, y órganos colegiados de carácter escolar, tienen la obligación de comunicar y denunciar cualquier situación de riesgo y desamparo en la que se encuentre un menor...». En el artículo 34 se dispone que «Se promoverán por la Conselleria competente en materia de educación, programas de prevención de conductas inapropiadas, de la violencia y el acoso, en el propio centro docente, dirigidos a todos los integrantes de la comunidad educativa, y de forma especial a niños y adolescentes en situación de riesgo». Y en el artículo 93 se establece que «Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia de su entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social...». El artículo 50.3 establece que «Los niños y adolescentes tienen derecho a practicar deportes y a participar en actividades físicas y lúdicas en un ambiente de seguridad...»

- (iii) En la Ley 2/2010, de 15 de junio, de Autoridad del Profesor de la Comunidad de Madrid, el artículo 9 establece que «Cada centro educativo elaborará sus normas de organización y funcionamiento, entre las que habrá de figurar el plan de convivencia. Aprender a convivir es fundamental en la formación de los alumnos y así debe expresarlo el plan de convivencia de cada centro», y el artículo 10 dispone que «Podrán ser objeto de medidas disciplinarias las conductas contrarias a las normas de convivencia que sean realizadas por alumnos dentro del recinto escolar o durante la realización de actividades complementarias y extraescolares, así como durante la prestación de los servicios de comedor y transporte escolar, en los términos previstos en el Decreto que establezca el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid».
- (iv) En la Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa de la Comunidad de Galicia «Se reconocen al alumnado los siguientes derechos básicos de convivencia escolar, sin perjuicio de los establecidos en las leyes orgánicas de educación: a) A recibir una formación integral y coeducativa que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad en un ambiente educativo de convivencia, libertad y respeto mutuo. b) A que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales. c) A la protección integral contra toda agresión física o moral, y en particular contra las situaciones de acoso escolar...» (art. 7.1). Y en el artículo 28 se establece que «se considera acoso escolar cualquier forma de vejación o malos tratos continuados en el tiempo de un alumno o alumna por otro u otra u otros, ya sea de carácter verbal, físico o psicológico, incluido el aislamiento o vacío social, con independencia del lugar donde se produjese. Tendrán la misma consideración las conductas realizadas a través de medios electrónicos, telemáticos o tecnológicos que tuvieran causa en una relación que surja en el ámbito escolar». El artículo 12 establece que «Serán objeto de corrección disciplinaria las conductas contrarias a las normas de convivencia realizadas por el alumnado dentro del recinto escolar o durante el desarrollo de actividades complementarias y extraescolares, así como durante la prestación de los servicios de comedor y transporte escolar. 2. Asimismo, podrán corregirse disciplinariamente las conductas del alumnado que, aunque realizadas fuera del recinto escolar, estuviesen motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afectasen a sus compañeros o compañeras o a otros miembros de la comunidad educativa y, en particular, las actuaciones que constituyan acoso escolar con arreglo a lo establecido por el artículo 28...». El artículo 29 dispone que «1. La dirección de los centros docentes y los titulares de los centros concertados y de los centros privados, así como la Administración educativa, adoptarán las medidas precisas para garantizar al alumnado víctima de situaciones de acoso escolar la protección integral de su integridad y dignidad personales y de su derecho a la educación, debiendo primar siempre el interés de la víctima sobre cualquier otra consideración en el tratamiento de estas situaciones. 2. La protección de la víctima se garantizará mediante medidas cautelares que impidan la amenaza, el control o el contacto entre víctima y causantes de la situación de acoso. Se arbitrarán medidas para el seguimiento de los causantes de la situación de acoso que impidan la continuación de eventuales conductas acosadoras».
- (v) La Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura, dispone en su artículo 69.1 que «La Junta de Extremadura adoptará las medidas necesarias para la prevención y la protección de las personas y de sus bienes ante situaciones de acoso escolar y de agresiones al alumnado, al profesorado y a los demás miembros de la comunidad educativa».

menosprecios, agresiones o racismo, tienen su manifestación más frecuente en lugares como el patio, los pasillos, los aseos y el comedor, y el papel de los profesores o monitores en estos ámbitos resulta determinante²⁸. Y especial significación tienen las manifestaciones de la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre «El tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil». En la misma se hacen las siguientes afirmaciones: (i) «La consecución del objetivo de lograr un ambiente de paz y seguridad en los Centros educativos y en el entorno de los mismos, donde los menores puedan formarse y socializarse adecuadamente debe tornarse en meta irrenunciable, superando la resignada aceptación de la existencia de prácticas de acoso o matonismo entre nuestros menores, como algo inherente a la vida de los centros escolares e institutos». Para la consecución del respeto a la integridad, dignidad y protección contra las agresiones físicas o morales «es necesario desterrar de los centros educativos, de forma radical, estos comportamientos de acoso escolar, que suponen una quiebra ab initio de la posibilidad de alcanzarlos». (ii) «Los centros docentes tienen una indubitada responsabilidad en garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios y disfrutar de las horas de recreo en paz, libres de agresiones y vejaciones. Los estudios sobre acoso escolar muestran que frecuentemente estos tienen lugar además de en las inmediaciones del centro, en patios de recreo, aseos, vestuarios, gimnasios, comedores, pasillos e incluso aulas. La adecuada supervisión de las instalaciones del centro es algo legítimamente exigible».

²⁸ ORJUELA LÓPEZ (2008, págs. 5 y 6) señala que cuando se habla de *protección* hacia la infancia se puede enfocar desde tres perspectivas: (1) Promoción de los derechos de los niños y niñas. Creación de un medio ambiente –político, social, económico, institucional, cultural o familiar– que favorezca el respeto y la promoción de los derechos de los niños; (2) Prevención de situaciones de vulneración de derechos: violencia de género, abusos, etc.; (3) Restablecimiento de unas condiciones de vida dignas. Y sigue señalando que en dicha protección está involucrado el ámbito del colegio (pág. 7). AA. VV (2007) señalan que el maltrato puede tener las siguientes manifestaciones: (1) Intimidaciones verbales como son insultos, motes, rumores, hablar mal de alguien; (2) Intimidaciones psicológicas, como amenazas para provocar miedo, obtener algún objeto o dinero, u obligar a la víctima a hacer cosas contra su voluntad; (3) Agresiones físicas ya sean directas (peleas, palizas, agresiones menores como collejas, cachetes...) o indirectas (destrazo de materiales personales, pequeños hurtos...); (4) Aislamiento social, bien sea impidiendo al menor a participar en determinadas actividades o ignorando su presencia; (5) También se dan casos de acoso de tipo racista que se suelen centrar en minorías étnicas o culturales (motes peyorativos, estereotipados...) o acoso sexual que hacen que la víctima se sienta incómoda o humillada. Pues bien, estos autores señalan que «el primer nivel de lucha del acoso escolar debe de estar liderado por los profesores del centro educativo, pues ellos son los primeros destinatarios de la puesta en conocimiento de la escena, si bien el abordaje debe de ser conjunto desde todos los niveles básicos de intervención: Padres, profesores y comunidad escolar». Por su parte, SUBIJANA ZUNZUNEGUI (2007) señala que en el acoso escolar una de las características es «La presencia del contexto educativo como vínculo o nexo entre los agresores y las víctimas. Se han destacado tres características de la escuela que contribuyen a la violencia escolar (DÍAZ-AGUADO, 2005: 18): la justificación o permisividad de la violencia como forma de resolución de conflictos entre iguales; el tratamiento habitual que se da a la diversidad actuando como si no existiera y la falta de respuesta del profesorado ante la violencia entre escolares, que deja a las víctimas sin ayuda y suele ser interpretada por los agresores como un apoyo implícito. Esta última omisión reactiva se relaciona con papel del docente como exclusiva correa de transmisión de específicos conocimientos sobre una materia, conforme al paradigma de docente funcional (SEGOVIA, 2005: 274), con escasa intervención en los espacios educativos ubicados más allá de los límites del aula. Ello a pesar de que el acoso tiene su manifestación más frecuente en lugares como el patio, los pasillos, los aseos y el comedor (HARRIS/PETRIE, 2006: 20), y el profesorado tiene atribuido un rol vertebral en la detección del acoso escolar (SERRANO, 2006: 66)».

Podemos concluir que en todo lo que tenga que ver con el ámbito del colegio (recreos, comedores, tiempo libre, etc.) es esencial el cuidado y atención a jóvenes y niños en todas las actividades para su integración en el sistema educativo y formación integral, evitándose el maltrato, juegos peligrosos, abusos, discriminaciones, traumas, exclusiones, *bullying*, etc. Y las actividades de los monitores deben estar encaminadas, entre otras de sus actuaciones, a vigilar, proteger, prevenir, que estas no se produzcan. Las anteriores actividades son, en términos jurídicos, protección de la infancia y la juventud y, por tanto, deben estar exentas por aplicación del artículo 20.Uno.8 a) o tributar al tipo del 10% (art. 91.Uno.2.7 de la LIVA) si el prestador no es un establecimiento de carácter social.

D. PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y JUVENTUD Y RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

El deber de protección a la infancia y a la juventud en el colegio y por los monitores conlleva un supuesto de responsabilidad del centro en caso de daños y perjuicios a los niños y jóvenes. PÉREZ GIMÉNEZ (2009) señala que en el ámbito escolar es frecuente que «se produzcan accidentes de menor o mayor importancia que generan daños y lesiones no solo de carácter físico, sino también psicológico y moral para el menor e incluso, según la gravedad de los hechos, también para su familia. La cuestión es delicada porque en ella se ven inmersas personas que aún no tienen plena capacidad, por falta de edad y de madurez, para discernir lo que objetivamente puede estar bien o mal, lo que puede ser generador de riesgos o lo que puede causar un resultado dañoso para ellos mismos o para otra persona. De ahí la necesidad de ese deber de vigilancia, control y cuidado de los centros educativos; si bien es cierto, claro está, que la atención que requiere el menor no es igual en todos los casos ni por las mismas razones y, por ello, puede moderarse. Así, si se tratara de una actividad extraescolar de natación, el cuidado que requiere el preescolar será extrema, pues no sabe nadar y podría ahogarse; sin embargo, si se tratara de un adolescente, habrá de traducirse en evitar que puedan producirse lesiones irreversibles por jugar inadecuadamente en la piscina. Así las cosas, las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias»²⁹.

²⁹ Por su parte, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (1999) advierte que el encargado de proteger «asume a través de un contrato o una Ley una posición de garante para evitar cualquier resultado lesivo de sus alumnos cuando estos realizan actividades de riesgo. Por consiguiente, el maestro tiene la obligación de extremar los deberes de vigilancia y cuidado por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños que le han sido encomendados. Según el Tribunal Supremo el deber de vigilancia implica el deber efectivo de atender las actividades y juegos peligrosos o prohibirlos, como el hecho de clavar en la tierra una vara con punta que lesionó el ojo de un alumno o el deber de retirar un armazón de una canasta de baloncesto inutilizada en la que se columpiaban los alumnos durante el recreo y que produjo la muerte de uno de ellos... se precisa una conducta negligente imprudente por parte del profesor, "pues no se trata de asumir socialmente un daño a consecuencia de una actividad de riesgo, como sucede en los daños acaecidos en el ámbito de

En definitiva, y tal y como señala la STS de 10 de diciembre de 1996, «los deberes de vigilancia de los padres se traspasan a los profesores y cuidadores de los hijos menores desde la entrada en el Centro educativo hasta la salida del mismo al finalizar la jornada escolar». En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 2004 se afirma que las lesiones producidas por el alumno «al tratar de huir el menor de unos compañeros que pretendían hacerle una novatada, es imputable a la Administración educativa por no haber prestado los profesores la debida atención, vigilancia y cuidado para evitar la persecución de la que el joven fue objeto por parte de otros alumnos cuando se encontraban en el propio Instituto». El Tribunal Supremo exige al colegio –en nuestro caso monitores– cuidado, atención, vigilancia³⁰).

la circulación de vehículos de motor o aquellos otros correspondientes a actividades empresariales industriales". Por consiguiente, si se demuestra que se cumplieron las condiciones normales de vigilancia y cuidado no se podrá imputar el resultado al educador. Este sería el caso, por ejemplo, de la pérdida de un ojo de un niño ocasionado por otro compañero con un tenedor en el comedor del colegio bajo la vigilancia de la profesora encargada o el fallecimiento de una alumna epiléptica tras una crisis desencadenada al recibir en el recreo un golpe de balón de escasa intensidad bajo la vigilancia de una profesora». NIETO GARCÍA (2011) hace mención a los diversos supuestos donde el centro docente puede incurrir en responsabilidad. Así, entre otros, identifica la «Ausencia de vigilancia en los comedores escolares en los almuerzos de los alumnos y la efectiva alimentación adecuada de los mismos –tanto en su preparación, distribución y ejecución– garantizando en todo caso la ingesta de los niños en cantidad y calidad» o las «Actividades o tiempo de ocio en los centros docentes en las que, por circunstancias ajenas y propias de la vida cotidiana de los alumnos, ajenas en todo caso a los centros docentes, pueden desembocar en peleas, insultos constantes, degradación de menores por otros –alumnos elementos del *bullying* o acoso–». Este autor señala que «El Tribunal Supremo, en diferentes sentencias, tiene establecido al respecto que los padres que confían sus hijos a una determinada institución que los acoge, los someten y entregan a la tutela y cuidado ajenos, que ha de ser suficiente y dotado de las mayores seguridades para evitar todo suceso negativo, y al producirse estos resultados acreditan la insuficiencia de las medidas o disposición que presentan las cosas, es decir que falta algo por prevenir, presentándose por tanto incompletas las diligencias tomadas, recayendo la carga de la prueba de haber obrado con la completa diligencia que debe concurrir en aquel al que se le atribuye la causación del daño ocasionado (SSTS 27-09-1993; 10-12-1996 o 30-12-1999)».

- ³⁰ La Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre «El tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil» hace mención a que la responsabilidad civil puede fundamentarse en la figura del guardador del artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, donde puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda. Y hace referencia a que esta figura ha sido la seguida en la SAP Cantabria (sec. 4.ª) de 23 de diciembre de 2003, donde se considera que el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeña en la formación y educación del menor). En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 [recurso de casación núm. 365/2005 (NCJ050225)] se establece que «la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del artículo 1.903 del CC y que se impone a los titulares de los centros tiene que versar, como señala el preámbulo de la Ley 1/1991, de 7 de enero, por la que se modificó dicho artículo, sobre las medidas de organización que deben adoptarse, medidas que lógicamente estarán en función de la actividad de los alumnos en cada momento y, por tanto, del mayor o menor riesgo que tal actividad entraña para los alumnos. Y si bien es cierto que en principio el recreo en un espacio cubierto por estar lloviendo no representa un especial peligro para niños de educación infantil y primaria, no lo es menos que si ese espacio es un pasillo en forma de L de 200 m² y en tal espacio se concentran unos trescientos niños bajo la vigilancia de solamente tres profesoras, hechos probados según la sentencia impugnada que hay que respetar en casación, el riesgo de que

En definitiva, la protección al niño, adolescente, joven es un deber legal por el colegio y las personas involucradas (profesores y monitores), incurriéndose en responsabilidad legal en el caso de que esta no se produzca y haya daños a los niños o jóvenes. Y esto es todavía más relevante cuando se hace referencia a minorías étnicas, en riesgo de exclusión, *bullying*, problemas familiares, etc. Y esa protección, el ámbito de los comedores, tiempo libre, recreos, solo la pueden hacer las personas que sean responsables de la misma y debe tener cabida en los supuestos del IVA de la protección a la infancia y a la juventud.

E. UN ARGUMENTO COMPARATIVO; LA EXENCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE MONITORES EN CAMPAMENTOS, EXCURSIONES, ETC.

El artículo 20.Uno.8 a) de la LIVA determina que están exentas como protección a la infancia y la juventud las «excursiones, campamentos o viajes infantiles y juveniles». Y en los campamentos o excursiones la labor de los monitores es determinante. Es más, la labor del monitor en estos casos es de protección y formación de los asistentes, cuidando de los niños y jóvenes en el tiempo en el que están realizando su labor. Es decir, similar a la que puedan realizar los monitores escolares en el tiempo libre y en el comedor³¹.

Pero es que la propia DGT ha mantenido en su Contestación de 3 de abril de 1998 [Consulta núm. 536/1998 (NFC043880)] que la exención por protección a la infancia y a la juventud alcanza a «Ayuda al voluntariado; Fomento del asociacionismo; Promoción cultural; Organización de campamentos juveniles; Gestión de albergues y residencias juveniles; Gestión de la Prestación Social

sucedan hechos como los aquí enjuiciados es más que patente por la propia imposibilidad del personal docente de vigilar a tantos niños en un espacio tan reducido y la probabilidad de que tanta concentración provoque en los niños reacciones o conductas agresivas que no se darían en otra situación.

En definitiva, no solo resulta que la entidad titular del centro docente no ha logrado probar que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como le impone el párrafo último del artículo 1.903 del CC, sino que, además, esta Sala comparte plenamente el juicio del tribunal sentenciador sobre la probada negligencia de dicha entidad y su relación causal con el resultado producido, ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m² en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno».

³¹ En la Ley 4/2010, de 6 de julio, de educación en el tiempo libre, de Cantabria, se entiende como «Educación en el Tiempo Libre el concepto que abarca ideas, procesos de aprendizaje y otras experiencias de carácter permanente que tienen lugar en el tiempo libre o de ocio de la ciudadanía, a las que se accede de forma voluntaria, y cuyo fin es potenciar el desarrollo integral de las personas, promover el impulso de valores universales y lograr de aquellas actitudes de reflexión, crítica y compromiso social a la vez que da pautas para la óptima utilización del tiempo libre» [art. 4 a)], y se entiende que entre las actividades que están incluidas son los campamentos, campos de trabajo, acampadas juveniles y colonias.

Sustitutoria; Fomento de la creación de empresas jóvenes; Fomento del transporte de usuarios del carnet joven; Fomento de empleo en barrios deprimidos; Becas a jóvenes para la realización de cursos de idiomas en el extranjero; Facilitar los intercambios juveniles internacionales y la movilidad juvenil, a través de la venta de billetes internacionales de autobús, tren y avión; Facilitar a alumnos de Institutos, Centros de FP y colectivos juveniles, el acceso a la practica de diversos deportes (práctica del *sky*, nación, senderismo, ciclismo...); Emisión y cobro, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, de los carnets internacionales de estudiante, joven, profesor y alberguista; Organización de actividades juveniles de tiempo libre en España y en el extranjero». Y en la Contestación de 18 de octubre de 2006 [Consulta núm. V2049/2006 (NFC048316)] se dispone que los servicios de atención domiciliaria a niños se encuentran incluidos entre los de asistencia social en el ámbito de la protección de la infancia y de la juventud a que se refiere el artículo 20.Uno.8 a). Y está exenta con independencia de la edad de los niños, es decir, ya sean menores o mayores de 6 años³².

Si el trabajo de monitor durante una excursión, acampada o viaje está exento, si la atención en domicilio a niños puede estar exenta, si la gestión de albergues o la organización de actividades de tiempo libre sí estén exentas, lo deben estar las actividades de monitores en el tiempo interlectivo en los colegios. No hay base legal ni argumental para no entender que la actividad de monitores es de protección de la infancia y la juventud y que sí lo son otras actividades análogas.

5. CONCLUSIONES

1. El contenido de la Contestación de la DGT de 26 de noviembre de 2012 [Consulta núm. V2251/2012 (NFC045858)] con relación a las clases extraescolares podría dar lugar a interpretar que no están exentas de IVA. Sin embargo, la interpretación correcta de la consulta es que la exención por educación en el IVA no exige que la enseñanza sea oficial o incluida formalmente en los planes de estudios entendida en su carácter curricular u obligatorio. Lo único que requiere objetivamente es que la materia esté incluida en sentido abstracto en un plan de estudios y las materias que se imparten en las clases extraescolares lo están.

Los posibles problemas hermenéuticos que la Contestación de la DGT genera pueden venir de un error de planteamiento por parte del MINHAP cuando solicita el informe al MECD. Lo que aquel pregunta es si los *proyectos educativos* que se recogen en la pregunta del consultante –entre los que están las clases extraescolares– pueden «entenderse que están incluidos en algún plan de estudios de cual-

³² En la Contestación de la DGT de 1 de septiembre de 2009 [Consulta núm. V1920/2009 (NFC035508)] se señala que «La prestación de servicios a favor de menores tales como la organización de jornadas y semanas interculturales, campamentos de verano y talleres de sensibilización cultural, estarán exentas como actividades encuadradas en la protección de la infancia y la juventud siempre que sus destinatarios no hayan superado los veinticinco años de edad, como así parece deducirse del contenido de la consulta».

quier grado o nivel del sistema educativo, con el objeto de aplicar la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido». No pregunta *si las materias* que integran las clases extraescolares, en sentido objetivo, están incluidas en un plan de estudios, sino si el *proyecto educativo* se incorpora al plan de estudios. Y el MECD contesta, como no podía ser de otra manera, que las clases extraescolares no son obligatorias y no tienen carácter curricular por lo que no se integran *formalmente* en el plan de estudios. Lo que no dice el MECD es que las materias que incluyen las clases extraescolares no estén objetivamente dentro de un plan de estudios.

2. La DGT exige para que sea aplicable la exención por educación que las materias estén incluidas en un plan de estudios. Sin embargo, cualquier enseñanza, vinculada a la escuela, universidad, trabajo o formación de cualquier tipo, siempre que no sea recreativa y se realice para desarrollar conocimientos y aptitudes, debe estar exenta. La mención a la existencia de un plan de estudios del sistema educativo español, o de otro país, no es correcta. Ni la Directiva ni el TJUE exigen tal requisito. Además, por aplicación del principio de neutralidad, no es tolerable que una misma materia estuviera exenta en España y sujeta en otro país de la Unión Europea. Y eso sería posible si el criterio fuera el de un plan de estudios español, en tanto ciertas materias pueden incluirse en otros sistemas educativos y no en el español, y viceversa. Por tanto, el MECD, ni ninguna otra autoridad nacional o autonómica, debe tener capacidad con relación a la exención del IVA por educación, por lo que la mención que la DGT hace con relación a la competencia del MECD creemos que es incorrecta. Y, más en concreto, están exentas, por ser materias relacionadas con la enseñanza escolar o formación, las actividades extraescolares vinculadas de alguna manera a la enseñanza o formación.
3. La exención por educación del artículo 20.Uno.9 tiene un alcance mayor que la enseñanza. También está exenta la educación y la formación. Y los servicios de monitores escolares para la atención de niños y niñas en el tiempo interlectivo de mediodía durante el comedor escolar y en las aulas matinales y de tarde fuera del horario escolar, pueden vincularse a la educación y la formación. Las actividades que realizan pueden conceptuarse dentro de la enseñanza no formal del ocio, tiempo libre, valores sociales, respeto por los derechos humanos, los valores culturales, etc. Por consiguiente, sería una actividad que podría estar exenta de IVA ya sea por aplicación del artículo 20.Uno.9 o del 20.Uno.8 a), siempre que los prestadores de servicios cumplieran con los requisitos subjetivos exigidos por la normativa. Para que puedan calificarse como educación o formación, el monitor debe tener la cualificación y preparación necesaria para prestar las actividades encomendadas y realizarse dentro de un proyecto educativo concreto. El monitor no es un mero vigilante, sino que es parte del proyecto educativo y deben tener la correspondiente capacitación para incluirse dentro de la educación integral de los alumnos.
4. La DGT ha determinado, siguiendo una interpretación literal de la LIVA, que los servicios de monitores en tiempos interlectivos solo están exentos por protección

de la infancia y la juventud si se trata de la guardia y custodia de niños menores de 6 años. Dicha interpretación atenta contra la Directiva. La protección como género, y la guarda y custodia como especie, debe hacerse extensiva a todos los infantes y jóvenes, pues en tanto la Directiva 2006/112/CE no establece ninguna limitación por la edad no lo puede hacer la LIVA. No es posible que la norma interna limite el alcance de un concepto a una determinada edad. Todas las actividades de guarda y atención que sean a infantes o jóvenes deben tener el mismo tratamiento a efectos del IVA, sin que pueda establecerse una discriminación por razón de la edad. El TJUE mantiene que las actividades de guarda de niños por cuidadores están exentas con independencia de la edad. Y afecta tanto a los niños en edad preescolar como en edad escolar. Esto implica que dicha interpretación deba hacerse extensiva a toda la Unión Europea, sin hacer distinciones entre los niños menores de 6 años y los mayores.

5. La LIVA determina que están dentro de la exención del artículo 20.Uno.8 a) la custodia y atención a niños menores de 6 años de edad. Lo que no establece es que estén sujetas las actividades de cuidado y vigilancia a niños y jóvenes de otras edades. Para el resto de edades, con arreglo a la Directiva, estarán exentas cuando sean actividades de protección a la infancia y a la juventud. Es más, la redacción de la LIVA parece que fundamenta su redacción en las normativas educativas. En España, hasta los 6 años no es obligatorio ir al colegio. Cuando la LIVA hace mención a la custodia y atención a niños menores de 6 años de edad debe interpretarse como las actividades de guardería que no se realizan en colegios. De esta manera, la restricción que hace la LIVA sobre los menores de 6 años nada tiene que ver con la actividad de protección que puede hacerse en el tiempo libre de los escolares, recreos, comedores, etc. Por tanto, el que la LIVA haga mención a las actividades de custodia y atención a menores de 6 años no puede dar lugar a interpretar que la custodia y atención al resto esté sujeta. La actividad de monitores en los colegios estará exenta o sujeta en función de su naturaleza. Lo que es necesario analizar es si son actividades de protección de la infancia y de la juventud o bien, como dice el artículo 20.Uno.8 a), si son análogas.
6. La protección al niño, adolescente o joven es un deber legal del colegio y las personas involucradas (profesores y monitores), incurriendo el centro en responsabilidad jurídica en el caso de que esta no se produzca. El deber del centro es la integración en el sistema educativo y formación integral de los jóvenes y niños, evitando el maltrato, juegos peligrosos, abusos, discriminaciones, traumas, exclusiones, *bullying*, etc. Las actividades de los monitores en el tiempo interlectivo deben estar encaminadas, entre otras de sus actuaciones, a vigilar, proteger y prevenir que las anteriores situaciones no se produzcan. Desde esta perspectiva, las actividades que realizan los monitores son, en términos jurídicos, protección de la infancia y la juventud y, por tanto, deben estar exentas por aplicación del artículo 20.Uno.8 a) o tributar al tipo del 10 % si el prestador no es un establecimiento de carácter social.

Bibliografía

AA. VV. [2007]: «Acoso escolar: desde la sensibilización social a una propuesta de intervención. Reflexiones desde la legislación española», *Letras jurídicas: revista electrónica de Derecho*, núm. 4.

- [2008a]: «El comedor escolar: situación actual y guía de recomendaciones», *Anales de Pediatría*, vol. 69, núm. 1.
- [2008b]: «Aprendizaje de los hábitos saludables en la infancia y la adolescencia (II): programas de intervención escolar y sociocomunitaria», en AA. VV., *Psicología y Nutrición*, Elsevier Masson.

ARANCETA BARTRINA, J. [2000]: *Nutrición Comunitaria*, 2.^a edición, Elsevier Masson.

BLÁZQUEZ LIDOY, A. [2009]: *El régimen impositivo de las entidades y actividades educativas. (IVA, Sociedades, Renta, no Residentes e Impuestos Locales)*, Thomson-Aranzadi (Colección Monografías), Pamplona.

CHECA GONZÁLEZ, C. [2001]: «Exención en el IVA de los servicios de educación y enseñanza», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 15.

DE PALMA DEL TESO, A. [2006]: *Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. [1999]: «La responsabilidad penal y civil del docente. Especial referencia al derecho de corrección y a la omisión del deber de vigilancia», *Actualidad Penal*, Sección Doctrina, 1999, Ref. XL, pág. 761, tomo 2.

MEIX CERECEDA, P. [2012]: «Convivencia en el sistema educativo y autoridad del profesorado: planteamiento de un problema y respuestas en la legislación autonómica», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 153.

NIETO GARCÍA, A. J. [2011]: «La responsabilidad civil y penal de los centros docentes por daños y perjuicios en el alumnado en el ejercicio de actividades propias de la organización escolar», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1.

ORJUELA LÓPEZ, L. [2008]: «La protección de los derechos de la Infancia», *En la calle*, núm. 10, págs. 5 y 6.

ORTEGA ANTA, R. M. [2008]: «El comedor escolar como recurso didáctico. Funciones, posibilidades, bases teóricas y didácticas», en AA. VV., *El libro Blanco de la Educación escolar*, McGraw-Hill, Madrid.

PÉREZ GIMÉNEZ, T. [2009]: «Responsabilidad civil de los titulares de centros docentes de enseñanza no Superior», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 74.

PICONTÓ NOVALES, T. [2009]: «Derechos de la infancia: nuevo contexto, nuevos retos», *Derechos y Libertades*, núm. 21, págs. 63 y 64.

ROSET ELÍAS y GONZALVO HERAS [2008]: «Experiencias en el uso del comedor escolar como recurso didáctico», en AA. VV., *El libro Blanco de la Educación escolar*, McGraw-Hill, Madrid.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, J. I. [2007]: «El acoso escolar. Un apunte victimológico», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 0-903.

ZAFRA APARICIO, E. [2005]: «Comer en la escuela: el modelo de *educación alimentaria* en comedor escolar», *Revista de Trabajo Social y Salud*, núm. 51.

LA PROPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA EL IMPUESTO SOBRE LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS EN EL MARCO DE LA COOPERACIÓN REFORZADA: ENTRE JUSTICIA TRIBUTARIA, RECAUDACIÓN Y RESTRICCIÓN A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

Pablo Andrés Hernández González-Barreda

Universidad Pontificia Comillas

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

Desde el inicio de la crisis financiera, la imposición al sector financiero ha sido una reivindicación con una amplia aceptación académica y social. El Impuesto sobre las Transacciones Financieras se ha revelado como la figura más destacada sin que hasta el momento haya sido posible su implantación a escala global o regional. Es en el ámbito de la Unión Europea donde ha alcanzado un mayor desarrollo. En contraposición a su amplia aceptación social, su configuración técnica y aprobación resulta aun dudosa y ambigua. Además, numerosos gobiernos recelan de sus efectos. Más aún, bajo el esquema de la cooperación reforzada comunitaria propuesto plantea problemas desde un doble plano. Por un lado, la configuración técnica de la propuesta origina numerosos interrogantes y aparentes deficiencias aún sin resolver. Por otro lado, su fin esencialmente recaudatorio y la escasa correlación del impuesto con el objetivo de regular el sector financiero dificultan la tarea de compatibilizar su normativa con las libertades comunitarias.

Palabras claves: impuestos bancarios, Impuesto sobre las Transacciones Financieras, tasa Tobin, mercado interior, armonización fiscal y cooperación reforzada.

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

THE EUROPEAN UNION PROPOSAL ON A FINANCIAL TRANSACTION TAX UNDER ENHANCED COOPERATION: AMONGST TAX FAIRNESS, REVENUE RAISING AND RESTRICTION OF THE COMMUNITY FREEDOMS

Pablo Andrés Hernández González-Barreda

ABSTRACT

Taxation on financial sector has been a widely accepted slogan since the beginning of the financial crisis. The Financial Transaction Tax has figured prominently among the different proposals on taxes. However, it has been impossible to introduce it either at a regional or global level. It has reached its highest development within the European Union. As opposed to its broad public support, its technical issues and regulation remain controversial and ambiguous. Moreover, most governments have doubts as to its effect. Furthermore, under the proposed framework for enhanced cooperation, it poses problems from a twofold perspective. On the one hand, the technical configuration of the proposal still raises many questions and unsolved flaws are still apparent. On the other hand, its objective, essentially focused on raising revenue, does not match the aim of regulating the financial sector. These issues also make it difficult to reconcile its regulation with Community freedoms.

Keywords: banking taxation, Financial Transaction Tax, Tobin tax, internal market, tax harmonization and enhanced cooperation.

Sumario

1. Introducción
2. La propuesta europea de ITF: configuración de los elementos esenciales del tributo y cuestiones controvertidas
 - 2.1. Hecho imponible y objeto imponible
 - 2.2. Territorialidad, principio de emisión y residencia a efectos del tributo
 - 2.3. Base imponible y tipo impositivo
 - 2.4. Sujeto pasivo, pago del tributo y responsabilidad
3. Las novedades en la propuesta de febrero de 2013
 - 3.1. Modificaciones relativas a la sujeción de determinados sujetos y operaciones al tributo
 - 3.2. Novedades introducidas al objeto de minimizar la deslocalización de transacciones para evitar el impuesto
 - 3.3. Otras novedades destacables
 - 3.4. Principales cuestiones pendientes
4. El encaje del ITF en el esquema competencial de la Unión: la cooperación reforzada
5. Compatibilidad con el Derecho Primario
6. Compatibilidad con el Derecho Derivado
 - 6.1. El ITF como impuesto indirecto y la Directiva del IVA
 - 6.2. El ITF y la Directiva 2008/7/CE de Concentración de Capitales
7. Consideraciones finales

Bibliografía

NOTA: Este trabajo continúa el estudio sobre la Fiscalidad del Sector Financiero iniciado con la monografía *Tributación Bancaria en la Unión Europea*, Dykinson, 2012; y el artículo «On the European Way to a Financial Transaction Tax under Enhanced Cooperation: Multi-speed Europe or Shortcut?», *Intertax*, vol. 41, núm. 4, 2013. El autor quiere agradecer el apoyo y ayuda en esa tarea a los Profs. Drs. Alonso Madrigal (Universidad Pontificia Comillas) Casero Barrón (Universidad Pontificia Comillas) y Zornoza Pérez (Universidad Carlos III de Madrid).

I. INTRODUCCIÓN

La imposición sobre el sector financiero ha sido un tema recurrente a partir de 2008 como consecuencia de la crisis financiera. Así, aunque esta cuestión se ha modulado conforme a las peculiares características del sistema financiero y económico actual a escala global, no resulta nueva. El establecimiento de gravámenes en el siglo XVII en los Países Bajos y en el Reino Unido a los efectos de obtener ingresos públicos con los que financiar el creciente gasto de las respectivas Coronas fueron el origen primario de los impuestos al sector financiero, en correlación con el crecimiento y la pujanza de los que fueron pioneros y estaban destinados a ser las principales plazas financieras de Europa¹.

Posteriormente, y debido al desarrollo y a la globalización del sector financiero, la cuestión fue retomada por los académicos en el siglo XX desde un nuevo punto de vista. Frente al objetivo recaudatorio de anteriores siglos, la fiscalidad como instrumento regulatorio adquiría protagonismo. La primera propuesta moderna en este sentido la sostendría J. M. KEYNES, quien abogaba por el empleo de un tributo para prevenir el empleo de instrumentos financieros, y especialmente monetarios, con fines especulativos, que provocaban distorsiones sustanciales en el mercado². Pero la propuesta que ha disfrutado de mayor protagonismo ha sido la del profesor James Tobin³, que ha dado nombre a las reivindicaciones en torno a esta figura tributaria. En la conferencia de 1972 en Princeton –y posteriormente en su comentado artículo en el *Eastern Economic Journal*–, Tobin ya propuso el establecimiento de un gravamen a las operaciones con divisas, con un tipo impositivo reducido para no distorsionar o establecer una barrera a los mercados financieros⁴. En la propuesta original, Tobin sugería la transferencia de la recaudación al Fondo Monetario Internacional o al Banco Mundial de forma que el tributo contribuyera a una mayor responsabilidad y aportara una visión global y de futuro de los Estados⁵.

Posteriormente, propuestas de autores como BAKER, HAQ, SUMMERS, SCHULMEISTER, SPAHN o STIGLITZ siguieron en la misma senda iniciada por el profesor TOBIN⁶. Sin embargo, aunque continuadores en la configuración esencial del denominado Impuesto Tobin⁷, el objeto imponible en las distintas propuestas ha tenido diversas variantes. En este sentido, se puede afirmar que el denominado comúnmente Impuesto sobre las Transacciones Financieras se subdivide en el Impuesto sobre

¹ DIETER: 2003, 13; HM Revenue & Customs (HMRC), *Stamps Taxes Manual*, par. 1.32.

² KEYNES: 1973, 160.

³ TOBIN: 1978.

⁴ *Ibid.*, 155.

⁵ *Ídem.*

⁶ BAKER et ál.: 2009; HAQ et ál.: 1996; SUMMERS et ál.: 1989; SCHULMEISTER: 2008; SPAHN: 1995; STIGLITZ: 1989.

⁷ La común denominación «Tasa Tobin» en países hispanohablantes no resulta sino de una mala traducción de *Tobin Tax* ya que el tributo es, en sus propios términos, un impuesto.

Divisas (*Currencies Transaction Tax-CTT*), Impuesto sobre Instrumentos Representativos de Capital o Deuda (*Securities Transaction Tax-STT*), o el Impuesto sobre los Derivados (*Financial Tax on Derivatives-FTD*). A pesar de las diferentes combinaciones posibles entre estos subtipos del gravamen, las tendencias más aceptadas buscaban establecer un ámbito objetivo del impuesto lo más amplio posible con la intención de evitar la posibilidad de eludir el pago del tributo sustituyendo el empleo de algunos instrumentos financieros por otros similares⁸. Esta evolución, junto con el objeto regulador de los mercados, situaron la redistribución de renta en el ámbito global como un elemento de extraordinaria relevancia para el tributo⁹.

Pese al fuerte impulso académico, la elusión del pago del tributo mediante el recurso a productos distintos no gravados, así como la posible deslocalización de las transacciones a otras plazas financieras en soberanías tributarias sin tales tributos, han sido los dos recurrentes argumentos en contra del impuesto.

En consecuencia, las reiteradas peticiones de establecimiento de un Impuesto sobre Transacciones Financieras en los distintos Parlamentos fueron recurrentemente rechazadas sobre la base de los dos argumentos anteriores. En el Parlamento Europeo, una ingente actividad de sus miembros propuso en reiteradas ocasiones el establecimiento del tributo a escala comunitaria, con la negativa de la Comisión cimentada en tales premisas¹⁰. Por su parte, en el Congreso y en el Senado de Estados Unidos numerosas peticiones también se encaminaron en idéntico sentido, siendo que el debate es recurrente¹¹. En el ámbito español, la cuestión fue objeto de repetidos debates en el Congreso de los Diputados¹².

⁸ BAKER et ál.: 2009; SCHULMEISTER: 2008; SPAHN: 1995; STIGLITZ: 1989.

⁹ SPAHN: 2002, 6.

¹⁰ Pregunta del MPE Jonas Jöstedt (H-0264/01) de 4 de abril de 2001 sobre la compatibilidad de un eventual ITF con la libre circulación de capitales del artículo 56 del Tratado; preguntas del MPE Ivo Belet (E-2699/04 y E-2698/04) sobre si la Comisión preveía un esfuerzo para introducir un ITF en la Unión; pregunta del MPE Gyula Hegyi (P-5972/08) acerca de las medidas relativas al ITF que la Comisión adoptaría; pregunta del MPE Ramón Jáuregui (E-6292/09) sobre si la Comisión está trabajando en un ITF, sus características y efectos. Resultan sorprendentes las respuestas de la Comisión sobre el ITF en relación con la libre circulación de capitales, aseverando que tal tributo sería contrario al Tratado (*vid.* respuestas a las preguntas E-2699/2004 y H-0264/01). Por el contrario, la Comisión se posicionaría posteriormente en estricta defensa de la compatibilidad del ITF con las libertades comunitarias.

¹¹ El congresista Chaka Fattah de Pensilvania presentó varias propuestas en el Congreso para introducir un ITF, entre otras medidas. Su propuesta incluía un ITF de un 1 % (H. R. 3759 y H. R. 4646). El congresista Defazio también propuso un ITF del 0,25 % para «hacer pagar a Wall Street» el 26 de septiembre de 2008 (H. R. 7125-110 Congress). También es destacable el apoyo de la entonces Presidenta de la Cámara de Representantes Nancy Pelosi al establecimiento de un ITF a escala global (<http://www.reuters.com/article/2009/12/03/us-usa-congress-tax-idUSTRE5B24J520091203>). Más recientemente, Keith Ellison ha propuesto un impuesto de 0,005 %, 0,10 % y 0,5 % sobre transacciones con acciones, bonos y derivados respectivamente para fortalecer el sistema financiero y reducir la volatilidad (H.R.1579-113 Congress, de 16 de abril de 2013). Ya en la anterior legislatura lo había propuesto en parecido sentido (H.R.6411-112 Congress). En sentido contrario a la implantación de un FTT, figura la propuesta del congresista Latham (H. RES. 166).

¹² Propuesta del Grupo Parlamentario Socialista de 21 de octubre de 2004. «Proposición no de Ley sobre consideración de la implantación de una tasa sobre transacciones financieras internacionales» (162/000185) (<http://www.congreso.es/pu->

La práctica de los Gobiernos en las últimas décadas del siglo XX fue el establecimiento de este tipo de impuestos en algunos países¹³, o la modificación de gravámenes sobre operaciones societarias o *Stamp Duties* para abarcar algunos de estos supuestos¹⁴. Los resultados, por su disparidad y singularidad, fueron discretos y en nada tuvieron que ver con las propuestas antiespeculativas pretendidas. Experiencias como la de Suecia representaron un grave revés para estas figuras tributarias¹⁵.

Pero no sería hasta la mencionada crisis financiera de 2008 cuando el G20 asumió la necesidad de gravar el sector financiero bajo la premisa de «una contribución justa y sustancial»¹⁶. A pesar de que el Fondo Monetario Internacional y el G20 analizaron varias alternativas entre las que se situaban impuestos sobre balance o impuestos sobre la actividad financiera, la que siempre tuvo un mayor respaldo fue el establecimiento de un Impuesto sobre las Transacciones Financieras (en adelante ITF)¹⁷. La Unión Europea (en adelante UE), pese al rechazo que habían mostrado hasta entonces la Comisión y el Consejo, asumió su establecimiento bajo la condición de establecerse a escala global¹⁸. Por su parte, el Parlamento Europeo se manifestó a favor de la iniciativa¹⁹. A pesar de este impulso para su establecimiento global, la rotunda negativa de determinados países provocó que tal propuesta cayera en saco roto.

blic_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_095.PDF#page=8), posteriormente retirada (http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_170.PDF#page=8); pregunta del diputado Campuzano i Canades de 21 de octubre de 2004: previsiones acerca de impulsar un impuesto sobre las transacciones financieras internacionales para financiar la ayuda al desarrollo (184/013242) (http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_098.PDF#page=102), y respuesta del Gobierno (http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/D/D_127.PDF#page=221); propuesta de Izquierda Unida de 4 de enero de 2011 «Proposición no de Ley sobre el impuesto de las transacciones financieras» (161/002046) (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_514.PDF#page=15), y su debate (http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/CO/CO_738.PDF#page=6). (Acceso el 20 de marzo de 2013).

- ¹³ Argentina, Colombia o Suecia establecieron tributos sobre las transacciones con instrumentos financieros.
- ¹⁴ Paradigmático es el caso del Reino Unido, con la introducción del *Stamp Duty Reserve Tax (SDRT)* como tributo a las transacciones sobre instrumentos financieros mediante anotaciones en cuenta. Este fue establecido en 1986 como consecuencia de la imposibilidad de aplicar el *Stamp Duty* –timbre físico sobre los certificados de instrumentos financieros– a las transacciones sin papel derivadas del entonces creciente sector financiero.
- ¹⁵ Suecia implantó un ITF del 0,5% que supuso una huida masiva de la negociación financiera en el país. Sin embargo, ello fue consecuencia de la deficiente configuración del tributo, que al aplicarse a las transacciones que se localizaran en el país, incentivaba al sector financiero a deslocalizar sus transacciones en el extranjero [*vid.*, SEC(2011) 1102 final, 18-19].
- ¹⁶ Comunicados de las Reuniones de Ministros de Finanzas y Gobernadores de los Bancos Centrales del G20 en Busán, República de Corea, 5 de junio de 2010, y Cumbre de Toronto de 26 y 27 de junio de 2010.
- ¹⁷ *A Fair and Substantial Contribution by the Financial Sector: Final Report for the G20*, International Monetary Fund: 2010.
- ¹⁸ *Commission Staff Working Document, Financial Sector Taxation, accompanying the communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, 13 (7 oct. 2010) SEC(2010) 1166, 13.
- ¹⁹ [P7_TA(2010)0056].

Posteriormente, en una nueva vuelta de tuerca y a pesar del desacuerdo global, la UE encaminó sus esfuerzos hacia el establecimiento de un ITF a escala comunitaria. Para ello, planteó en origen el establecimiento del mismo como un recurso propio de la Unión, de forma que se redujeran las contribuciones de los socios al presupuesto de la Unión²⁰, e impulsó el estudio y la propuesta de la configuración del tributo²¹.

A pesar de tal impulso, y del intenso trabajo de la Comisión, apenas se lograba rozar la mayoría²². Además, el Parlamento Europeo, como reflejo del apoyo del que gozaba el ITF entre sus miembros, aprobó la propuesta con premura aunque incluyendo algunas sugerencias²³.

Así, los países dispuestos a establecer el impuesto redirigieron la propuesta hacia el marco de la cooperación reforzada. Bélgica, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Austria, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia solicitaron a la Comisión la iniciativa en torno a la cooperación reforzada²⁴. De este modo, el Consejo y el Parlamento aprobaron la cooperación reforzada en su Decisión 2013/52/EU, de 22 de enero de 2013²⁵, aun a falta de su regulación sustantiva.

Entretanto, algunos países como Bélgica o Francia se han adelantado al establecimiento de la cooperación reforzada, y han promulgado sus propios ITF²⁶. Otros, como Hungría o Italia, han establecido el ITF después de la aprobación de la cooperación reforzada, si bien a falta de sus detalles técnicos²⁷.

²⁰ *Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC (28 Sept. 2011)*, [COM(2011) 594 final]; *Commission staff working paper impact assessment accompanying the document Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC (28 sept. 2011)*, [SEC(2011) 1102 final].

²¹ COM(2011) 594 final.

²² *Proposal for a Council Decision authorising enhanced cooperation in the area of financial transaction tax (25 oct. 2012)* [COM(2012) 631 final/2]

²³ *European Parliament Legislative Resolution of 23 May 2012 on the Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC* [P7_TA-PROV(2012)0217].

²⁴ COM(2012) 631 final/2, s. 1.

²⁵ Decisión 2013/52/EU, de 22 de enero de 2013, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito del impuesto sobre las transacciones financieras. DOUE L/22, de 25 de enero de 2013.

²⁶ Artículo 5 de la Ley de Finanzas de 14 de marzo de 2012. En 2001 se promulgó en el artículo 88 de la *Loi n.º 2001-1275 du 28 décembre 2001 de finances pour 2002*, JORF 302, 21074 de 29 de diciembre de 2001, un régimen de ITF para negociación con alta frecuencia. Está contenido en el artículo 235 *ter* ZD del *Code général des impôts*. Bélgica aprobó una suerte de *Stamp Duty* en la transmisión de determinados instrumentos financieros en 2004, aunque sujeto a la aprobación de todos los países miembros de la UE. (*Loi instituant une taxe sur les opérations de change de devises, de billets de banque et de monnaies*, of 19 de noviembre de 2004, F. 2004 – 4756 *Moniteur Belge*, 24 de diciembre de 2004). Su análisis puede encontrarse en http://docufin.fgov.be/intersalgfr/hrfcsf/adviezen/PDF/TOBIN%20_rapport%20juin%202001_c.pdf.

²⁷ En Italia fue introducida en los párrafos 291 a 500 del artículo 1 de la Ley 229 de 24 de diciembre de 2012 de *Stabilità*, publicada en la Gaceta Oficial de 29 de diciembre de 2012.

La propuesta inicial del año 2011 para un tributo a escala comunitaria ha servido de base para una propuesta de impuesto bajo el marco de la cooperación reforzada publicada en febrero de 2013²⁸. En ella, la estructura del impuesto se mantiene, por lo que siguen en cuestión numerosos interrogantes sobre su configuración.

En este sentido, cabe destacar que el hecho de conservar intacta la estructura del impuesto mantiene asimismo algunos problemas de configuración del tributo. Pero más aún, el hecho de establecerse bajo el mecanismo de cooperación reforzada hace que la interacción entre la configuración del tributo, la distribución competencial en el seno de la UE y el sometimiento a la normativa comunitaria arrojen numerosos interrogantes sin una clara solución.

2. LA PROPUESTA EUROPEA DE ITF: CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL TRIBUTO Y CUESTIONES CONTROVERTIDAS

2.1. HECHO IMPONIBLE Y OBJETO IMPONIBLE

La propuesta del ITF establece como hecho imponible el curso de una transacción financiera siempre que, al menos, una de las partes esté establecida en el territorio de un Estado miembro participe de la cooperación reforzada, y que una de las partes sea una entidad financiera considerada como establecida en un Estado miembro que participe en la cooperación reforzada, con independencia de si actúan por su propia cuenta o por cuenta de otro, o si actúan en nombre de una de las partes de la transacción²⁹.

La definición pivota sobre tres elementos. El concepto de transacción financiera, la participación de una entidad financiera y el establecimiento de una de las partes en el territorio del tributo.

La territorialidad a través del establecimiento y la definición de transacción financiera configuran la respuesta a las dos grandes críticas del tributo: la elusión del tributo sustituyendo la transacción de determinados productos por otros no gravados, o la deslocalización de la operación³⁰. La propuesta comunitaria prestó al establecimiento y la territorialidad una especial atención por la posible deslocalización de las operaciones, tal y como sucedió en la experiencia sueca³¹.

²⁸ *Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax* (14 feb 2013) [COM(2013) 71 final]; *Commission Staff Working Document, Impact assesment accompanying the document Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax Analysis of policy options and impacts*, [14 feb 2013] (SWD (2013) 28 final).

²⁹ Artículo 3.1 COM (2013) 71 final; Cf. artículo 1.2 COM (2011) 594 final.

³⁰ SEC(2011) 1102 final, 48-49; sobre la territorialidad: *vid. Commission Technical Fiche on the residence principle and the territoriality of the tax* (http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/other_taxes/financial_sector/fact_sheet/territoriality.pdf).

³¹ SEC(2011) 1102 final, 18-19.

Sobre el concepto de transacciones financieras cubiertas, la propuesta de la Unión sigue el paradigma marcado por la doctrina de la necesidad de que el ITF cubra un espectro de transacciones con instrumentos financieros lo más amplio posible³².

De ello, quizás la nota más destacada del ámbito objetivo es la exclusión de divisas del hecho imponible del ITF³³. El sometimiento a gravamen de las transacciones con divisas en el seno de la UE ha sido objeto de una discusión amplia, por la necesidad de someter a gravamen tales transacciones para cumplir con el objetivo antiespeculativo de Tobin, en contraposición al amplio desarrollo de la libre circulación de capitales en la UE³⁴. El hecho de que algunos países miembros de la Unión operen con divisas distintas al euro, así como la aplicabilidad de la libre circulación de capitales a países terceros, derivan en la colisión del gravamen a tales transacciones con el Derecho Primario de la Unión *in limine*. No obstante, algunos autores aseveraron la posibilidad de gravar intercambios de divisas³⁵, el propio Banco Central Europeo dictaminó la exclusión de tal posibilidad por considerarla contraria a la libre circulación de capitales³⁶.

Excluidas las divisas, el ITF propuesto por la Comisión se basa en dos bloques fundamentales de transacciones financieras. Se gravan derivados y otros productos estructurados –en coincidencia con el académico *Financial Tax on Derivatives*–; e instrumentos representativos de deuda y capital –*Securities Transaction Tax*–.

En un pormenorizado desarrollo de la definición de transacción financiera, la propuesta de la Directiva bajo cooperación reforzada establece una quintuple definición de la misma.

En primer lugar, se incluye bajo esta definición a la compra y venta de un instrumento financiero antes de la compensación o liquidación³⁷. La definición de instrumento financiero se remite a la Directiva MiFID, e incluye dentro de la definición a productos estructurados de acuerdo con la Directiva reguladora de los mismos³⁸. De esta forma, el ITF recaería por remisión a la Directiva MiFID en la compraventa de valores negociables, instrumentos del mercado monetario; participaciones de organismos de inversión colectiva; contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados sobre instrumentos financieros, materias primas, variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión, inflación y otros índices

³² SEC(2011) 1102 final, 11; durante la tramitación se analizaron otras opciones y combinaciones de transacciones cubiertas [SEC(2011) 1102 final, 6]; SHACKLEFORD et ál.: 2010,797.

³³ SEC(2011) 1102 final, 41; COM(2013) 71 final, 8-9.

³⁴ SEC(2011) 1102 final, 41; SMIT: 2012,131.

³⁵ DENYS: 2001, 430-435.

³⁶ Opinión del Banco Central Europeo de 4 de noviembre de 2004 a solicitud del Ministerio de Finanzas belga sobre un borrador de ley para la introducción de un impuesto en las transacciones sobre cambio de divisas extranjeras, billetes y monedas (CON/2004/34).

³⁷ Artículo 2 (1) (2) (b) COM (2013) 71 final.

³⁸ Artículo 2 (1) (3) COM (2013) 71 final.

estadísticos; contratos por diferencias, transferencias de riesgo, con distintos tipos de liquidación en una pormenorizada regulación de la MiFID³⁹. Por otro lado, por remisión a la Directiva 2006/48/CE, recaería sobre productos estructurados, siendo estos definidos, a grandes rasgos, como instrumentos susceptibles de transferir el riesgo, con excepción de la transmisión de los riesgos de crédito⁴⁰.

También se incluye en este ámbito la transmisión de instrumentos financieros entre entidades de un mismo grupo o entidades que transmitan su riesgo, en los casos que no se incluyan en el concepto de compra y venta⁴¹.

La conclusión de contratos de derivados antes de su compensación o liquidación también se incluye dentro de la definición de transacción financiera⁴². Estos son: contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de derivados sobre instrumentos financieros, materias primas, variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión, inflación, y otros índices estadísticos; contratos por diferencias, transferencias de riesgo, con distintos tipos de liquidación mediante remisión a la pormenorizada regulación de la MiFID⁴³. Estos instrumentos se tienen en consideración a efectos del tributo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Reglamento de Ejecución 1287/2006 de la Comisión⁴⁴.

La permuta de instrumentos financieros es incluida como una operación financiera por la propuesta de regulación del ITF⁴⁵. Esta vendría definida por un intercambio de los instrumentos financieros definidos en la MiFID en el apartado C de su Anexo I⁴⁶.

Por último, se incluyen en el ámbito de gravamen del ITF los pactos de recompra, recompra inversa y préstamos de acciones y bonos⁴⁷. Su definición se remite a la Directiva 2006/49/CE en

³⁹ Sección C del Anexo I de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo de 21 de abril de 2004, DOUE L145, de 30 de abril de 2004.

⁴⁰ Artículo 2 (1) (7) COM (2013) 71 final y artículo 4 (36) de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE L177 de 30 de junio de 2006.

⁴¹ Artículo 2 (1) (2) (b) COM (2013) 71 final.

⁴² Artículo 2 (1) (2) (c) COM (2013) 71 final.

⁴³ Puntos (4) a (10) de la Sección C del Anexo I de la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, del Parlamento y del Consejo MiFID, DOUE L145, de 30 de abril de 2004.

⁴⁴ Artículos 38 y 39 del Reglamento n.º 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva, DOUE L241, de 2 de septiembre de 2006.

⁴⁵ Artículo 2 (1) (2) (d) COM (2013) 71 final.

⁴⁶ Sección C del Anexo I de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo de 21 de abril de 2004, DOUE L145, de 30 de abril de 2004.

⁴⁷ Artículo 2 (1) (2) (e) COM (2013) 71 final.

sus artículos 3 (1) (m) para pactos de recompra y recompra inversa; y al artículo 3 para préstamos de valores o toma de valores en préstamo⁴⁸.

Sobre esta prolija definición de transacción financiera podemos realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, acerca del amplio rango de productos financieros sobre el que recae el gravamen podemos determinar que la Comisión ha pretendido evitar la posibilidad de eludir el pago del tributo empleando otros instrumentos financieros parecidos no sometidos a gravamen. La inclusión de todo tipo de operaciones financieras sin atender a su finalidad puede conllevar la existencia de determinados efectos perjudiciales que la propuesta inicial y la nueva no prevén. En este sentido, la inclusión como entidades financieras a empresas de seguros y reaseguros, así como el gravamen de derivados sin atender a su naturaleza, pueden llevar al incremento del coste de productos que responden a una actitud financieramente responsable, como son los seguros. Ello porque el uso de *swaps* de tipos como negocios complementarios a contratos de préstamo al objeto de reducir el riesgo de interés es habitual. Se asemejarían así a determinados productos aseguradores. Más aún, la conversión, reducción y dispersión del riesgo por las entidades aseguradoras suele hacerse a través de instrumentos de este tipo⁴⁹. En este sentido, algunas propuestas de gravámenes sobre el sector financiero han excluido del gravamen a este tipo de instrumentos que se sitúan más cerca de productos aseguradores –sí excluidos del ITF– que de productos especulativos⁵⁰. A nuestro juicio, el ITF debería seguir idéntico criterio para no desincentivar el empleo de tales instrumentos financieros que comportan actividades financieramente responsables.

Justo en el otro lado de la frontera entre los productos financieros y los productos aseguradores, encontramos productos de seguros y reaseguros como los *unit-linked*, cuya función puede resultar similar a la de determinados productos estructurados o fondos de inversión⁵¹. En este sentido, tal y como han apuntado algunos autores, no resulta improbable la utilización de productos de seguros complejos, fuera del ámbito del tributo, como sustitutivos de productos sí incluidos, eludiendo el pago del gravamen como consecuencia de tal sustitución⁵².

Pero más aún, observamos un serio riesgo de incremento de la especulación con divisas en la medida en que estas se mantienen fuera del ámbito del tributo, frente a una amplia gama de instrumentos financieros que se encuentran cubiertos por el ámbito del tributo.

⁴⁸ Artículos 3 (1) (m) y 3 (1) (n) de la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, DOUE L177, de 30 de junio de 2006.

⁴⁹ HENKOW: 2012a, 9.

⁵⁰ En este sentido, algunas propuestas de *Bank Levies* como las de Portugal, Francia, Alemania o Reino Unido han excluido del gravamen productos financieros en la medida en que cubren posiciones de riesgo en sentido opuesto.

⁵¹ Aunque su fiscalidad en Imposición Directa pueda resultar sustancialmente diferente.

⁵² HENKOW: 2012a, 9; SCHACKLEFORD et ál.: 2010, 797.

Por otra parte, algunas operaciones son objeto de exclusión por razón de los sujetos intervinientes. En el primer grupo definido por la propuesta de Directiva se excluye el sometimiento a gravamen de algunos sujetos, únicamente en la parte excluida por la Directiva, de forma que la contraparte continuaría sujeta a gravamen⁵³. Este es el caso de las contrapartes centrales, las *Central Securities Depositories*, *International Central Securities Depositories*, los Estados miembros y sus órganos encargados de gestionar la deuda pública. La presunción aquí es que tales organismos cumplen funciones regulatorias o de registro, así como en el caso de los Estados, que velan por el interés general, de forma que no se puede considerar que tengan actividades especulativas. A mayor abundamiento, en el caso de los Estados, su inclusión dentro del ámbito del tributo podría mermar su capacidad de actuación en el mercado en defensa del interés general.

Por último, una serie de transacciones son objeto de exclusión de tributación para ambas partes de la operación. Este es el caso de la exclusión del gravamen sobre las primeras emisiones de acciones y bonos, así como productos equivalentes⁵⁴. De igual forma, se excluye del tributo la suscripción de participaciones en fondos de inversión y fondos de inversión alternativos⁵⁵. La ratio de tal exclusión no es otra que mantener el criterio de la UE de eliminar los obstáculos al establecimiento de empresas en el territorio del mercado interior⁵⁶.

El problema aquí podría radicar en que, por mor de la remisión al artículo 5 (c) del Reglamento de Ejecución 1287/2006, la exclusión comprende la emisión de instrumentos representativos de capital o deuda señalados en el mismo, si bien la omisión de la referencia al primer párrafo en la remisión a la Directiva 2004/39/CE podría hacer dudar sobre si la emisión de instrumentos de pago negociables tales como cheques, pagarés y otros instrumentos similares se mantendría dentro del ámbito del tributo⁵⁷. En una interpretación teleológica y conjunta de los preceptos parecería razona-

⁵³ Artículo 3 (2) COM (2013) 71 final.

⁵⁴ Artículo 3 (4) (a) COM (2013) 71 final.

⁵⁵ La propuesta anterior de ITF de la Comisión Europea incluía las transacciones en mercados primarios (suscripciones...) de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Inversión Alternativos. Frente a ello, la nueva propuesta ha optado por suprimir la exclusión de tales operaciones de la exención de transacciones en mercados primarios [cf. art. 3 (4) (a) COM (2013) 71 final y art. 1 (4) (a) COM (2011) 594 final].

⁵⁶ La propia Comisión reconoce la necesidad de evitar un posible conflicto con la Directiva 2008/7/CE sobre concentración de capitales en la medida en que esta establece la imposibilidad de gravar operaciones del mercado primario. La anterior propuesta preveía la prevalencia de la futura Directiva de ITF sobre la de concentración de capitales. Sin embargo, esto no puede darse en la propuesta actual al realizarse bajo el marco de cooperación reforzada que tiene como requisito el respeto al Derecho de la Unión en la medida en que no participan todos los Estados miembros y se generarían asimetrías en la aplicación de la mencionada Directiva. Además, se suma a esto la necesidad de establecer criterios consistentes en fiscalidad europea de forma que lo que se considera un obstáculo para el establecimiento de empresas en una Directiva no encuentre vía libre en otra por su afán recaudatorio [vid., COM (2013) 71 final, 9; también art. 15 COM (2011) 594 final].

⁵⁷ Artículo 5 (c) del Reglamento n.º 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros y términos definidos a efectos de dicha Directiva, DOUE L241, de 2 de septiembre de

ble interpretar la exclusión de tales instrumentos. Con todo, su aclaración sería recomendable a efectos de garantizar la seguridad jurídica en la aplicación de la norma por jurisdicciones muy distintas.

No obstante, sobre la sujeción de los fondos de pensiones en operaciones en mercados secundarios ha surgido una controvertida discusión en la que el Parlamento Europeo se ha posicionado a favor de su exclusión para no penalizar a los ahorradores⁵⁸. Incluso los Países Bajos han manifestado la posibilidad de incorporarse a la propuesta en caso de excluir los fondos de pensiones⁵⁹.

También se excluyen de tributación para ambas partes de la transacción aquellas realizadas con los bancos centrales de los Estados miembros; transacciones en el marco de rescates financieros a Estados miembros tales como las transacciones con el Banco Central Europeo⁶⁰, las transacciones con el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, y la Entidad Europea de Estabilidad Financiera, con la UE en relación con ayuda financiera a Estados⁶¹, y también transacciones con la UE y la EURATOM relativas a la gestión de sus activos⁶². Este ámbito de exclusión objetiva comprende además las operaciones con la UE, EURATOM, el Banco Europeo de Inversiones y otros organismos comunitarios a los que se aplique el Protocolo de Privilegios e Inmunidades⁶³, las operaciones con organizaciones internacionales reconocidas por el Estado en el que se encuentren⁶⁴, y las operaciones de reestructuración empresarial⁶⁵.

Estas exclusiones responden en el caso de la exención en las operaciones con instituciones comunitarias y organismos internacionales a la no correspondencia de sus funciones con intereses especulativos. Más aún, con la propia exclusión de su gravamen además del correspondiente a la contraparte, se pretende facilitar su acción de forma que el tributo no sea una barrera a los mismos, especialmente en el caso de los rescates financieros a Estados miembros.

2006, que únicamente hace referencia a los apartados a y b del artículo 4 (1) (18) de la Directiva 2004/39/CE de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, DOUE L145, de 30 de abril de 2004.

⁵⁸ La enmienda 15 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la propuesta de ITF proponía la exclusión de los fondos de pensiones como entidades financieras en el sentido del impuesto en la medida en que actuaran solamente en beneficio e interés del fondo [P7_TA-PROV(2012)0217].

⁵⁹ El Ministro de Finanzas holandés apuntó en noviembre de 2012 la posibilidad de entrar en la cooperación reforzada bajo ciertas condiciones, siendo estas, entre otras, la exclusión de los fondos de pensiones (*vid.*, <http://www.europo-litics.info/economic-a-monetary-affairs/financial-transaction-tax-netherlands-may-join-ranks-art345047-30.html>).

⁶⁰ Artículo 3 (4) (c) COM (2013) 71 final.

⁶¹ Ídem.

⁶² Artículo 3 (4) (d) COM (2013) 71 final.

⁶³ Artículo 3 (4) (e) COM (2013) 71 final.

⁶⁴ Artículo 3 (4) (f) COM (2013) 71 final.

⁶⁵ Artículo 3 (4) (g) COM (2013) 71 final.

Por otro lado, la exclusión de las operaciones de reestructuración no es sino consecuencia de la política comunitaria de eliminar obstáculos fiscales a la concentración y reorganización de empresas para optimizar sus recursos con el objeto de competir más eficazmente en el mercado global⁶⁶.

El espectro sobre el que recae el tributo resulta amplísimo, de forma que la gran mayoría de productos utilizados frecuentemente en operaciones financieras están sometidos a gravamen, si bien se encuentran algunas islas en el mar financiero, como las mencionadas, que no resultan cubiertas por el ITF. La exclusión de las divisas y productos aseguradores, entre otros, puede resultar adecuada, ya que responde, por un lado, a exigencias del ordenamiento comunitario y, por otro, a la existencia de una actitud presuntamente responsable y no especulativa. Sin embargo, las difusas fronteras entre productos aseguradores y productos financieros en algunos casos resultan controvertidas y, sin duda, la elección entre un producto y otro se verá distorsionada a favor de aquellos aseguradores como consecuencia del tributo. Las mismas distorsiones se pueden producir entre derivados o estructurados sobre monedas extranjeras y las propias monedas extranjeras, de tal modo que el incentivo a la especulación con las propias divisas quede intacto o incluso se incremente por el incentivo de no estar gravados. No así la exclusión de la negociación con organismos públicos, donde el carácter cautivo de la operación en tanto tiene que intervenir un organismo internacional o europeo provoca gozar de un mayor control.

En el caso de operaciones fraudulentas que impliquen reestructuraciones empresariales, la cláusula anti-abuso permitirá abordarlas eficazmente. No será el caso en supuestos de productos sustitutivos, donde en la opción de inversión por un producto asegurador o financiero resultará enormemente difícil distinguir las operaciones con fines elusivos, de aquellas en las que se ha buscado la opción, financieramente –y fiscalmente– más atractiva.

2.2. TERRITORIALIDAD, PRINCIPIO DE EMISIÓN Y RESIDENCIA A EFECTOS DEL TRIBUTO

Junto con la definición de una amplia gama de productos a efectos de evitar la elusión del tributo sustituyéndolo por otros similares, la otra gran cuestión que ha de abordarse en el análisis del impuesto es el mantenimiento de las operaciones dentro del punto de conexión con soberanía tributaria para poder ejercer eficazmente la exacción del tributo. La experiencia sueca demostró que la utilización de la localización de la operación dentro de un ámbito territorial como punto de conexión para el tributo resultaba ineficaz por la facilidad de deslocalizar las transacciones en el caso de intangibles como los instrumentos financieros⁶⁷.

⁶⁶ Este punto no se encontraba en la propuesta previa. Fue sugerido durante el debate público para mejorar la consistencia de la Directiva con otras normas comunitarias que sí exencionaban este tipo de operaciones para evitar que el tributo fuera una traba a las reorganizaciones empresariales, mientras en el ámbito de tributación directa, IVA e impuestos sobre concentración de capitales se pretendía evitar la imposición (HERNÁNDEZ: 2013, 215-216).

⁶⁷ SEC(2011) 1102 final, 18-19; CORTEZ y VOGEL: 2011, 27; VELLA: 2011, 610.

Por este motivo, la Comisión prefirió desde su primera propuesta la utilización del criterio de residencia o establecimiento a efectos del tributo, con el objeto de garantizar que dichas operaciones, aun cuando fueran efectuadas en territorios situados fuera del ámbito territorial del gravamen, estuvieran sujetas al ITF. Con este criterio, se conjugan dos hechos para que el tributo sea exaccionable. Los criterios para sujetar la transacción son la intervención de, como mínimo, una entidad financiera y que, al menos, una de las partes esté localizada en el territorio del impuesto. Junto a ello, la propuesta de 2013 introduce el subsidiario principio de emisión.

El concepto de establecimiento para entidades financieras viene dado por poseer una autorización de un Estado miembro partícipe para operar como tal; la existencia de autorización para operar desde fuera del territorio del Estado en el territorio de ese Estado miembro; el hecho de que su domicilio de registro conste en ese Estado miembro; o su dirección permanente o, si carece de la misma, su residencia habitual esté localizada en un Estado miembro; o la tenencia de una sucursal en un Estado miembro⁶⁸.

Pero cabe destacar, sin duda, que las dos cláusulas estrella para salvar la posible elusión del tributo son el criterio de establecimiento por atracción y el criterio de emisión.

El primero se configura de forma que una parte, actuando como contraparte de una entidad financiera considerada establecida en la Unión conforme a los criterios que ya hemos mencionado, o con una contraparte no financiera establecida en el territorio de un Estado miembro, será considerada establecida en el Estado miembro de la parte establecida⁶⁹. La cláusula resulta acertada a todas luces, puesto que, de no operarse de esta forma, existiría un incentivo claro de los inversores residentes en los Estados miembros partícipes para suscribir sus transacciones financieras con entidades financieras no residentes. De este modo, se equiparan aquellas entidades financieras sometidas a la soberanía fiscal del tributo de forma directa por razón de su conexión territorial, con aquellas no residentes.

Adicionalmente, el otro criterio de cierre lo constituye el principio de emisión. Este principio, introducido en el borrador de Directiva de 2013, constituye una nueva cláusula de cierre a posibles escapes al tributo⁷⁰. Numerosos comentaristas ya sugirieron que determinadas transacciones entre dos entidades financieras residentes sobre instrumentos financieros emitidos en la zona del impuesto podrían ser deslocalizadas por ambas partes hacia filiales u otras entidades establecidas fuera del territorio del impuesto, ahorrándose el correspondiente tributo⁷¹. Para evitar tal posibilidad, el Parlamento Europeo ya sugirió en el análisis del borrador previo la posibilidad de incluir el criterio de emisión⁷².

⁶⁸ Artículo 4 (1) letras (a) a (e) COM (2013) 71 final.

⁶⁹ Artículo 4 (1) (f) COM (2013) 71 final.

⁷⁰ Ídem.

⁷¹ BLAKEMORE: 2011; VELLA: 2011, 616; VOGEL y CORTEZ: 2012, 83; HENKOW: 2012b, 14.

⁷² *European Parliament legislative Resolution of may 23 2012 on the proposal for a council directive on a common system of financial transaction tax*, [P7_TA(2012)0217] Enmiendas 7 y 18.

Bajo este, las transacciones sobre productos estructurados, así como las transacciones sobre valores negociables, instrumentos del mercado monetario y participaciones de organismos de inversión colectiva estarían sometidos a tributación en el Estado de emisión del instrumento⁷³. No se trata del gravamen de la emisión en sí, sino de sucesivas transmisiones subsiguientes de instrumentos emitidos en el territorio de la cooperación reforzada. Sin embargo, el propio precepto contiene el criterio de emisión exceptúa los instrumentos derivados que no son negociados en una plataforma organizada⁷⁴.

La inclusión de este criterio supone que las transacciones entre entidades financieras situadas fuera del área territorial de la cooperación reforzada, o entre una entidad financiera y un sujeto no financiero establecidos fuera de la comunidad, estén sometidos a imposición. Un ejemplo sería la negociación de instrumentos financieros entre una entidad financiera de Reino Unido con una contraparte estadounidense en una operación sobre acciones emitidas en Alemania. En este caso, tanto la entidad financiera británica como la norteamericana deberán pagar el tributo en Alemania. Este criterio ha sido objeto de abundantes críticas, especialmente por países contrarios a la implantación del tributo. La extraterritorialidad del impuesto en tales casos, si bien resulta adecuada desde el punto de vista del cierre de la elusión del impuesto y la fuga de transacciones financieras, podría resultar contraria a la libre circulación de capitales, así como al principio de territorialidad y soberanía tributaria. Ello ha provocado que el Comité de Asuntos Europeos de la Cámara de los Lores del Parlamento británico haya informado en contra de tal precepto⁷⁵ y el Reino Unido haya presentado recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) por presunta violación de los derechos y obligaciones de los Estados no participantes, conculcación de los Principios Generales del Derecho Internacional al imponer obligaciones de forma extraterritorial y por causar costes de gestión a los Estados no participantes⁷⁶.

Además del criterio de emisión, una amplia cláusula anti-abuso, y específicamente una para los casos de emisión, ha sido incorporada a la Directiva, cerrando más, si cabe, la posibilidad de huidas del impuesto⁷⁷.

Por otra parte, el criterio de establecimiento de las personas no financieras resulta de la inscripción registral en un Estado miembro en el caso de personas jurídicas, o el domicilio permanente en

⁷³ Artículo 10 (1) *in fine* en relación con el artículo 4 (1) (f) y 4 (2) (c) COM (2013) 71 final.

⁷⁴ Artículo 4 (1) (f) *in fine* y 4 (2) (c) *in fine* COM (2013) 71 final.

⁷⁵ El Comité para la Unión Europea de la Cámara de los Lores elaboró un informe con audiencia del Director General de Tributación de la Comisión Europea, académicos y representantes de la Administración en el que especialmente cargaba contra el principio de emisión al considerar que, si bien se trataba de una norma anti-abuso, llegaba demasiado lejos configurando el tributo extraterritorialmente. También consideró el Comité que se podían crear distorsiones en la competencia así como problemas de cumplimiento del principio de subsidiariedad. (Carta de 26 de marzo de 2013 del Presidente del Comité para la Unión Europea de la Cámara de los Lores al Secretario del Tesoro. Accesible en <http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-sub-com-a/FTTEnhancedScrutiny/260313FTT.pdf>).

⁷⁶ *Vid.*, Caso C-209/13 *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Council of the European Union*.

⁷⁷ *Vid.*, epígrafe 3.2.2.- La codificación de la doctrina anti-abuso del Tribunal de Justicia en la propuesta de ITF.

el caso de personas físicas⁷⁸. También se considera establecido si tiene una sucursal con respecto a las operaciones de tal establecimiento⁷⁹. Por último, nuevamente se considera establecido si efectúa transacciones con instrumentos financieros o productos estructurados emitidos en el territorio de un Estado miembro participe de la cooperación reforzada, exceptuando derivados no negociados en mercados organizados, incluso cuando estos mercados radiquen fuera del territorio del impuesto⁸⁰.

En lo que respecta a los criterios de conexión con las soberanías tributarias, cabe destacar que tanto en los supuestos de establecimiento de entidades financieras como de entidades no financieras serán consideradas no establecidas aun cuando cumplan los criterios determinados para ser consideradas establecidas cuando demuestren que no existe vínculo de la sustancia económica de la operación con el Estado miembro participe⁸¹. Si bien la inclusión de esta cláusula, que posibilita la prueba en contrario, resulta loable, la indeterminación del concepto sustancia económica resulta controvertido. Su configuración situando la carga de la prueba en el administrado, además de su imprecisión, parecen prever lo dificultoso en que resultará su aplicación⁸². Más aún, algún autor ha relacionado tales conceptos con aquel de la fiscalidad internacional denominado beneficiario efectivo, concepto indeterminado que solo añadiría mayor complejidad a la interpretación de esta cláusula⁸³. Y ahondando más en la difícil interpretación del concepto, el desarrollo de la sustancia económica por la doctrina anti-abuso del TJUE podría conectar este precepto con la cláusula anti-abuso de la propuesta añadiendo incertidumbre a su contenido⁸⁴. Es por ello que una aclaración sobre los caracteres de ese concepto de sustancia económica sería necesaria.

2.3. BASE IMPONIBLE Y TIPO IMPOSITIVO

La propuesta de Directiva divide en dos grupos las transacciones susceptibles de gravamen a efectos de determinar las reglas de cuantificación de la base imponible. Por un lado, establece las normas para el gravamen de instrumentos distintos de los contratos iniciales sobre instrumentos derivados⁸⁵. Por otro, establece la cuantificación de la base imponible para los supuestos de contratos iniciales sobre derivados⁸⁶.

⁷⁸ Artículo 4 (2) (a) COM (2013) 71 final.

⁷⁹ Artículo 4 (2) (b) COM (2013) 71 final.

⁸⁰ Artículo 4 (2) (c) COM (2013) 71 final.

⁸¹ Artículo 4 (3) COM (2013) 71 final.

⁸² ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 244-245.

⁸³ BLAKEMORE: 2010.

⁸⁴ *Vid.*, epígrafe 3.2.2. La codificación de la doctrina anti-abuso del Tribunal de Justicia en la propuesta de ITF.

⁸⁵ Artículo 6 COM (2013) 71 final.

⁸⁶ Artículo 7 COM (2013) 71 final.

Para las transacciones financieras distintas de derivados (i. e., operaciones con acciones, bonos, productos estructurados...), la cuantificación establece la regla general de determinar la base imponible empleando el valor del conjunto de cantidades u otras formas de pago susceptibles de ser consideradas precio pagado o debido a causa de la transmisión⁸⁷. En este sentido, es irrelevante que se reciba de la contraparte o de un tercero. La regla general, además, contiene una salvaguarda de sustitución del precio efectivamente pagado por el precio de mercado como base imponible en determinados supuestos. La definición del precio de mercado se refiere al conocido principio *arm's length*, conectando la normativa con los principios internacionales de *transfer pricing*⁸⁸. La reconducción de la cuantificación del tributo al precio de mercado acontecerá cuando el precio sea inferior a aquel considerado de mercado, y en los casos de transferencia de activos financieros entre entidades de un grupo⁸⁹.

Por otra parte, en los supuestos de transacciones con contratos derivados, con independencia de que se trate de la conclusión, sucesivas transmisiones, transferencias intragrupos o permutas, el valor que se ha de tener en cuenta para integrarlo en la base imponible es el importe del valor nocial del contrato⁹⁰. Además, si el instrumento derivado contempla varios nocials, la propuesta de Directiva apunta a incluir en la base imponible aquel de valor más alto⁹¹.

Por último, la propuesta de Directiva contempla que, en el caso de que la transacción se lleve a cabo en una divisa distinta de aquella del Estado miembro acreedor del tributo, se utilice la última relación de cambio disponible en el mercado de cambio más representativo del Estado miembro acreedor del tributo, en el momento en que el ITF deviene exigible⁹².

La cuantificación de la base imponible resulta a todas luces criticable en varios puntos. En primer lugar, la cuantificación de las operaciones con derivados con referencia al valor nocial resulta una solución deficiente. Ello porque, tal y como han apuntado numerosos autores, el valor nocial no representa un índice directo de la riqueza que subyace a tal operación, por lo que el principio de capacidad económica puede verse conculcado⁹³. Más aún, puede gravar un índice cuya referencia de riqueza resulta extraordinariamente débil, especialmente en instrumentos obtenidos en préstamo. Esto se une además a la posible doble imposición que surge del gravamen del activo subyacente y del propio derivado⁹⁴. Tampoco refleja el nocial el riesgo o la inci-

⁸⁷ Artículo 6.1 COM (2013) 71 final.

⁸⁸ Artículo 6.3 COM (2013) 71 final. Cf. artículo 9 MC OCDE; *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, 2010; *Vid.* también artículo 16 del TRLIS.

⁸⁹ Artículo 6.2 COM (2013) 71 final.

⁹⁰ Artículo 7 COM (2013) 71 final.

⁹¹ Artículo 7 pár. 2 COM (2013) 71 final.

⁹² Artículo 8 COM (2013) 71 final.

⁹³ CORTEZ y VOGEL: 2011, 28; BLAKEMORE: 2010.

⁹⁴ Si bien esta doble imposición no surgirá en todos los casos al faltar identidad de sujeto o identidad de riqueza en los supuestos en los que los contratos de derivados se referencien a un nocial sobre el que los propios sujetos no operen (*Vid.* KAVELAARS: 2012, 403).

dencia en la especulación del mercado financiero de tal instrumento derivado. En este sentido, el nocional en los derivados se establece como valor con respecto al cual aplicar las variables sobre las cuales las partes establecen sus posiciones en relación con el contrato. Pero el valor intrínseco del contrato variará sustancialmente dependiendo del índice de referencia al que se refiera el derivado. Dos contratos de idéntico nocional pero referenciados a distintas variables —e.g., Euribor frente a climatología— estarán dotados de un valor radicalmente distinto. Es más, el efecto que pueden provocar con respecto al mercado, así como su potencial especulativo, variará sustancialmente dependiendo del sector, índice o subyacente al que se refieran.

Es por esto que la doctrina ha criticado con dureza la solución propuesta, cuestión que ya había sido abordada en otras figuras impositivas⁹⁵. En ese sentido, otras soluciones como los métodos de valoración denominados *marked-to-market* o *marked-to model* ofrecen cifras más cercanas al valor propio de los instrumentos⁹⁶. Sin embargo, la Comisión Europea defiende tal cuantificación para facilitar la recaudación y reducir sus costes⁹⁷. Ello lo compensa la autoridad comunitaria con un tipo impositivo sustancialmente inferior que aquel establecido para operaciones con instrumentos no derivados. Sin embargo, esta solución no se advierte acertada, ya que parece centrar el impuesto en sus fines recaudatorios, frente a correlacionar el tributo con el valor real y el riesgo propio de los instrumentos financieros.

De igual forma, en el caso de la cuantificación del tributo en instrumentos distintos de los derivados, aunque la base imponible se ajusta más a la realidad económica del valor en sí mismo, no tiene en consideración el riesgo de exposición del producto financiero, sus periodos de maduración, beneficio, o el impacto especulativo en el mercado. El tributo se cuantifica atendiendo a su valor, prescindiendo en todo caso de si existe generación neta de riqueza o beneficio. O incluso sin llegar a tener en consideración índices de riesgo que pudieran justificar su alejamiento de índices de beneficio o rendimiento. Nuevamente parecen deducirse más fines recaudatorios en la figura tributaria que de prevención de actividades financieras irresponsables.

Por otra parte, es igualmente criticable el recurso al valor más alto en el caso de derivados cuando existan varios valores nocionales a los que referirse⁹⁸. El hecho de referirse directamente al valor más alto y no contemplar la posibilidad de una media ponderada u otro método de cálculo de nuevo parece demostrar el afán recaudatorio que impregna la propuesta.

Por último, la Directiva establece los tipos que han de aplicarse en la cuantificación del impuesto. Estos son del 0,1 % para el caso de productos no derivados, y del 0,01 % para aquellos

⁹⁵ SOUTHERN: 1998, 348.

⁹⁶ La propia Comisión valoró estas vías para cuantificar el tributo en lo referido a derivados pero fueron descartadas a favor de unos menores costes de recaudación al referirse al nocional [SEC(2011) 1102 final, 43].

⁹⁷ COM (2013) 71 final, 11; SPAHN, no obstante, apuntaba a la posible destrucción del mercado de derivados en caso de gravarse sobre el nocional, proponiendo como solución un tipo bajo tal y como ha desarrollado la propuesta de la Comisión (SPAHN: 1995, 22-23).

⁹⁸ KAVELAARS: 2012, 411.

supuestos de instrumentos financieros derivados⁹⁹. Tales cifras son mínimas, por lo que los Estados podrán establecer porcentajes superiores. Este es el caso de algunos países que han establecido el ITF con carácter previo a la propuesta de cooperación reforzada, como Francia o Italia, que han establecido porcentajes superiores¹⁰⁰. Con todo, los Estados miembros no pueden desmembrar los productos en más grupos estableciendo tarifas distintas para subcategorías de productos financieros dentro de los grupos propuestos. Deben respetar estos grupos establecidos por la propuesta de Directiva. De este modo se pretende garantizar que no existe una distorsión sustancial en el mercado donde priman unos productos con respecto a otros por las diferencias de tarifas. Las tarifas han sido establecidas a priori a unos tipos impositivos reducidos con el fin de provocar escasas distorsiones en el mercado¹⁰¹, bajo la premisa desarrollada por numerosos académicos, y complementando el principio de someter a gravamen una panoplia de instrumentos financieros tan amplia como sea posible. En definitiva, se trata de una amplísima gama de instrumentos gravados a una tasa baja.

Sin embargo, el tipo del tributo se aplica por cada operación, de forma que en una compraventa se recaudará dos veces el tributo –un gravamen por la compra, otro por la venta–, ascendiendo por tanto a 0,2 % o 0,02 %. Por su parte, las operaciones complejas con derivados podrían conllevar hasta 4 o 6 operaciones, ascendiendo el montante al tipo multiplicado por el número de operaciones¹⁰². Lo que es más, el hecho de calcularse cada tributo sobre el valor de la transacción anterior podría conllevar que se incluyera el tributo anterior en el precio, provocando un efecto cascada o bola de nieve de deficiente configuración tributaria y contrario al principio de neutralidad necesario¹⁰³, especialmente en los tributos indirectos¹⁰⁴. Por último, en caso de operaciones de escaso rendimiento y amplio volumen, el tributo podría absorber todo el rendimiento.

⁹⁹ Artículo 9 (2) COM (2013) 71 final.

¹⁰⁰ Italia ha establecido un tipo del 0,2 % para instrumentos no negociados en mercados organizados, y del 0,1 % para instrumentos negociados en determinados mercados. Estas cantidades se verán incrementadas a 0,22 % y 0,12 % respectivamente durante 2013. (*Vid.* PIZZITOLA et ál.: 2013, 287-290). Esta distinción entre mercados organizados y no organizados ya fue sugerida por la resolución del Parlamento Europeo [enmienda 5 P7_TA(2012)0217]. No obstante, parece posible que tal configuración sea contraria a la futura regulación del ITF bajo cooperación reforzada en la medida en que tal Directiva prevé que la única distinción de tipos posible sea aquella entre derivados y no derivados, debiendo aplicarse el mismo tipo a estas categorías, con independencia del mercado en que se negocien (u otra variable) [art. 9 (3) COM (2013) 71 final].

¹⁰¹ COM (2013) 71 final, 13.

¹⁰² BLAKEMORE: 2010.

¹⁰³ Teniendo en cuenta la neutralidad como principio atenuado en la medida en que los impuestos en sus propios términos son contrarios a tal principio al distorsionar el comportamiento del mercado. Nos referimos más bien a distorsiones que van más allá de aquella propia de la necesidad de obtener ingresos para el sostenimiento de los gastos públicos. Esto es, en la medida en que es necesaria la existencia de tributos, una vez establecidos, su exigencia se mantenga homogénea de forma que la distorsión se mantenga aproximadamente uniforme. A salvo de las políticas fiscales públicas. (*Vid.*, GARCÍA PRATS: 2001, pág. 739 y ss.).

¹⁰⁴ SPAHN: 2002, 321; SHACKLEFORD et ál.: 2010.

No obstante lo anterior, la nueva propuesta de Directiva presentada en febrero de 2013 establece que en los supuestos de pactos de recompra o recompra inversa, préstamo de valores y toma en préstamo de valores las dos transmisiones a que puede dar lugar sean tratada a efectos del impuesto como una única operación¹⁰⁵.

2.4. SUJETO PASIVO, PAGO DEL TRIBUTO Y RESPONSABILIDAD

Con el objeto de facilitar la recaudación, el pago del tributo lo realizan siempre las instituciones financieras que operen en la transacción, con independencia de que actúen por cuenta propia, por cuenta de otra persona o en nombre de otra persona¹⁰⁶. Si bien la Directiva no menciona la posibilidad de repercutir el gravamen, cabe pensar al menos en la repercusión económica del tributo. En el supuesto de entidades financieras actuando en nombre o por cuenta de otra entidad financiera, será esta última la responsable del pago del tributo¹⁰⁷.

En lo referido al plazo, el tributo deberá abonarse en el momento en que tenga lugar la transacción en el caso de operaciones a través de los mecanismos de compensación y anotación electrónicos¹⁰⁸. Para el resto de operaciones no electrónicas, el tributo se abonará en los tres días siguientes a la fecha de la operación¹⁰⁹. Sobre la forma de pago, la Directiva autoriza a la Comisión a regularlo para homogeneizar criterios.

La Directiva prevé que, en caso de que el pago del tributo no se haga en plazo, el resto de partes de la operación serán responsables solidarias del pago del mismo¹¹⁰. Esto supone que las entidades no financieras que intervengan en una operación con una entidad financiera o entidades financieras actuando por cuenta y nombre de otra entidad financiera estén sujetas a un régimen de solidaridad si las entidades obligadas al pago del tributo no lo efectúan en los plazos debidos. Pero, además, la Directiva abre la puerta a que los Estados miembros puedan incorporar a otros sujetos como responsables solidarios del pago del tributo, además de los contemplados en la propia norma comunitaria¹¹¹. Parece que en estos supuestos podrían considerarse otros supuestos de personas beneficiarias de operaciones suscritas por personas interpuestas, administradores en casos fraudulentos, etc., tales como aquellos señalados en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley General Tributaria española.

¹⁰⁵ Artículo 2 (2) (e) COM (2013) 71 final.

¹⁰⁶ Artículo 10 (1) COM (2013) 71 final.

¹⁰⁷ Artículo 10 (2) COM (2013) 71 final.

¹⁰⁸ Artículo 11 (5) (a) COM (2013) 71 final.

¹⁰⁹ Artículo 11 (5) (b) COM (2013) 71 final.

¹¹⁰ Artículo 10 (3) COM (2013) 71 final.

¹¹¹ Artículo 10 (4) COM (2013) 71 final.

Por último, el tributo debe abonarse en el Estado donde se considere que las partes están establecidas o, en el caso de que el pago del impuesto traiga causa en el criterio de emisión, en el país de emisión de los instrumentos financieros¹¹².

3. LAS NOVEDADES EN LA PROPUESTA DE FEBRERO DE 2013

La mencionada propuesta publicada en febrero de 2013 sobre el ITF bajo cooperación reforzada introduce importantes novedades con respecto a la propuesta anterior de 2011 que podríamos agrupar en tres funciones principales, si bien estas se encuentran inevitablemente interrelacionadas. En primer lugar, se introducen precisiones técnicas y modificaciones que mejoran la configuración del tributo con el objeto de acercarlo a sus objetivos. En segundo lugar, se modifican determinados criterios de sujeción y exclusión del tributo de ciertas entidades y transacciones para favorecer o desincentivar su actividad, atendiendo a su carácter inocuo y sin perjudicar la pretendida neutralidad del tributo. Por último, y de forma más destacada, se introducen las novedades más importantes encaminadas a adaptar la propuesta al nuevo escenario de cooperación reforzada, con especial atención a las posibilidades de deslocalización derivadas del limitado ámbito territorial. En nuestro análisis, vamos a destacar las cuestiones más relevantes, haciendo particular hincapié en las controvertidas normas orientadas a prevenir el abuso y la deslocalización de las operaciones fuera del territorio de aplicación del tributo.

3.1. MODIFICACIONES RELATIVAS A LA SUJECCIÓN DE DETERMINADOS SUJETOS Y OPERACIONES AL TRIBUTO

3.1.1. La exención del pago del tributo en la emisión y amortización de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva

Uno de los puntos que más debate suscitó de la propuesta original era la referida a la sujeción al impuesto de las suscripciones y amortizaciones de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva (UCIT) y Fondos Alternativos de Inversión (AIF)¹¹³. La propuesta original eximía del pago del tributo a primeras suscripciones de acciones, no así de participaciones en estos vehículos lo que generaba una diferencia de tratamiento de difícil justificación. Bien es cierto que la no sujeción de tales operaciones podría propiciar planificaciones fiscales y arbitraje fiscal con el objeto de eludir el pago del tributo. Sin embargo, la creciente regulación comunitaria sobre tales instituciones posibilita el control de tal situación. Más aún, en el caso de pretenderse prevenir tales comportamientos, el escenario sobre el que se debe actuar son las normas anti-abuso y el control de situaciones anómalas, permitiendo que la utilización ordinaria de tales instrumentos como con-

¹¹² Artículo 10 (1) *in fine* COM (2013) 71 final.

¹¹³ HERNÁNDEZ: 2013, 215.

ductores de la inversión no encuentre barrera en el tributo propuesto, sobre todo en supuestos de Fondos e Instituciones de Inversión Colectiva que plantean estrategias de inversión a largo plazo.

En la nueva propuesta, la Comisión replantea la cuestión aceptando la exclusión de la sujeción de la suscripción y amortización de participaciones en UCIT y AIF al tributo en la medida en que constituyen transacciones de mercado primario¹¹⁴, no sin dejar patente la posibilidad de calificar determinados supuestos de transacción de mercado secundario cuando la amortización va acompañada de una suscripción por otro inversor. La dificultad para distinguir entre ambas situaciones hace que la comisión haya optado por la exclusión para que la regulación no colisione con la Directiva 2008/7/CE que previene el gravamen de primeras emisiones, así como para garantizar la neutralidad del tributo¹¹⁵. La exclusión de las operaciones de mercado primario de UCIT y AIF resulta así consistente con el resto de la normativa comunitaria reguladora de los tributos sobre tales entidades¹¹⁶.

Sin embargo, como hemos mencionado, dicha exclusión no obsta para que deban controlarse exhaustivamente estos vehículos en lo que al impuesto se refiere. La posibilidad de incluir instrumentos financieros en el patrimonio de UCIT y AIF y emitir participaciones o amortizarlas en función de tal suscripción puede abrir la puerta a la elusión del tributo. Esto se debe a que, aunque las operaciones de mercado secundario efectuadas por el propio fondo resulten gravadas, las posibles ventas indirectas mediante amortización y suscripción no estarían sujetas al tributo. Una correcta supervisión de tales operaciones es necesaria para evitar que supongan una puerta de escape rápida al tributo. Ello, incluso con la posibilidad de recurrir a las normas anti-abuso que correspondan.

Al hilo del debate sobre las Instituciones de Inversión Colectiva, durante la tramitación de la propuesta, algunos académicos y miembros del Parlamento Europeo han sugerido la posibilidad de excluir los Fondos de Pensiones de la sujeción al impuesto o, al menos, controlar el impacto del impuesto en su desarrollo futuro¹¹⁷. Resulta sencillo justificar tal exclusión en tanto se presume que tales instrumentos de ahorro van destinados a garantizar futuras rentas de jubilación de los inversores. En consecuencia, la Comisión realizó un análisis concluyendo la inadecuación de la exclusión del ITF de los fondos de pensiones. Ello, porque sus estrategias de inversión, generalmente a largo plazo, hacen que el impacto del ITF sea menor en estos vehículos. También se justifica este escaso impacto del ITF en los Fondos de Pensiones por el hecho de que sus operaciones de mercado primario estén exentas en la nueva propuesta. Asimismo, la existencia de otros productos aseguradores no gravados, de forma que los sujetos con estrategias de ahorro muy con-

¹¹⁴ Cf. artículo 4 (3) (a) COM (2013) 71 final y artículo 1 (4) (a) COM (2011) 594 final.

¹¹⁵ SWD (2013) 28 final, p. 26; *Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax* (23 mayo 2013) (ECO/ 345), 4.6.

¹¹⁶ *Vid.* nota al pie 66 *ut supra*.

¹¹⁷ HERNÁNDEZ: 2013, 215; [ECO/ 345], 1.13]; *European Parliament legislative resolution of 3 July 2013 on the proposal for a Council directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax* [COM(2013)0071 –C7-0049/2013– 2013/0045(CNS)], enmienda 54.

servadoras podían acudir a ellos sin verse perjudicados por el ITF. Este punto resulta conflictivo en la medida en que tales productos podrían conculcar la neutralidad del tributo. Un ejemplo son los *unit-linked* que pueden tener impacto especulativo, y a priori, estarían excluidos del ITF. Por el contrario, participaciones en Fondos menos especulativos que aquellos estarían sujetos sin que esta distinción tenga correlación con los objetivos del tributo¹¹⁸. No obstante, el Parlamento ha insistido en sus propuestas en la necesidad de supervisar el impacto del ITF en tales fondos para controlar sus potenciales efectos adversos y poder precisar dicha sujeción en el futuro.

3.1.2. La exención de las transmisiones en el marco de una reestructuraciones empresariales

Otra de las cuestiones que la doctrina apuntó con premura fue la posible exacción del tributo en transmisiones que operaran en el marco de reestructuraciones empresariales tales como fusiones o escisiones, entre otras¹¹⁹. Esto suponía un obstáculo para las operaciones que se pretenden incentivar por propiciar conductas empresariales que preservan o incrementan el tejido productivo. Más aún, desde un punto de vista estrictamente legal, bajo la cooperación reforzada tal tributación podría conculcar la Directiva sobre concentración de capitales que exime del pago de tributos indirectos a las operaciones de reestructuración contenidas en el artículo 4 de la mencionada Directiva¹²⁰.

Con el objeto de adaptar la propuesta original a la nueva situación de cooperación reforzada, así como por razones de política económica, la nueva propuesta apostó por excluir la tributación de tales operaciones. Recordemos que en la anterior propuesta esta colisión se veía salvada por la inclusión de un precepto expreso que preveía la supremacía de la pretendida Directiva del ITF sobre la Directiva de Concentración de Capitales¹²¹. En el nuevo marco de cooperación reforzada, la regulación no puede conculcar el Derecho de la Unión, sea este originario o derivado, incluyendo por supuesto la mencionada Directiva¹²².

3.1.3. La determinación de los pactos de compra y recompra y préstamos de acciones como una única transacción

La nueva propuesta de Directiva señala expresamente que los pactos de recompra y recompra inversa se consideran una única transacción a efectos del impuesto, a diferencia de lo que sostenía la anterior propuesta¹²³. La ratio no es otra que el hecho de que los pactos de recompra y recompra

¹¹⁸ SWD (2013) 28 final, pp. 36-38.

¹¹⁹ *Vid.* nota 66 *ut supra*.

¹²⁰ Artículo 5.1 e) Directiva 2008/7/CE.

¹²¹ Artículo 15 COM (2011) 594 final.

¹²² *Vid.* epígrafe 6.2. El ITF y la Directiva 2008/7/CE de Concentración de Capitales.

¹²³ Considerando 5 y artículo 2 (2) (e) COM (2013) 71 final.

inversa son económicamente asimilables a la venta de un instrumento financiero junto con una opción *forward*, o a un préstamo garantizado con instrumentos financieros o préstamos con bancos centrales¹²⁴. Sin embargo, los préstamos no se encuentran gravados por el ITF. Tampoco las transacciones con bancos centrales. Por el contrario, los pactos de compra y recompra, y préstamos de acciones comprenden dos transmisiones de los instrumentos objeto del negocio, lo que podría considerarse a efectos del ITF dos transacciones. Es por ello que el doble gravamen que soportan conculcaría la neutralidad del tributo y provocaría un desplazamiento hacia esas otras operaciones menos gravadas. Por el contrario, si no fueran gravadas para equipararlas a los préstamos se produciría una conculcación de la necesaria neutralidad del impuesto dado que las situaría en ventaja fiscal con respecto a las ventas de instrumentos junto con opciones *forward*. La cuestión deviene extraordinariamente compleja porque con ambas soluciones se pone en entredicho la neutralidad del tributo y se generarán distorsiones, favoreciendo unas operaciones frente a otras. Más aún, en supuestos de pactos de recompra a un día de vencimiento, incluso considerar a efectos del tributo estas estructuras como una sola operación puede no ser suficiente al encarecer sustancialmente este negocio, provocando una disminución sensible de sus intercambios. Esto perjudicaría notablemente la liquidez dado que estos mercados diarios de recompra son a los que acuden con frecuencia las entidades financieras puesto que mejoran sustancialmente las condiciones de los bancos centrales¹²⁵. En estos casos, la propia Comisión reconoce que excluir aquellos de vencimiento diario provocaría un agujero de escape en el tributo que a su vez ocasionaría que los pactos de recompra a mayor plazo o indefinidos se dividieran en múltiples con carácter diario para evitar el tributo. La exclusión de los pactos de recompras diarios no nos parece acertada, pero no a tenor del argumento de la Comisión de crear un agujero de escape sino porque, a pesar de que podría perjudicar la liquidez de los mercados interbancarios, una mejor configuración del tributo que incida sobre movimientos especulativos permitiría mantener estas operaciones bajo su espectro. Esto es, debe buscarse la sujeción de las operaciones con independencia de su tipo cuando generen distorsiones en el mercado, de modo que si se trata de una única operación, solamente debe dar lugar a un gravamen. No obstante, resulta extraordinariamente complejo definir tales operaciones.

También se establece, bajo un razonamiento análogo, que los acuerdos de préstamos y toma en préstamo de instrumentos financieros dan lugar a una única operación.

3.1.4. La exclusión de entidades gestoras de deuda pública de los Estados miembros

La nueva proposición de la Comisión excluye expresamente a los organismos públicos encargados de gestionar la deuda pública¹²⁶. Es importante destacar que esta exclusión se incardina

¹²⁴ SWD (2013) 28 final, pp. 28-29.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Artículo 3 (2) (c) COM (2013) 71 final.

en las denominadas subjetivas que solo se aplican al sujeto que goza de dicho beneficio fiscal. A la luz de lo anterior, en operaciones financieras con terceros, dicha operación no estará exenta de FTT por la parte que corresponda a la contraparte¹²⁷.

La Comisión basa la justificación de esta exclusión en el hecho de que el gravamen de tales actores no contribuye a los objetivos del ITF de la Unión. Las ratios residen en que dichos institutos no son sector financiero potencialmente especulativo; la consecuencia neutra de su gravamen al suponer al mismo tiempo un gasto e ingreso público; y el hecho de que existe un interés social en su actividad que no se debe desincentivar¹²⁸. Más aún, estos gestores no se comportan como actores activos con estrategias apalancadas y especulativas¹²⁹.

De esta exclusión surge la incertidumbre de si los gestores privados de deuda pública disfrutan de la mencionada salvedad¹³⁰. El propio informe de impacto de la Comisión parece responder a tal cuestión de modo afirmativo al señalar la necesidad de garantizar que estos operadores reduzcan los costes de la deuda pública¹³¹. Sin embargo, la literalidad del precepto en la propuesta de Directiva no da soporte en ningún caso a tales afirmaciones al apuntar expresamente a organismos *públicos* gestores de deuda como sujeto de tal exención.

3.2. NOVEDADES INTRODUCIDAS AL OBJETO DE MINIMIZAR LA DESLOCALIZACIÓN DE TRANSACCIONES PARA EVITAR EL IMPUESTO

3.2.1. La emisión como criterio de sujeción: la problemática extraterritorialidad del tributo

La cláusula de emisión es posiblemente la novedad más relevante de las introducidas en la propuesta de Directiva lanzada en febrero de 2013. Dicha inclusión es consecuencia natural de la exigencia de cerrar el tributo a posibles deslocalizaciones por su limitado ámbito territorial bajo cooperación reforzada, siguiendo la propuesta del Parlamento Europeo¹³². El hecho de que las

¹²⁷ Artículo 3 (3) COM (2013) 71 final.

¹²⁸ SWD (2013) 28 final p. 33.

¹²⁹ SWD (2013) 28 final p. 34.

¹³⁰ RICHARD: 2013, 4.

¹³¹ Nótese que el informe de impacto habla de que el ITF podría impactar negativamente en su «modelo de negocio», por lo que parece inferirse la referencia a los gestores privados de deuda pública [SWD (2013) 28 final] p. 33.

¹³² La propuesta, junto con la ampliación del principio de residencia y la introducción del principio de propiedad, fue sugerida por el Parlamento Europeo en el análisis de la propuesta original con el fin de evitar la deslocalización o evitación del tributo [Enmienda 7, P7_TA(2012)0217]. Esta fue refrendada por el Comité Económico y Social [Opinion of the European Economic and Social Committee on the "Proposal for a Council Directive on a common system of financial transaction tax and amending Directive 2008/7/EC" (2012/C 181/11), punto 1.5].

transacciones se sujetaran por razón de residencia de los sujetos o entidades intervinientes empujaba sin duda a que las entidades financieras residenciaran filiales o sucursales fuera del territorio de aplicación del impuesto para atribuir a ellas las transacciones¹³³. También bajo el criterio del lugar de transacción, la deslocalización de las operaciones a otros mercados ajenos al tributo por actores no residentes posibilitaba el escape al impuesto.

Sin embargo, la inclusión de la cláusula de emisión cierra parcialmente esta posibilidad para supuestos de negociación de valores sobre instrumentos financieros emitidos en la Unión o, en el caso de derivados, de aquellos negociados en mercados organizados. Así, la UE hace valer la fuerza de su economía de forma que la negociación sobre instrumentos que se refieran a la denominada «economía real» de la Unión se vean gravados aquí. Empero, la propuesta de la Comisión tiene algunas deficiencias referidas a la configuración técnica concreta del principio de emisión. En primer lugar, analizaremos el problema del principio de emisión en términos generales debido a su posible carácter *ultra vires* al someter a imposición hechos desarrollados fuera de sus fronteras.

La propuesta e incorporación del principio de emisión supuso desde un primer momento la crítica de terceros países y, especialmente, de los países miembros de la Unión por la aplicación del tributo a negocios desarrollados en su territorio. Posiblemente Reino Unido haya sido el que, como señalamos anteriormente, ha adoptado una actitud más beligerante contra la utilización del principio de emisión¹³⁴. Por su parte, la doctrina ha criticado que, a pesar de su carácter preventivo contra la deslocalización de transacciones, su alcance se sitúa mucho más allá de tales objetivos¹³⁵.

En este sentido, la cuestión se ha situado en la imposibilidad de conculcar los derechos y obligaciones de los Estados no participantes en la cooperación reforzada, y la violación del Derecho Internacional Público en la medida en que este limita –con numerosos matices– la utilización de los poderes de un Estado en el territorio de otro Estado¹³⁶. No obstante, la evolución de la doctrina al respecto admite la posibilidad de aplicar sus normas a personas, bienes y actos situados fuera de su territorio¹³⁷. Podemos advertir cómo en fiscalidad se da con frecuencia tal aplicación dada la utilización por numerosos países del criterio de tributación por renta mundial. Lo cierto es que parece colegirse la admisibilidad de que un criterio de conexión más o menos amplio de determinadas normas debe establecerse a la luz de la materia y los objetivos de la normativa en cuestión¹³⁸.

En materia de impuestos se ha señalado que la imposición de un tributo con una conexión muy remota o sin ella al Estado exactor no respeta los derechos de los Estados que tienen un nexo

¹³³ HENKOW: 2012a, 18.

¹³⁴ *Vid.* notas 75 y 76 *ut supra*.

¹³⁵ ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 229.

¹³⁶ *Ibidem*, 237.

¹³⁷ Véase nota anterior.

¹³⁸ *Ibidem*, 238-239.

más sólido con el hecho imponible. Particularmente destacable en el caso del ITF es la relevancia de la relación entre los objetivos regulatorios del Estado y los supuestos susceptibles de imposición extrafiscal¹³⁹. La cuestión resulta en todo caso difusa y requiere de un análisis en profundidad de la relación del hecho con los Estados implicados.

La doctrina ha apuntado a la inadmisibilidad del carácter extraterritorial del principio de emisión con base en distintos argumentos. En primer lugar, la conexión basada en el objetivo de compensar la infratributación del sector financiero en el IVA es rechazada por la doctrina en tanto tales transacciones no estarían sujetas a ese impuesto y bajo sus criterios en ningún caso –incluso en el caso de no estar exentas– en el territorio del ITF al no constituir consumo en ese territorio¹⁴⁰. Por otro lado, el pretendido objetivo de desincentivar las transacciones perjudiciales y no eficientes en el mercado podría justificar el efecto extraterritorial. La doctrina rechaza tal justificación basándose en la mayor relevancia de las transacciones de alta frecuencia (HFT) en los mercados de acciones, siendo que el principio de emisión afecta también a derivados¹⁴¹. A nuestro juicio, es cierto que tal justificación es inadmisibile. Con todo, no compartimos la ratio del rechazo. El tributo no busca afectar exclusivamente a los HFT, sino que también pretende desincentivar otros muchos tipos de transacciones no automatizadas, como sí lo están la mayoría de las mencionadas operaciones, operadas de forma manual calibrando posiciones con el único objeto de obtener rendimientos rápidos en corto tiempo con efectos perniciosos para el mercado. De este modo, estaría justificado el recurso al efecto extraterritorial en la medida en que tales transacciones, tanto de derivados como de acciones, perjudican al mercado de los países partícipes y su denominada «economía real». A nuestro juicio, el rechazo no viene por tal relación, sino por la deficiente configuración del tributo que en nada se correlaciona con el desincentivo al riesgo y a las prácticas perniciosas para la economía ocasionadas por el sector financiero.

Por su parte, la Comisión ha pretendido justificar el principio de emisión en el criterio de tributación en destino del IVA y en la utilización del criterio de emisión en el SDRT británico, siendo su extraterritorialidad aceptada internacionalmente¹⁴². En lo referente a la primera justificación, valga la afirmación realizada *ut supra* relativa al carácter de impuesto sobre el consumo del IVA, siendo que el ITF no se configura como tal, y que numerosos instrumentos financieros no son susceptibles de consumo¹⁴³. Por otra parte, sobre la justificación en idéntico criterio del SDRT británico, algunos autores se han opuesto a dicha justificación dado que este tributo es cobrado principalmente por la utilización de los sistemas electrónicos de registro y compensación de los mercados británicos¹⁴⁴. Sin embargo, estos autores reconocen la extraterritorialidad y escaso vínculo del SDRT con determinadas transacciones realizadas fuera de los mercados sujetas al mismo. Sorprendentemente, la

¹³⁹ *Ibidem*, 239.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 241.

¹⁴¹ *Ídem*.

¹⁴² SWD (2013) 28 final, p. 40.

¹⁴³ Englisch, Vella y Yevgenyeva: 2013, 243.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 243.

justificación que encuentran para tal conculcación del Derecho Internacional Público es el escaso número de transacciones cubiertas. En nuestra opinión, tal principio sería igualmente contrario a los principios generales del Derecho Internacional con independencia de la amplitud de las transacciones cubiertas. A nuestro juicio, esta cuestión con respecto a los tributos debe analizarse con carácter objetivo, sin supeditarla al mayor o menor espectro de aplicación o tamaño del mercado. A pesar de ello, los autores arguyen que el SDRT podría constituir un impuesto indirecto sobre el capital, estableciendo así la base de su justificación pues la localización del intangible representativo del capital sería una conexión lo suficientemente sólida que no conculcaría los principios generales del Derecho Internacional Público¹⁴⁵. Coincidimos en tales afirmaciones, y no en el subsiguiente rechazo a la justificación del ITF. No al menos de forma absoluta. Ese rechazo parte, según dichos autores, en que no se trata de un tributo sobre el capital representado por dichos instrumentos financieros en el lugar donde se encuentren o negocien. El ITF no constituye –o no debiera ser, a la lectura de sus objetivos– un impuesto sobre el sector financiero, sino un impuesto de carácter extrafiscal que pretende evitar la distorsión de los mercados financieros y los movimientos especulativos. Si bien es cierto que la configuración propuesta parece asemejarse a un impuesto sobre el sector financiero, alejándose de sus objetivos, una reconfiguración más acertada del tributo permitiría que encontrara justificación en tal ratio, no como tributo sobre el capital, sino como un tributo especial orientado a la estabilización y corrección de las externalidades de determinadas deficiencias del sistema financiero. Así, como ya hemos apuntado, la conexión de la soberanía tributaria con el lugar de realización del hecho imponible resultaría sólidamente acreditada en el interés de los Estados de proteger sus mercados. La influencia de dichas operaciones en su territorio justificaría plenamente la intervención regulatoria.

Al proseguir con la configuración específica del principio de emisión en la propuesta de ITF, hemos de advertir que el tributo sobre instrumentos emitidos en los países partícipes puede suponer un desincentivo a la inversión en instrumentos representativos de empresas establecidas en el territorio del impuesto. Sin embargo, la conexión del principio de emisión con un mayor vínculo a la economía real puede constituir una barrera a la especulación con los mismos, que proteja en cierto modo los valores emitidos dentro de las fronteras del tributo. En este sentido, la deslocalización de las transacciones de instrumentos emitidos en países fuera del territorio de los países participantes resultará posible, mientras que los instrumentos emitidos dentro de los límites serán gravados con carácter mundial en el territorio de emisión del instrumento o de establecimiento de la entidad financiera tenida por residente.

Así las cosas, los instrumentos representativos de la economía real de la Unión se verán gravados en todo caso, ya sea por criterio de residencia o de emisión. La cuestión controvertida sobre el criterio de emisión pivota sobre su aplicación a los derivados. Parece claro que los derivados OTC están excluidos del principio de emisión¹⁴⁶. Sin embargo, en el caso de derivados negociados en mercados organizados no resulta clara la aplicación del tributo bajo el principio

¹⁴⁵ *Ibidem*, 244. No obstante, de constituirse en tributo sobre el capital, el SDRT podría ser contrario al Derecho de la Unión como restricción al hacer menos atractivo el ejercicio de la libre circulación de capitales.

¹⁴⁶ Artículos 4 (1) (g) y 4 (2) (c) COM (2013) 71 final.

de emisión. En este sentido, se han propuesto dos interpretaciones. Bajo un criterio amplio, cualquier derivado cuyo subyacente sea un instrumento emitido en el territorio de los países participantes en la cooperación reforzada estaría sujeto al tributo por razón de tal criterio¹⁴⁷. Esto encuentra soporte en el dictamen del Parlamento Europeo sobre la cooperación reforzada¹⁴⁸. A nuestro juicio, bajo la literalidad de la Directiva, esta interpretación no encuentra cabida, y solo sería admisible la sujeción de aquellos derivados emitidos en el territorio de la Unión, más aun cuando es ampliamente aceptado que el hecho imponible debe entenderse de forma estricta, de modo que el principio de emisión forma parte del presupuesto de hecho que da origen a la exacción del tributo.

Como consecuencia de lo anterior, puede que la cláusula de emisión tal y como está planteada incentive la emisión de derivados fuera de la UE, o el desplazamiento a mercados no organizados¹⁴⁹, referenciados a los instrumentos financieros emitidos dentro de la Unión. Si estos instrumentos fueran negociados a gran escala o en mercados no sujetos al tributo, serían susceptibles de alterar el mercado europeo con movimientos especulativos o perjudiciales para la denominada economía real de la Unión.

Para solucionar estas disfunciones en la propuesta, el Parlamento Europeo ha propuesto incluir en la Directiva una referencia expresa a la sujeción de los derivados, con independencia de su lugar de emisión, entendidos como instrumentos financieros de emisores cuyo domicilio social esté radicado en un país participante en la cooperación reforzada¹⁵⁰. Asimismo, el Parlamento Europeo también ha propuesto que se elimine la no sujeción bajo criterio de emisión de derivados OTC, en la medida en que suponen una puerta de huida del ITF inadmisibles¹⁵¹. Bien es cierto que estos mercados tienen una menor incidencia en la distorsión de los mercados y su margen especulativo es menor que aquellos negociados en mercados organizados. Sin embargo, la no sujeción de estos mercados más opacos y menos regulados supone una quiebra al principio de neutralidad, además de incentivar su empleo, siendo que incluso en estos mercados los contratos con amplios volúmenes pueden ser susceptibles de distorsionar el mercado de hacerse público. Estas soluciones sugeridas por el Parlamento Europeo, junto con el propuesto *ownership principle* cerrarían sustancialmente graves vías de escape al tributo¹⁵².

¹⁴⁷ ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 228.

¹⁴⁸ P7_TA(2012)0217 A7-0154/2012, enmienda 18.

¹⁴⁹ Aunque en el caso de derivados negociados en mercados no organizados la incidencia sobre la especulación con instrumentos financieros sea más limitada al no verse sometido a la publicidad y escrutinio público de aquellos instrumentos negociados en mercados organizados.

¹⁵⁰ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 38.

¹⁵¹ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 37.

¹⁵² *Vid.* sobre *ownership principle*, epígrafe 3.4. Principales cuestiones pendientes.

3.2.2. La codificación de la doctrina anti-abuso del Tribunal de Justicia en la propuesta de ITF

Pero, sin duda, la novedad que constituye una de las notas más singulares de la propuesta de la Directiva de 2013 es la incorporación de una cláusula general anti-abuso¹⁵³. Esta cláusula se introduce como complemento al precepto que en la propuesta anterior instaba a los Estados miembros a título de deber a adoptar medidas para prevenir el fraude fiscal y la evasión¹⁵⁴. Su inclusión ya fue sugerida con vistas a dotar de cierta homogeneidad y seguridad jurídica la aplicación de las medidas anti-abuso contra la elusión del tributo¹⁵⁵. Así, la disparidad de normas —o doctrinas— anti-abuso en los países miembros propiciaba una aplicación dispar del tributo, creando fisuras en su configuración. A mayor abundamiento, la incertidumbre sobre la aplicabilidad de la doctrina del TJUE sobre abuso en materia tributaria podría haber sido dudosa¹⁵⁶. Con la introducción de la cláusula en la que se hace una codificación cierta de los criterios anti-abuso aplicables a las estructuras elusivas del tributo se añade cierta consistencia.

Con todo, surgen nuevas cuestiones. La primera es la interacción entre la cláusula general anti-abuso y las denominadas «medidas» que deben tomar los Estados miembros para prevenir el fraude fiscal y la evasión. No resulta claro si del artículo 12 de la Directiva se deriva un deber genérico de persecución del fraude y la evasión, de forma que se referiría a medidas administrativas, de medios y efectividad, o si por el contrario se refiere a medidas normativas. Como consecuencia, se va a desprender una colisión con el siguiente artículo que establece la norma anti-abuso. A nuestro juicio, el artículo 12 establece un deber genérico, tanto normativo como en términos de lealtad institucional, que deberá reconciliarse con el artículo 13 en tanto las medidas que deben implantar los Estados deben ser coherentes con la doctrina codificada en la normativa general anti-abuso.

Sin embargo, es el artículo 13 el que concentra uno de los mayores esfuerzos de la Directiva: la evitación de la deslocalización o transformación de las transacciones de forma fraudulenta. Como hemos venido apuntando, tanto la posible deslocalización de las operaciones como la sustitución de productos por otros no gravados ponen en cuestión la estructura del impuesto. Es por ello que la propuesta ha pretendido cerrar los posibles escapes al tributo mediante la ya mencionada cláusula de emisión, junto con una abundantemente desarrollada cláusula general anti-

¹⁵³ Artículo 13 COM (2013) 71 final.

¹⁵⁴ Artículo 12 COM (2013) 71 final; artículo 11 COM (2011) 594 final.

¹⁵⁵ HERNÁNDEZ: 2013, 214.

¹⁵⁶ Existe una gran controversia en la doctrina sobre la existencia de un principio general anti-abuso en el Derecho de la UE, y más particularmente si en el plano fiscal existe este principio en términos coincidentes con otras áreas del Derecho de la Unión o posee un concepto propio. Es más, existen dudas sobre su propia homogeneidad dentro del Derecho Tributario en función de si se refiere a imposición directa e imposición indirecta, habida cuenta de la diferente incidencia de las libertades en ambos campos de imposición por su divergente grado de armonización. Para un estudio completo de la cuestión, *vid.* DE LA FERIA: 2012.

abuso. Esta se complementa, además, con una cláusula específica orientada a combatir el abuso a través de instrumentos representativos de depósito de instrumentos financieros¹⁵⁷.

La cláusula general anti-abuso, contenida en el artículo 13 de la propuesta de Directiva, reproduce, tal y como reconoce la propuesta, la cláusula contenida en la Recomendación de 6 de diciembre de 2012 sobre Planificación Fiscal Agresiva¹⁵⁸.

La cláusula requiere que los negocios artificiosos, o series de negocios artificiosos, que han tenido lugar con el objetivo principal de evitar el impuesto y que lleven a un beneficio fiscal, sean ignorados. Complementa la citada cláusula que dichos negocios deberán ser tenidos en consideración a efectos del impuesto de acuerdo con su sustancia económica¹⁵⁹.

Esta definición centra su operatividad en tres elementos: (i) la existencia de un negocio *artificial*; (ii) el objetivo *esencial* de evitar el impuesto; y (iii) la *minoración* de la carga fiscal.

Las disposiciones siguientes definen como artificiosos los acuerdos o series de acuerdos que carezcan de sustancia comercial, atendiendo a una serie de indicios que la Directiva promueve de modo indicativo y sin precluir otros¹⁶⁰. En este sentido, son circunstancias relevantes indicadas por la Directiva como reflejo de artificialidad: la caracterización legal de los pasos individualmente considerados inconsistente con la sustancia legal del acuerdo, en términos agregados; la utilización de contratos o acuerdos en forma contraria a la práctica habitual negocial; negocios con efectos de compensación o cancelación entre sí; negocios circulares; o negocios con beneficio fiscal significativo pero que no se corresponden con el riesgo negocial con el que cargan las partes.

El segundo elemento de la definición, o elemento subjetivo del negocio, es objetivado por el propio texto de la Directiva y reconducido –desde las intenciones del sujeto– a la contraposición de la estructura en cuestión con el objeto, espíritu y objetivos de las disposiciones fiscales que serían aplicables¹⁶¹.

Sobre el carácter esencial del propósito elusivo que requiere el precepto, el apartado 5 del artículo 13 lo entiende cumplido cuando, en vista de las circunstancias del supuesto en su conjunto, otros objetivos parecen reducirse a insignificantes¹⁶².

¹⁵⁷ Artículo 14 COM (2013) 71 final.

¹⁵⁸ Punto 4 de la Recomendación de 6 de diciembre de 2012 sobre Planificación Fiscal Agresiva, OJ L 338 de 12 de diciembre de 2012, p. 41.

¹⁵⁹ Artículo 13.1 *in fine* COM (2013) 71 final.

¹⁶⁰ Artículo 13 (3) COM (2013) 71 final.

¹⁶¹ Artículo 13 (4) COM (2013) 71 final.

¹⁶² Artículo 13 (5) COM (2013) 71 final.

Por último, sobre el requisito final de que exista un beneficio fiscal, este se entenderá comparando el importe fiscal que se debe pagar considerando la estructura en cuestión con el importe que se hubiera pagado en las mismas circunstancias aunque prescindiendo de tal estructura negocial¹⁶³.

Del análisis de la estructura de la norma anti-abuso contenida en la propuesta de Directiva se deduce un fortísimo influjo de la doctrina sobre el abuso de Derecho desarrollada por el Derecho de la Unión¹⁶⁴.

Sin embargo, la codificación de la doctrina anti-abuso adoptada por la Recomendación de 6 de agosto de 2012 y recogida por la propuesta de ITF debe ser tomada con cautela. La propia existencia de una doctrina anti-abuso aplicable con carácter general, o en el ámbito tributario, resulta dudosa.

En primer lugar, el propio recurso al concepto «artificioso» recuerda a la definición *artificial agreements* utilizada en repetidas ocasiones por el Tribunal para precluir la utilización de disposiciones comunitarias como soporte para el abuso del Derecho¹⁶⁵. Sin embargo, su propia definición y contenido no resultan pacíficos en la jurisprudencia¹⁶⁶. Abundante doctrina vacila sobre la existencia de un concepto abuso con base en el concepto de negocio artificioso, así como sobre su contenido por la existencia de cierta disparidad en la jurisprudencia del Tribunal en la utilización del tal concepto¹⁶⁷.

Junto con el uso del concepto artificioso, la referencia al propósito «esencial» como requisito subjetivo resulta indudablemente un refuerzo al empleo de la jurisprudencia del TJUE en la interpretación de la norma anti-abuso de la propuesta de Directiva. Sin embargo, como ya hemos señalado, el Tribunal se ha movido en una jurisprudencia que goza de cierta homogeneidad en su núcleo, pero con abundantes y alambicados matices que propician la proliferación de dudas en su perímetro. En

¹⁶³ Artículo 13 (6) COM (2013) 71 final.

¹⁶⁴ Se trata de un concepto desarrollado bajo la denominada armonización negativa mediante la abundante jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de abuso del Derecho en el ámbito tributario. Debemos destacar, por su relevancia en la configuración de esta doctrina, C-106/04 *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995 y C-298/05 *Columbus Container Services BVBA CO. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt* [2007] ECR I-10451 en el ámbito de las libertades comunitarias en relación con la normativa en imposición directa; C- 321/05 *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet* [2007] I-5795 en cuanto al análisis de la posibilidad de establecer normas contra el empleo abusivo de las Directivas; y C-255/02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County wide Property Investments Ltd v. Commissioners of Customs and Excises* [2006] I-1609 y C-425/06 *Ministerio dell'Economia e delle Finanze v. Part Service Srl* 2008 ECR I-897 en el ámbito de la imposición indirecta armonizada y particularmente el IVA.

¹⁶⁵ Entre otros muchos, apuntando a *purely artificial arrangements* o *wholly artificial arrangements*, C-106/04 *Cadbury Schweppes plc*, pár. 51, refiriéndose a C-264/96 *Imperial Chemical plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer* [1998] ECR I-4695, pár. 26; C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, ECR I-11779 pár. 37; C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie* [2004] ECR I-02049, pár. 50; C-446/03 *Marks and Spencer plc v. HM Inspector of Taxes* [2005] ECR I-10837 en imposición directa. En IVA, *Halifax plc*, pár. 64.

¹⁶⁶ LANG: 2012, 435-441.

¹⁶⁷ LANG: 2012, 450; VANISTENDEAL: 2012, 423.

el caso del carácter «esencial» del objetivo de eludir el impuesto, el TJUE se ha movido entre la exigencia de la existencia con este carácter esencial con carácter único¹⁶⁸, o con carácter principal¹⁶⁹. Sobre ello, algunos autores han observado una diferencia en la interpretación dependiendo del ámbito interpretativo a que se refiera, siendo más amplio el concepto de abuso cuando la cuestión se refiere a Derecho derivado, en el que las potestades de los Estados en materia impositiva se ven restringidos –la elusión como fin esencial–¹⁷⁰; y más restringido en el supuesto del ejercicio de las libertades comunitarias –fin único–¹⁷¹. En nuestra opinión, y a los efectos del análisis que desarrollamos, existe una doble doctrina en el concepto de abuso en materia tributaria por la diferente incidencia de las libertades comunitarias y las competencias en materia de imposición directa y de imposición indirecta. En este sentido, en la imposición indirecta, al encontrarse ampliamente armonizado su desarrollo, el concepto de abuso resulta más desarrollado, de forma que el abuso se entenderá cuando el *fin fundamental o uno de los fines fundamentales* sea obtener una ventaja fiscal. Por el contrario, en materia de imposición directa, la prevalencia y mayor protección requerida por el Tratado y la jurisprudencia para las libertades comunitarias hace necesario que, para observar el abuso, el *único* fin sea la elusión fiscal, y que la operación no se base en el ejercicio de las libertades comunitarias. Bajo esta premisa, el hecho de que la propuesta de Directiva apunte al abuso cuando el fin principal o uno de los fines principales sea la elusión fiscal es consistente con su carácter indirecto.

Por otra parte, hemos de recordar que otros autores han observado una evolución del ámbito subjetivo hacia un empleo más limitado debido al problema que surge al querer abordar con carácter objetivo un elemento subjetivamente inextricable como es la voluntad del individuo¹⁷². Así, esta última corriente entiende el abandono de la voluntad subjetiva como elemento caracterizador del abuso del Derecho, reconduciéndola a la discordancia entre el propio negocio alcanzado, y el objeto y fin de la norma eludida¹⁷³. Esta relación, con la que el TJUE sustenta parte de su jurisprudencia más reciente, tiene un reflejo directo en la propuesta sobre el ITF, lo que facilita una interpretación en tal sentido.

Sin embargo, posiblemente el eje central de la definición de la cláusula general anti-abuso en el ITF recaerá sobre la reconducción a la artificialidad cuando carezca de sustancia negocial¹⁷⁴. La definición resulta a todas luces incierta, si bien nuevamente tal reconducción responde a una cierta homogeneidad en la jurisprudencia del TJUE¹⁷⁵. En algunas de las sentencias, el TJUE contrapone la sustancia económica al objeto fiscal, determinando algunos caracteres que configuran esa sus-

¹⁶⁸ *Cadbury Schweppes*, pár. 51; *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH v. Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs* [2008] ECR I-9099, par. 29.

¹⁶⁹ *Halifax plc.*, pár. 74; *Part Service*, pár. 62.

¹⁷⁰ VANISTENDAEL: 2012, 423; LYAL: 2012, 434.

¹⁷¹ VANISTENDAEL: 2012, 423-424.

¹⁷² MCCARTHY: 2007, 163. En contra, LANG: 2012, 448-449.

¹⁷³ *Cadbury Schweppes*, pár. 64.

¹⁷⁴ Artículo 13 (3) COM (2013) 71 final.

¹⁷⁵ *Cadbury Schweppes*, pár. 65.

tancia. Así, parece posible afirmar que cuando exista sustancia negocial o económica de cierta intensidad, con fundamento distinto del fin fiscal, se excluiría el carácter abusivo de la transacción¹⁷⁶. En este sentido, el TJUE ha afirmado que la mera interposición de una filial no puede considerarse constitutiva per se de elusión o abuso¹⁷⁷. Del mismo modo, también ha afirmado que la concesión de préstamos intragrupo en situaciones transfronterizas dentro de la Comunidad no puede presumirse con carácter general como abusiva¹⁷⁸. Además, en el ámbito del IVA, el TJUE ha señalado que la elección de la operación menos gravada no puede determinarse prima facie como abusiva¹⁷⁹. Es particularmente destacable que el desarrollo del concepto «realidad económica», que aquí nos puede interesar, ha llevado al Tribunal a analizar con particular cautela la existencia de oficinas, empleados y equipamiento¹⁸⁰. Sin embargo, como algunos comentaristas han apuntado, aunque su existencia supone un fuerte indicio de «sustancia económica», su ausencia no resulta definitiva per se de la inexistencia de la misma¹⁸¹. En idéntico sentido, parece que las denominadas *letterbox companies* no tienen por qué ser determinadas apriorísticamente como abusivas¹⁸². Todo ello deberá tenerse en consideración –con cautela– a la hora de interpretar la cláusula anti-abuso del ITF.

Como corolario, hemos de afirmar lo incierto que a nuestros ojos resulta el concepto de «sustancia económica» en un contexto comunitario, y especialmente de cooperación reforzada, necesario según la propuesta cuando se analice que existe una transacción abusiva. Su inclusión de forma incierta en un plano tan delicado como es el abuso resulta arriesgada. Podría interpretarse como concepto propio, como la sustancia económica que inspira la Directiva del IVA, o reconducirse al concepto *substance over form*¹⁸³. En la medida en que una transacción pueda ser reconfigurada de varias formas, redirigirla a aquella propia de su sustancia económica, resultará extremadamente dificultoso e incierto.

A la vista de todo lo que antecede, hemos de apuntar que la incertidumbre en los límites definitivos del abuso en el ámbito comunitario posibilita la planificación fiscal en lo que al ITF se refiere. Esto se debe a que la exclusión de las operaciones en el mercado primario de las UCIT y AIF, o de entidades con menos del 50% de operaciones financieras sujetas al impuesto puede permitir que a través de ellas se adquieran instrumentos financieros sujetos al impuesto, y que la suscripción y amortización de participaciones en estas operaciones representen una venta indirecta, que difícilmente sería atacable si tales entidades están válidamente constituidas y operan de forma

¹⁷⁶ Opinión del Abogado General Poiares Maduro en *Halifax plc.*, pár. 89.

¹⁷⁷ *Cadbury Schweppes*, pár. 50-51.

¹⁷⁸ *C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue* [2007] ECR I-2107, par. 72-73.

¹⁷⁹ *Halifax plc.*, pár. 73.

¹⁸⁰ *Cadbury Schweppes*, 67.

¹⁸¹ LANG: 2012, 444.

¹⁸² LANG: 2012, 445.

¹⁸³ HENKOW: 2012b, 14.

efectiva. En este sentido, estas exclusiones, junto con la jurisprudencia del TJUE en materia de abuso, y la posibilidad de emitir y deslocalizar la emisión de determinados instrumentos, pueden abrir puertas interesantes a la planificación fiscal. Ello no obsta para que como hemos señalado, sean encomiables los pasos de la Comisión al objeto de garantizar una aplicación homogénea de las cláusulas anti-abuso en el ITF. El fallo aquí no radica en la propuesta que analizamos, sino en la aún gestante armonización de la Unión en materia de abuso.

Otra cuestión lejos de dilucidar es la interacción entre dicho precepto y la normativa interna. Parece aceptable que, en la medida en que las Directivas no pueden crear obligaciones per se, el Estado tenga cierto margen en la transposición de las medidas anti-abuso en ellas contenidas, siempre que se respete su contenido mínimo y no se conculquen las libertades comunitarias. Sin embargo, resulta controvertida la interacción entre las normas generales anti-abuso domésticas –o principios anti-abuso en los sistemas jurídicos que así lo prevean– y la norma aquí analizada. Se entiende, por el propio carácter de las Directivas, que el Estado miembro retendría un amplio margen de transposición. Más aún, el Estado que no transpusiera, difícilmente podría emplear este artículo contra un particular –dejando a un lado el análisis de si la norma es clara, precisa e incondicional–¹⁸⁴. Sin embargo, en la medida en que la norma general anti-abuso –e.g. el español art. 15 LGT– fuera interpretada a la luz de la Directiva, podría resultar aplicable.

En el presente supuesto, el hecho de que los Estados «deban» ignorar tales transacciones tal y como define la Directiva no resta mucho margen en su actuación, aunque sí se suscitan dudas sobre su contenido. En consecuencia, parece más acertado que su contenido deba ser transpuesto como norma específica.

La propuesta ha mejorado notablemente con respecto a la anterior con la adición del principio de emisión y la cláusula general anti-abuso. Aún así, las posibilidades de planificación fiscal continúan abiertas a espinosas estructuras. El complejo sistema financiero actual y la alta movilidad de sus instrumentos dificultan un control total del tributo, que indudablemente se verá beneficiado del cada vez más desarrollado principio de abuso del Derecho en el ámbito de la Unión Europea.

3.3. OTRAS NOVEDADES DESTACABLES

Otra novedad interesante es la determinación como entidades financieras a efectos del tributo de entidades no constituidas en términos mercantiles como tales a efectos del tributo¹⁸⁵. En este sentido, la determinación del 50% de operaciones como el límite para situarse dentro del ámbito subjetivo del impuesto añade seguridad jurídica frente a lo que la anterior propuesta denominaba

¹⁸⁴ C-152/84 Marshall v. Southampton [1993] I-04367, pár. 48; C-14/86 Pretore di Salò v X [1987] ECR I-02545 pár. 19.

¹⁸⁵ Artículo 2 (1) (8) (j) COM (2013) 71 final.

«parte significativa» de su promedio neto anual de ingresos¹⁸⁶. Sin embargo, una vez más, la otra cara de la moneda es la posibilidad de planificación fiscal que ello comporta al establecer un *safe harbor*, y que deberá ser seguida de cerca por la cláusula anti-abuso del ITF.

Por último, una novedad destacada y que plantea problemas de compatibilidad de la cooperación reforzada con el Derecho de la UE es la eliminación de la referencia a la prevalencia de la Directiva de ITF sobre la Directiva de Concentración de Capitales, en una colisión que la anterior propuesta preveía y que esta difícilmente puede abordarse por la parcial participación de los Estados miembros de la Unión¹⁸⁷. Esta eliminación genera dificultades, particularmente en tanto el ITF podría plantear problemas en supuestos como entrega de acciones por obligaciones convertibles¹⁸⁸. En estos casos, no resulta claro si debiera exigirse el pago del tributo y, en caso afirmativo, si en el caso de que se tratara de acciones en emisión, podría entenderse interdicto el pago de impuesto alguno, colisionando el ITF con la mencionada Directiva.

3.4. PRINCIPALES CUESTIONES PENDIENTES

Por último, antes de pasar a las cuestiones relacionadas con el encaje de la propuesta en el Derecho de la Unión, mencionaremos algunos de los temas pendientes de abordar que han gozado de mayor difusión entre la doctrina y las autoridades públicas implicadas.

La primera es la sujeción de las operaciones con divisas. La exclusión del ámbito de aplicación de las operaciones con divisas ha sido criticada desde diversos frentes. En primer lugar, parece que los tipos de ITF con modelo STT/FTD fueron criticados por el propio Tobin, pues no respondían a su propuesta inicial de estabilizar el mercado de divisas y frenar la especulación con estas¹⁸⁹. Por otra parte, su exclusión puede propiciar un desplazamiento de la acción de actores especuladores de los instrumentos gravados a las divisas por estar excluidos. Por esta razón, entre otros argumentos, el Parlamento Europeo ha sugerido incluir las divisas en su hecho imponible¹⁹⁰. Empero, esto encuentra un complicado encaje en el Derecho de la Unión por la restricción que supondría a la Libre Circulación de Capitales entre los Estados, especialmente aquellos miembros con divisa distinta del euro, e incluso con terceros Estados a los que resulta aplicable dicha libertad con matices¹⁹¹.

Otra cuestión controvertida es el gravamen de *market makers*, *broker-dealers*, *proprietary traders*, y mercados de PYMES. La propia Comisión ha analizado esta cuestión ya que los primeros

¹⁸⁶ Artículo 2 (1) (7) (j) COM (2011) 594 final.

¹⁸⁷ *Vid.*, COM (2013) 71 final, 9; también artículo 15 COM (2011) 594 final.

¹⁸⁸ *Vid.*, BLANLUET y DE BOYNES: 2012, 1.048.

¹⁸⁹ RICHARD: 2013, 1.

¹⁹⁰ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 20.

¹⁹¹ *Vid.* notas 34, 35 y 36 *ut supra*.

coadyuvan a dotar de liquidez al mercado, especialmente en el caso de deuda pública¹⁹². En el caso de los últimos, la ratio es que se trata de mercados que favorecen el crecimiento de empresas a los que se debe favorecer¹⁹³. Dichas propuestas han sido rechazadas, dado que conculcarían la neutralidad fiscal y privilegiarían a estas entidades sobre otras¹⁹⁴. En el caso de los mercados de PYMES, además, dicho gravamen podría propiciar un incremento de la especulación y distorsión en tales mercados, no llegando a beneficiarles sino incluso a causar un perjuicio a ese entorno financiero.

Una de las más notables propuestas que aún quedan por discutir quizás sea el denominado *ownership principle*. El Parlamento Europeo ya sugirió su inclusión a raíz de la primera propuesta¹⁹⁵. Este principio consistiría en negar la eficacia de las transmisiones de títulos y negocios incluidos en el ámbito del tributo cuando no se satisfaga el impuesto. No incluido en esta segunda propuesta de Directiva, el Parlamento y el Consejo Económico y Social han reiterado la necesidad de incluir tal concepto para cerrar vías al escape del tributo, lo que sería especialmente difícil de someter a control en mercados OTC¹⁹⁶. La Comisión ha rechazado tal opción basándose en el carácter no electrónico de los mercados de algunos países miembros así como en la dificultad para su vigilancia¹⁹⁷.

Otra cuestión destacada es la propuesta de asignar la recaudación al presupuesto de la Unión. La propuesta original enmarcada en un nuevo sistema de ingresos para la Unión incluía esta referencia, de tal modo que al efectuarse a escala comunitaria resultaba acertado¹⁹⁸. Un exiguo y menguante presupuesto comunitario, con reducidos recursos propios, supone un obstáculo para la integración europea, y la Comisión y el Parlamento Europeo son conscientes de ello¹⁹⁹. Al reducirse la aplicación del impuesto a solo parte de los Estados miembros, por de la cooperación reforzada, de mantener tal propuesta aportarían más al presupuesto de la Unión los países partícipes que aquellos excluidos. Es por ello que se propone que se reduzca la aportación de los países partícipes en proporción a lo recaudado por el ITF al tiempo que se califica a los mismos como recursos propios

¹⁹² SWD (2013) 28 final, 34-35; en el caso italiano, *market makers* están excluidos del ITF aprobado.

¹⁹³ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 24.

¹⁹⁴ SWD (2013) 28 final, 35.

¹⁹⁵ P7_TA(2012)0217, enmienda 7.

¹⁹⁶ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), amendment 39; ECO/ 345, 1.7.

¹⁹⁷ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), p. 35.

¹⁹⁸ COM (2010) 700.

¹⁹⁹ El presupuesto de la Unión representa apenas el 1 % del PIB del conjunto de los Estados miembros. Como ha señalado con insistencia el Parlamento Europeo, el presupuesto de la Unión incumple reiteradamente el Tratado de Lisboa, que prescribe que la financiación de la Unión debe sufragarse enteramente con recursos propios. Actualmente, en torno al 85 % del presupuesto proviene de las aportaciones de los Estados miembros. Es por ello por lo que distintas propuestas han buscado establecer recursos propios tales como el ITF, los derechos de subasta de derechos de emisión en el *Greenhouse Gas Emission Trading System*, impuestos relacionados con el transporte aéreo, el IVA, impuestos a la energía o el impuesto de sociedades. *Vid.*, sobre ello COM (2010) 700; P7_TA – (2012) 0217; y C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS) pp. 37-41.

de la Unión para que, a medida que –potencialmente– se incorporen Estados miembros a la cooperación reforzada, este recurso tenga desde su origen el carácter de ingreso propio de la Unión²⁰⁰.

Por otra parte, se ha sugerido que los tipos impositivos, mínimos en la propuesta de Directiva y pudiendo ser aumentados por los Estados partícipes, sean únicos para toda la Unión²⁰¹. El objetivo es evitar distorsiones debidas a disparidades en los tipos impositivos.

También se ha apuntado la necesidad de excluir los derivados con funciones aseguradoras²⁰². Esta posibilidad resulta muy aconsejable en tanto tales derivados cumplen con funciones más de responsabilidad financiera que de especulación. La dificultad aquí estriba en distinguir unos productos de otros, ya que en concepto son idénticos a otros instrumentos que distorsionan los mercados financieros. Solo cuando están vinculados a otros instrumentos o riesgos poseen tal función aseguradora, por lo que únicamente sería posible confirmar tal extremo bajo un análisis casuístico, lo que dificultaría la aplicación del tributo. No obstante, en impuestos sobre balance como el propuesto por Portugal, esta exención existe, sirviendo como ejemplo al ITF comunitario.

También se ha propuesto la inclusión entre las definiciones de derivados de los contratos por diferencias y *forwards* especulativos, ya que estos replican el comportamiento de los mercados como sustitutos perfectos de los instrumentos sujetos²⁰³. Al no estar sujetos pueden ser un refugio para movimientos especulativos con escasa distinción en lo que a impacto distorsionador de mercados se refiere²⁰⁴.

Por último, una propuesta que a nuestro juicio resulta muy acertada y aconsejable es la inclusión de una definición de *High-Frequency Trading* (HFT)²⁰⁵. Esta se define como intercambios financieros basados en algoritmos en los que la latencia física de los mecanismos de transmitir, cancelar o modificar órdenes devienen en factor determinante en el tiempo empleado para comunicar la instrucción o ejecutar una transacción. Por su parte, la estrategia denominada HFT se define como aquella que cumple dos de las siguientes características: (i) emplea instalaciones de co-ubicación, acceso directo al mercado o *proximity hosting*; (ii) se relaciona con un ingreso diario de cartera de al menos un 50 %; (iii) la proporción de órdenes canceladas excede de un 20 %; (iv) la mayor parte de las posiciones tomadas se abandonan en el mismo día; y (v) más del 50 % de las órdenes de las transacciones son realizadas en plataformas de intercambios ofreciendo descuentos o saldos a órdenes proveedoras de liquidez que son elegibles para esos saldos.

²⁰⁰ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmiendas 2 del Comité de Asuntos Económicos y Monetarios y 2 y 3 del Comité de Presupuestos.

²⁰¹ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 40, aunque la enmienda 41 de idéntico documento propone permitir tipos incrementados a la libre decisión de los Estados para derivados OTC.

²⁰² C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 41.

²⁰³ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmienda 19.

²⁰⁴ RICHARD: 2013, 5.

²⁰⁵ C7-0049/2013 – 2013/0045(CNS), enmiendas 21, 25 y 26.

Como hemos señalado anteriormente, la configuración del ITF en la propuesta de la Comisión nos parece deficiente, dado que adolece de numerosas deficiencias técnicas que alejan el tributo de los objetivos de desincentivar conductas financieramente irresponsables y evitar la especulación. El tributo, tal y como está definido en la propuesta, parece encaminarse de forma tosca y poco acertada a sus objetivos, de forma que se vislumbra una mayor orientación a la recaudación. Esta propuesta de definición de HFT nos parece que retoma el camino de enfocar el tributo hacia operaciones eminentemente especulativas y que no añaden valor al sector financiero, entendido en términos de garantizar liquidez a la economía real transmitiendo excedentes económicos a actividades que requieran capital como inversión. No obstante resulta insuficiente, su análisis en profundidad deviene aconsejable. Y continuar definiendo operaciones de carácter especulativo y distorsionador más que conveniente. Bien es cierto que ello añade una enorme complejidad al tributo, pero en un sector tan complejo como el financiero, el tributo debe adaptarse a tal condición para gravar de forma técnicamente adecuada la riqueza existente, o acercarse al objetivo extrafiscal pretendido. Lo contrario resulta en una respuesta tosca, inadmisibles desde un punto de vista técnico-tributario.

4. EL ENCAJE DEL ITF EN EL ESQUEMA COMPETENCIAL DE LA UNIÓN: LA COOPERACIÓN REFORZADA

El marco para el establecimiento del ITF en el ámbito de la UE, tal y como hemos apuntado anteriormente, ha quedado reducido a la posibilidad de que algunos Estados miembros establezcan la denominada cooperación reforzada. Este mecanismo está disponible en los Tratados de la Unión para facilitar el avance en la convergencia europea en los casos en los que la mayoría cualificada o la unanimidad no puedan ser alcanzadas²⁰⁶. Los Tratados previos de la Unión establecían requisitos mucho más estrictos para la utilización de este mecanismo. Las sucesivas ampliaciones comunitarias requirieron la flexibilización de los requisitos de la cooperación reforzada para permitir la continuación de los pasos de integración de la Unión en un contexto con una pluralidad de opiniones creciente²⁰⁷. Pese a la existencia anterior de las calificadas como cooperaciones reforzadas «asilvestradas», la regulación del Tratado de Lisboa ha permitido un creciente número de propuestas en comparación con el periodo anterior.

El artículo 20 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece que la cooperación reforzada perseguirá impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración.

Así, parece que aquellas propuestas que se encaminen a la integración europea, la armonización, o a una mayor convergencia de la disparidad normativa, económica y social comunitaria encajarían en tal esquema que da cobertura a la geometría variable en la UE. Pero hemos de señalar que tal marco para el establecimiento de una cooperación reforzada, de forma que tal

²⁰⁶ Artículo 20 del TUE.

²⁰⁷ CRAIG y DE BURCA: 2011, 142.

regulación alcance de manera desigual a los Estados miembros, resulta notoriamente amplio y difuso. En este sentido, la cuestión sobre el ámbito objetivo de la cooperación reforzada ha sido discutida en la doctrina, resultando dudosa su aplicabilidad en materia competencial de la Unión o incluso en materias que son competencia de los Estados miembros²⁰⁸. La consecuencia de la asimetría y las posibles distorsiones en el mercado interior como consecuencia de la bipartición de la Unión en una zona armonizada bajo cooperación reforzada y otra carente de ella hacen que tal instrumento resulte en numerosas ocasiones en una compleja incardinación en el sistema comunitario, poniendo en entredicho su utilidad. La consecuencia de este problema es que una parte de la doctrina ha considerado difícil la posibilidad de utilizar la cooperación reforzada en sentido amplio, y singularmente fuera de las competencias complementarias²⁰⁹.

La probabilidad de que la propia cooperación reforzada se pueda erigir en una discriminación o suerte de barrera entre ambas áreas constituye un obstáculo jurídico considerable a la implantación de este tipo de acuerdos parciales en la Unión. Los propios Tratados comunitarios son conscientes de tal choque y recogen expresamente la necesidad de respeto al Derecho de la Unión, y particularmente al mercado interior y a las libertades comunitarias por parte de la cooperación reforzada que se haya de establecer²¹⁰.

Trasladando estas reflexiones al objeto de nuestro estudio, parece razonable que el objetivo de establecer una armonización en los impuestos sobre las transacciones con instrumentos financieros concuerde con los objetivos de la Unión de establecer un mercado interior, el crecimiento sostenible y la estabilidad de los precios²¹¹. La armonización, gracias a la reducción de la disparidad de los distintos tributos existentes (o su implantación en aquellos que no gocen de tal tributo) en los Estados miembros, junto con el objetivo de perseguir el equilibrio de los mercados, reducir la volatilidad y la especulación, parecen perfectamente acordes con los objetivos mencionados en el Tratado por la Unión²¹². Una única regulación o aproximación de los grandes rasgos de estos impuestos entre los Estados miembros participantes en la cooperación reforzada es sin duda un paso más en el proceso de integración, además de establecer un marco adecuado para la estabilidad del mercado²¹³.

Lo que resulta más controvertido a nuestros ojos es si la específica configuración del tributo tal y como ha sido propuesto por la Comisión concuerda con tales objetivos. Como ha sido mencionado

²⁰⁸ URREA: 2002, 226; MANGAS MARTÍN: 2002, 67-82.

²⁰⁹ URREA apunta al desenvolvimiento natural de la cooperación reforzada en el ámbito de las competencias complementarias, aunque sin descartar las competencias compartidas (URREA: 2002, 227). Existen otras opiniones a favor del empleo de la cooperación reforzada en otros ámbitos como el fiscal (MANGAS MARTÍN: 2002, 67-82).

²¹⁰ Artículo 326 del TFUE.

²¹¹ Artículo 3 (3) del TUE.

²¹² DENYS: 2012, 432; en contra, DIETLEIN: 2012, 208.

²¹³ Más aun cuando los 11 Estados interesados en participar en la cooperación reforzada representan dos tercios de la Economía de la Unión (MEMO/12/799, 3).

previamente, en nuestra opinión, el tributo ha sido configurado de forma defectuosa en algunos de sus aspectos, pudiendo provocar distorsiones en el mercado y alejándose de sus objetivos propuestos. Existe, por tanto, una divergencia entre los objetivos declarados, que sin duda concuerdan perfectamente en la senda marcada por la UE, y la configuración técnica, que parece trazar un rumbo distinto.

Pero además del artículo 20 del TUE, los artículos 326 y siguientes del TFUE establecen una regulación más específica de los mecanismos de cooperación reforzada. Así, dos son los requisitos exigidos que limitan el establecimiento de una cooperación reforzada. El primero es la necesidad de respetar los Tratados y el Derecho de la Unión y, en especial, el mercado interior y la cohesión económica, social y territorial. En segundo lugar, el artículo 327 del TFUE apunta a la necesidad de respetar las competencias, obligaciones y derechos de los Estados no participantes en la cooperación reforzada.

Del primer requisito se desprende una necesidad doble de respetar el Derecho Primario de los Tratados y el Derecho Derivado. El objetivo no es otro que enmarcar la cooperación reforzada en el ámbito de la Unión, de forma que no exceda su marco normativo creando asimetrías y ámbitos jurídicos externos que lejos de ahondar en la integración puedan dificultar o deformar tales objetivos. Pero cabe destacar que el citado artículo hace una especial referencia al mercado interior, así como en su segundo inciso a la prohibición de barreras o discriminaciones en el comercio entre los Estados miembros. Esta prohibición de discriminación o restricción no parece sino una confirmación de la primera parte de la misma en sentido negativo²¹⁴ incorporando normativamente la doctrina del TJUE referida a las restricciones o discriminaciones como prohibidas por las libertades de la Unión. Por consiguiente, el artículo denota una particular preocupación de los firmantes del Tratado en que las cooperaciones reforzadas no alteren uno de los elementos esenciales de la Unión: las libertades.

Se debe, por tanto, analizar la cooperación reforzada que se haya de establecer bajo el foco del mercado interior, tal y como se define en el artículo 26 del TFUE. Bajo este análisis, la garantía de un espacio interior sin fronteras, con libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, es esencial. En este sentido, y refiriéndonos singularmente al ITF, en la medida en que su objeto son las transacciones financieras, la libre circulación de capitales se erige en potencial elemento de colisión con el establecimiento de la cooperación reforzada objeto de estudio. Siendo los instrumentos financieros en sentido amplio el objeto del ITF, la definición de capitales adoptada por la Directiva 88/361/CE y posteriormente confirmada por el TJUE prueba una coincidencia del ámbito de regulación²¹⁵. Esta cuestión será objeto de un análisis pormenorizado en el epígrafe siguiente.

Además, en la medida en que la prestación de servicios financieros puede verse también condicionada por tal tributo, el análisis podría llevarnos a estudiar también su compatibilidad con

²¹⁴ JACQUÉ: 2012, 177.

²¹⁵ I. e. Caso C-222/97, *Trummer and Mayer*, I-01661 (1999); Asuntos Acumulados C-286/82 y C-26/83, *Luisi and Carbone v Ministero del Tesoro*, ECR 377 (1984), pár. 28, y Caso C-308/86, *Lambert*, ECR 4369 (1988), pár. 16.

la libre prestación de servicios. Sin embargo, adoptando una posición de jerarquía en las libertades comunitarias, la prevalencia de la libre circulación de capitales llevaría a esta cuestión a un segundo plano en nuestro análisis²¹⁶.

Por otra parte, el segundo requisito contenido en el artículo 327 del TFUE de respeto a los derechos, obligaciones y competencias del resto de Estados miembros que no participan en la cooperación debe ser tenido en consideración. Hemos de señalar que los Estados no participantes no van a poder tomar parte de forma decisiva en la configuración del tributo, aun cuando sus ciudadanos y empresas se verán afectados al acceder a otros mercados de la Unión que sí participan —o a través del principio de emisión—²¹⁷. Este punto de vista está íntimamente relacionado con la libre circulación de capitales, pero desde una perspectiva diferente. Desde esta posición, se refuerza el requerimiento de que determinados objetos sean aprobados por la totalidad de la Unión para evitar la limitación de los derechos de otros Estados miembros y sus ciudadanos. Resulta controvertido porque sus ciudadanos, representados por su Gobierno y Parlamento, no van a poder participar en la discusión para el establecimiento de tal restricción en las libertades comunitarias de las que son titulares. Más aún, las instituciones financieras de países no participantes van a verse afectadas por el tributo sin participar su Tesoro del ingreso, de forma que estas instituciones contribuyan por su carácter esencial del sistema económico al sostenimiento de los gastos públicos de su país²¹⁸. En este punto se relacionan directamente la soberanía, las libertades comunitarias y la incapacidad de la Unión para ejercer potestades en su seno sobre asuntos tributarios de forma directa. Es especialmente destacable la poca relevancia del papel del Parlamento, a pesar de que la tradición fiscal europea acepta comúnmente el principio de auto-imposición²¹⁹. Esto no es sino reflejo de una de las cuestiones más controvertidas de la UE: su incapacidad sin la anuencia de los Gobiernos de los Estados miembros para regular el sistema fiscal, en contraposición al amplio desarrollo de las libertades. El mantenimiento de la soberanía fiscal de forma estricta en los Estados miembros, pese a que esta se encuentra condicionada por las libertades comunitarias, genera una continua esquizofrenia y colisión en la regulación fiscal²²⁰.

5. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO PRIMARIO

El punto más relevante desde el punto de vista jurídico en el contexto europeo —y, por tanto, dejando a un lado la cuestión de su impacto económico y posibles distorsiones— es la libre circulación de capitales.

²¹⁶ Caso C-452/04, *Fidum Finanz*, I-9521 (2006), pár. 34; Caso C-233/09, *Gerhard Dijkman and Maria Dijkman-Lavaleije v. Belgische Staat*, I-06649 (2010), pár. 33.

²¹⁷ ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 253-256.

²¹⁸ TERRA y WATTEL: 2012, 599.

²¹⁹ AUJEAN: 2010, 11-22.

²²⁰ *Idem*.

En primer lugar, la interpretación del TJUE sobre las libertades comunitarias debe ser tenida en consideración. En este sentido, el TJUE tuvo en el desarrollo de las libertades una primera aproximación definida en la interdicción de la discriminación. En este tipo de análisis, la cuestión se centraba en establecer si determinadas situaciones transnacionales y en las que estaban involucrados actores de otros países miembros eran comparables con situaciones puramente internas en las que los intervinientes tenían un tratamiento diferente²²¹. Como resultado del establecimiento del par de comparabilidad podía el Tribunal determinar si había un tratamiento discriminatorio que quebrara las libertades comunitarias.

Sin embargo, con el devenir de los años y el mayor desarrollo de las libertades, el TJUE fue trasladando su perspectiva hacia la doctrina en la que también las libertades imposibilitan a los Estados miembros establecer medidas que supongan una restricción, que determinen un tratamiento que suponga hacer meramente ilusorio el ejercicio de las libertades, o que afecten significativamente al ejercicio de las mismas²²². A pesar del amplio desarrollo de esta jurisprudencia en medidas relativas a impuestos indirectos, medidas regulatorias sobre mercancías, o prestación de servicios, no ha tenido excesivo predicamento en el ámbito de los casos referidos a fiscalidad directa²²³. La causa no es otra sino el mantenimiento de las potestades tributarias en materia de imposición directa en la competencia de los Estados miembros²²⁴.

²²¹ Por ejemplo, C-35/98 *Verkooijen* [2000] ECR I-04071.

²²² A pesar de que la terminología varía en función de los casos, la jurisprudencia se refiere a medidas aplicadas sin distinción de nacionalidad o residencia, pero que suponen una barrera o restricción en el mercado interior. Con origen en una interpretación extensiva de las medidas de efecto equivalente en los casos *Dassonville* y *Cinéthèque* [Caso C-8/74 *Procureur du Roi v. Dassonville* ECR I-837 (1974) y Casos C-60/84 y 61/84 *Cinéthèque v. FNCF*, ECR I-2605 (1985)] posteriormente ha sido una doctrina confirmada, desarrollada y muy matizada por el TJUE. *Vid.*, entre otros, Caso C-76/90, *Säger v. Denemeyer & Co. Ltd.*, I-4239 (1991), pár. 12; Caso C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions*, I-2492 (1996), pár. 31; Caso C-279/00, *Commission v Italy*, ECR I-1425 (2002), pár. 31; Caso C-131/01, *Commission v Italy*, ECR I-1659 (2003), pár. 26; Caso C-244/04, *Commission v Germany*, ECR I-885 (2006), pár. 30; y Caso C-255/04, *Commission v France*, ECR I-5251 (2006), pár. 37; Caso C-433/04, *Commission v. Belgium*, I-10667 (2006), pár. 28]. Esta jurisprudencia ha sido denominada por la doctrina como «restricciones no discriminatorias» o «restricciones» frente a las «discriminaciones» puras (WATTEL y TERRA: 2012, 54; DOUMA: 2012, 67-83; *vid.* también BARREIRO CARRIL: 2010, 105-106). *Vid.*, sobre su evolución y matización por el TJUE, BARREIRO CARRIL: 2012, 236-278.

²²³ El único caso reciente en el que la doctrina parece encontrar visos de restricción no discriminatoria en fiscalidad directa es el caso C-446/03 *Mark & Spencer plc* (*vid.*, CALDERÓN CARRERO: 2006, 26). Sin embargo, parte de la doctrina ha apuntando en contra que no se trata de un caso de restricción, sino de una discriminación que el Tribunal no supo apreciar adecuadamente (*vid.*, HERRERA: 2009, 106). Otro caso controvertido y que algunos calificaron del primero en aplicar en fiscalidad directa la doctrina de las restricciones es el Caso C-250/95, *Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions*. No obstante, este carácter es también discutido al centrarse la cuestión en problemas procesales y no en fiscalidad material. *Vid.*, BARREIRO CARRIL: 2012, 246-250.

²²⁴ De esta forma, la jurisprudencia sobre restricciones ha sido tildada por algunos académicos como impropia para su aplicación a los impuestos directos. Por el contrario, otro grupo de estudiosos ha determinado que no existe problema alguno en aplicar el test de restricción a los impuestos directos. En este sentido, para que supusiera una restricción a las libertades, los impuestos directos o su configuración deberían de forma directa restringir la libertad o hacerla meramente ilusoria. [TERRA y WATTEL: 2012, 56; opinión de la Abogada General Kokott, de 21 de diciembre de 2011,

En el supuesto que analizamos del ITF, en la medida en que parece tratarse de un impuesto indirecto, la aplicabilidad de la doctrina de restricciones resulta en nuestra opinión incontestable. En el caso de que su configuración afecte al ejercicio de las libertades, haga su contenido ilusorio, o directamente porque su carácter indirecto vincula su exacción al propio ejercicio de las libertades comunitarias, resultará contrario a los Tratados²²⁵.

Desde nuestro punto de vista, el análisis de la propuesta comunitaria no profundiza en la doctrina de la restricción. Así, un ITF de la Unión como el propuesto podría restringir el ejercicio de la libre circulación de capitales, haciéndolo ilusorio²²⁶, porque establece un coste adicional en las transacciones de capital o la inversión en instrumentos financieros.

A la vista de lo anterior, parece especialmente notorio el hecho de que podría limitar las libertades en el supuesto de transacciones de bajo rendimiento pero con volúmenes muy amplios, en los que el tributo va a consumir todo el beneficio, produciendo que este tipo de inversiones resulten limitadas o incluso vedadas por el tributo²²⁷. Pero incluso en otro tipo de transacciones, como en los derivados cuyo tributo se cuantifica en un índice de riqueza irreal, condiciona el ejercicio de la libertad en transacciones reales sin ánimos especulativos y a largo plazo. Este podría ser el caso de un derivado sobre rendimientos de las cosechas de trigo que sirva como seguro para un eventual mal rendimiento de las condiciones del año. En estos casos, si el tributo sobrepasa el rendimiento, el sujeto que con el derivado pretende cubrir una posición contraria podría no encontrar contraparte para la operación, restringiendo por tanto el ejercicio. Así, la restricción —el ITF— no es incierta o improbable, y a nuestro juicio restringe sustancial y significativamente a los operadores el acceso al ejercicio de las libertades. Más aún, puede provocar un menor atractivo en el ejercicio de las libertades²²⁸; y en particular, puede ser considerado un *alto nivel de gravamen*,

en el Caso C-498/10, X, pár. 17 y 21 (no publicado aún en los ECR. Disponible en la web del Tribunal); DOUMA: 2012, 67-83; SMIT: 2012, 134].

²²⁵ TERRA y WATTEL señalan que un gravamen excesivamente alto en determinados productos puede considerarse una medida que perjudica directamente a las libertades (TERRA y WATTEL: 2012, 56); SMIT: 2012, 134; DOUMA: 2012, 71; *vid.*, también Caso C-383/01, *Danske Bilimporter*, I-6065 (2003).

²²⁶ En nuestra opinión, la prohibición bajo el TFUE de medidas que hagan el ejercicio de las libertades comunitarias «ilusorio» como fue propuesto por el TJUE en los Casos C-163/94, C-165/94 y C-250/94, *Sanz de Lera and Others*, ECR I-4821 (1995), pár. 25; Caso C-302/97, *Konle*, ECR I-3099 (1999), pár. 44; y Caso C-367/98, *Commission v. Portugal*, I-4756 (2002), pár. 45, entre otros, no implica que en todos los supuestos pueda restringir la libre circulación, sino que pueda imponer un obstáculo sustancial que exija de un esfuerzo que pueda modificar el comportamiento de los sujetos al ejercer la libertad. En el caso del ITF, es nuestra opinión que el ITF supondrá un obstáculo que condicionará sustancialmente el ejercicio de las libertades comunitarias. La cuestión es, pues, determinar cuándo el tributo tendrá un impacto suficiente como para condicionar el ejercicio de la libertad. Esto sucederá en los casos en que el tributo sea superior al rendimiento esperado del ejercicio de la libertad. El caso paradigmático se dará en los supuestos de transacciones de un amplio volumen con escaso margen donde el tributo absorberá todo el rendimiento derivado del ejercicio de la libertad, que no es otro que la inversión en mercados o instrumentos financieros de un Estado partícipe del ITF.

²²⁷ SMIT: 2012, 135.

²²⁸ Caso C-134/03, *Viacom v. Giotto Immobilier*, I-1167 (2005), pár. 38; *Commission v. Belgium*, pár. 28.

en tanto en algunos casos va a gravar riquezas inexistentes²²⁹. Pero más allá, algunos autores han apuntado que en el caso de transacciones compuestas de varias suboperaciones, el impuesto se va a pagar en repetidas ocasiones, con consecuencias disuasorias en la transferencia de capitales²³⁰.

A pesar de que las medidas fiscales no pueden ser tenidas en cuenta *prima facie* como una restricción²³¹, parece ser cierto, según nuestro análisis, que el ITF podría hacer el ejercicio de las libertades menos atractivo. Pero el hecho de que consideremos el tributo una restricción, no implica en todo caso su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Algunas limitaciones a las libertades comunitarias pueden encontrar amparo bajo la doctrina de la «rule of reason» o causas de justificación en otros objetivos del Tratado²³². La doctrina «rule of reason» establece justificaciones con base en principios de interés general para normativas que conculquen las libertades comunitarias²³³.

Estas causas de justificación de interés general bajo la norma «rule of reason» han sido desarrolladas por el TJUE de forma casuística y restrictiva. Hasta el momento, el TJUE ha aceptado la aplicación de dicha doctrina en el ámbito fiscal para (i) la necesidad de supervisión fiscal efectiva, (ii) la necesidad de protección de la coherencia del sistema fiscal, (iii) la necesidad de establecer un adecuado reparto de la potestad tributaria, (iv) la necesidad de prevenir el abuso del derecho, y (v) la aplicación de las mismas medidas restrictivas en situaciones domésticas comparables²³⁴. La justificación, por tanto, debe encontrarse en alguno de estos objetos, o algún otro objeto relacionado contenido en el Tratado.

²²⁹ Algunos autores señalan que un tributo excesivamente alto constituye una restricción. Sin embargo, el TJUE ha sido reticente a establecer un nivel máximo de tributación a partir del cual se entienda conculcada la libertad. SORESENSEN: 2007, 249 y ss.

²³⁰ SORESENSEN: 2007, 251.

²³¹ DOUMA: 2012, 71.

²³² Las justificaciones bajo principios de interés general son aceptadas por el TJUE desde su jurisprudencia inicial. Sin embargo, en función de las libertades en cuestión reciben distintas denominaciones. La doctrina ha denominado a las causas de justificación no escritas como «rule of reason» opuestas a las excepciones explícitas en el Tratado (TERRA y WATTEL: 2012, 52 y ss.). Esta doctrina fue desarrollada para modular el amplio margen de las libertades y sus escasas limitaciones, como fue propuesta inicialmente en el Caso *the Cassis de Dijon judgment* [Caso C-120/78, *Rewe Zentrale Ag v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, I-649 (1979)], y más recientemente, en los casos C-204/90, *Bachmann v. Belgian State*, I-00249 (1992); C-277/95, *P. Lenz v. Commission*, I-6109 (1996); C-35/98, *Verkooijen*, ECR I-4071 (2000); *Futura*, *supra* n. 152; C-319/02, *Manninen*, I-7498 (2004).

²³³ En este sentido, tales medidas discriminatorias solo pueden encontrar justificación en las medidas expresamente contempladas en el Tratado, en su artículo 65 para el caso de la libre circulación de capitales. Por su parte, las restricciones, al ser de creación jurisprudencial o armonización negativa, encuentran un amplio espectro de justificaciones más laxo, ya que pueden estar justificadas en otros objetivos comunitarios o de interés general (TERRA y WATTEL: 2012, 57 y ss.). A pesar de lo anteriormente mencionado, un grupo de académicos sostiene que las justificaciones del artículo 65 son un mero recordatorio o codificación de la doctrina desarrollada por el TJUE en torno a las causas que justifican medidas contrarias a las libertades y, por tanto, no existe diferencia alguna entre aquellas mencionadas expresamente en el Tratado y las no explícitas (TERRA y WATTEL: 2012, 72).

²³⁴ TERRA y WATTEL: 2012, 60.

El primer objetivo del Tributo es generar ingresos públicos que permitan obtener del sector financiero una contribución justa y sustancial para pagar los costes de la crisis financiera. Esta justificación, tosca para amparar una restricción en las libertades, se asemeja más a un principio de culpabilidad-pago. Sin embargo, en mi opinión, esto no resulta admisible como justificación en tanto no existe un vínculo directo entre la causa y la consecuencia, como sí lo existe en el principio «el que contamina, paga». No todas las entidades financieras han contribuido de forma igual a la crisis²³⁵. Para poder justificar este extremo, el impuesto debería adquirir visos de impuesto extrafiscal más que de tributo recaudatorio como parece deducirse de la propuesta.

Por otra parte, la supervisión del sector financiero podría dar cabida a una causa de justificación que amparase la conculcación de la libre circulación de capitales. A mi parecer, en la medida en que trata de reducir la volatilidad financiera y de obtener ingresos, más que de obtener una supervisión efectiva del sector financiero o su fiscalidad, este argumento debe ser descartado²³⁶. De esta forma y a nuestro juicio, el tributo se centra en el objeto –la transacción– de forma aislada, sin tener en cuenta el conjunto o el sujeto como elemento parte –como contribuyente– del sistema fiscal, de forma que pudiera coadyuvar a supervisar su funcionamiento.

Estabilizar los precios y asegurar el funcionamiento del mercado interior podría constituir una justificación de la conculcación de las libertades comunitarias. Empero, esto no puede ser admisible tras un análisis detenido, porque, como sostiene SMIT, se trata de un argumento excesivamente genérico que podría justificar numerosísimas restricciones a las libertades²³⁷. En este sentido, el TJUE ha rechazado la posibilidad de justificar restricciones con base en objetivos de carácter general contenidos en el Tratado, por la inseguridad jurídica que ello conllevaría. En mi opinión, que comparto con el mencionado autor, el ITF bajo cooperación reforzada como restricción a la libre circulación de capitales no puede encontrar amparo en tales argumentos.

Por último, el argumento más sólido para justificar el ITF bajo la perspectiva de restricción a las libertades comunitarias es la eficiencia y estabilidad de los mercados financieros²³⁸. Sin embargo, esto requiere de varias precisiones. En primer lugar porque, en términos generales, podría ser más acertado aplicar medidas regulatorias para conseguir ese resultado sin las consecuencias negativas del ITF tal y como ha sido propuesto²³⁹. Empero no podemos olvidar que los tributos, sobre todo en aquellos de marcado carácter extrafiscal, pueden ser extraordinarias herramientas regulatorias y aquí el ITF podría encontrar fundamento. Sin embargo, una medida fiscal de estas características pondría el foco de forma más precisa sobre transacciones financieras de alto ries-

²³⁵ SMIT: 2012, 139.

²³⁶ DIETLEIN: 2012, 208; SMIT: 2012, 138.

²³⁷ SMIT: 2012, 140.

²³⁸ SMIT: 2012, 138.

²³⁹ Las Sentencias del TJUE sobre la denominada «rule of reason» requieren que la restricción no vaya más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo [Caso C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, I- 4165 (1995)].

go, movimientos especulativos u operaciones rápidas con pingües rendimientos. En consecuencia, tales tributos deberían caracterizarse por disminuir su gravamen a medida que las transacciones financieras gocen de un menor riesgo, provocando el incentivo fiscal de estas últimas. Con ello se conseguiría una mayor estabilidad del sistema financiero. Este no es el caso del ITF como ha sido propuesto por la Comisión, gravando de forma similar, si no idéntica, las transacciones con fines especulativos y las transacciones no especulativas²⁴⁰. La posición de la propuesta asume que en la medida en que se incremente el número de transacciones, el gravamen va a ser mayor al configurarse el tributo en un tipo fijo por el valor de la transacción. Esta afirmación resulta cuando menos dudosa, ya que el tipo efectivo sobre transacciones rápidas de amplios márgenes va a resultar el mismo exactamente que el de aquellas inversiones realizadas a varios años con un mayor reflejo en la realidad económica. En este sentido, las transacciones de bajo rendimiento, pero de amplio volumen, que carezcan de fines especulativos, se verán gravemente perjudicadas –o su beneficio será incluso absorbido por el impuesto– sin alcanzar tal objetivo, expulsando a este tipo de inversores fuera del mercado. Esto resulta a todas luces contrario al objetivo de estabilizar el sistema financiero. Las transacciones con márgenes escasos tienen una mayor correlación con comportamientos financieramente responsables que otras con grandes márgenes operando en tiempos reducidos. Pero más aún, el impuesto construye una suerte de presunción especulativa general que no tiene cabida bajo la jurisprudencia del TJUE²⁴¹. En mi opinión, sería posible aplicar tal interdicción al ITF de forma que este hecho sería un nuevo indicio de la incompatibilidad del ITF con las libertades comunitarias. Pero más aún, estos objetivos se encuentran íntimamente relacionados con objetivos generales de política económica, que no parecen encontrar fundamento como justificantes de restricciones en las libertades para el TJUE y gran parte de la doctrina²⁴².

De esta forma, operaciones de escaso rendimiento se verían mucho más afectadas por el tributo que operaciones de márgenes altos, sin ninguna correlación con el objeto del tributo. Es dudosa la relación entre el volumen de las transacciones y su distorsión en el mercado, y parece más acertado poner el foco sobre el tiempo de maduración de las inversiones. Pero más allá, la configuración del tributo puede provocar distorsiones en el mercado y en la propia eficiencia del mismo, tal y como reconoce la Comisión Europea. El impacto de la propuesta señala que puede reducir el PIB de la Unión de forma sustancial, dependiendo de la configuración final del tributo²⁴³. En consecuencia, y de forma parcialmente concordante con nuestra posición de que existen medidas alternativas que casen mejor con el objetivo, algunos autores han argumentado que un gobierno «honorable» regularía el sector financiero en lugar de gravarlo²⁴⁴.

²⁴⁰ La Comisión Europea reconoce el problema de distinguir entre operaciones especulativas y no especulativas, así como que el tributo recaerá sobre ambas. (SEC 1166 2010, 14).

²⁴¹ Caso C-478/98, *Commission v. Belgium*, ECR I-7587 (2002), pár. 41; Caso C-334/02, *Commission v. France*, I-224 (2004), pár. 28.

²⁴² TERRA y WATTEL: 2012, 60.

²⁴³ SEC (2011) 1102 final, vol. 1.

²⁴⁴ DIETLEIN: 2012, 211.

El objetivo del impuesto en abstracto coincide con los objetivos de la UE y podría en consecuencia estar cubiertos por la denominada «*rule of reason*», pero la configuración del tributo pierde esta conexión. La configuración responde más a un principio de pago de las externalidades causadas que al principio de estabilidad, como previamente hemos señalado. En consecuencia, no es aceptable como causa de justificación en la medida en que la conexión entre las causas de crisis del sistema financiero y sus consecuencias son demasiado genéricas y distantes.

Una medida aceptable podría establecerse sobre la base de la limitación de posiciones en corto y operaciones con altos rendimientos en periodos de maduración breves. Algunas propuestas basadas en índices de rentabilidad ordinarios podrían ser estudiadas en profundidad y traídas a colación en el estudio del ITF para Europa. Un ejemplo de este tipo de tributos, aunque basado en el estado financiero de la entidad financiera a través de su balance, lo constituyen los impuestos sobre balance (*Bank Levy*) promulgados por numerosos Estados miembros de la Unión Europea²⁴⁵. En la medida en que tales tributos correlacionan el pasivo bancario con su riesgo y atribuyen una mayor tributación a aquellos más volátiles, responden de forma más acertada con el fin de gravar el sector financiero. De esa forma, las entidades financieras pueden bajar su factura fiscal trasladando sus posiciones financieras hacia partidas de un riesgo menor.

Sin embargo, en la situación que toma forma en la UE bajo cooperación reforzada, la exposición realizada *ut supra* difiere ligeramente.

El establecimiento de un marco tributario bajo la cooperación reforzada exige un plus de análisis de su respeto a las libertades comunitarias. La propia normativa reguladora de la cooperación reforzada prevé expresamente el necesario respeto en toda su extensión. Frente al establecimiento en toda la Unión bajo el artículo 113 del TFUE en el que la propia normativa podría dar respaldo a diferencias en tratamientos, como es el caso de la diferencia de tipo impositivo en el IVA, la cooperación reforzada exige un escrupuloso respeto a las Libertades Comunitarias. Nos encontramos, por tanto, ante un análisis del respeto a las mismas «reforzado». Lo contrario supondría un desmantelamiento del elemento esencial de la UE: el mercado interior. Podemos así afirmar que las libertades involucradas en el establecimiento ITF podrían verse moduladas por el propio ejercicio de la potestad reguladora de la Unión en el ámbito de la imposición indirecta, no pudiendo ser así en el caso de la cooperación reforzada y debiendo respetarse en toda su integridad dichas libertades.

El posible establecimiento de una zona armonizada donde se aplique el tributo frente a otra zona de la Unión que se mantenga fuera de la cooperación reforzada establece, en mi opinión, una barrera fiscal. La Comisión, en este sentido, argumenta que la armonización de once Estados miembros resulta en una mejor situación para la Unión que la no armonización. Pero tal conclusión es insuficiente. Desde nuestro punto de vista, el argumento resulta alambicado, en la medida en que no pone el foco en el problema entre la interrelación de los tributos, su distribución competencial, y el profundo desarrollo actual de las libertades comunitarias. Parece poco acertado

²⁴⁵ Entre otros, Reino Unido, Portugal, Chipre, Austria, Alemania o Francia. *Vid.*, HERNÁNDEZ: 2012, 79-102. VELLA ha sugerido armonizar este tributo en lugar de establecer un ITF (PARILLO: 2012, 2).

afirmar que resulta preferible 12 zonas fiscales frente a 27, puesto que es posible que la existencia de 27 zonas sea per se contraria a las propias libertades²⁴⁶. La consecuencia de la cooperación reforzada será la existencia de dos zonas, en las que aquellos operadores financieros que radiquen fuera de la zona armonizada encontrarán un obstáculo para invertir en la zona donde se exacciona el tributo, conculcando así sus libertades²⁴⁷. Esta no es la opinión del Abogado General Bot, que en su opinión general sobre la cooperación reforzada en materia de patentes sugiere que la creación de un sistema jurídico unitario, aunque sea únicamente en una parte de la Unión, ayuda necesariamente al funcionamiento del mercado interior y reduce las barreras al intercambio comercial y la distorsión de la competencia. La reducción de disparidades, incluso cuando no es unánime en toda la Unión, es vista por la Abogada General Bot como una contribución al desarrollo de la Unión como conjunto²⁴⁸.

No compartimos tal posición por dos motivos. En primer lugar porque mantiene fuera del análisis la creación de una UE a dos niveles en el ámbito de armonización, beneficiando el establecimiento y la libre circulación dentro de la zona de cooperación reforzada –en el caso de las patentes unitarias– y desincentivando el registro de patentes fuera de la zona de cooperación reforzada. Así, las empresas involucradas podrán registrar sus derechos industriales en un país perteneciente a la cooperación, accediendo por tanto a otros países miembros de la cooperación reforzada. En sentido opuesto, la adición de costes en el acceso al país fuera de la cooperación reforzada puede redundar en la exclusión de tal país como mercado para la empresa en cuestión. La consecuencia es la preferencia de comerciar en la zona de cooperación reforzada conculcando el mercado interior y las libertades.

Pero además, el resultado en materia de patentes y de ITF no resulta a nuestros ojos comparable. La armonización en materia de patentes reduce trámites y obstáculos para los países miembros de la cooperación, mientras que el ITF introduce una barrera. Para el primero, la distorsión en el mercado interior se producirá por el incentivo de la zona bajo cooperación frente a la otra. Por el contrario, con el ITF, se producirá una restricción añadiendo costes en el acceso a los mercados de capitales bajo la cooperación reforzada. Se trata en ambos casos de una distorsión en el funcionamiento del mercado, pero en sentido dispar.

En conclusión, esta división de la Unión en dos zonas conlleva irremisiblemente, aun cuando la configuración del Tributo per se encontrara amparo en la estabilidad y eficiencia del mercado como justificación de la restricción a la libre circulación de capitales, a una nueva violación de las libertades. Esta segunda violación no sería ya debida a la configuración del impuesto, sino a su territorialidad.

²⁴⁶ *Vid.*, en este sentido, la crítica de VELLA a la falacia de la Comisión de los perjuicios para el mercado interior de 27 sistemas de ITF en carta de 26 de marzo de 2013 del Presidente del Comité para la Unión Europea de la Cámara de los Lores al Secretario del Tesoro, accesible en <http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-sub-com-a/FTTEnhancedScrutiny/260313FTT.pdf>.

²⁴⁷ ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 252.

²⁴⁸ Opinión de la Abogada General Bot, pár. 137-153.

Más aún, la restricción a las libertades se vería agravada en aquellos supuestos en los que el impuesto sea exigido por razón del criterio de emisión, y la transacción tenga lugar en uno de los países miembros de la Unión que poseen formas de ITF y que no se han sumado a la cooperación reforzada estando sujeta al mismo²⁴⁹. En estos casos, se producirá una doble imposición que agravará la institución del ITF, y del otro gravamen existente. Ello sin perjuicio de que este último también puede ser origen de restricción a las libertades en solitario, o en conjunción con el ITF.

El problema, a nuestro juicio, y como sugirió el Abogado General Ruiz-Jarabo, encuentra su esencia en que los impuestos se muestran como una de las barreras existentes más sólidas contra las libertades comunitarias y, sin embargo, estas permanecen bajo el control de los Estados miembros²⁵⁰. El único avance en este sentido se ha producido a través de la denominada armonización negativa del TJUE, cuya competencia en esta materia es dudosa y criticada. Este problema lleva directamente a la asimetría de la Unión, con un alto grado de desarrollo de las libertades y un bajo desarrollo de la armonización en materia fiscal directa²⁵¹. Esta cuestión, conexas con las reducidas competencias del Parlamento Europeo en tributación, es uno de los mayores obstáculos a los que tendrá que enfrentarse la Unión en los años venideros.

Sin embargo, podría existir una causa que justificara la conculcación de la libre circulación de capitales que conlleva la cooperación reforzada. Esta radicaría en la teoría de la construcción de la Unión paso a paso, de forma que no todos los pasos deben ser dados por todos los Estados miembros al mismo tiempo. Ejemplo de esto lo encontramos en los acuerdos Schengen o en la Unión Monetaria Europea (UME). Sin embargo, en mi opinión, este argumento no puede ser aplicado como causa de justificación por dos motivos. El primero es que Schengen o la UME se desarrollaron de forma paralela a la Unión, pero en un principio no formaban parte de su seno, de forma que al incorporarse en los Tratados Comunitarios estos preveían expresamente su configuración parcial. Por el contrario, el ITF se trata de Derecho Derivado sustentado en la propia UE, que exige expresamente el respeto al mercado interior y las libertades comunitarias. Pero además, el segundo argumento de nuestra posición se basa en que Schengen y la UME eliminaban barreras, mientras que el establecimiento del ITF supone en muchos casos la creación *ex novo* de un instrumento que por se añade un obstáculo económico a las libertades.

La cuestión se desplaza como hemos dicho a la soberanía de los Estados miembros en relación con las potestades tributarias en contraposición a las libertades comunitarias. Los artículos 113 y siguientes del TFUE deben ser analizados y reformados para permitir un desarrollo más ágil en una Unión a 27, donde la unanimidad en la mayor parte de las medidas fiscales conlleva un bloqueo permanente de avances en la armonización de dicha materia, que es una de las cuestiones esenciales en la realización del mercado interior.

²⁴⁹ ENGLISH, VELLA y YEVGENYEVA: 2013, 230.

²⁵⁰ Opinión del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, Caso C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst*, pár. 2 (26 oct. 2001).

²⁵¹ AUJEAN: 2010, 11-22.

Al contrario de lo que afirma la Comisión, la preferencia de 17 sistemas de ITF contra 27 no resulta admisible en la medida en que los Estados que se mantengan al margen de la Comisión no establezcan el tributo, o al menos en el sentido amplio de la Comisión. De facto, habrá dos áreas, al menos a medio plazo, como la oposición de Suecia y Reino Unido —entre otros y como líderes de esa oposición— demuestra.

Por consiguiente, en nuestra opinión, la propuesta conculca las libertades comunitarias y no es admisible bajo el Derecho Primario de la UE. Más allá, la mayor parte de las propuestas fiscales bajo cooperación reforzada no van a superar este test, de forma que tal instrumento no resulta idóneo en materia fiscal. El mantenimiento de Estados miembros fuera de la cooperación reforzada resultará en restricciones y discriminaciones en las libertades que deberán ser justificadas de forma certera²⁵². Esto es por lo que numerosos autores afirman que la tributación no es el mejor ámbito para el ejercicio de la cooperación reforzada, en la que encuentran un mejor acomodo las competencias complementarias²⁵³.

6. COMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DERIVADO

En el ámbito del Derecho Derivado, dos son las normas cuya regulación entra en directa relación con la configuración del impuesto y su compatibilidad con el Derecho de la Unión. En primer lugar, la propuesta realizada por la Comisión Europea se refiere al impuesto como impuesto indirecto, poniendo tal instituto en directa relación con la Directiva 2006/112/EC del IVA²⁵⁴. En este sentido, la mencionada Directiva prohíbe tributos sobre las ventas distintos del IVA armonizado por la misma, aunque mantiene la posibilidad de establecer gravámenes sobre instrumentos financieros²⁵⁵. A pesar de que la propuesta de la Unión contiene algunos elementos cercanos a los impuestos sobre el volumen de negocios²⁵⁶ y se pretende su argumentación como sustituto del IVA en el sector financiero, su cuantificación se nos antoja a priori complicada de encajar en los caracteres de la tributación indirecta prohibida por la mencionada Directiva.

Por otra parte, el hecho de que grave las transmisiones de instrumentos representativos de capital hace que sea necesario un análisis en profundidad de las Directivas relativas a los impuestos sobre la captación de capitales: la Directiva 69/335/EC y la posterior Directiva 2008/7/EC. En este sentido, la mayor parte de los países miembros de la UE han seguido la política de eliminación

²⁵² CERIONI: 2006, 190.

²⁵³ En contra de su uso en materia fiscal, URREA: 2002, 226. A favor, MANGAS MARTÍN: 2002, 32.

²⁵⁴ COM (2013) 71 final, 2.

²⁵⁵ Artículo 401 Directiva 2006/112/EC.

²⁵⁶ STIGLITZ: 1989, 102.

de impuestos sobre el capital, *stamp duties* y otros tributos de carácter similar²⁵⁷. La ratio de tal eliminación no era otra que la limitación o eliminación de tales impuestos en tanto estos podrían erigirse en un obstáculo para el establecimiento de empresas y, en consecuencia, la inversión²⁵⁸. La coincidencia de objeto con el ITF hace necesario el análisis en conjunto.

6.1. EL ITF COMO IMPUESTO INDIRECTO Y LA DIRECTIVA DEL IVA

El ITF es un tributo indirecto en tanto, tal y como reconoce la doctrina en esta distinción de clases de impuestos, grava un índice que no representa riqueza o capacidad económica de forma directa. Este carácter vendría determinado por el consumo de servicios financieros en transacciones unitarias, visto desde la perspectiva del impuesto. Tal consumo resulta un índice de la capacidad económica del sujeto que realiza la operación, que si bien no refleja sus índices de riqueza, patrimonio o ingresos, sí es consecuencia de ello. Por ello, podemos afirmar como presupuesto de análisis su carácter indirecto. Esto encuentra cierta confirmación en la medida en que la propuesta de la Comisión basa su implantación en la Unión a través del artículo 113 del TFUE, cuyo objeto es la armonización de la imposición indirecta²⁵⁹.

No obstante, numerosos académicos, y en el ámbito Europeo la Abogada General Stix-Hackl, apuntaron de forma acertada que la distinción entre impuestos directos e indirectos es una cuestión de regulación positiva que encuentra mayor fundamento en el ámbito de la categorización presupuestaria de los ingresos, más que una distinción relevante desde el punto de vista del análisis jurídico-tributario²⁶⁰. Sin embargo, debemos resaltar que bajo los Tratados de la Unión la cuestión adquiere una extraordinaria importancia en tanto los tributos indirectos son mencionados de forma expresa por su relevancia para la realización del mercado interior, y en especial para la libre circulación de mercancías²⁶¹.

²⁵⁷ España en 1988, Países Bajos en 1990, Alemania y Suecia en 1991, Dinamarca en 1999, Austria en 2001 y Francia e Italia en 2008 (CORTEZ y VOGEL: 2011, 18).

²⁵⁸ Párrafo 4 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2008/7/EC.

²⁵⁹ COM (2011) 594 final, 5.

²⁶⁰ La Abogada General Stix Hackl, en el análisis de la compatibilidad con el esquema del IVA comunitario en el Caso *Banca Popolare*, señalaba que no hay una definición general y universal de impuesto indirecto e indicaba además que la distinción radicaba en que el ingreso se obtenía directa o indirectamente de la persona sobre la que la presión fiscal recaía de forma económica. En palabras de la Abogada General, la distinción no es clara en la medida en que existen impuestos directos que tienen caracteres de indirectos y viceversa (Opinión de la Abogada General Stix Hackl, Caso C-475/03, *Banca Popolare di Cremona*, pár. 53-56, I-9394, 14 mar. 2006).

²⁶¹ El artículo 113 se refiere expresamente a la armonización de impuestos indirectos para garantizar el mercado interior y la competencia. Sin embargo, el artículo 114 referido a medidas armonizadoras para corregir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior y la competencia lo excluye expresamente de su objeto. Esto se debe a la voluntad de los Estados miembros de retener la soberanía fiscal a pesar de ser conscientes de que se trata de un elemento esencial en la distorsión del mercado interior.

La cuestión aquí se traslada por tanto a si el impuesto puede considerarse un impuesto sobre el volumen de negocios o se trata de un tributo de carácter específico, o incluso extrafiscal. El TJUE ha desarrollado en este sentido una asentada jurisprudencia que determina las características del tributo para ser considerado como tal, de forma que sea aplicable la prohibición de su establecimiento en los términos contenidos en el antiguo artículo 33 de la Directiva de IVA, ahora 401 de la Directiva 2006/113/EC²⁶². Esta jurisprudencia pone el acento sobre cuatro características esenciales que un tributo nacional debe poseer para cualificar como impuesto sobre el volumen de negocios, prohibido por la Directiva. A pesar del reconocimiento del TJUE de que otras características puedan radicar en este tipo de impuestos, existe abundante jurisprudencia comunitaria, afirmando que la falta de uno solo de los elementos descritos conlleva la irrelevancia de tal tributo a los efectos predichos. A pesar de que el TJUE ha modulado los requisitos en determinadas sentencias, la jurisprudencia consistente ha mantenido una interpretación estricta de la prohibición de tributos distintos del IVA, limitándose a analizar los caracteres esenciales del IVA en el tributo objeto de estudio, y en consecuencia admitiendo su validez, o denegándola.

Estas características son generalidad, proporcionalidad, aplicabilidad en cada fase del proceso de producción, y que el gravamen recaiga sobre el valor añadido de forma que el IVA soportado pueda ser objeto de deducción.

Sin embargo, el TJUE ha señalado, anunciando un acertado camino que no ha fructificado, que las características de un impuesto sobre el volumen de negocios pueden ser moduladas y que no tiene que coincidir con precisión con el IVA²⁶³. Pero a pesar de ello, numerosas sentencias han rechazado la prohibición del tributo basándose únicamente en la falta de generalidad en la aplicación a todos los bienes y servicios sin analizar el impuesto en todos sus términos²⁶⁴. Esta interpretación ha sido objeto de crítica por parte de algunos académicos²⁶⁵. En nuestra opinión, el criterio de generalidad no debe ser tenido en consideración como la única característica al objeto de que el tributo sea considerado un impuesto sobre el volumen de negocios. La ratio de nuestra

²⁶² Caso C-295/84, *Rousseau Wilmot SA v. Caisse de compensation de l'organisation autonome nationale de l'industrie et du commerce*, I- 3764 (1985); Caso C-391/85, *Commission v. Belgium*, I-596 (1988); Asuntos Acumulados C-93/88 y C-94/88, *Wisselink en Co. BV, Amsterdam v. Staatssecretaris van Financiën y Abemij BV, Hart Nibbrig en Greeve BV and Others v. Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-2700 (1989); Caso C-200/90, *Dansk Denkvit ApS and P. Poulsen Trading ApS v. Skatteministeriet*, I-2240 (1992); Caso C-208/91, *Raymond Beaulande v. Directeur des Services Fiscaux, Nantes*, I-6727 (1992); Caso C-130/96, *Fazenda Pública v. Solisnor-Estaleiros Navais SA*, I-05053 (1997); Caso C-437/97, *Evangelischer Krankenhausverein Wien v. Abgabenberufungskommission Wien, y Wein & Co HandelsgesmbH v. Oberösterreichische Landesregierung*, I-01157 (2000); Caso C-475/03, *Banca Popolare di Cremona Soc. Coop. sarl v. Agenzia Entrate Ufficio Cremona*, I-9440 (2006); Asuntos Acumulados C-283/06 y C-312/06 *KÖGAZ rt and Others v. Zala Megyei Közigazgatási y OTP garancia Biztosító rt v. Vas Megyei Közigazgatási hivatal*, I-8467 (2007). Un buen resumen de dicha jurisprudencia podemos encontrarlo en la Opinión de la AG Stix Hackl, en *Banca Popolare*.

²⁶³ *Ibid.*, C-200/90, *Dansk Denkvit*; C-437/97, *Wein Krankenhaus*.

²⁶⁴ *Ibid.*, C-130/96 *Solisnor Estaleiros Navais*, C-437/97 *Wein Krankenhaus*, Casos C-93/88 y C-94/88 *Wisselink*.

²⁶⁵ MAURITZEN: 1997, 11.

afirmación se basa en que, cumpliendo con tal requisito, se podría eludir la prohibición de la Directiva creando tantos tributos separados con matices propios como categorías de bienes y servicios existan. Así, serían conformes con la Directiva a pesar de que estos tributos provocarían una sustancial distorsión en el mercado interior y las libertades comunitarias.

Desde nuestro punto de vista, el análisis debe trasladarse a los principios y objeto del IVA –i.e., gravar el consumo– junto con los caracteres de la Directiva, así como a tener en consideración su carácter fiscal o extrafiscal²⁶⁶. Los tributos específicos con objetivos extrafiscales son así configurados con fin distinto del recaudatorio –al menos desde un punto de vista académico– y no deberían por tanto caer en la categorización de impuestos sobre el volumen de negocios. Sin embargo, los tributos sobre el consumo, incluso cuando carecen de los cuatro caracteres enunciados por el Tribunal, deben ser analizados por su potencial colisión con la Directiva, en la medida en que busque gravar el mismo objeto del IVA. En consecuencia, en función de su incidencia sobre el consumo y sean recaudatorios, tales impuestos deberían ser determinados como contrarios a la Directiva del IVA. Esta línea argumental, si bien ha sido expuesta tímidamente por el TJUE en pronunciamientos aislados, no constituye jurisprudencia consolidada, primando la línea jurisprudencial basada en los cuatro caracteres esenciales antes expuesta²⁶⁷.

Por todo lo anterior, en correspondencia con el hecho de que el ITF no grava con carácter general bienes y servicios, no podría ser considerado un impuesto sobre el volumen de negocios, prohibido por la Directiva. Cuestión distinta son los posibles caracteres intrínsecos del ITF como tal. Esto, a nuestros ojos, debería ser analizado desde la perspectiva de su objeto y fines.

En nuestra opinión, tampoco caería el tributo bajo tal consideración desde el punto de vista expuesto, puesto que el impuesto se presenta a priori como un tributo de carácter extrafiscal, cuyo objeto es reducir la especulación. A pesar de ello, el análisis que hemos venido defendiendo de que la configuración propuesta no responde en absoluto a un tributo de carácter extrafiscal podría dar soporte a una posible colisión entre el ITF y la Directiva del IVA. En la medida en que el impuesto grave el consumo de productos financieros podría ser contrario a los mencionados preceptos de la Directiva del IVA. En este sentido, somos favorables a este último parecer, advirtiendo una nueva complicación en el encaje del ITF en el Derecho de la Unión.

Pero hay que tener en consideración que numerosos académicos han argumentado que no es posible analizar el ITF como tributo sobre el consumo. Ello, entre otros motivos, por la –desde su perspectiva– no correlación de los productos financieros con el concepto de valor añadido. La consecuencia es que el ITF no cabría bajo el esquema del IVA, como algunos académicos han sugerido²⁶⁸. Esta afirmación es cierta en la medida en que el tributo no está gravando valor añadido sino el valor total de la transacción, pero no resulta cierto que el tributo no recaiga sobre

²⁶⁶ Opinión de la Abogada General Stix Hackl, Opinion, *Banca Popolare*, pár. 29 *et seq.*

²⁶⁷ Caso C-295/84, *Rousseau Wilmot*.

²⁶⁸ HENKOW: 2012a, 23.

el consumo. Las transacciones financieras son servicios prestados por determinadas partes vendiendo y comprando instrumentos financieros. Si bien es cierto que hay una parte de la transacción que es la transmisión de un objeto no susceptible de consumo, las transacciones financieras suelen llevar aparejadas una serie de servicios accesorios que se consumen con las transacciones en sí mismas –transmisión, *clearance*, tenencia, depósito...–. A mayor abundancia, no cabe duda de que disponer de un instrumento financiero en el momento justo y en el lugar preciso es una prestación de servicios. He aquí que la cuestión no es si se trata de consumo sino qué parte de la transacción es consumo en el caso de un servicio aparejo a la transmisión de un producto financiero. El ITF podría fallar en este sentido a la hora de cuantificar el valor de la transacción como servicio en sí mismo pero, en nuestra opinión, en su configuración posee características de impuestos sobre el volumen de negocios, y no de tributo de carácter específico o extrafiscal. Por tanto, dos de las principales características del IVA reconocidas por el TJUE están presentes, como son la proporcionalidad con el precio de la transacción y la repercusión a los consumidores. A pesar de que su concepción por algunos académicos y la Comisión como sustituto del IVA da soporte a esta visión, no resulta del todo convincente su carácter en un sentido y parece asemejarse a una suerte de híbrido fiscal-extrafiscal que pretende recaudar al tiempo que desincentiva determinadas conductas, aunque sin habilitar vías para el escape al tributo de comportamientos financieramente responsables.

Además, la configuración del ITF es también similar a los obsoletos impuestos sobre el volumen de negocios en tanto grava el valor total de la transacción sin deducir el IVA soportado. Esto provoca que cada transacción tenga en consideración, para el cálculo del gravamen, el tributo pagado en transacciones previas. Así, la configuración lleva a gravamen sobre gravamen en una deficiente configuración técnico-tributaria²⁶⁹, lo que constituye un nuevo indicio de que su existencia puede estar limitada por la Directiva de IVA. Si este tributo se asemeja a los impuestos sustituidos por el IVA precisamente por las distorsiones que generaban, resulta al menos inconsistente que la prohibición no se preocupe de impuestos con estos caracteres y solo prohíba aquellos que graven el valor añadido al igual que el IVA. En el caso de los derivados, que comportan numerosas transacciones, acuerdos de financiación a través de sucesivas operaciones, y otras transacciones financieras múltiples, el tributo se incrementará sustancialmente en tanto el tributo de una operación se calculará a través del coste sobre el tributo previamente pagado. Esta situación no tiene absolutamente ninguna consonancia con el valor de las transacciones, provocando que el ITF posea desde su propio nacimiento un fallo, que fue de los primeros en los que las armonizaciones comunitarias pretendieron incidir²⁷⁰.

²⁶⁹ Con carácter previo al establecimiento del sistema de IVA, los impuestos sobre el volumen de negocios tomaban como base el importe total de la transacción. Como consecuencia, el impuesto era acumulado en la siguiente fase de la producción a través del precio. El resultado era que, en la siguiente fase, el impuesto se calculaba sobre el impuesto de la fase anterior produciendo una multiplicación del tributo. Al final, los consumidores soportaban un porcentaje de impuesto muy superior al propio porcentaje del impuesto.

²⁷⁰ VOGEL y CORTEZ: 2012, 83.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, el ITF parece ser un tributo de carácter específico si tenemos en consideración sus objetivos²⁷¹. El problema radica en determinar si su verdadero objetivo es recaudar en un contexto de exíguo contenido de las arcas públicas, o si por el contrario pretende desincentivar determinadas operaciones. En la medida en que es discutible si bajo la configuración actual puede alcanzar sus objetivos, en nuestra opinión es complicado afirmar que se trata de un tributo específico y no de un impuesto sobre el volumen de negocios.

Esta cuestión no resulta irrelevante si bajo el esquema aprobado de cooperación reforzada, el ITF debe respetar todo el Derecho de la Unión, incluidas las Directivas Comunitarias que no puede excepcionar de modo singular para los partícipes, siendo dudosa su compatibilidad con la Directiva de gravamen sobre la concentración de capitales y la Directiva del IVA²⁷².

6.2. EL ITF Y LA DIRECTIVA 2008/7/CE DE CONCENTRACIÓN DE CAPITALS

Como se ha afirmado en la sección anterior, teniendo en consideración la jurisprudencia del TJUE, resulta complicado definir el ITF como un impuesto sobre el volumen de negocios prohibido por el artículo 401 de la Directiva 2006/112/EC. Desde nuestro punto de vista, no se trata de una cuestión de afirmar que el ITF no es un tributo de tales caracteres, pero sus similitudes, así como el hecho de que sea un sustituto del IVA en el sector financiero por la exención de que goza, nos lleva a actuar con prudencia con la prohibición contenida en el artículo antes citado.

No cabe duda alguna de que se trata de un impuesto indirecto que recae en la categorización dada por el objeto de la Directiva reguladora de los Impuestos sobre Concentración de Capitales. En este sentido, la prohibición de establecer tributos indirectos en transacciones de capital no se aplica a tributos indirectos sobre transmisiones de instrumentos financieros en mercados secundarios, tal y como apunta el artículo 6 (1) (a) de la Directiva 2008/7/CE. Esta prohibición incluye los supuestos de emisión de acciones para entregar a cambio de obligaciones convertibles en tanto se consideran operaciones de mercado primario²⁷³. Por consiguiente, los Estados miembros pueden aplicar tributos en las transacciones financieras no vinculadas a la emisión o contribución del capital. Esto es, son gravables las operaciones sobre mercados secundarios. Varios Estados miembros han establecido o han mantenido estos tributos sobre mercados secundarios desde la

²⁷¹ HENKOW: 2012a, 23.

²⁷² Esto ha sido apuntado por la Comisión en su informe previo y con la inclusión en la propuesta original de la prioridad de la Directiva de ITF sobre la Directiva de Concentración de Capitales [COM (2010) 549 final]. Algunos académicos han argumentado problemas en la interacción entre ambas Directivas (CORTEZ y VOGEL: 2011, 28; DIETLEIN: 2012, 209). El resultado es que, en la nueva propuesta, la referencia ha sido suprimida con posibles conflictos entre ambas Directivas. *Vid.* COM (2013) 71 final, 9; también artículo 15 COM (2011) 594 final.

²⁷³ *Vid.*, BLANLUET y DE BOYNES: 2012, 1.048-1.049. *Vid.*, también, Caso C-415/02 *Commission v. Belgium* [2004] I-07215 referido a emisión de acciones para canjear en supuestos de fusiones.

promulgación de estas Directivas²⁷⁴. Atendiendo al carácter indirecto del ITF, y que recae sobre transmisiones en mercados secundarios, puede estar amparado por el artículo 6 (1) (a).

DIETLEIN argumenta que el ITF no encuentra cabida en el artículo 6 (1) (a) porque la excepción en él contenida para la regla general de prohibición del gravamen de las transacciones financieras debe ser interpretada en sentido restrictivo, como sucede con las normas que excepcionan una regla general. Así, solo las transmisiones en mercados secundarios de instrumentos financieros en sentido estricto podrían estar sometidas a tributación²⁷⁵. Este autor no apunta claramente a qué transacciones podría ser aplicada la exclusión, pero parece referirse únicamente a acciones y bonos, excluyendo el mercado de derivados. La propuesta original de la Comisión parecía dar soporte a tal afirmación al determinar la prevalencia de la Directiva del ITF sobre la Directiva de Concentración de Capitales²⁷⁶.

En nuestra opinión, esta visión no es admisible porque la exclusión de la regla general apuntada en el artículo 6 de la Directiva 2008/7/CE se refiere a instrumentos financieros representativos del capital como el objeto al cual la Directiva se aplica a la hora de prohibir impuestos indirectos. Es nuestra posición que la Directiva mencionada no se aplica a derivados y otros productos, y, en consecuencia, la Directiva no prohibiría gravámenes en mercados secundarios sobre derivados y otros productos estructurados. Adecuadamente, la exclusión del artículo 6 (1) (a) debe ser interpretada de forma estricta pero solo refiriéndose a instrumentos susceptibles de capitalización de una empresa, esto es, bonos y acciones.

Más aún, el artículo 5 de la mencionada Directiva contiene las normas de prohibición referidas a tributos indirectos en sentido amplio. La interpretación de la Directiva en sentido contextual parece proveer de exclusión a las transacciones del mercado secundario y prohibir gravámenes sobre transacciones en el mercado primario. Este enfoque está orientado a los caracteres de los mercados en el sentido de que la transacción sea primaria o secundaria. Además, el objeto de la Directiva es limitar la tributación de la concentración de capitales en empresa, y no la tributación de instrumentos representativos de capital en sí mismos.

La jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 2008/7CE limita la tributación de las transacciones relacionadas con la emisión o la obtención de capitales, o su admisión en mercados

²⁷⁴ El Reino Unido es un ejemplo de ello. Hasta 2003 gravaba con la denominada *Stamp Duty* los instrumentos financieros. Además, desde 1986 gravaba con la *Stamp Duty Reserve Tax* (SDRT) las transacciones no físicas de instrumentos financieros a los grandes intermediarios financieros como bancos y *market makers*. El TJUE resolvió sobre este tributo en el Caso C-569/07, *HSBC Holdings plc and Vidacos Nominees Ltd v. The Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs* (1 Oct. 2009), señalando que, en la proporción en la que tal tributo gravara nuevos instrumentos financieros emitidos con posterioridad a un incremento de capital, tal impuesto constituía una violación del artículo 11 (a) de la Directiva. Así, el gravamen de nuevos instrumentos financieros resulta prohibido, con independencia de que se trate de una compensación o emisión pura en sus propios términos.

²⁷⁵ DIETLEIN: 2012, 210.

²⁷⁶ Artículo 15 COM (2011) 594 final.

cotizados en cualquier forma, pero no todos los negocios conectados o subsiguientes²⁷⁷. Otros instrumentos financieros, como los derivados, no tienen relación directa alguna con el capital de las empresas y como resultado se refieren al capital de forma indirecta. En consecuencia, a mi entender, los derivados pueden ser gravados en su transmisión y primera emisión porque no están amparados por el objeto de la Directiva de Concentración de Capitales, sin perjuicio de que su gravamen deba cumplir con los principios, y especialmente las libertades de la UE.

También la interpretación del artículo 6 (1) (f) de la Directiva 2008/7/CE podría coadyuvar en el análisis anterior. Parece que tal artículo excluye el gravamen sobre el valor añadido del ámbito de la Directiva. Entendiendo la exclusión del ámbito de la Directiva del IVA como una definición negativa del ámbito de aplicación –y no como una autorización a los Estados a gravar a través del IVA las concentraciones de capital– podemos de igual manera afirmar que el artículo 6 (1) (a) es una definición del ámbito de la Directiva en sentido negativo y no una exclusión solo para los instrumentos en el contenido²⁷⁸.

De esta forma, todos nuestros argumentos indican que es posible para los Estados miembros gravar con un impuesto indirecto la transferencia de instrumentos financieros en un sentido amplio, sin que ello pueda menoscabar los principios de Derecho primario de la UE, especialmente en lo referido al mercado interior y a la libre circulación de capitales.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El Impuesto sobre las Transacciones plantea en la propuesta de la Comisión numerosos interrogantes y deficiencias en la configuración del tributo. Abundantes elementos del tributo nos hacen advertir un mayor componente del fin recaudatorio en la figura, frente a otros fines como la regulación de las operaciones financieras o la redistribución de la riqueza a causa de la globalización. En este sentido, sobresalen la configuración de la base imponible en índices que difícilmente configuran índices de riesgo o que permitan la regulación de tales operaciones. Más aún, tales índices, especialmente en el caso de los derivados cuya tributo se calcula por referencia al nocional, pueden entrar en directa colisión con el principio de capacidad económica.

No es nuestra posición criticar indiscriminadamente los fines recaudatorios de una figura tributaria. Los tributos resultan herramientas absolutamente necesarias para el sostenimiento de los gastos públicos y la redistribución de la riqueza. Sin embargo, fijar como fin preponderante la re-

²⁷⁷ Caso C-22/03, *Optiver BV v. Stichting Autoriteit Financiële Markten*, I-1850 (2005).

²⁷⁸ Las contribuciones de capital en líquido a una empresa son inversiones, y en consecuencia no recaen bajo el ámbito de gravamen del IVA. Cuestión distinta es la contribución en especie con bienes o servicios al capital de una empresa, de forma que la transmisión sí que podría estar sujeta a IVA, amparada bajo el precepto señalado anteriormente, sin que la emisión del valor representativo del capital pueda estar gravado en sí.

caudación aun a costa de una acertada configuración técnico-tributaria resulta arriesgado. Más aún en un tributo con fines extra-fiscales en los que es necesario conjugar la recaudación con el impulso a los objetivos perseguidos. Y ello no debe olvidarse a pesar de la conocida crisis financiera que ha agudizado la situación financiera de numerosos Estados. Más aún, debe extremarse el cuidado en la técnica legislativa y tributaria para garantizar la seguridad jurídica en tiempos de tribulaciones.

Pero del análisis efectuado, se deriva que uno de los puntos más relevantes es su dudosa compatibilidad con el ordenamiento de la Unión. El ITF se erige en la configuración actual como una barrera en el Mercado Interior que puede dividir en dos los mercados de capitales. Ello no tiene cabida en ningún caso bajo el mecanismo de la cooperación reforzada tal y como prescribe el TFUE. En nuestra opinión, la imposición al sector financiero resulta adecuada como elemento fiscal y regulatorio, pero ello no debe hacerse a cualquier precio, y la propuesta de ITF debe ser replanteada aun a costa de un incremento del coste de recaudación. También la armonización de otros instrumentos como el Impuesto sobre Balance puede ser un camino acertado como alternativa en la convergencia europea en la imposición al sector bancario.

Pero quizás la cuestión más relevante del análisis aquí efectuado es la dificultad de encajar el desarrollo de la armonización tributaria en el esquema comunitario actual. El amplio desarrollo de las libertades comunitarias, frente al mantenimiento de las potestades tributarias en los Estados miembros, implican una constante colisión entre ambos. Esta divergencia, unida a la disparidad de criterios sobre fiscalidad en el seno de la Unión, dificultan de forma creciente el desarrollo político y económico de la Unión.

Bibliografía

AUJEAN, M. [2010]: «Tax Policy in the EU: Between Harmonization and Coordination?», *European Review of Labour and Research*, 16.

BAKER, D. et ál. [2009]: «The Potential Revenue from Financial Transaction Taxes», *PERI Working Papers*, núm. 176.

BARREIRO CARRIL, M. C. [2010]: «National Tax Sovereignty and EC Fundamental Freedoms: The Impact of Tax Obstacles on the Internal Market», *Intertax*, vol. 38.

— [2012]: *Los Impuestos Directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

BLAKEMORE, A. e ILIFFE, O. [2012]: «Proposals for a European Union Financial Transaction Tax», *Tax Planning International*, vol. 13.

BLAUNLET, G. y DE BOYNES, N. [2012]: «Preliminary Thoughts on the French Financial Transaction Tax», *Tax Planning International*, vol. 68, núm. 11.

CALDERÓN CARRERO, J. M. [2006]: «Consolidación Fiscal e Importación de Pérdidas: el caso Marks & Spencer», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 257.

- CERIONI, L.: «The Possible Introduction of Common Consolidated Base Taxation via Enhanced Cooperation: Some Open Issues», *European Taxation*, vol. 46.
- CORTEZ, B. y VOGEL, T. [2011]: «A Financial Transaction Tax for Europe», *EC Tax Review*, núm. 1.
- CRAIG, P. y DE BURCA, G. [2011]: *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press.
- DE LA FERIA, R. (eds.) [2012]: *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing.
- DENYS, L. [2001]: «Tobin-Spahn Tax on Financial Transactions and Article 56 EC: An Opinion», *European Taxation*, vol. 41.
- DIETER, H. [2003]: *Reshaping Globalization: a New Order for International Financial Markets*, Institute for Global Dialogue.
- DIETLEIN, G. [2012]: «National Approaches Towards a Financial Transaction Tax and Their Compatibility with European Law», *EC Tax Review*, núm. 4.
- DOUMA, S. [2012]: «Non-Discriminatory Tax Obstacles», *EC Tax Review*, núm. 2.
- ENGLISH J.; VELLA, J. y YEVGENYEVA, A. [2013]: «The Financial Transaction Tax Proposal Under the Enhanced Cooperation Procedure: Legal and Practical Considerations», *British Tax Review*, núm. 2.
- GARCÍA PRATS, A. [2001]: «Incidencia del Derecho Comunitario en la configuración jurídica del Derecho Financiero (y III): Principios de justicia tributaria vs. Derecho Comunitario», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 261.
- HAQ, M. et ál. [1995]: *The Tobin Tax: Coping with Financial Volatility*, New York: Oxford University Press.
- HENKOW, O. [2012a]: «The FTT Proposal – An Overview of Legal Issues Arising», en MARRES, O. y WEBER, D.: *Taxing the Financial Sector Amsterdam*: IBFD.
- [2012b]: «The Commission's Proposal for a Common System of Financial Transaction Tax: A Legal Appraisal», *EC Tax Review*, núm. 1.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. A. [2012]: *Tributación Bancaria en la Unión Europea*, Madrid: Dykinson.
- [2013]: «On the European Way to a Financial Transaction Tax under Enhanced Cooperation: Multi-Speed Europe or Shortcut?» *Intertax*, vol. 41.
- HERRERA MOLINA, P. M. [2009]: *Convenios de Doble Imposición y Derecho Comunitario*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- JACQUÉ, J. P. [2010]: *Droit institutionnel de l'Union européenne*, París: Dalloz.
- KAVELAARS, P. [2012]: «Bank Taxes in Forms and Sizes: EC Opts for FTT», *Intertax*, vol. 40.
- KEYNES, J. M. [1973]: *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London: The Royal Economic Society-MacMillan.
- LANG, M. [2012]: «Cadbury Schweppes Line of Case Law from the Member States' Perspective», en DE LA FERIA, R. (eds.) [2012]: *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing.
- LYAL, R. [2012]: «Cadbury Schweppes and Abuse: Comments», en DE LA FERIA, R. (eds.) [2012]: *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing.

MANGAS MARTÍN, A. [2002]: «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza» en MOREIRO GONZÁLEZ, C. J.: *Tratado de Niza: análisis, comentarios y texto*, Madrid: Colex.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. [2012]: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos.

MAURITZEN, L. [1997]: «What is a Turnover Tax in the Sense of Article 33 of the Sixth VAT Directive?», *International VAT Monitor*, vol. 8.

MCCARTHY, H. L. [2007]: «Abuse of Rights: the Effect of the Doctrine on VAT Planning», *British Tax Review*, núm. 2.

PIZZITOLA, G. et ál. [2013]: «Amendments to Italy's financial transaction tax», *Tax Notes International*, vol. 69.

RICHARD, S. [2013]: «The European Tax on Financial Transactions: From principle to implementation», *Fondation Robert Schuman European Issues*, núm. 269.

SCHACKLEFORD, D. A. et ál. [2010]: «Taxation and the Financial Sector», *National Tax Journal*, núm. 63.

SCHULMEISTER, S. [2008]: «A General Financial Transaction Tax: Motives, Revenues, Feasibility and Effects», *Österreichisches Institut für Wirtschaftsforschung (WIFO)*, Mar. 2008.

SMIT, D. [2012]: «The Financial Transaction Tax and the TFEU», en MARRES, O. y WEBER, D.: *Taxing the Financial Sector Amsterdam: IBFD*.

SORENSEN, K. E. [2007]: «Towards a More Comprehensive Examination of the Compatibility of Indirect Taxes with the Internal Market», *Intertax*, 35.

SOUTHERN, D. [1998]: «The Taxation of Derivatives», *British Tax Review*, núm. 4.

SPAHN, P. B. [1995]: «International Financial Flows and Transaction Taxes: Survey and Options», *International Monetary Fund*, WP/95/60.

– [2002]: «The feasibility of taxing foreign exchange transactions», *Tax notes international*.

STIGLITZ, J. E. [1989]: «Using Tax Policy to Curb Speculative Short-Term Trading», *Journal Financial Services Research*, núm. 3.

SUMMERS, L. H. y SUMMERS, V. P. [1989]: «When Financial Markets Work Too well: A cautious Case for a Securities Transaction Tax», *Journal Financial Services Research*, núm. 3.

TERRA, B. y WATTEL, P. [2012]: *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer.

TOBIN, J. [1978]: «A Proposal for International Monetary Reform», *Eastern Economic Journal*, núm. 4.

URREA, M. [2002]: *La cooperación reforzada en la Unión Europea*, Madrid: Colex.

VANISTENDAEL, F. [2012]: «Cadbury Schweppes and Abuse Form: an EU Tax Law Perspective», en DE LA FERIA, R. (eds.) [2012]: *Prohibition of Abuse of Law: A new General Principle of EU Law?*, Hart Publishing.

VELLA, J. et ál. [2012]: «The EU Commission's Proposal for a Financial Transaction Tax», *British Tax Review*, núm. 6.

VOGEL, T. y CORTEZ, B. [2012]: «The Commission's Proposal to Introduce an EU Financial Transaction Tax», *European Taxation*, vol. 65.

LA NEUTRALIDAD IMPOSITIVA EN LA ADQUISICIÓN DE UNA VIVIENDA PARA EL USO EMPRESARIAL DE ESTA

Miguel Pérez de Ayala Becerril

Profesor de Derecho Financiero y Tributario.

Universidad CEU San Pablo

EXTRACTO

Para analizar la neutralidad del sistema tributario debemos centrarnos en determinar si un gravamen no altera el funcionamiento normal del mercado que se produciría en ausencia de ese gravamen. Esta neutralidad debe ser respetada por las normas, de manera que la redacción de ellas coincida plenamente con la finalidad buscada, evitando así maniobras «artificiosas» del sujeto pasivo.

En el ámbito de las operaciones de segunda o ulterior transmisión de bienes inmuebles urbanos, la sujeción a la operación al ITP o al IVA debería depender del carácter patrimonial o empresarial de la operación; sin embargo, en nuestra legislación se configura como una auténtica presunción que depende únicamente de si la operación se realiza como primera o ulterior transmisión, prescindiendo pues del verdadero espíritu de la operación y rompiendo la neutralidad del impuesto. Para evitarlo, el legislador arbitra la posibilidad de renunciar a la exención del IVA, con el objeto de someter la operación a este impuesto, y así recuperar la neutralidad impositiva. Sin embargo, este precepto está mal construido, con lo que tampoco se recupera la justicia fiscal. Así, en primer lugar, la condición de empresario o profesional solo debería exigirse del adquirente del bien, puesto que la afectación del bien tras la transmisión no depende para nada del transmitente. Pero en segundo lugar, tampoco debe exigirse que el adquirente tenga derecho a la deducción del 100 % del IVA soportado en cuotas anteriores. El carácter empresarial de la operación depende del destino del bien inmueble, y no de las operaciones anteriores.

Palabras claves: vivienda, transmisión, patrimonial, exención e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Fecha de entrada: 20-02-2013 / Fecha de aceptación: 22-03-2013 / Fecha de revisión: 14/10/2013

TAX NEUTRALITY IN THE ACQUISITION OF A RESIDENCE FOR BUSINESS USE

Miguel Pérez de Ayala Becerril

ABSTRACT

To analyze the tax neutrality of the tax system we should first determine if a levy does not alter the normal function of the market that would take place in the absence of this levy. This neutrality must be respected by the law, and in consequence, the drafting of the law must meet this purpose in order to avoid «artificial» maneuvers of the tax payer.

In the field of second or subsequent transfer of urban residential property, the subjection of the transaction to the VAT or the Property Transfer Tax will depend on the nature of the operation as a business transaction or a sale of assets. However, in our legislation the applicable tax is based in a legal presumption on whether the transaction is a first or subsequent transfer. By the use of this legal presumption it is evident that the draft of the law does not respect the real spirit of the transaction and that it violates its tax neutrality.

In order to maintain the tax neutrality the legislator gives the tax payer the choice to renounce the VAT exemption, and in consequence the transaction will be subject to VAT, recovering the tax system its tax neutrality. However, the legal precept is poorly crafted because the fiscal justice is not recovered. In the first place, the condition of business person should be demanded to the acquirer, because the affection of the transferred good does not depend on the transferor. In second place, it should not be required that the acquirer has the right to a deduction of the 100 % of the VAT input in the previous assessments. The business nature of the transaction depends on the destination of the residence and not in the previous transactions that have taken place.

Keywords: residence, transaction, property, exemption and Property Transfer Tax.

Sumario

- I. Planteamiento general
- II. La tributación patrimonial en la transmisión de bienes
- III. La tributación empresarial en la transmisión de bienes
- IV. El solapamiento ITP-IVA en relación con operaciones inmobiliarias. Consecuencias respecto a la neutralidad impositiva
 - A. La consideración de empresarios de ambos sujetos. Una propuesta de *lege ferenda*
 - B. La necesaria deducción del 100 % del IVA soportado
- V. Conclusiones

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

A la hora de enfrentarnos a un sistema fiscal, uno de los principios quizás más olvidados pero a la vez más importante es el de la neutralidad impositiva, entendida por aquella en la que la presencia de un determinado gravamen no supone alterar el funcionamiento normal del mercado que se produciría en ausencia de ese gravamen; como define NEWMARK, «la política fiscal debe abstenerse de aquellas intervenciones en la economía de mercado que de manera asistemáticamente fragmentaria favorezcan o perjudiquen a grandes o pequeños sectores parciales de la vida económica en su evolución o en su estructura formal». Es decir, para que un sistema tributario sea neutral, o más bien para que lo sea una determinada figura impositiva, la situación que debe provocar en su aplicación sobre un determinado hecho imponible no debe tergiversar el mercado en relación con una operación similar que pueda de esta manera verse beneficiada por una tributación inferior. Se trata en definitiva de evitar que el sujeto pasivo pueda modificar la obligación derivada del tributo con una simple alteración de su comportamiento. Parece que no sería justo el que el individuo, por el propio impuesto, tuviera que alterar su conducta económica.

Todos estos conceptos pueden analizarse desde dos prismas diferentes: en primer lugar, es indeseable que el sistema fiscal global, o una figura tributaria individual provoque que los sujetos pasivos no realicen la actividad que iba a resultar gravada. Este sería el caso claro de un exceso de gravamen sobre el sueldo que provoca que un determinado sujeto pasivo prefiera no realizar una determinada actividad sometida a la imposición sobre la renta debido al excesivo gravamen que le va a ocasionar.

Sin embargo, una segunda vertiente de este principio que estamos analizando provoca no ya que los sujetos pasivos o agentes económicos abandonen la realización de la actividad sino que modifiquen la conducta prevista inicialmente debido al alto (excesivo) gravamen que comporta esta operación, sustituyéndola por otra, de similares características con un gravamen inferior (esta era, por ejemplo, la situación que anteriormente recogía el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las rentas de capital mobiliario, que provocaba diferencias grandes de tributación en función del producto de inversión elegido). En definitiva, nos estamos refiriendo a una alteración provocada, únicamente, por razones fiscales y no de otro tipo.

Obviamente, parece claro que la presencia de la fiscalidad siempre va a marcar la actitud del sujeto pasivo, que a la hora de enfrentarse con una decisión económica va a alterar su conducta con el fin de reducir el gravamen. Creemos que eso es inevitable; hoy en día, la carga fiscal derivada de una determinada operación se establece como determinante a la hora de afrontar su

viabilidad, y ello motiva la elección de la «fórmula» económica que acarree la factura fiscal más económica (en todo caso legítima)¹.

Sin embargo, todo ello debe ser matizado por un aspecto importante que nos permita además no alejarnos de la cuestión principal que habíamos avanzado: si el sistema tributario en general, y la norma o figura tributaria en particular deben ser neutrales, y entendemos por tal no ya que no intervengan en la economía, sino que cuando lo hagan se basen para ello en los propios fundamentos que deben basar la naturaleza de esa imposición, entonces la normativa ad hoc debe adaptarse perfectamente a la naturaleza de la operación realizada de manera que, por un lado, no se provoque una aplicación de una figura tributaria a un supuesto de hecho teóricamente no incardinable en la ratio de esa figura; pero como consecuencia de lo anterior, y en segundo lugar, esa normativa deberá impedir, prohibir sin dar cabida a ello, que el sujeto pasivo pueda artificiosamente modificar los rasgos externos que rodean la operación para que quede sometida a otra figura tributaria inicialmente arbitrada para otra operación².

En nuestro caso vamos a dirigir y adaptar el planteamiento, partiendo de la introducción indicada, a una determinada operación: la adquisición de una vivienda, de un inmueble en general. Esta, desde el momento en el que estamos analizando una operación que pudiéramos definir como una operación de tráfico patrimonial, debería ir gravada por un impuesto, estamos situándonos en una esfera hacendística, cuya finalidad sea precisamente la de someter a tributación las operaciones derivadas de la circulación del patrimonio. Sin embargo, pudiera suceder que esta misma operación tuviera unas características especiales, como son el que el bien transmitido, es decir, en este caso el inmueble, no pueda ser catalogado como un elemento patrimonial de consumo, sino más bien como un elemento de producción, o lo que conocemos más vulgarmente como empresarial. Esto sucedería de una manera diáfana cuando ese bien, ese inmueble, fuese utilizable por el adquirente (no sería necesario que lo hubiera sido por el transmitente) como un elemento destinado a integrar su «activo» empresarial. En este caso, y dado que el elemento transmitido no

¹ Quizás el ejemplo más claro en nuestra legislación sobre la posible repercusión fiscal en las decisiones del individuo, y la «persecución» de esta motivación por el legislador, se encuentra en la famosa cláusula establecida ya desde la Ley 43/1995 en el Impuesto sobre Sociedades relativo al régimen fiscal especial de fusiones y escisiones. Actualmente esta previsión se encuentra en el artículo 96.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que «no se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal». Las críticas no deben ser realizadas tanto a la normativa sino a la aplicación que de ella se puede realizar por parte de los órganos de comprobación que no deben desconocer que uno de los principales motivos para la operación será, siempre y en todo caso, el fiscal.

² Este supuesto es, claramente, lo que hasta ahora se definía como fraude de ley. Por él el sujeto pasivo se ve obligado a «forzar» un supuesto de hecho para poder ampararse en la norma. Si realmente esta actuación del sujeto pasivo va, no solo contra la letra de la norma, sino también contra su espíritu, entonces su conducta debe ser rechazada. Si, por el contrario, su actividad va contra la letra de la norma pero no contra su espíritu, el problema será, con toda seguridad, que la norma está mal construida, rompiendo entonces la neutralidad de la que hemos hablado. Este será el caso que exponemos más adelante.

podría catalogarse técnicamente hablando como un elemento patrimonial, la imposición debiera ser diferente, puesto que la aplicación de un impuesto sobre el tráfico patrimonial a la operación estaría deslegitimando esta (siempre fiscalmente hablando), y entonces debiera ser de aplicación la imposición sobre el tráfico empresarial.

Vamos pues a abordar esta primera cuestión, desde el punto de vista de los fundamentos impositivos de ambas figuras; posteriormente, aplicando las conclusiones a las que lleguemos, nos volcaremos en la legislación española, para poder demostrar no solo si su regulación en esta materia es coherente desde un punto de vista teórico sino si los resultados a los que se llegan en la práctica permiten que las operaciones realizadas, no se olvide que son las adquisiciones de inmuebles, tienen un tratamiento tributario u otro acorde con su realidad, no necesitando una intervención «artificial» del sujeto interviniente en la operación.

II. LA TRIBUTACIÓN PATRIMONIAL EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES

Desde un punto de vista hacendístico, existen tres manifestaciones de capacidad económica (lo que algunos autores denominan materia imponible, y otros, el objeto del impuesto) que a su vez aparecen recogidas como tal en la legislación: renta, patrimonio y consumo. Y sin embargo, en todas las legislaciones se somete a tributación una manifestación que per se, estrictamente, no aparece citada en ninguna de las tres anteriores, cual es la transmisión, con carácter privado o no económica de los bienes. En nuestro sistema fiscal nos encontramos con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (que recoge, a su vez, dos manifestaciones o hechos imponibles con estas características³) y con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP) [en su vertiente Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO), abandonando pues las otras dos figuras incluidas en él].

Pues bien, en la doctrina hacendística se ha analizado estas figuras como un gravamen sobre una de las manifestaciones de riqueza antes citada, el patrimonio, aunque en este caso desde un punto de vista dinámico (ya que la vertiente estática vendría determinada por el gravamen del Patrimonio como tal a una determinada fecha). Así, se han dado diversas razones para ello:

- En primer lugar, si pretendemos admitir el patrimonio como manifestación de capacidad económica, no nos podemos limitar a gravar este desde una vertiente meramente estática, puesto que estaríamos únicamente alcanzando una tributación parcial. La manifestación de riqueza se produce no solo desde el momento en el que una persona o sujeto pasivo mantiene en su poder, a una determinada fecha, un patrimonio deter-

³ También se podría justificar la imposición sobre Sucesiones y Donaciones desde el punto de vista de la renta. Así, acogiendo la llamada teoría del incremento global como base para un impuesto sobre la renta, la renta del individuo no solo estará compuesta por aquellos rendimientos percibidos de manera ordinaria o regular por un sujeto a lo largo del año, sino también por aquellas otras rentas obtenidas con carácter extraordinario, entre las que se encuentran, claramente, las donaciones o sucesiones.

minado, sino también cuando se produce la transmisión de ese bien, y un tercero lo adquiere. En ese momento este nuevo sujeto está manifestando una capacidad económica diferente que le hace susceptible de este gravamen. En el ámbito del gravamen sobre la renta, de hecho, en un determinado momento se planteó la teoría del Impuesto sobre la renta como teoría de la renta gastada o consumida, que atendía al gravamen de la renta en función del consumo por parte de una persona (lo que obviamente incluiría no solo el consumo empresarial sino también el privado y la inversión).

- Manteniendo el criterio anterior, la existencia de una tercera manifestación de riqueza, el consumo, se fundamenta en que el adquirente de un bien, por el mero hecho de serlo, está aflorando una riqueza no por tenerla previamente, sino por consumirla o, más vulgarmente, por gastarla. Siendo así, sería injusto desde un punto de vista económico el que ese consumo, ese acto de consumo por el sujeto pasivo, fuese objeto de gravamen si el bien o el consumo tiene un carácter económico, y sin embargo quedase exento de tributación si el bien objeto de adquisición tiene un carácter privado o no empresarial (este es, básicamente, el argumento en el que nos vamos a basar para analizar la legislación española en la segunda parte del programa, ya que todo ello se basa en el distinto tratamiento fiscal, pero tratamiento al fin y al cabo, en función del carácter del bien adquirido y, en fin, en función de la operación realizada)⁴.

Podemos, entonces, admitir la existencia de una figura que grave el tráfico patrimonial de los bienes; esta figura, precisamente por no encuadrarse dentro de un proceso productivo, sino únicamente en una transmisión privada de bienes, debe ser soportada directamente por el verdadero manifestador de la capacidad económica, que es el adquirente, el cual a su vez no podrá deducírsela. Desde el momento en el que nos incardinamos en una operación con carácter meramente civil, privado, y por ende esporádico, ese gravamen deberá ser asumido por el comprador del bien como tal, y por tanto sería inútil plantearse cualquier cuestión adicional (repercusión, deducción frente a otro impuesto⁵, etc.).

⁴ Otro tercer argumento utilizado por parte de la doctrina consiste en analizar el patrimonio desde un punto de vista dinámico como figura complementaria de la imposición sobre la renta. Así, si la renta queda gravada bajo lo que se denomina la teoría del incremento patrimonial (que permite una tributación global) y esta teoría incluye los incrementos de patrimonio manifestados en un sujeto pasivo por el incremento de valor de sus bienes a lo largo del año, la técnica fiscal recomienda el gravamen de este incremento únicamente cuando se manifieste desde un punto de vista económico, lo que se produce únicamente con la transmisión o salida del bien fuera del patrimonio del sujeto pasivo (este es el argumento que desde un punto de vista hacendístico se utiliza para la justificación del gravamen del incremento de patrimonio en las donaciones y transmisiones lucrativas en la persona del donante). Por ello, para conseguir que ese incremento de patrimonio no manifestado pero sí devengado anualmente quede bajo tributación, se utiliza la figura de la tributación sobre el patrimonio. A nosotros, sin embargo, esta teoría nos parece insuficiente para justificar el gravamen dinámico sobre el patrimonio (que recordemos recae sobre el adquirente del bien).

⁵ Distinto es que en el ámbito de la imposición personal, y con el fin de personalizar el impuesto sobre la renta, se permita la deducción de las cantidades pagadas para satisfacer la vivienda habitual (adquirida antes de 31 de diciembre de 2012), dentro de la cual se encontrará la cuota del ITP.

Fíjese incluso que es habitual en muchas legislaciones, todo ello basado en la configuración hacendística de la tributación sobre el patrimonio como gravamen sobre elementos no productivos desde un punto de vista empresarial, que exista una exención de los bienes empresariales; así sucede en nuestro Impuesto sobre el Patrimonio, que recae sobre todos los bienes o derechos de los que es titular un determinado sujeto pasivo a una determinada fecha (en nuestro caso, 31 de diciembre), y que contiene una exención para los bienes de carácter empresarial afectos a la actividad económica realizada por el sujeto pasivo⁶ que constituyen. Y de la misma manera, el Impuesto sobre el Patrimonio en nuestro país (como en la mayoría de los Ordenamientos) solo grava a las personas físicas y nunca a las jurídicas las cuales, per se y salvo excepciones, se configuran como entes eminentemente empresariales.

III. LA TRIBUTACIÓN EMPRESARIAL EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES

Como ya vimos, la tercera materia impositiva susceptible de ser gravada por ser fuente de riqueza (capacidad económica, aunque discutida por muchos⁷) es la del consumo. Y ya hemos visto que cuando este consumo adquiere el carácter de empresarial (es decir, cuando en él interviene un transmitente que, con carácter habitual, se dedica a realizar operaciones o servicios empresariales), entonces debe ir acompañado de un gravamen específico, que en nuestro ámbito es el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). De esta manera, cuando un sujeto adquiere un bien o solicita un servicio a un profesional o empresario que realiza *habitualmente*⁸ este servicio soporta este impuesto sobre el consumo *empresarial*.

Ahora bien, para poder enfrentarnos completamente al ámbito de este impuesto, debemos hacer mención a la neutralidad, que en este caso se traduce en la posibilidad de trasladar la cuota tributaria, mediante los mecanismos de repercusión, al consumidor final. De esta manera, el vendedor, sujeto pasivo del impuesto por razones meramente técnicas, no soporta la carga tributaria

⁶ Podríamos evaluar si las normas fiscales concretas que se incluyen en la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio son legítimas y están acordes con esta finalidad obviamente buscada por el legislador; no es, sin embargo, el momento de hacerlo.

⁷ No deja de ser curioso que nos encontramos ante una figura, la tributación indirecta, que puede llegar a pecar de regresividad, o al menos, no respetar plenamente la adecuación a la renta del sujeto pasivo. Es cierto que el sujeto que consume está manifestando capacidad económica para ello susceptible de ser gravada en la mayoría de los casos (lo que recomienda pues la implantación del gravamen basado en el principio de normalidad), pero también lo es que el carácter objetivo del gravamen provoca consecuencias fiscales no esencialmente de acuerdo con el principio de redistribución de las cargas impositivas acorde con la riqueza del sujeto pasivo.

⁸ Volveremos sobre esta cuestión; pero resulta curioso que a pesar de que la habitualidad parece la nota esencial en el ámbito del impuesto, esta exigencia de habitualidad no se produce en determinadas operaciones; así, el artículo 5.1 de la Ley 37/1992 establece, en el concepto de empresarios o profesionales, que lo serán «Quiénes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo».

del impuesto sobre el consumo, sino que este se repercute sobre el consumidor final. Y para que esta neutralidad sea plena es necesario no solo que el vendedor del bien pueda trasladar la cuota al consumidor final, sino que además pueda deducirse, mediante el mecanismo del IVA soportado, la cuota que ha soportado en la adquisición de los bienes que han sido necesarios para la prestación de los servicios. Con ello, en un perfecto funcionamiento, el IVA se vuelve neutral, entendiendo por tal, entonces, en consonancia con las características que abordamos al principio de este comentario, el que el impuesto no incide en ningún momento en el empresario que se configura como un mero intermediario técnico para conseguir la recaudación de aquel⁹.

IV. EL SOLAPAMIENTO ITP-IVA EN RELACIÓN CON OPERACIONES INMOBILIARIAS. CONSECUENCIAS RESPECTO A LA NEUTRALIDAD IMPOSITIVA

Todo lo reflejado anteriormente se quiebra, en nuestro Ordenamiento, en el ámbito de las transmisiones inmobiliarias (concretamente en las operaciones de segunda y posteriores transmisiones de inmuebles urbanos), lo que provoca una falta de neutralidad y, lo que es más grave, que los sujetos intervinientes en la operación realicen maniobras artificiosas para poder someterse a una normativa que, per se, debería serles perfectamente aplicable atendiendo a la ratio de la operación.

Como es conocido, las operaciones de segunda transmisión de bienes inmuebles están exentas de IVA y sujetas al ITP, modalidad TPO, en nuestro Ordenamiento. Así, el artículo 20.1.22 de la Ley 37/1992 establece que quedan exentas del IVA «las segundas y posteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallen enclavadas, cuando tengan lugar después de terminada su construcción o rehabilitación». En correlación con este precepto, el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993 prevé que «No estarán sujetas al concepto de *transmisiones patrimoniales onerosas*, regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido».

⁹ Es por eso por lo que en los casos en los que ese juego del IVA devengado –IVA soportado no sea correcto–, el impuesto deja de ser neutral. Sucede así, por ejemplo, en los supuestos de prestación, por el empresario, de bienes o servicios con exención de IVA. En este caso, la exención final, normalmente establecida en función de criterios de justicia impositiva, provoca que el empresario, que soportó unas cuotas de IVA para la adquisición de los bienes, no pueda repercutirlas, con lo que el impuesto no recae sobre quien debía, y sí sobre quien no manifiesta la capacidad económica derivada de ello.

Toda esta previsión normativa es lógica de acuerdo con lo que hemos manifestado anteriormente. En el ámbito de transmisión de un inmueble, parece lógico presumir que cuando esta transmisión se realiza por primera vez, nos encontramos ante un bien construido por el mismo que lo transmite, y por tanto nos encontramos ante una operación eminentemente empresarial sujeta, por tanto, al IVA. De la misma manera, cuando nos encontramos ante una segunda o ulterior transmisión del inmueble debemos presumir que ya no nos encontramos ante una operación de carácter empresarial, sino más bien de carácter civil, puesto que tanto el que transmite como, en definitiva lo que es más importante, el que adquiere lo harán en el ejercicio de sus actividades meramente particulares; desde este punto de vista, entonces, no encontraríamos con una transmisión meramente patrimonial devengándose entonces el ITP.

La filosofía de la norma radica pues en que la segunda transmisión, y por tanto la segunda adquisición, se realiza con carácter, o con finalidad, puramente civil. Sin embargo, los elementos de la norma conllevan que estamos identificando una característica objetiva (segunda o ulterior transmisión de un bien inmueble) con una característica subjetiva (condición civil o patrimonial de la operación). En definitiva, podríamos decir que nos encontramos ante una presunción legal encubierta en los siguientes términos; si el inmueble que se transmite es nuevo (es decir, es una primera transmisión), debemos presumir que la operación tiene carácter empresarial (y por tanto se le aplica el gravamen propio de estas operaciones) por cuanto que lo es el transmitente. Si nos encontramos ante una segunda o ulterior transmisión, debemos presumir que la operación, la adquisición, tiene carácter privado o civil, y por tanto se gravará con el impuesto específico para operaciones de carácter privado.

Ahora bien, el legislador es consciente de que esta presunción (que no aparece configurada como tal en la legislación, pero que tiene todas las características de ella) no debe configurarse como *iuris et de iure*, ya que la filosofía, la premisa que la inspira, puede no ser cierta. Es decir, es posible que nos encontremos ante una operación de segunda transmisión, que según las premisas establecidas provocarían la caracterización de la operación como patrimonial, pero que sin embargo se haya realizado con un carácter empresarial¹⁰, ya que el adquirente, empresario (tanto persona física como persona jurídica), vaya a destinar el inmueble a su actividad empresarial que le es propia, y lo va a utilizar para obtener rentas con él. En este caso, el carácter de empresarial de la actividad no lo daría el inmueble (criterio objetivo acuñado por la presunción) sino que tendríamos que fijarnos en el carácter subjetivo de las partes (en este caso, del adquirente) y en la finalidad con la que haya realizado la operación.

Y la consecuencia sería clara: si hemos dicho que en el ámbito de las operaciones empresariales la neutralidad del gravamen lo da el IVA, y más concretamente el mecanismo de deduc-

¹⁰ Obviamente, la premisa contraria no es posible. La primera transmisión de un inmueble es, per se, una operación empresarial, puesto que el transmitente siempre tendrá la consideración de empresario al haber, él, procedido a la construcción del inmueble (siendo, en definitiva, el promotor).

ción del IVA soportado que esta figura permite, el gravar a un empresario que adquiere un bien para el ejercicio de su actividad con un impuesto no deducible (el ITP) provoca que desaparezca la neutralidad impositiva¹¹.

Es por ello, decimos, por lo que el legislador arbitra una salida a esa presunción, salida que se configura como una auténtica legalización de lo que conocemos como la prueba en contrario. Así, la propia ley anticipa este criterio al arbitrar que «Las exenciones relativas a los números 20, 21 y 22 del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y, en función de su destino previsible, tenga derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones. Se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el Impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales».

En definitiva, con esta previsión, la situación es la siguiente: en el ámbito de una segunda transmisión de un bien inmueble, se presume que la operación tiene carácter patrimonial. Sin embargo, es posible que las partes la realicen con un carácter empresarial; para ello, entonces, la presunción se romperá si se cumplen dos condiciones:

- Que tanto el adquirente como el transmitente sean sujetos pasivos del impuesto.
- Que el adquirente tenga el derecho a deducirse el 100 % de las cuotas soportadas.

Siendo así, la justificación de estas condiciones parece clara: siendo el IVA un impuesto de carácter empresarial, es necesario permitir que el adquirente de tal bien, en la medida en que lo vaya a utilizar en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, pueda deducirse la cuota del impuesto (para que, en definitiva, el gravamen sea neutral) y, por tanto, permitir que la operación quede sujeta al IVA. En definitiva, con ello conseguimos que esta presunción de operación patrimonial en las segundas y ulteriores transmisiones de bienes inmuebles desaparezca, recuperando la neutralidad perdida en el tratamiento del impuesto.

Ahora bien, esta conclusión, sin embargo, entendemos que se desvirtúa precisamente por cuanto que no existe una perfecta correspondencia entre la justificación de la renuncia a la exención y las circunstancias que se exigen para ello; veamos por qué.

¹¹ Es cierto que en ese caso el empresario adquirente podrá incluir el ITP pagado en la adquisición como mayor precio del inmueble, y por tanto entrará en la deducción como amortización; pero obviamente con ello lo único que se consigue es mitigar una situación errónea y, por tanto, una anomalía tributaria.

A. LA CONSIDERACIÓN DE EMPRESARIOS DE AMBOS SUJETOS. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Así, aunque el artículo 22 de la Ley 37/1992 no lo dice expresamente, sí que se exige que ambos sujetos intervinientes en la operación sean sujetos pasivos del IVA, lo que significa, con la legislación actual, que no solo el adquirente del bien debe ser sujeto pasivo sino también, y ahí radica el problema, el vendedor (todo ello obviamente debido a que una teórica renuncia a la exención de IVA le convierte al transmitente, y no al adquirente, en sujeto pasivo del impuesto para el que, recuérdense los textos citados anteriormente, se exige la condición de empresario o profesional). Y el problema acontece desde el momento en que, dado que estamos tratando de segundas transmisiones de bienes, en muchas ocasiones el transmitente no es un empresario o profesional como tal, y por tanto, sujeto pasivo del IVA. Es decir, y ejemplificando, se puede producir la situación siguiente: una sociedad de abogados o de profesionales decide adquirir un inmueble para poder ejercer ahí su actividad. Normalmente, la adquisición se realiza de una vivienda, y como en principio lo lógico es que prime la localización, es normal que deba estar en el medio de una ciudad. En ese caso, debe adquirirse una vivienda de segunda mano, que en la mayoría de los supuestos son propiedad de personas físicas no empresarios ni profesionales. Siendo así, entonces, la operación queda exenta del IVA, y, por ende, sujeta al ITP, sin posibilidad de renunciar a la exención del IVA, con lo que, en definitiva, la sociedad adquirente debe soportar, como mayor valor de adquisición, la cuota de ITP, sin posibilidad de deducción.

Y lo mismo sucederá en los casos de adquisición de un local a un particular que lo ha adquirido, por ejemplo, por herencia, o de la segunda transmisión de un solar por un particular a una empresa para la construcción de una nave.

Con esta situación, se llega a la conclusión siguiente: o bien la sociedad adquirente se somete a la aplicación de la ley, y por tanto liquida el ITP correspondiente a la comunidad autónoma, provocando la ya citada distorsión, o bien decide, en atención a los razonamientos que hemos expuesto, someter la operación al IVA mediante una «renuncia» del vendedor, que aparezca como tal empresario en la escritura notarial, repercutiendo este en el precio el importe del IVA correspondiente, ingresándolo mediante un impuesto ocasional y deduciéndolo igualmente la sociedad adquirente, lo que, sin duda, supondría un fraude a la ley¹².

Pues bien, la solución a esta cuestión, entendemos que no debe ser muy compleja, puesto que no es necesario que el artículo 20.dos de la LIVA sea modificado, lo que podría llevar por mor de una *vis atractiva*, efectos no deseables a otros supuestos. Y así entendemos que dado que el artículo 20.dos únicamente exige que la renuncia se practique por el sujeto pasivo (que es el vendedor), y

¹² A esta situación es a la que nos referíamos anteriormente al hablar de los artificios utilizados por los sujetos intervinientes en la operación para conseguir que esta quedase sujeta al IVA y no al ITP. Pero debemos incidir en lo que dijimos anteriormente: la actitud de los sujetos pasivos iría contra la letra de la norma, pero no contra su espíritu, al existir una clara discordancia entre ambas.

de la misma manera lo hace el artículo 8.1 del Reglamento del Impuesto, pensamos que bastaría entonces con hacer entender, de manera puramente ocasional, como empresario o profesional y por tanto como sujeto pasivo del impuesto para esa operación, al vendedor del bien; recordemos que, como ya apuntábamos anteriormente, esta solución ya se mantiene por el propio texto legal al incluir en el artículo 4 (hecho imponible del impuesto) como sujetos pasivos a los que realicen las operaciones realizadas con carácter habitual u ocasional, lo que lleva, por ejemplo, a que si ese mismo señor que había recibido el local en herencia lo arrienda a una sociedad, desde la primera cuota por alquiler ya es sujeto pasivo del IVA, lo que determina la sujeción a la operación.

Así, a tales efectos, bastaría con introducir una modificación en el régimen de sujetos pasivos del impuesto, y por ende, del artículo 5 que es el que considera y enumera los que, a los efectos de la ley, deben entenderse empresarios o profesionales; dado que el apartado a) del artículo 5.uno considera como tal empresario o profesional a las personas que realicen las actividades empresariales o profesionales especificadas en el apartado siguiente, donde se especifican aquellas que en todo caso son consideradas como tales, incluir un párrafo en este precepto (art. 5.dos) que dijese lo siguiente:

«En particular tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios (...) y el ejercicio de profesiones, liberales y artísticas. De la misma manera tendrán tal consideración, y solo en lo referente al propio acto, la transmisión de un bien inmueble siempre que el adquirente lo haga en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional y el bien se vaya a utilizar íntegramente a estos fines».

Alternativamente, y con los mismos efectos, se propondría introducir un supuesto nuevo del concepto de empresario o profesional a los que se refiere el artículo 5.uno, y así se añadiría una letra f), que diría lo siguiente:

«Uno. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se reputarán empresarios o profesionales (...)

f) Los transmitentes de bienes inmuebles siempre que el adquirente lo haga en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional y el bien se vaya a utilizar íntegramente a estos fines. La condición de empresario o profesional solo será aplicable para el acto de la transmisión.»

Con ello, conseguimos extender, solo a la operación de transmisión, la cualidad de sujeto pasivo del impuesto al vendedor, y por ende se permite entonces plenamente la renuncia a la exención del IVA. Y fíjese que es importante que esa consideración de empresario sujeto pasivo del IVA solo se aplique a la transmisión sin que el vendedor pueda reputarse, antes o después de ello, como tal, pues ello podría permitir que se intentase deducir el IVA que pudo haber pagado por la compraventa del bien que ahora ha transmitido.

B. LA NECESARIA DEDUCCIÓN DEL 100 % DEL IVA SOPORTADO

El segundo criterio que fija la norma, como ya vimos, para poder someter la operación al IVA es que el adquirente tenga derecho a la deducción total del impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones; ello quiere decir que la totalidad de las operaciones realizadas por el hoy adquirente deben estar sujetas al impuesto (en definitiva, devengar IVA) ya que solo así se podrá deducir el 100 % del IVA soportado en las adquisiciones¹³.

Quizás más atípico que el primero de los requisitos analizados, este se configura de una manera absolutamente injusta. Desde un punto de vista finalista (no olvidemos que, en definitiva, estamos abordando el análisis de una normativa que contiene una presunción, todo ello confrontando la letra de la norma con el espíritu, y la finalidad, de la operación), el que un empresario adquiera un bien para utilizarlo en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional no queda condicionado por el que la totalidad de sus ingresos estén o no sujetos al impuesto.

Lo que sí parece lógico, y necesario para poder romper la presunción, es el hecho de que si un empresario adquiere un inmueble que, teóricamente, tiene el carácter de civil y por tanto con ello se presume una operación de carácter patrimonial, en este caso, decimos, parece lógico que se exija que el empresario adquirente vaya a destinar el inmueble adquirido al ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales. Volveremos posteriormente sobre este punto.

Pero la letra de la norma, una vez más, se separa del espíritu buscado. No puede confundirse la utilización del inmueble adquirido, requisito de futuro, con el carácter de las operaciones realizadas hasta ese momento. Es cierto, sí, que la norma debe perseguir la lucha contra el fraude que pudiera conseguirse, si no, muy fácilmente. Pero para ello lo que será necesario es articular de una manera técnicamente correcta la norma en consonancia con su espíritu. Si lo que se pretende es, repetimos, que se pueda someter la operación al IVA para no romper la neutralidad impositiva en una operación en la que un sujeto adquiere un bien con la finalidad de utilizarlo para el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales, habrá que controlar que efectivamente exista una clara afectación del inmueble a esa actividad, y que sea efectivamente utilizado para ello. Estamos, volvemos a decirlo, con unos elementos futuros, producidos a partir de la realización del hecho imponible. Pero lo que para nada puede hacerse es condicionar la neutralidad de la compraventa a las operaciones realizadas por el sujeto pasivo con anterioridad a aquella, ya que para nada condicionan su carácter¹⁴.

¹³ A esto es lo que se refiere la norma al establecer que «se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el Impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales».

¹⁴ Fijese que incluso no estamos haciendo referencia al hecho de que el adquirente haya realizado operaciones sometidas íntegramente o no al IVA en el ejercicio anterior. No es este el espíritu de la norma, y por tanto tan defectuoso es exigir el 100 % en operaciones anteriores como otro porcentaje.

Y siguiendo con este razonamiento, entonces ya sí que podría limitarse la deducibilidad del IVA soportado en la operación de adquisición del inmueble en atención a su afectación a actividades empresariales con el derecho a la deducción del IVA; pero este requisito ya está definido en la ley con el nombre de prorata y para nada debe incidir en el sometimiento de la operación de compraventa al IVA, sino a la posterior deducción de este impuesto por el adquirente.

En definitiva, la neutralidad de la operación por la que un empresario adquiere un bien inmueble solo exige que ese sea utilizado para actividades empresariales. Siendo así, la norma que regula la exención debe limitarse a recoger, como requisito necesario, el del carácter de empresarial del adquirente y el del destino empresarial del bien, sin perjuicio de la posterior aplicación de la regla de la prorata. De esta manera el precepto que permite la renuncia a la exención quedaría así:

«Las exenciones relativas a los números 20, 21 y 22 del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y destine el inmueble adquirido al ejercicio de esas actividades empresariales o profesionales».

V. CONCLUSIONES

- **Primera.** A la hora de afrontar la corrección del sistema tributario debemos analizar la neutralidad de este, entendida como aquella en la que la presencia de un determinado gravamen no supone alterar el funcionamiento normal del mercado que se produciría en ausencia de ese gravamen.
- **Segunda.** Esta neutralidad debe ser respetada por las normas, de manera que la redacción de ellas coincida plenamente con la finalidad buscada, evitando así maniobras «artificiosas» del sujeto pasivo.
- **Tercera.** En el ámbito de las operaciones inmobiliarias consistentes en la segunda o ulterior transmisión de bienes inmuebles urbanos, la sujeción a la operación al ITP o al IVA debería depender del carácter patrimonial o empresarial de la operación; sin embargo, se configura como una auténtica presunción que depende únicamente de si la operación se realiza como primera o ulterior transmisión, prescindiendo pues del verdadero espíritu de la operación y rompiendo la neutralidad del impuesto.
- **Cuarta.** Consciente de ello, el legislador arbitra la posibilidad de renunciar a la exención del IVA, con el objeto de someter la operación a este impuesto, y así recuperar la neutralidad impositiva. Sin embargo, este precepto está mal construido, con lo que tampoco se recupera la justicia fiscal. Así, en primer lugar la condición de empresario o profesional solo debería exigirse del adquirente del bien, puesto

que la afectación del bien tras la transmisión no depende para nada del transmitente. Pero en segundo lugar, tampoco debe exigirse que el adquirente tenga derecho a la deducción del 100% del IVA soportado en cuotas anteriores. El carácter empresarial de la operación depende del destino del bien inmueble, y no de las operaciones anteriores.

ANÁLISIS PRÁCTICO DE LA NUEVA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN DE BENEFICIOS EN EL IS E IRPF

Antonio Martínez Alfonso

Administrador de la AEAT

EXTRACTO

El objeto del presente trabajo es analizar a través de un caso práctico los pormenores y detalles de la nueva deducción por inversión de beneficios obtenidos por las empresas, de aplicación tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y deducción por inversión de beneficios.

Fecha de entrada: 16-10-2013 / Fecha de aceptación: 23-10-2013

PRACTICAL ANALYSIS OF NEW DEDUCTION FOR BENEFIT INVESTMENT IN CORPORATE INCOME TAX AND PERSONAL INCOME TAX

Antonio Martínez Alfonso

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze through a practical case the details and details of the new investment tax credit benefits obtained by companies implementing both Corporate Income Tax as in the Personal Income Tax and introduced by Law 14/2013, of 27 September, to support entrepreneurship and internationalization.

Keywords: Corporate Income Tax, Personal Income Tax and deduction for benefit investment.

Sumario

- I. Incentivos fiscales por inversión de beneficios (resultados del ejercicio). IS. Artículo 37 del TRLIS. Con efectos para los beneficios que se generen en periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2013
 - A. Sociedades que pueden aplicar este incentivo e importe del mismo
 - B. Condiciones y requisitos para aplicar el mismo
- II. Incentivos fiscales por inversión de beneficios (resultados del ejercicio). IRPF. Artículo 68.2 de la Ley del IRPF. Deducciones en actividades económicas. Especialidades para la aplicación de este incentivo en el IRPF. Aplicable respecto de los rendimientos netos de actividades económicas obtenidos a partir de 1 de enero de 2013

Caso práctico

I. INCENTIVOS FISCALES POR INVERSIÓN DE BENEFICIOS (RESULTADOS DEL EJERCICIO). IS. ARTÍCULO 37 DEL TRLIS. CON EFECTOS PARA LOS BENEFICIOS QUE SE GENEREN EN PERIODOS IMPOSITIVOS QUE SE INICIEN A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2013

A. SOCIEDADES QUE PUEDEN APLICAR ESTE INCENTIVO E IMPORTE DEL MISMO

1. Las entidades que cumplan los requisitos del artículo 108 (CN del año anterior inferior a 10M €) y apliquen la escala prevista en el artículo 114 (BI hasta 300.000 € al 25 % y resto de BI al 30 %) tendrán derecho a una deducción en la cuota íntegra del 10 % de los beneficios del ejercicio, sin incluir la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, que se inviertan en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas, siempre que cumplan las condiciones establecidas en este artículo.

Esta deducción será del 5 % en el caso de entidades que tributen al 20%/25 % por tener derecho a la aplicación del tipo de gravamen reducido por mantenimiento o creación de empleo de acuerdo con la escala de gravamen prevista en la disposición adicional 12.^a del TRLIS.

NOTA: No pueden aplicar esta deducción aquellas sociedades que se consideran de nueva creación (que tributan al 15%/20 % en el primer periodo impositivo en que la BI resulte positiva y en el siguiente) conforme con lo dispuesto en la disposición adicional 19.^a del TRLIS.

La inversión se entenderá efectuada en la fecha en que se produzca la puesta a disposición de los elementos patrimoniales, incluso en el supuesto de elementos patrimoniales que sean objeto de los contratos de arrendamiento financiero a los que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional 7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. No obstante, en este último caso, la deducción estará condicionada, con carácter resolutorio, al ejercicio de la opción de compra.

En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, la inversión podrá efectuarla cualquier entidad que forme parte del grupo.

2. La inversión en elementos patrimoniales afectos a actividades económicas deberá realizarse en el plazo comprendido entre el inicio del periodo impositivo en que se obtienen los beneficios objeto de inversión y los dos años posteriores o, excepcionalmente, de acuerdo con un plan especial de inversión aprobado por la Administración tributaria a propuesta del sujeto pasivo. La deducción se practicará en la cuota íntegra correspondiente al periodo impositivo en que se efectúe la inversión.

3. La base de la deducción resultará de aplicar al importe de los beneficios del ejercicio, sin incluir la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, objeto de inversión un coeficiente (con dos decimales redondeado por defecto) determinado por:

- a) En el numerador: los beneficios obtenidos en el ejercicio, sin incluir la contabilización del Impuesto sobre Sociedades, minorados por aquellas rentas o ingresos que sean objeto de exención, reducción, bonificación, deducción del artículo 15.9 del TRLIS o deducción por doble imposición, exclusivamente en la parte exenta, reducida, bonificada o deducida en la base imponible, o bien que haya generado derecho a deducción en la cuota íntegra.
- b) En el denominador: los beneficios obtenidos en el ejercicio, sin incluir la contabilización del Impuesto sobre Sociedades.

En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, el coeficiente se calculará a partir de los beneficios que resulten de la cuenta de pérdidas y ganancias a que se refiere el artículo 79 del TRLIS y se tendrán en cuenta los ajustes a que se refiere la anterior letra a) que correspondan a todas las entidades que forman parte del grupo fiscal, excepto que no formen parte de los referidos beneficios.

B. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA APLICAR EL MISMO

4. Las entidades que apliquen esta deducción deberán dotar una reserva por inversiones con cargo a los beneficios del ejercicio cuyo importe es objeto de inversión, por un importe igual a la base de deducción, que será indisponible en tanto que los elementos patrimoniales en los que se realice la inversión deban permanecer en la entidad.

En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, esta reserva será dotada por la entidad que realiza la inversión, salvo que no le resulte posible, en cuyo caso deberá ser dotada por otra entidad del grupo fiscal.

5. Los elementos patrimoniales objeto de inversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio de la entidad, salvo pérdida justificada, durante un plazo de 5 años, o durante su vida útil de resultar inferior.

No obstante, no se perderá la deducción si se produce la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de inversión antes de la finalización del plazo señalado en el párrafo anterior y se invierte el importe obtenido o el valor neto contable, si fuera menor, en los términos establecidos en este artículo.

6. Esta deducción es incompatible con la aplicación de la libertad de amortización, con la deducción por inversiones regulada en el artículo 94 de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modi-

ficación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, y con la Reserva para inversiones en Canarias regulada en el artículo 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

NOTA: Aunque en apariencia no es incompatible con la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (en adelante DERBE) del artículo 42 del TRLIS, si lo es por aplicación del artículo 44.3 según nueva redacción dada por esta ley.

7. Los sujetos pasivos harán constar en la memoria de las cuentas anuales la siguiente información:

- a) El importe de los beneficios acogido a la deducción y el ejercicio en que se obtuvieron.
- b) La reserva indisponible que debe figurar dotada.
- c) Identificación e importe de los elementos adquiridos.
- d) La fecha o fechas en que los elementos han sido objeto de adquisición y afectación a la actividad económica.

Dicha mención en la memoria deberá realizarse hasta que se cumpla el plazo de mantenimiento antes señalado.

8. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos previstos en este artículo determinará la pérdida del derecho de esta deducción, y su regularización en la forma establecida en el artículo 137.3 del TRLIS, es decir, cuando con posterioridad a la aplicación de la exención, deducción o incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a disfrutar de este, el sujeto pasivo deberá ingresar junto con la cuota del periodo impositivo en que tenga lugar el incumplimiento de los requisitos o condiciones la cuota íntegra o cantidad deducida correspondiente a la exención, deducción o incentivo aplicado en periodos anteriores, además de los intereses de demora.

II. INCENTIVOS FISCALES POR INVERSIÓN DE BENEFICIOS (RESULTADOS DEL EJERCICIO). IRPF. ARTÍCULO 68.2 DE LA LEY DEL IRPF. DEDUCCIONES EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS. ESPECIALIDADES PARA LA APLICACIÓN DE ESTE INCENTIVO EN EL IRPF. APLICABLE RESPECTO DE LOS RENDIMIENTOS NETOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS OBTENIDOS A PARTIR DE 1 DE ENERO DE 2013

La aplicación de esta deducción tiene las siguientes especialidades:

- Darán derecho a la deducción los rendimientos netos de actividades económicas que se inviertan en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas desarrolladas por el contribuyente.

- Se deberá invertir una cuantía equivalente a la parte de la base liquidable general positiva del periodo impositivo que corresponda a los rendimientos netos de actividades económicas. La base de la deducción será esta cuantía.
- El porcentaje de deducción será del 10 %. No obstante, será del **5 %** cuando el contribuyente hubiera practicado la reducción del 20 % prevista en el apartado 3 del artículo 32 de la Ley del IRPF (reducción del 20 % del RN por inicio a partir de 1 de enero de 2013 de AAEE en EDN o EDS, creada por el RDL 4/2013 y Ley 11/2013) o la reducción por mantenimiento o creación de empleo (disp. adic. 27.^a de la Ley del IRPF), o se trate de rentas obtenidas en Ceuta y Melilla respecto de las que se hubiera aplicado la deducción prevista en el artículo 68.4 de la ley.
- El importe de la deducción no podrá exceder de la suma de la cuota íntegra estatal y autonómica.
- No serán aplicables los apartados 5 (obligación de dotar una reserva por inversiones) y 8 (hacer constar en la memoria de las cuentas anuales determinada información) del artículo 37 del TRLIS.
- La deducción se aplicará a los contribuyentes que determinen el rendimiento en estimación directa en cualquiera de sus modalidades. No obstante, tratándose de contribuyentes que determinen el rendimiento neto por el método de estimación objetiva se podrá aplicar cuando se establezca reglamentariamente.

En todo caso deberán cumplirse los requisitos establecidos para las empresas de reducida dimensión (art. 108 TRLIS). **La cifra de negocios en el periodo impositivo inmediato anterior ha de ser inferior a 10 millones de euros.**

CASO PRÁCTICO

1. La sociedad Tonosa, que tiene la consideración de empresa de reducida dimensión, ha obtenido un resultado antes de impuestos (beneficio) de 100.000 euros, durante el ejercicio 2013.

Algunas operaciones y magnitudes económicas a considerar **para calcular las deducciones** a que tuviera derecho la empresa al liquidar el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio son las siguientes:

- El gasto por impuesto sobre beneficios debidamente contabilizado en las cuentas 6300 y 6301 asciende a 20.000 euros. Por tanto, el beneficio después de impuestos asciende a 80.000 euros.

- La empresa ha vendido a principios del ejercicio un inmueble adquirido hace 10 años siendo el importe de la transmisión de 200.000 euros. Ha registrado un beneficio por esta operación en la cuenta 771 del Plan General de Contabilidad (PGC) de 50.000 euros. El importe de la corrección monetaria al que hace referencia el artículo 15.9 del TRLIS asciende a 10.000 euros.
- La empresa ha cobrado dividendos de una sociedad de la cual posee el 3 %, cuyo importe bruto percibido ha sido de 4.000 euros. Asimismo y de otra sociedad de la que posee el 10 % desde hace 7 años, ha percibido 5.000 euros brutos por el mismo concepto. Tales ingresos financieros están registrados en la cuenta 760 del PGC. Los gastos de administración y custodia debidamente contabilizados de tales valores han ascendido a 150 euros.
- La base imponible del ejercicio asciende a 65.000 euros debido a ajustes por diversas diferencias temporarias así como otras permanentes que ha tenido la empresa en el presente ejercicio.
- La empresa ha adquirido diversa maquinaria e instalaciones nuevas por importe de 75.000 euros.
- Las retenciones y pagos a cuenta del ejercicio ascienden a 5.000 euros.

Se pide:

Con base en la información suministrada, efectuar la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, y contabilización de la misma justificando las deducciones en cuota aplicadas.

2. Continuación del supuesto para el año 2014.

Con base en la solución que a continuación se comenta cuantifique la deducción por inversión de beneficios y otras posibles a aplicar por la empresa en este año suponiendo que ha realizado inversiones en elementos del inmovilizado material nuevos por 60.000 euros, bajo las dos hipótesis siguientes:

- a) Ha obtenido un resultado antes de impuestos (beneficio) de 80.000 euros, que coincide con la base imponible puesto que no hay ajustes ni rentas que sean objeto de reducción, exención, bonificación, deducción por doble imposición, etc.
- b) Ha obtenido un resultado antes de impuestos (pérdidas) de -50.000 euros, que coincide con la base imponible puesto que no hay ajustes ni rentas que sean objeto de reducción, exención, bonificación, deducción por doble imposición, etc.

SOLUCIÓN

1.1. La empresa tiene derecho a aplicar la DERBE del artículo 42 del TRLIS. La renta efectiva integrada en la base imponible asciende a 40.000 euros y sobre la parte de renta que proporcionalmente corresponda a la cantidad reinvertida se aplicará la deducción del 12 %.

Así tenemos que la base de la deducción será: $40.000 \times (75.000/200.000) = 15.000$

La deducción es $15.000 \times 12\% = 1.800$ euros

NOTA: Durante los dos años siguientes (recuérdese que el plazo de reinversión es un año antes de la transmisión del elemento patrimonial o en los tres años siguientes a la fecha de la transmisión) la empresa puede adquirir elementos del inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias o valores representativos de la participación en el capital de entidades que supongan una participación superior al 5 %, por importe de hasta 125.000 euros, por los cuales se podrá aplicar la DERBE del 12 % hasta la base de 25.000 ($40.000 - 15.000$), que es el resto del importe de la renta obtenida en 2013 al que no pudo aplicar la DERBE por no haber reinvertido cantidad suficiente.

2. Asimismo y en un principio la empresa tiene derecho a aplicar la deducción por inversión de beneficios (art. 37 del TRLIS) en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas del 10 % de los beneficios antes de impuestos del ejercicio invertidos.

En nuestro caso tales beneficios son 100.000 y el importe invertido asciende a 75.000, luego puede aplicar sobre la totalidad de los mismos corregidos por el coeficiente que dispone la ley el 10 % de deducción.

La base de la deducción conforme con lo que dispone la norma en nuestro caso será:

$$\begin{aligned} 75.000 \times [(100.000 - 10.000 - (4.000 \times 50\%) - (5.000 \times 100\%)/100.000] = \\ = 75.000 \times 83,00\%^1 = 62.250 \text{ €} \end{aligned}$$

Por tanto, la deducción a que tiene derecho es 10 % sobre 62.250 = 6.225 euros.

3. Aunque pudiera parecer que la empresa puede aplicar las dos deducciones, por entender que son compatibles, ello no es así puesto que la Ley 14/2013, que crea esta nueva deducción, también modifica el artículo 44, redactando los apartados 2 y 3 del citado artículo. Así el apartado 3, en su nueva redacción dispone:

¹ El coeficiente se expresa en dos decimales redondeado por defecto.

«Artículo 44.3. Una misma inversión no podrá dar lugar a la aplicación de más de una deducción en la misma entidad salvo disposición expresa, ni podrá dar lugar a la aplicación de una deducción en más de una entidad.»

Así, no hay ningún precepto en el artículo 42, ni en el artículo 37 que de forma expresa diga que tanto una como otra deducción son compatibles. Por otra parte, sí que el artículo 37 habla de determinadas incompatibilidades, pero eso no afecta ya que el 44.3 es muy claro.

Por lo tanto, la empresa deberá elegir el incentivo que aplica ponderando tanto el importe de la deducción como las obligaciones contables y fiscales que posteriormente tiene que cumplir. En este sentido tenemos que recordar que:

1. Las entidades que apliquen esta deducción deberán dotar una reserva por inversiones con cargo a los beneficios del ejercicio cuyo importe es objeto de inversión, por un importe igual a la base de deducción, que será indisponible en tanto que los elementos patrimoniales en los que se realice la inversión deban permanecer en la entidad.

En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal, esta reserva será dotada por la entidad que realiza la inversión, salvo que no le resulte posible, en cuyo caso deberá ser dotada por otra entidad del grupo fiscal.

2. Los elementos patrimoniales objeto de inversión deberán permanecer en funcionamiento en el patrimonio de la entidad, salvo pérdida justificada, durante un plazo de 5 años, o durante su vida útil de resultar inferior.

No obstante, no se perderá la deducción si se produce la transmisión de los elementos patrimoniales objeto de inversión antes de la finalización del plazo señalado en el párrafo anterior y se invierte el importe obtenido o el valor neto contable, si fuera menor.

3. Los sujetos pasivos harán constar en la memoria de las cuentas anuales la siguiente información:
 - a) El importe de los beneficios acogido a la deducción y el ejercicio en que se obtuvieron.
 - b) La reserva indisponible que debe figurar dotada.
 - c) Identificación e importe de los elementos adquiridos.
 - d) La fecha o fechas en que los elementos han sido objeto de adquisición y afectación a la actividad económica.

Dicha mención en la memoria deberá realizarse hasta que se cumpla el plazo de mantenimiento antes señalado de forma que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos antes ex-

puestos determinará la pérdida del derecho de esta deducción, y su regularización en la forma establecida en el artículo 137.3 del TRLIS, es decir, cuando con posterioridad a la aplicación de la exención, deducción o incentivo fiscal se produzca la pérdida del derecho a disfrutar de este, el sujeto pasivo deberá ingresar junto con la cuota del periodo impositivo en que tenga lugar el incumplimiento de los requisitos o condiciones la cuota íntegra o cantidad deducida correspondiente a la exención, deducción o incentivo aplicado en periodos anteriores, además de los intereses de demora.

Así pues y suponiendo que la empresa se acoja a este incentivo fiscal porque es mayor que la DERBE deberá dotar una reserva indisponible al hacer el reparto de los beneficios de 62.250 euros.

Por otra parte, debemos hacer notar que la empresa puede adquirir nuevos elementos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas durante los dos años siguientes pero contados desde el inicio del periodo impositivo en que se obtienen los beneficios objeto de inversión. Por lo tanto la inversión con efectos en los beneficios del ejercicio 2013 solo lo será para bienes adquiridos hasta el 31 de diciembre de 2014.

El importe al cual puede aplicar la deducción será de 100.000 – 75.000 (inversión de 2013) = 25.000 euros y aplicar esta deducción del 10 % sobre los mismos que corresponderían en todo caso al resto de los beneficios no invertidos del ejercicio 2013, aplicando también el coeficiente del año 2013, es decir, el 0,83 a la inversión realizada con el límite máximo de 25.000 euros de inversión. Nótese que hay que distinguir entre el importe de la inversión que es como máximo el importe de los beneficios antes de impuestos obtenidos en el ejercicio y en su caso la base de la deducción que puede ser distinta si la empresa tiene rentas que no tributan de forma efectiva como es el caso que nos ocupa. Evidentemente tendrá que dotar en el próximo ejercicio una reserva indisponible con cargo a reservas (que serán de los beneficios del año 2013).

4. Asimismo, la empresa tiene derecho a la deducción por doble imposición interna de dividendos.

El importe de la misma es:

- $4.000 \times 50\% \times \text{TMG (CI/BI)} 25\% = 500$
- $5.000 \times 100\% \times \text{TMG (CI/BI)} 25\% = 1.250$

Con base en los cálculos efectuados procede practicar la siguiente liquidación del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio. Para ello suponemos que la empresa ha optado por aplicar la deducción por inversión de beneficios puesto que el importe es mayor que la DERBE.

La liquidación fiscal del ejercicio será:

Liquidación fiscal	Año 2013
Resultado contable antes impuestos	100.000
Ajustes:	
(+/-) Diferencias permanentes	
(+/-) Diferencias temporarias en origen y reversión diferencias temporarias de ejercicios anteriores	
BASE IMPONIBLE PREVIA	65.000
(-) Compensación base imponible negativa ejercicios anteriores	0
BASE IMPONIBLE	65.000
Tipo impositivo	25 %
CUOTA ÍNTEGRA	16.250
(-) Bonificaciones y deducciones por doble imposición	-1.750
CUOTA ÍNTEGRA AJUSTADA POSITIVA	14.500
(-) Deducciones y bonificaciones. Límite 25 % s/ 14.500 = 3.625 Durante los 15 periodos impositivos siguientes podrá aplicar la deducción no aplicada de 6.225 - 3.625 = 2.600 ¹	-3.625
CUOTA LÍQUIDA	10.875
(-) Retenciones y pagos a cuenta	-5.000
CUOTA A INGRESAR/DEVOLVER	5.875

¹ Véase que la DERBE por importe de 1.800 euros se pierde definitivamente respecto de la inversión efectuada en este ejercicio de 75.000 euros en elementos del inmovilizado porque la aplicación de ambas deducciones resulta incompatible para la inversión/reinversión en los mismos bienes. No obstante, en los dos años siguientes (2014 y 2015) podrá hacer inversiones hasta 200.000 euros (importe de la transmisión a principios de 2013) y aplicar la misma.

El registro del gasto por Impuesto sobre Sociedades, con base en la liquidación fiscal será:

Número	Cuentas	Debe	Haber
A) REFLEJO DEL IMPUESTO CORRIENTE			
6300	Impuesto corriente	10.875	
			.../...

Número	Cuentas	Debe	Haber
...	...		
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		5.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades ...		5.875
B) REFLEJO DEL IMPUESTO DIFERIDO			
6301	Impuesto diferido (20.000 – 10.875 + 2.600)	11.725	
479/474	DT imponible/DT deducible		11.725
4742	D.º por deducciones y bonif. ptes. de aplicar	2.600	
6301	Impuesto diferido (6.225 – 3.625 = 2.600)		2.600
C) IMPUTACIÓN DEL EFECTO IMPOSITIVO AL RESULTADO DEL EJERCICIO			
129	Resultado del ejercicio	20.000	
6300	Impuesto corriente		10.875
6301	Impuesto diferido (11.725 – 2.600)		9.125

2. CONTINUACIÓN DEL SUPUESTO PARA EL AÑO 2014

A) HA OBTENIDO UN RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (BENEFICIO) DE 80.000 EUROS, QUE COINCIDE CON LA BASE IMPONIBLE PUESTO QUE NO HAY AJUSTES NI RENTAS QUE SEAN OBJETO DE REDUCCIÓN, EXENCIÓN, BONIFICACIÓN, DEDUCCIÓN POR DOBLE IMPOSICIÓN, ETC

1. La empresa tiene derecho a aplicar la deducción por inversión de beneficios (art. 37 del TRLIS) en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas del 10 % del resto de los beneficios antes de impuestos del ejercicio 2013.

Así, con independencia de los beneficios obtenidos en 2014, el importe invertido asciende a 60.000, luego puede aplicar sobre 25.000 euros de inversión corregidos en el coeficiente del año 2013, es decir, el 83,00 % la deducción del 10 %.

La base de la deducción conforme con lo que dispone la norma en nuestro caso será:

$$25.000 \times 83,00\% = 20.750 \text{ euros}$$

Por tanto, la deducción a que tiene derecho es $10\% \text{ s/ } 20.750 = 2.075$ euros.

NOTA: Véase que en este ejercicio el coeficiente es el 100%, pero no afecta ya que debe tomarse el coeficiente del año en que se obtienen los beneficios respecto de los cuales se invierten, es decir, en nuestro caso el del 2013.

Por otra parte, la empresa deberá dotar una reserva indisponible con cargo a los beneficios del año 2013 (los cuales seguramente estarán en la cuenta de reservas voluntarias) de 20.750 euros.

2. Además, la empresa tiene derecho a aplicar la DERBE del artículo 42 del TRLIS. La renta efectiva integrada en la base imponible en 2013 ascendió a 40.000 euros y sobre la parte de renta que proporcionalmente corresponda a la cantidad reinvertida se aplicará la deducción del 12%.

La inversión total ha sido de 60.000 – 25.000 (aplicados a la deducción por inversión de beneficios) = 35.000.

Así tenemos que la base de la deducción será: $40.000 \times (35.000/200.000) = 7.000$.

La deducción es $7.000 \times 12\% = 840$ euros.

Por otra parte, la empresa podrá aplicar la deducción pendiente del año anterior siempre que el límite sobre la cuota íntegra ajustada pueda absorber la misma.

La liquidación fiscal del ejercicio será:

Liquidación fiscal	Año 2014
Resultado contable antes impuestos	80.000
Ajustes:	
(+/-) Diferencias permanentes	
(+/-) Diferencias temporarias en origen y reversión diferencias temporarias de ejercicios anteriores	
BASE IMPONIBLE PREVIA	80.000
(-) Compensación base imponible negativa ejercicios anteriores	0
BASE IMPONIBLE	80.000
Tipo impositivo	25 %
	.../...

Liquidación fiscal	Año 2014
.../...	
CUOTA ÍNTEGRA	20.000
(-) Bonificaciones y deducciones por doble imposición	0
CUOTA ÍNTEGRA AJUSTADA POSITIVA	20.000
(-) Deducciones y bonificaciones. Límite 25 % s/ 20.000 = 5.000	
Generadas en ejercicios anteriores: 6.225 - 3.625 = 2.600	-2.600
Generadas en este ejercicio: 2.075 + 840 = 2.915, de las cuales solo se pueden aplicar 2.400, quedando un resto de 515 que podrá aplicar en las liquidaciones de los periodos impositivos que concluyan durante los 15 años siguientes	-2.400
CUOTA LÍQUIDA	15.000
(-) Retenciones y pagos a cuenta	0
CUOTA A INGRESAR/DEVOLVER	15.000

B) HA OBTENIDO UN RESULTADO ANTES DE IMPUESTOS (PÉRDIDAS) DE -50.000 EUROS, QUE COINCIDE CON LA BASE IMPONIBLE PUESTO QUE NO HAY AJUSTES NI RENTAS QUE SEAN OBJETO DE REDUCCIÓN, EXENCIÓN, BONIFICACIÓN, DEDUCCIÓN POR DOBLE IMPOSICIÓN, ETC.

1. La empresa tiene derecho a aplicar la deducción por inversión de beneficios (art. 37 del TRLIS) en elementos nuevos del inmovilizado material o inversiones inmobiliarias afectos a actividades económicas del 10 % del resto de los beneficios antes de impuestos del ejercicio 2013, con independencia de que en el ejercicio 2014 tenga pérdidas.

Así, con independencia de las pérdidas obtenidas en 2014, el importe invertido asciende a 60.000, luego puede aplicar sobre 25.000 euros de inversión corregidos en el coeficiente del año 2013, es decir, el 83,00 % la deducción del 10 %.

La base de la deducción conforme con lo que dispone la norma en nuestro caso será:

$$25.000 \times 83,00\% = 20.750 \text{ euros}$$

Por tanto, la deducción a que tiene derecho es 10 % s/ 20.750 = 2.075 euros.

Otra cosa es que al ser la BI negativa no pueda aplicar deducción alguna, pero en todo caso tiene derecho a la misma, la cual nace en el 2014.

2. Además, la empresa tiene derecho a aplicar la DERBE del artículo 42 del TRLIS. Recordemos que el derecho a esta deducción es independiente de los resultados del ejercicio.

La deducción antes calculada asciende a $7.000 \times 12\% = 840$ euros.

La liquidación fiscal del ejercicio será:

Liquidación fiscal	Año 2014
Resultado contable antes impuestos	-50.000
Ajustes:	
(+/-) Diferencias permanentes	
(+/-) Diferencias temporarias en origen y reversión diferencias temporarias de ejercicios anteriores	
BASE IMPONIBLE PREVIA	-50.000
(-) Compensación base imponible negativa ejercicios anteriores	0
BASE IMPONIBLE	-50.000
Tipo impositivo	25 %
CUOTA ÍNTEGRA	0
(-) Bonificaciones y deducciones por doble imposición	0
CUOTA ÍNTEGRA AJUSTADA POSITIVA	0
(-) Deducciones y bonificaciones. Límite 25 % s/ 0 = 0	
Por tanto, las deducciones generadas en este ejercicio y en ejercicios anteriores que podrá aplicar en las liquidaciones de los periodos impositivos que concluyan durante los 15 años siguientes son:	
• Año 2013: Deducción inversión en beneficios: $6.225 - 3.625 = 2.600$ • Generadas en este ejercicio: $2.075 + 840 = 2.915$	
CUOTA LÍQUIDA	0
(-) Retenciones y pagos a cuenta	0
CUOTA A INGRESAR/DEVOLVER	0

EL IVA Y LAS AGENCIAS DE VIAJE. UNA RELACIÓN DIFÍCIL

(Comentario a la Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2013, asunto C-189/11)*

Eduardo Verdún Fraile

Inspector de Hacienda (excedente)

Socio de EY Abogados

EXTRACTO

Partiendo del contenido de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo del pasado 26 de septiembre, parcialmente condenatoria contra España, el comentario realiza una revisión de las previsiones en materia de IVA aplicables al sector de las agencias de viajes.

En particular, analiza los motivos por los que el IVA recoge un sistema especial de cómputo del mismo en las ventas de viajes combinados, y el impacto que tiene sobre las deducciones de las agencias de viajes y sobre la manera de realizar la repercusión del tributo.

A partir de todo ello, se revisa el contenido de la mencionada sentencia, donde el Tribunal entiende aplicable el régimen especial de manera amplia, incluyendo no solo las ventas de viajes a particulares, sino también a otros empresarios o tour operadores para su reventa final.

Según se argumenta, esta ampliación debe ser acogida favorablemente por la Administración tributaria en la medida en que asegura la recaudación del IVA turístico en España.

Sin embargo, se señalan los problemas que el régimen especial ocasiona al sector y la necesidad de proceder a una revisión en profundidad de las previsiones de la Directiva del IVA al respecto, con el fin de ajustar las mismas a un modelo de venta de viajes por internet que ha dejado atrás la tradicional venta por catálogo en agencias con presencia física.

Palabras claves: REAV, agencias de viajes, viaje combinado y margen.

Fecha de entrada: 04-10-2013 / Fecha de aceptación: 10-10-2013 / Fecha de revisión: 22-10-2013

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RCyT. CEF (*Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*), núm. 367 (octubre 2013) o en *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ051889)

VAT AND TRAVEL AGENCIES: A DIFFICULT RELATIONSHIP

(Commentary on the ECJ judgment of 26 September 2013, case n.º C-189/11)

Eduardo Verdún Fraile

ABSTRACT

The ECJ in its judgment of last 26 of September has concluded that Spain has partially failed to fulfill its obligations under Articles of the VAT Directive that set up the tour operators margin scheme (TOMS).

The TOMS is a special scheme for businesses that buy-in and re-sell travel, accommodation and certain other services as a principal or undisclosed agent (that is, acting in your own name). Therefore, the TOMS is a simplification measure. In many cases it enables VAT to be accounted for on travel supplies without businesses having to register and account for tax in each Member State where the services and goods are enjoyed.

Jointly with several other Member States, Spain has always taken the view that the TOMS should not be only applicable to B2C transactions but also to B2B (the customer-based approach). Because of that interpretation, when a Spanish tour operator sells travel services to a European one, TOMS is applied and VAT paid in Spain will be not deductible for the latter.

However, the Commission considered that TOMS was applicable solely to sales of travel services to travellers (the traveller-based approach). The Commission also requested the Court to declare as being not aligned with the VAT Directive three other aspects of the Spanish TOMS rules regarding: (i) the exclusion from the special scheme sales to the public, by retail agents acting in their own name, of travel services organised by wholesale agents, (ii) the deduction by the TOMS customer of an overall amount from the VAT payable, and (iii) the possibility to make an overall determination of the taxable amount for each tax period.

The Court confirms that the customer based approach is in line with the VAT Directive but agrees with the other three Commission's claims.

The article makes a revision of the history of the TOMS, its application in Spain and the problems that it provokes to an industry that has dramatically moved from a 70's business model to an Internet based one. It concludes that a in depth revision of the VAT Directive in this field is required in order to adjust it to the current economic circumstances where printed brochures and traditional travel agencies are no longer the case.

Keywords: TOMS, travel agencies, tour operators, margin scheme and travel packages.

Sumario

1. Introducción
2. En qué consiste el REAV
 - 2.1. Características del régimen especial
 - 2.2. Finalidad
 - 2.3. Valoración inicial del REAV
 - 2.4. Base imponible y facturación
3. Problemas de la legislación nacional que motivaron la demanda de la Comisión ante el Tribunal de Justicia
 - 3.1. Aplicación del régimen especial en venta de viajes que van a ser revendidos por quien los adquiere. Viajero vs. cliente
 - 3.2. Exclusión de las ventas de viajes efectuados por agencias minoristas cuando son organizados por mayoristas
 - 3.3. Repercusión del 6 % en las ventas de viajes que tributan por el REAV cuando el adquirente es un empresario o profesional
 - 3.4. Determinación de la base imponible del REAV a través del margen global calculado por cada periodo impositivo
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de septiembre el Tribunal de Luxemburgo dictó sentencia parcialmente condenatoria contra España en relación con el régimen especial previsto en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) para las agencias de viajes. Se trata del Asunto C-189/11 (NFJ051889), que fue precedido por las conclusiones del Abogado general presentadas el 6 de junio.

Parece que por fin termina de esta forma un proceso largo, iniciado en 2006, y protagonizado por dos elementos esenciales. El primero, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en Bruselas para la modificación de la Directiva del IVA en este ámbito; el segundo, muy ligado al primero, las demandas interpuestas ante el Tribunal de Justicia por la Comisión contra varios Estados miembro, entre ellos España, por entender que sus normas internas no resultaban compatibles con el texto de la Directiva.

En todo ello, la situación de España era más complicada que la del resto de Estados demandados. Así, en los casos de República Checa, Francia, Polonia, Portugal, Italia y Finlandia, la demanda tenía un único motivo de incumplimiento: la interpretación del concepto de viajero que enseguida se analiza y que finalmente ha sido desestimado por el Tribunal. En el caso español, la Comisión añadió tres reparos adicionales a la norma nacional que han sido estimados por la sentencia.

En todo caso, decimos que parece que por fin se resuelve este asunto, pero lo cierto es que las modificaciones legales que necesariamente deberán adoptarse a la mayor brevedad para cumplir con dicha sentencia no son conocidas en el momento de escribirse estas líneas. Sin duda, han pasado a engrosar el «pendiente» de las tareas legislativas, donde aguardan impacientes las que provienen de la sentencia del pasado 13 de enero relativa a los productos y equipamientos sanitarios que deberán pasar a tributar al tipo general de IVA. Esperemos que la Ley de Presupuestos para 2014, vehículo idóneo para ello, ayude por fin a alinear la norma española en ambos asuntos. No se debe olvidar que las dos sentencias tienen efectos retroactivos.

Por otra parte, en el centro de la discusión aparece un sector cuyo modelo de negocio se ha modificado sustancialmente.

En efecto, las previsiones normativas de los años 80, pensadas para la venta tradicional por catálogo de circuitos turísticos o viajes combinados, difícilmente tienen encaje en la actualidad, donde el canal habitual de venta es internet y la actuación normal la mera intermediación a cambio de una comisión de venta.

A todo ello se refiere el presente comentario, cuyo punto de partida debe ser la realización de un resumen sobre las características del régimen especial de las agencias de viajes (REAV).

2. EN QUÉ CONSISTE EL REAV

2.1. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ESPECIAL

El REAV se recoge en los artículos 306 a 310 de la Directiva 2006/112/CE del IVA, preceptos que se corresponden con los artículos 141 a 147 de la Ley 37/1992 reguladora del IVA en España.

Se trata de un régimen especial obligatorio cuya finalidad es esencialmente simplificativa.

Para que se aplique el REAV deben cumplirse dos requisitos simultáneamente: la actuación de la agencia de viajes debe realizarse en nombre propio respecto del viajero y debe comercializar un viaje combinado. A estos efectos, un viaje combinado puede definirse como aquel que supone la adquisición para su reventa con un margen de servicios diversos tales como alojamiento, billetes de avión, alquiler de medios de transporte, guías turísticos o excursiones, entre otros.

De acuerdo con dicha definición, en un viaje combinado concurren dos tipos de servicios, esto es, el que de manera agrupada da lugar al mismo (transporte, alojamiento...), prestado por empresarios distintos, y el correspondiente a la venta del viaje, donde el protagonismo es para la agencia que lo comercializa.

No obstante, debe advertirse que el mismo concepto de viaje combinado resulta controvertido y da lugar a definiciones no siempre coincidentes entre los distintos Estados miembro. Esta cuestión ya es bien elocuente y demostrativa de que la Directiva del IVA no regula el REAV de manera completa y adecuada, estando configurada en este punto de acuerdo con el modelo de venta por catálogo propio de hace varias décadas.

En España, la Ley del IVA lo define en su artículo 141.uno, requiriendo que al menos exista alojamiento o transporte, prestados conjunta o separadamente, junto con servicios adicionales complementarios o accesorios.

La jurisprudencia al respecto ha ido ampliando este concepto. De hecho, hasta 1995, la Ley del IVA exigía que el hospedaje se prestara conjuntamente con el transporte para dar lugar a un viaje combinado.

Pues bien, el REAV exige que para la comercialización de dicho viaje, al que trata de manera unitaria, la agencia adquiera efectivamente los servicios que lo componen para a continuación refacturarlos a sus clientes en nombre propio, sin que llegue a establecerse una relación contractual entre estos últimos y los empresarios hoteleros o de transporte.

Si falta alguna de ambas características, esto es, se vende un viaje que no es combinado, o la actuación de la agencia no se realiza en nombre propio, el REAV no se aplica en ninguna de sus previsiones. Esto es lo que sucede en la actualidad en muchos casos, donde los portales electrónicos de viajes se limitan a ofertar vuelos u hoteles cobrando por ello una comisión. De

esta forma, el viajero paga los servicios principales a quienes se los prestan, y la comisión adicional a la agencia de viajes, bajo un modelo de intermediación de esta última en nombre y por cuenta ajena.

2.2. FINALIDAD

Para entender adecuadamente la finalidad del REAV lo mejor es utilizar un ejemplo.

Si un viaje combinado se disfruta en España pero se vende desde Alemania, el régimen general del IVA conduciría a que la mayor parte de los componentes del viaje tributarían en nuestro país, estando obligada la agencia comunitaria a solicitar a España la devolución por el procedimiento de no establecidos, agilizado desde 2010 pero en todo caso no exento de dificultad. Posteriormente, vendería en Alemania el viaje repercutiendo el impuesto sobre la total contraprestación, de manera tal que el IVA se recaudaría por ese país en lugar de por España.

Aparecen entonces los dos problemas que el REAV trata de corregir: el coste de la recuperación del IVA en Estados extranjeros y que el IVA no acabe siendo recaudado por un país distinto de aquel en el que se realiza el viaje.

Todo ello se complica si la agencia estuviera establecida en un país no comunitario, ya que la recuperación del IVA pagado en España será imposible en la mayor parte de las veces por ausencia de reciprocidad.

Pues bien, si al mismo viaje se le aplica el REAV, las cuotas correspondientes a los servicios que se disfrutarán en España no serán deducibles para la agencia alemana por prescripción del régimen, lo cual permite recaudar el IVA donde se consumirá el viaje combinado, esto es, en España. A cambio, la agencia extranjera solo repercutirá el IVA a sus clientes sobre la base de su margen, que es la parte del servicio que debe tributar precisamente en el Estado donde esté establecida.

2.3. VALORACIÓN INICIAL DEL REAV

Expuesto en estos términos el REAV parece atractivo. No es siempre el caso, esencialmente porque si la venta se realiza en el mercado nacional, el REAV obliga a vender el viaje combinado al tipo general, aun cuando el IVA se calcule sobre una base reducida, cuando la contratación directa de sus elementos componentes tributaría al tipo reducido del 10 % (hoteles y transportes) o incluso estaría exenta del mismo (transportes en avión con origen o destino fuera del territorio IVA). Este es uno de los motivos por los cuales la mayor parte de los operadores buscan un modelo de actuación en nombre ajeno, para lo cual la contratación por internet ya comentada resulta ser de gran ayuda por su flexibilidad; esquivando así el REAV, el viajero soporta IVA reducido por los servicios que adquiere y el tipo general solo recae en la comisión de intermediación.

Debe añadirse una matización. Existe jurisprudencia reiterada por el Tribunal de Luxemburgo (y lógicamente asumida por la doctrina de la DGT) en el sentido de que un empresario que no sea una agencia de viajes pero que venda viajes combinados, debe igualmente aplicar el régimen especial. Suele ser el caso típico de quienes se dedican a la venta de cursos de idiomas en el extranjero conjuntamente con el transporte y alojamiento de los alumnos en el país elegido.

2.4. BASE IMPONIBLE Y FACTURACIÓN

Debido a que la repercusión del impuesto devengado debe realizarse sobre el referido margen, la separación en factura de la base imponible y la cuota, separación exigida con carácter general a fin de que el destinatario pueda deducir tal cuota, se enfrenta con el problema de la revelación de dicho margen. De hecho, la propia Ley del IVA habilita a que cuando se utilice el REAV no se repercuta el impuesto de manera separada.

Como el fin de hacer compatible ese problema con el conflicto que genera al cliente no recibir factura con IVA deducible, la Ley del IVA permite, desde 1995, aplicar un cálculo indirecto y forfatorio de la cuota del impuesto.

Este cálculo, obtenido en su día como cuota media del sector, no ha tenido nunca un apoyo expreso en el Derecho de la Unión y, como no podía ser de otra forma, ha sido declarado incompatible con el mismo en la sentencia de 26 de septiembre.

3. PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL QUE MOTIVARON LA DEMANDA DE LA COMISIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

3.1. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL EN VENTA DE VIAJES QUE VAN A SER REVENDIDOS POR QUIEN LOS ADQUIERE. VIAJERO VS. CLIENTE

La Comisión entendía que el REAV solo debía aplicarse cuando el adquirente del viaje era quien lo iba a disfrutar efectivamente, ya fuera persona física o un empresario para un viaje de negocios. Pretendía por tanto su exclusión a las ventas entre empresarios con finalidad de reventa a clientes finales que eventualmente fueran los viajeros, supuesto típico de proveedores nacionales de servicios para tour operadores comunitarios o extracomunitarios.

En su sentencia, el Tribunal se pronuncia en contra de los argumentos de la Comisión, confirmando la interpretación realizada por España (y por el resto de Estados ya indicados) al respecto, en el sentido de que el régimen debe aplicarse cualquiera que sea la condición del destinatario, viajero o no. Por ello, la denominación adecuada del destinatario a juicio del Tribunal es la de cliente, no la de viajero como pretendía la Comisión.

Esto supone que las cuotas de IVA relacionadas con elementos de un viaje combinado adquiridos por un tour operador extranjero no serán deducibles en cuantía alguna, preservándose de esa manera que el IVA se recaude por el Estado donde se disfruta el viaje, en nuestro caso, España.

La opinión favorable del Tribunal en este punto sin duda ha sido una buena noticia para la Administración tributaria española y, en general, para la de los Estados de la Unión más turísticos.

Debe aclararse que en el supuesto de que la venta del viaje combinado se realice por un operador nacional a otro extranjero una vez formado el mismo, esa venta se encontrará siempre sujeta a IVA en España por aplicación de la regla especial de localización prevista para este tipo de servicios, que atiende siempre al lugar donde se encuentra la agencia de viajes (art. 144 de la Ley del IVA).

3.2. EXCLUSIÓN DE LAS VENTAS DE VIAJES EFECTUADOS POR AGENCIAS MINORISTAS CUANDO SON ORGANIZADOS POR MAYORISTAS

Esta restricción, impuesta expresamente por la norma española, ciertamente no encontraba apoyo alguno en la Directiva del IVA.

Haciendo una interpretación amable con el legislador, se pretendían excluir del REAV las operaciones de simple intermediación en nombre y por cuenta ajena.

El Tribunal, sin embargo, muy en línea con las apreciaciones del Abogado general, especialmente contundente en este punto, señala que en ausencia de una mención expresa a que este inciso solamente se refiere a la actuación en nombre ajeno, concluye que se aplica en todos los casos, con el resultado de contravenir el Derecho comunitario. Es más, tanto el Tribunal como el Abogado general recuerdan la existencia de consultas de la DGT donde no se matizaba en esos términos el precepto legal controvertido.

3.3. REPERCUSIÓN DEL 6 % EN LAS VENTAS DE VIAJES QUE TRIBUTAN POR EL REAV CUANDO EL ADQUIRENTE ES UN EMPRESARIO O PROFESIONAL

De nuevo aquí el Tribunal lo tenía sencillo. Dicho porcentaje no está amparado por precepto alguno de la Directiva por lo que se declara contrario a Derecho.

Este aspecto, sin embargo, era uno de los más controvertidos para el sector, ya que constituía la forma más sencilla y lógica para repercutir IVA en viajes de negocios a los que debía aplicarse el REAV.

Al respecto, lo más interesante de la sentencia es el reconocimiento de que los operadores que apliquen el REAV pueden, e incluso deben, repercutir el IVA calculado por su mar-

gen. Lo que no es procedente es hacerlo a tanto alzado en el importe del 6% como permite la norma nacional.

3.4. DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE DEL REAV A TRAVÉS DEL MARGEN GLOBAL CALCULADO POR CADA PERIODO IMPOSITIVO

La Ley del IVA establecía como medida de simplificación la posibilidad de calcular las cuotas del REAV de manera global por cada periodo impositivo, soslayando el problema que representa hacerlo operación por operación.

La Comisión, no obstante, entendía que dicha previsión no está amparada por la Directiva.

El Tribunal le da también la razón en este punto, prevaleciendo la ausencia de previsiones expresas al respecto en la norma comunitaria sobre la carga administrativa que conlleva el cálculo del IVA devengado por aplicación del REAV.

4. CONCLUSIONES

El resumen de todo lo comentado lleva a concluir que la sentencia debe ser peor recibida por el sector que por la Administración tributaria.

Piénsese, en este sentido, que el REAV es visto como un elemento distorsionador de precios por las agencias de viajes, que les fuerza a tributar al tipo general del IVA por la refacturación de servicios que se gravan a tipos reducidos y además les altera el normal funcionamiento de las deducciones.

Desde un punto de vista internacional, las reventas de viajes determinan el mismo problema para los operadores extranjeros, por más que con ello se logre retener el IVA turístico en España.

Resulta, por lo demás, complejo en su aplicación, en un momento delicado para el sector en el que la utilización de portales electrónicos, con sede en cualquier lugar del mundo, hace posible la contratación directa de billetes de avión, hoteles o transportes, en un modelo de negocio que poco tiene que ver con el existente cuando el régimen se diseñó.

Más allá de los efectos que la sentencia pueda tener, se vuelve a poner encima de la mesa la necesidad de modernizar la Directiva en este ámbito. No obstante, esta tarea ya fue objeto de numerosas reuniones en Bruselas hasta que en 2010 la propuesta normativa quedó archivada por falta de consenso.

En dicha propuesta se planteaba, entre otras cuestiones, un sistema de *opt out* o renuncia voluntaria de los operadores al REAV, complementado con un sistema de ventanilla única que permitiera cumplir con el ingreso del IVA a distancia entre Estados miembro distintos.

Sin embargo, los intereses de los Estados más turísticos entraron en clara confrontación con otros comercializadores de paquetes turísticos de viajes que se disfrutaban en los primeros. Lógicamente, el telón de fondo era el impacto que la suavización del régimen por medio de su renuncia tendría en el Estado competente para la recaudación del IVA, hoy centrado en aquel en el que se realiza el viaje.

¿QUÉ RAZONES PUEDEN HABER DETERMINADO UNA NUEVA ACTUALIZACIÓN DE BALANCES?

Ángel Esteban Marina

*Doctor en Ciencias Económicas
Inspector de Hacienda del Estado*

EXTRACTO

En el presente artículo el autor recoge el proceso político-administrativo que llevó a la aprobación de la vigente actualización de balances, reseñando además los postulados histórico-doctrinales que, con el devenir de los años, han ido configurando la estructura técnica de la citada actualización. Por último, expone y analiza las características específicas de las reglas insertas en el artículo 9 de la Ley 16/2012, que regula la citada actualización.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, actualización de balances y Ley 16/2012.

Fecha de entrada: 07-06-2013 / Fecha de aceptación: 02-07-2013

WHAT REASONS HAVE MOTIVATED THE NEW BALANCE SHEET REVALUATION?

Ángel Esteban Marina

ABSTRACT

In the present paper, the author records the administrative & economic process which has led to the current balance sheet revaluation, also identifying both the historic and doctrinal postulates throughout time which have configured the technical structure of the aforementioned revaluation. Finally, he describes and analyzes the rules included in article 9 of Law 16/2012, which governs the referred balance sheet revaluation.

Keywords: Corporate Income Tax, balance sheet revaluation and Law 16/2012.

Sumario

1. Presentación
2. Proceso político-administrativo que condujo a la vigente actualización de balances
3. Postulados histórico-doctrinales de la regularización de balances
 - 3.1. Operativa tradicional en la regularización de balances
 - 3.2. Concepto y acepciones del término «regularización»
 - 3.3. Objetivos de la citada operación
 - 3.4. Condiciones y modalidades
 - 3.5. Ventajas, inconvenientes y técnicas sustitutivas
4. Concreción del objeto perseguido y omisión de desarrollo reglamentario
5. Características y peculiaridades de la nueva actualización
 - 5.1. Sujetos pasivos facultados para actualizar sus balances. Voluntariedad de la operación
 - 5.2. Elementos patrimoniales actualizables. Requisitos
 - 5.3. Balance a actualizar y registro contable del saldo de la revalorización
 - 5.4. Del coeficiente único a los coeficientes múltiples. Coeficiente especial en 1983 para las tierras de labor
 - 5.5. Tabla de coeficientes de la vigente actualización: reglas para su aplicación
 - 5.6. Las amortizaciones mínimas. Supresión del derecho a actualizar los incrementos patrimoniales derivados de la actualización de 1996
 - 5.7. ¿Qué función asigna la Ley 16/2012, al artículo 15.9 b), del Real Decreto Legislativo 4/2004?
6. Proceso técnico de la reevaluación y determinación del incremento resultante. La cuenta
 - 6.1. Proceso técnico de la reevaluación y tratamiento del incremento resultante
 - 6.2. Preceptiva estructural: evaluación limitada al «valor de mercado» y omisión de referencia al «estado de uso y aplicación»
 - 6.3. Adecuación legal de las minusvalías. Prohibición de saldo deudor en la cuenta y en los elementos actualizados
 - 6.4. Las amortizaciones post actualización
7. El gravamen único: antecedentes normativos y regulación vigente
 - 7.1. Concepto. Determinación del hecho imponible. Devengo
 - 7.2. Características tributarias. Tramitación administrativa: autoliquidación e ingreso
 - 7.3. La Cuenta: «Reserva de revalorización de la Ley 16/2012»; naturaleza, especificaciones, limitación a su disponibilidad

- 7.4. Comprobación administrativa de La Cuenta: procedimiento y efectos
- 7.5. Omisión en 1996 en la «deducción por doble imposición interna» que se corrige en 2012
- 7.6. Pérdidas producidas en la transmisión o por el deterioro de los elementos actualizados
- 7.7. Información contable: datos a insertar en la memoria de la sociedad
- 7.8. Régimen sancionador por incumplimiento de las normas sobre la anterior información
- 7.9. ¿Es factible la posible renuncia a la actualización de balances?

8. Conclusiones y recomendaciones

1. PRESENTACIÓN

El redactor de este artículo considera que los párrafos siguientes configuran un tríptico que recoge, en primer lugar, el proceso político-administrativo que llevó a la promulgación de la vigente actualización de balances; a continuación, se reseñan los postulados histórico-doctrinales que, con el devenir de los años, han ido configurando la estructura técnica de la citada actualización y, por último, se exponen y analizan las características específicas de las reglas insertas en el artículo 9 de la Ley 16/2012. En consonancia con el anterior esquema, se someten a la benevolencia del lector las líneas que van a continuación con la salvedad relativa a que, por haber publicado el autor de este artículo en la Editorial CISS, en los años 1984 y 1996, dos libros relativos a las respectivas regularizaciones de balances de dichos años, el posible revisor, ante este nuevo texto, pueda tener la sensación de encontrarse ante normas, conceptos, ideas o expresiones ya contemplados con anterioridad.

2. PROCESO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO QUE CONDUJO A LA VIGENTE ACTUALIZACIÓN DE BALANCES

En los primeros días del mes de octubre de 2012 el ámbito empresarial español se vio sorprendido por uno de los muchos proyectos de ley, de decreto-ley o de decreto con los que, en los últimos tiempos, el Gobierno de la nación ha pretendido arbitrar soluciones tendentes a impulsar la actividad económica y, con ello, provocar cierta recuperación del empleo en el Estado.

Con objetivo de alcanzar tales fines, el Consejo de Ministros, en su reunión celebrada el 27 de septiembre de 2012, tomó el «Acuerdo por el que se solicita la tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia del Proyecto de Ley por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica». Consonante con este acuerdo, en el apartado dedicado al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se repitió el texto de tal acuerdo.

Por su parte, el Boletín Oficial de las Cortes Españolas de 4 de octubre de 2012 reitera el antes reproducido acuerdo e incluye, en la Exposición de Motivos y en el articulado de la citada norma, consideraciones y reglas relativas a la actualización de balances, la cual va prevista en el mencionado documento.

En el apartado IV de la referida Exposición de Motivos se dice (reproduzco literalmente): «Por los efectos positivos que puede generar en el ámbito empresarial, al favorecer tanto la fi-

nanciación interna como el mejor acceso al mercado de capitales, se establece la opción, para los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español a través de un establecimiento permanente, de realizar una actualización de balances. Esta actualización monetaria de valores contables, que cuenta con diversos antecedentes normativos, incorpora técnicas de actualización ya conocidas y conlleva una carga fiscal reducida». En páginas posteriores de este artículo se analiza el contenido de dicho apartado, se compara el citado contenido con la normativa de actualizaciones de balances precedentes y se emite el parecer técnico-contable que el mismo sugiere.

En la parte dispositiva del repetido anteproyecto se dedica el artículo 9 del Capítulo III a la Actualización de Balances, desarrollando los aspectos relativos a la normativa reguladora que afecta «a las personas físicas y jurídicas que pueden actualizar», a «los elementos patrimoniales actualizables», «procedimiento para realizar la actualización y manera de contabilizar la plusvalía resultante», plazo para realizar la mentada actualización», «elementos patrimoniales no actualizables», «fijación y aplicación de los coeficientes de actualización», «criterios para la amortización del nuevo valor actualizado», «devengo, liquidación e ingreso del **gravamen único**», «dotación, comprobación, y posibles destinos del saldo de la cuenta **«reserva de revalorización de la Ley xx/2012»** y concesión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de la posibilidad del desarrollo reglamentario de la propia ley cuando esta se publique.

En orden a la posible incorporación a la contabilidad de elementos ocultos y supresión en la misma de activos y pasivos ficticios, el apartado 4 del mencionado artículo 9 establece: «4. No podrán acogerse a la presente disposición las operaciones de incorporación de elementos patrimoniales no registrados en los libros de contabilidad..., ni las de eliminación de dichos libros de los pasivos inexistentes». Sin embargo, la contundencia con la que están redactadas las dos anteriores prohibiciones no es tan rotunda como parece desprenderse de su texto, toda vez que tanto la incorporación de elementos ocultos como la supresión de activos y pasivos ficticios pueden llevarse a cabo con base en disposiciones ya vigentes con anterioridad a la publicación del referido anteproyecto, cuales son:

1. Declaración tributaria especial (amnistía fiscal) regulada en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, modificado por la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 19/2012, de 30 de marzo.
2. Los artículos 1, tercero, uno, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, y el artículo 26, cuarto, del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria de fomento de la competitividad, las cuales establecen un gravamen especial sobre las rentas de fuente extranjera, que permita repatriación de dividendos o la transmisión de participaciones, correspondientes a entidades que, pese a realizar actividades empresariales en el extranjero, se localizan en territorios de nula tributación o en paraísos fiscales, lo que impide la aplicación del régimen de exención.

Tras los precedentes prolegómenos, la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, con la misma denominación que iba en el mentado anteproyecto e, igualmente, con similar posición (apartado IV de la Exposición de Motivos) y texto (art. 9 de la parte dispositiva) a los recogidos en el reiterado anteproyecto. En líneas anteriores ha quedado dicho que en el tramo dispositivo (art. 9.12) del tantas veces citado anteproyecto se preveía la posibilidad del desarrollo reglamentario de la nueva actualización de balances, al igual que aconteció en la regularización de 1983 (RD 9/1984) y en la actualización de 1996 (RD 2607/1996). Sin embargo, la Ley 16/2012 no dice nada sobre el referido desarrollo, y el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tampoco se ha manifestado sobre el particular, por lo cual cabe entender que tal desarrollo no se llevará a efecto.

3. POSTULADOS HISTÓRICO-DOCTRINALES DE LA REGULARIZACIÓN DE BALANCES

En el inicio de la Presentación de este trabajo ha quedado reseñada la sorpresa que se produjo en el ámbito empresarial español al conocer que el Gobierno iba a autorizar una nueva actualización de balances en momentos en los que, como consecuencia de la fuerte crisis económica que sufría y sufre el país, la actividad de las empresas, la inversión en las mismas y el empleo se veían y se ven muy negativamente afectados y, ante estas circunstancias tan desfavorables, no se consideraba conveniente proceder a la mentada actualización; sin embargo, y pese a los anteriores aspectos negativos que, junto con algunos otros, configuran la fuerte recesión económica imperante, el Consejo de Ministros ha optado por permitir la referida nueva actualización.

3.1. OPERATIVA TRADICIONAL EN LA REGULARIZACIÓN DE BALANCES

Es cuestión sobradamente conocida que la regularización de balances, en su inicio, tenía por objetivo primordial, casi único, constituir un instrumento de apoyo en la lucha empresarial contra la inflación en sus activos. La inflación, como es sabido, provoca entre otros muchos problemas, el deterioro de la información contable de las empresas. A consecuencia de esto, los dos principales estados financieros ven alteradas sus funciones representativas del patrimonio y de los resultados de la siguiente forma:

- El balance de situación no representa el valor patrimonial real de los distintos elementos que lo componen toda vez que se ha utilizado para la determinación del citado valor unidades monetarias de diferente poder adquisitivo. Esta disociación valorativa determina que se haga necesaria la rectificación de valores para que el referido documento presente una valoración del patrimonio en unidades monetarias homogéneas.
- La cuenta de pérdidas y ganancias no expresa los resultados realmente obtenidos durante el periodo, pues si bien los ingresos y costes aparecen nominalmente registrados con base en una misma unidad de cuenta, al estar constituida por unidades monetarias de muy distinto poder adquisitivo, resulta que no refleja los verdaderos

costes; por ello, y al ser los beneficios que dicha cuenta muestra superiores a los realmente obtenidos, se hace preciso separar los atribuibles al proceso inflacionario de los que corresponden a un enriquecimiento real.

La generalidad de las legislaciones –la española, hasta 1995, es un ejemplo– gravan por el Impuesto sobre Sociedades el beneficio neto obtenido en el periodo de imposición, que determinan deduciendo de los ingresos brutos los gastos necesarios para la obtención de estos ingresos; las revalorizaciones de los elementos de activo que por cualquier concepto luzcan en cuentas se computan como ingresos. España ha seguido este criterio durante 95 años, la publicación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, modificó sustancialmente esta postura.

Aunque la doctrina contable ha dado diversas soluciones para luchar contra los efectos de la inflación en la contabilidad de las empresas, el legislador y la administración empresarial se han inclinado por una de estas dos:

- Regularización de balances: con esta técnica se pretende conseguir que los bienes componentes del patrimonio de las empresas estén inscritos en el balance por su valor real. Las revalorizaciones de activo que necesariamente se habían de producir no se sometían, hasta hace veinte años, a gravamen por el Impuesto sobre Sociedades.
- Fondos de reposición o de ampliación de bienes y equipos: se forman con beneficios del ejercicio procedentes de la actividad empresarial o de la enajenación de elementos de activo; las dotaciones a estos fondos quedan exentas en el Impuesto sobre Sociedades. Constituyen variedades de este sistema la libertad de amortización, las amortizaciones aceleradas y los planes especiales de amortización.

3.2. CONCEPTO Y ACEPCIONES DEL TÉRMINO «REGULARIZACIÓN»

La palabra «regularización» tiene fuerte arraigo en la terminología contable. En sentido amplio, se entiende por regularización el conjunto de operaciones y asientos contables que es necesario realizar para que las cuentas tengan un saldo igual a la existencia física de los valores que registran o de los resultados que representan. Con ello se consigue que el balance sea expresión del valor real de patrimonio y la cuenta de pérdidas y ganancias refleje los resultados verdaderamente obtenidos en el ejercicio.

La técnica contable usa el término regularización para referirse a tres operaciones que es preciso distinguir:

- a) La liquidación de las operaciones que han sido registradas en la contabilidad con la finalidad de dejar las cuentas con el saldo igual a la existencia real de los valores que deba contener o de los resultados que representen. Se referirá siempre a operaciones que hayan sido debidamente registradas en la contabilidad.

- b) La corrección de los valores, que figuran en contabilidad, de los distintos elementos que componen el patrimonio mediante la adecuada rectificación de los valores monetarios del balance, con el fin de igualarlos a su valor real en la fecha que se confecciona el mismo.
- c) La afluencia o incorporación en contabilidad de bienes, derechos u obligaciones, que no estén registrados y la eliminación de activos y pasivos ficticios que figurando en contabilidad carecen de contenido real. Esta operación supone la contabilización de todos aquellos elementos patrimoniales, que por unas u otras razones, no fueron contabilizados en el momento que procedía, o que lo fueron de manera distinta a como debiera con arreglo a las normas legales o a los principios de la «veracidad contable».

Desde hace algunos años, en Sudamérica, la palabra regularización se viene empleando como sinónimo de amnistía fiscal. El procedimiento, con las peculiaridades de cada caso, ha sido el siguiente: se abre un periodo de regularización contable que determina el perdón de todas las posibles faltas cometidas hasta ese momento; se invita a las empresas a que pongan en orden su contabilidad y se anuncian duras penas para quienes en el futuro, falseando la contabilidad, defrauden al fisco. Algún país sudamericano ha superado largamente la docena de estas «regularizaciones».

3.3. OBJETIVOS DE LA CITADA OPERACIÓN

La regularización de balances apareció por primera vez en Francia en el año 1945; tenía como objetivo primordial la lucha contra los efectos de la inflación en la contabilidad y en el patrimonio de las empresas. Pues bien, esos objetivos básicos se han mantenido en todas las regularizaciones posteriores a la acabada de citar, especialmente, en distintos países pertenecientes preferentemente a la Unión Europea (UE), al considerarse que dichos efectos se anulan, por lo menos en parte, al conseguir:

- Balances con valores patrimoniales actualizados.
- Cuentas de pérdidas y ganancias que expresen los resultados reales del ejercicio, y no los monetarios.
- Amortizaciones en función del valor actual de mercado de los equipos industriales y los demás bienes legalmente amortizables.

Otras veces, manteniendo como fin primordial la lucha contra la inflación, se aprovecharon las regularizaciones para decretar amnistías fiscales. La concesión de estas se ha hecho de distintas formas; en unas ocasiones se han dispuesto expresamente y en otras han ido encubiertas en el mecanismo contable de la afluencia de activos ocultos.

Anteriormente hemos hecho referencia al procedimiento seguido por algunos países sudamericanos para establecer este tipo de regularizaciones; por lo que a España respecta, el artículo trece

del Decreto 1985/1964, de 2 de julio, la regla 13 de la Orden Ministerial de 2 de febrero de 1974 y el artículo treinta y uno de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, establecieron medidas que, en mayor o menor grado, llevaban implícitas amnistías fiscales. El mismo fin han tenido las regularizaciones; de balances autorizadas por las Diputaciones Forales vascongadas en el año 1990, en lo que hace referencia a la afloración de existencias. El pago en cuatro años, por cuartas partes, de la cuota resultante por el Impuesto sobre Sociedades o por el IRPF a causa de los incrementos de patrimonio determinados por tales afloraciones, sin que se devenguen intereses de demora, sin sanciones y sin necesidad de avalar la deuda, entrañaba, en mi opinión, una amnistía fiscal, siquiera fuese atenuada.

En España, el legislador ha empleado la regularización de balances como instrumento para implantar el Plan General de Contabilidad (PGC) (DL 12/1973, de 30 de noviembre) y como incentivo de la inversión bursátil (RD 621/1981, de 27 de marzo); creo que ningún otro Estado ha usado esa técnica para alcanzar estos fines.

En las regularizaciones autorizadas en Europa en los últimos años (generalmente anteriores a la última década) se observan dos características que, con matices, pueden considerarse comunes a todas ellas; son:

- a) Tiene como objetivo conseguir contabilidades veraces, con exclusión de cualquier otro de los fines que acabo de exponer.
- b) Ruptura de la gratuidad fiscal de la operación que caracterizó a la mayoría de las permitidas entre 1945 y los primeros años de la década de los setenta. A partir de estos, las autorizadas, en general, han llevado consigo el devengo de gravámenes sobre las operaciones de actualización y/o las operaciones de reparto o aplicación del saldo de la cuenta.

Ejemplo de la pretensión de conseguir, como único objetivo, contabilidades veraces fueron las actualizaciones permitidas en Francia y en Bélgica en 1976; las normas fueron similares en ambos países. La regularización se empleó como simple instrumento para actualizar los valores de los bienes del activo, las amortizaciones acumuladas y las futuras dotaciones a los fondos de amortización. En el orden fiscal, la operación no representó ningún beneficio para las empresas, puesto que el saldo acreedor de la cuenta de regularización debió ser saldado, en sucesivos ejercicios, con la cuenta de pérdidas y ganancias al contabilizar las amortizaciones.

Las últimas actualizaciones permitidas en Francia (1980 a 1983), Bélgica (1983), Portugal (1988), Grecia (1987) e Italia (1990), lo han sido con gravámenes distintos según el Estado autorizante.

3.4. CONDICIONES Y MODALIDADES

Las condiciones han dependido en cada caso de la nación donde se han implantado y de los objetivos que se persigan con la regularización; las más generalizadas son:

- Descartar la imposición fiscal sobre plusvalías de regularización de origen monetario. Esta condición raramente se ha cumplido en toda su pureza; normalmente, las plusvalías de activo se han gravado a tipos bajos. Cuando los activos habían sido financiados con fondos ajenos a medio y largo plazos, el gravamen se ha realizado a tipos más elevados. Finalmente, en los casos de incorporación de las plusvalías de regularización al capital, ha sido gravada la entrega de las correspondientes acciones, aunque a tipos inferiores a los que corresponderían en el caso de percepción de dividendos por los accionistas.
- No repartir en efectivo o en bienes la plusvalía proveniente de la regularización. Esta norma es insoslayable, ha de cumplirse de manera absoluta; lo contrario, es acelerar aún más la descapitalización de las empresas fomentada por la inflación. Únicamente en aquellos casos en que el beneficio de la sociedad pueda hacer frente a las nuevas amortizaciones y a los nuevos dividendos es aconsejable la incorporación de la plusvalía de regularización al capital.
- Debe ir en armonía con otras medidas de política económica. Efectivamente, la regularización de balances no debe nunca constituir una norma aislada; ha de ser una componente más de ese conjunto, acaso ideal, de leyes cuyo único objetivo sea frenar la inflación.

En este sentido, creo que es un ejemplo claro de bien legislar la Exposición de Motivos de la Ley 76/1961, de 23 de diciembre, sobre Regularización de Balances, antecedente básico del texto refundido de Regularización de Balances de 2 de julio de 1964, que, con las necesarias adaptaciones al paso del tiempo, se ha mantenido vigente hasta 1996.

En dicha Exposición de Motivos se marcaban con claridad los objetivos de la regularización; estos eran:

- a) Permitir una sana financiación industrial.
- b) Facilitar la determinación de los costes reales.
- c) Abrir o ampliar a las empresas españolas las posibilidades de financiación exterior.
- d) Contribuir a la incorporación de España a áreas económicas supranacionales.

Lamentablemente, la consecución de los anteriores objetivos y el éxito de la propia regularización se fundamentaban (así lo decía la Exposición de Motivos citada) en que, tras la «Política de Estabilización» llevada a cabo por el Gobierno, se había «dominado la situación inflacionaria»; como esto último no se consiguió, las esperanzas de saneamiento financiero y de veracidad contable suscitadas por la Ley de Regularización de Balances, texto refundido de 2 de julio de 1964, se vieron frustradas.

Jurídicamente, la operación que nos ocupa se ha concebido siempre como un apéndice de Impuestos sobre Sociedades; por ello, en todas las regularizaciones habidas en España únicamen-

te han podido acogerse a los beneficios de las mismas las citadas entidades, salvo en 1961 que se permitió regularizar también a las personas físicas ejercientes de industria o comercio. La anterior y penúltima actualización autorizada por el Gobierno español, aprobada por el Real Decreto-Ley 7/1996, amplió notablemente en número los sujetos pasivos que podían regularizar; pudieron hacerlo las sociedades, los establecimientos permanentes de personas físicas o jurídicas y los empresarios y profesionales que fueran personas físicas; esta misma pauta es la seguida por la Ley 16/2012.

En las correspondientes leyes que autorizan las regularizaciones se suelen reseñar sus características principales: de aplicación voluntaria u obligatoria por las empresas; clases de bienes susceptibles de ser regularizados (todos los activos o parte de ellos); exención total o parcial de los distintos tributos que pudieran gravar las diversas fases de la operación; técnica valorativa a emplear (coeficientes o tasación pericial) y plazos para que las sociedades puedan realizar las operaciones de regularización y para que la Administración efectúe la comprobación de tales operaciones.

Las modalidades de regularización son muy diversas, no solo a nivel técnico, sino también dentro del Derecho positivo; puede decirse sin lugar a error que la regularización de balances realizada en cada país presenta características que la distinguen de las demás regularizaciones efectuadas en las otras naciones.

Estas peculiaridades giran normalmente sobre los siguientes extremos:

- Por la voluntariedad: la regularización puede ser voluntaria u obligatoria para todas las empresas. A veces, se autorizan regularizaciones de carácter mixto, es decir, obligatorias para aquellas empresas en las que se dan ciertas condiciones o particularidades y voluntarias para todas las demás.
- Por los bienes a que afecta: total o parcial, según que se puedan o se deban regularizar todos los bienes y derechos componentes del patrimonio o solo algunos de ellos.
- Por la técnica valorativa: mediante tasación pericial o por la aplicación de índices. La primera puede hacerse tasando elemento a elemento o valorando grupos homogéneos de bienes; la segunda, por aplicación del índice general del coste de la vida o de los índices específicos de los bienes que se regularizan.

Cuando se opera con la técnica de los índices, su aplicación puede ser automática o reglada. El automatismo, a su vez, puede ir definido por el paso del tiempo (o cada año, cada semestre o cada trimestre) o por el nivel que pueda alcanzar el índice básico en un momento dado (10 %, 20 %, 200 %, etc., sobre el anterior). La aplicación de índices será reglada cuando el Gobierno, periódicamente, vaya autorizando nuevas regularizaciones, fijando en cada caso los coeficientes a aplicar.

- Por la incidencia tributaria: gratuita o con coste fiscal. Ya se ha dicho que en este segundo caso ha habido gran heterogeneidad en los tributos que se han aplicado y en la cuantía por la que se han devengado los mismos.

3.5. VENTAJAS, INCONVENIENTES Y TÉCNICAS SUSTITUTIVAS

Doctrinalmente, a la regularización de balances se le han señalado las siguientes **ventajas**:

- 1.º Los balances que se elaboren después de efectuada la regularización reflejarán con mayor exactitud la situación de la empresa que aquellos otros que se confeccionarían de no haberse regularizado. Esta idea, que modernamente se ha manejado como argumento principal para justificar las sucesivas regularizaciones, es solo en parte correcta.

Considero que solo en parte es correcta por las siguientes razones:

- a) Cuando la tendencia económica es de signo inflacionista, el balance regularizado solo será «monetariamente veraz» en el instante en que se realice la actualización de los valores; inmediatamente después, al no cortarse la inflación, el balance dejará de reflejar el valor real de los bienes que lo componen. Así pues, la tan manida «veracidad contable» a alcanzar no se habrá conseguido; de nuevo, los valores reflejados en el balance serán inferiores a los valores que se den en el mercado.
- b) Lo dicho en el párrafo anterior invita a analizar qué debe entenderse por «veracidad contable» o, más concretamente, cuándo un balance debe admitirse como «veraz». En mi opinión, un balance formado con base en los valores de adquisición de sus elementos componentes es tan veraz como aquel en que dichos elementos estén regularizados. Los anexos al balance y la documentación complementaria nos darán la fecha de adquisición de los bienes, y a partir de esa fecha, por aplicación del índice de precios que en cada caso se considere más oportuno, o por simple contemplación del mercado, podrá llegarse a la valoración actual de los bienes componentes del patrimonio. Entiendo, por tanto, que el problema de la veracidad contable nace de omitir en el balance societario el registro de ciertos elementos patrimoniales o de tergiversar en el mismo la naturaleza de tales elementos y no de que el balance esté regularizado o sin regularizar.
- c) La actualización de los valores de todos los bienes por aplicación de un solo índice, que, hasta recientemente ha sido la técnica más empleada, produce notorias diferencias entre los valores regularizados y los valores reales. Este inconveniente se ha pretendido subsanar mediante procedimientos tales como la tasación pericial (Bélgica, en 1974) o la elaboración de varios índices (Francia, en 1978, con un índice general para toda clase de bienes, excepto inmuebles, los cuales fueron afectados por un índice específico), etcétera. Pienso que la tasación pericial es administrativamente imposible por su alto coste, sobre todo en países de gran desarrollo económico; y en cuanto a la pluralidad de índices, su número nunca será suficiente para recoger la amplia gama de bienes que constituyen el patrimonio empresarial. Además, las diferencias en el

valor de los bienes por el paso del tiempo no solo son de origen monetario, engloban también la incidencia de todas las variables que, en la economía de mercado, contribuyen a la formación y evolución de los precios.

- 2.º Una vez actualizados los valores de los bienes en el balance por medio de la regularización, será posible calcular cuotas de amortización, fiscalmente deducibles como gasto, en función, no del coste de reposición que sería lo ideal, sino de los valores regularizados que, por lo menos teóricamente, deberán coincidir con los valores de mercado en el momento que se lleve a efecto dicha regularización.
- 3.º Ayuda a la determinación de costes y beneficios más en consonancia con la realidad; igualmente, en el caso de enajenaciones de carácter patrimonial, hace disminuir el beneficio nominal de tales enajenaciones.
- 4.º Permite al inversor conocer con más exactitud el valor de su inversión y beneficiarse de la posible entrega de acciones total o parcialmente liberadas, cuando el saldo representativo de la plusvalía neta de regularización se incorpore al capital. La claridad de los balances, después de efectuar la misma, es un estímulo para realizar nuevas inversiones.

Respecto a los **inconvenientes** que pueda presentar la reiterada regularización, los tratados y trabajos sobre el particular, enfocando la cuestión desde distintos puntos de vista, citan gran cantidad de casos en los que resulta improcedente su aplicación. En las líneas siguientes, únicamente se hace referencia a los que se considera más frecuentes:

- 1.º Da lugar a descensos acusados en los ingresos fiscales por el Impuesto sobre Sociedades.
- 2.º Discrimina a las empresas según que hayan financiado sus activos con capitales propios o con capitales ajenos. El principio nominalista del dinero hace que las sociedades financiadas con capitales ajenos continúen reembolsando sus deudas con moneda depreciada después de haber aumentado el valor de sus bienes como consecuencia de la regularización; así obtienen beneficios extraordinarios, tanto mayores cuanto más largo sea el plazo para el pago de sus deudas.
- 3.º Por esta causa, en las primeras regularizaciones autorizadas en Europa (Francia, en el año 1945, fue la primera nación en establecer un gravamen que afectara a la «financiación ajena»), se creó un tributo especial que gravaba dichos beneficios. Por lo que a España respecta, tal gravamen se aplicó en las regularizaciones de 1964 y 1973, y fue suprimido en la de 1977, esta supresión se mantuvo en todas las autorizadas hasta 1983 y 1990, correspondiendo las de este último año a las puestas en vigor por las Diputaciones Forales del País Vasco.
- 4.º Después, un tanto sorpresivamente, el Real Decreto-Ley 7/1996, artículo 5.6, dispuso que «... se podrán tomar su consideración las circunstancias relativas a la forma de **financiación de las empresas**...», pienso hoy y pensaba en su momento, que la

regla anterior es indeterminista, pues constituye una mera declaración de intenciones, donde parece que ni siquiera las intenciones están claras, toda vez que afirma «... se podrán tomar en consideración...» y no «... se tomarán en consideración...» que sería la redacción más lógica, y todo ello sin añadir ninguna norma que determinase su aplicación en el orden práctico. La carencia que acababa de ponerse de manifiesto fue cubierta por el Real Decreto 2607/1996, artículo 8, el cual desarrolló la cuestión estableciendo dos procedimientos, a elección de la empresa; uno es de carácter general, independiente del volumen de financiación ajena, el otro sopesa, a través de un índice, dicha financiación. El procedimiento de reducción elegido por el sujeto pasivo habría de aplicarse a la totalidad de los elementos patrimoniales susceptibles de actualización. La exposición de estos dos procedimientos y su relación y conexión con el artículo 15.9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) se relatan en el siguiente epígrafe 5.7 de este trabajo.

- 5.º El aumento de valor de los bienes en el activo obliga a incrementar las cantidades destinadas a fondos de amortización. Cuando la empresa obtenga o esté en condiciones de obtener los beneficios precisos para hacer frente al incremento de aquellas, no tendrá problema; pero si se encuentra en situación estacionaria, difícilmente podrá dotar las nuevas amortizaciones. En este caso, necesariamente, tendrá que optar entre reducir el beneficio distribuible o reducir las cantidades destinadas a fondos de amortización. Ante esta opción, frecuentemente, se suele recurrir al reparto de «beneficios ficticios»; el dividendo se sigue repartiendo, pero no con cargo a resultados sino con «carga real» al patrimonio de la empresa, aunque la «presentación contable» haga aparentar que son repartidos con cargo a beneficios reales.
- 6.º Por tanto, si la incorporación de la cuenta de regularización al capital no se hace con las adecuadas cautelas, puede acelerarse la descapitalización de la empresa, sobre todo en aquellos casos en que los beneficios de la explotación no sean suficientes para hacer frente al dividendo que habitualmente se haya venido repartiendo.

Especial trascendencia adquiere esa cautela en aquellas empresas que coticen en Bolsa. En efecto, el acceso de las grandes empresas al mercado público de capitales depende en gran medida de la cotización de sus acciones; a su vez, en la cotización incide grandemente la cuantía y regularidad del dividendo. Planteadas así las cosas, las sociedades tienden a sostener el dividendo a ultranza, aun en aquellos ejercicios en que los beneficios no son suficientes para su dotación; cuando esto sucede, resulta claro que la empresa distribuye parte del dividendo con cargo a su patrimonio.

- 7.º La entrega de acciones total o parcialmente liberadas, consecuencia de la incorporación de la cuenta de regularización al capital, puede dar lugar a especulaciones bursátiles, muchas veces no aconsejables. La especulación atípica suele ser tanto más intensa cuanto mayor es el número de sociedades importantes que efectúan la entrega de dichas acciones en un mismo periodo.
- 8.º En caso de empresas poco escrupulosas, la regularización de balances puede ser un vehículo de evasión fiscal. El procedimiento consiste en hacer figurar los bienes

en el activo por encima de su valor real, sin tener en cuenta las limitaciones que se establecen. Una vez fijados esos valores, las cuotas de amortización que fiscalmente se deducirán como gasto serán superiores a las reales (de hecho, se creará una reserva que no ha tributado por el Impuesto sobre Sociedades); igualmente, las plusvalías puestas de manifiesto en la enajenación de activos fijos serán inferiores a las reales y, por tanto, el gravamen girado será inferior al que se produciría si el bien estuviera adecuadamente valorado en el balance. Llevada la cuestión a sus últimos extremos –algún caso tengo visto con este proceder– se reevalúan determinados activos con escasa o nulo valor real en el mercado. Después, en los ejercicios siguientes, «se enajenan» dichos bienes provocando pérdidas fiscalmente compensables. De esta forma se elimina la tributación de los beneficios realmente obtenidos porque estos se aplicarán a compensar las citadas pérdidas.

La experiencia me tiene demostrado que contribuyen grandemente a esta práctica viciosa las dos siguientes causas:

- a) El corto plazo (muy inferior al de cinco años que, para la prescripción, fijaba el art. 64 de la anterior Ley General Tributaria, Ley 230/1963, reducido a cuatro años por así disponerlo la Ley 1/1998, y mantenido en la misma duración en virtud de lo que establece el art. 66 de la vigente Ley General Tributaria, Ley 58/2003), en relación con el vencimiento establecido en las distintas disposiciones legales para que pueda llevarse a efecto la comprobación fiscal de las regularizaciones efectuadas.
 - b) La norma inserta en dichas disposiciones en virtud de la cual, transcurrido el plazo que se establece para la comprobación, se consideran fiscalmente válidas todas aquellas regularizaciones que no hayan sido objeto de inspección.
- 9.º Instrumento acelerador de la inflación (es el inconveniente más importante). El aumento de los valores contables de los activos da lugar al incremento de sus respectivas cuotas de amortización. Tales incrementos se repercuten en cadena; primero a los costes de producción y después a los precios de venta. Empíricamente, este efecto se ha constatado en las diversas regularizaciones autorizadas en España; fue particularmente intenso en las sociedades de suministros y de servicios (agua, gas, electricidad, transportes, etc.). En Gran Bretaña ha sido el argumento más esgrimido por los diversos gobiernos, tanto conservadores como laboristas, que se han sucedido en los últimos cincuenta años, para oponerse de manera sistemática a las pretensiones patronales de reevaluar los activos.

Los inconvenientes acabados de reseñar y otros no reseñados que afectan a la regularización de balances han determinado que los poderes públicos y la doctrina económica ideen, recomienden y pongan en práctica **técnicas sustitutivas** de la reiterada regularización; con ellas, se aspira a conseguir sus mismos fines. En el orden práctico, suele recomendarse que dichas técnicas se apliquen de manera conjunta y no alternativa o independiente; las más frecuentes de las mentadas técnicas son las siguientes:

- Permitir la deducción fiscal de una amplia gama de provisiones (existencias, ciertas inmovilizaciones y valores mobiliarios concretos), de fondos de previsión para financiar inversiones futuras o de inversiones ya realizadas o en periodo de instalación.
- Autorizar amortizaciones aceleradas y libertad de amortización.
- **Indiciar las plusvalías** de enajenación en función de la fecha de adquisición del bien enajenado.

4. CONCRECIÓN DEL OBJETO PERSEGUIDO Y OMISIÓN DE DESARROLLO REGLAMENTARIO

Tras la experiencia internacional por haber transcurrido más de cincuenta años desde su inicial implantación, la regularización de balances se ha ido estructurando sobre un soporte constituido por ciertas premisas y por el cumplimiento de determinados postulados que, coordinados entre sí, han acabado conformando una especie de «cuerpo de doctrina» de general aceptación.

En los precedentes epígrafes 3.1 a 3.5 se ha expuesto la evolución histórico-normativa de dicha regularización; en la misma pueden examinarse las referidas premisas y postulados que, con el transcurrir de los años, han ido configurando el entramado legal que se considera debe servir de pauta a la hora de autorizar una nueva de las citadas regularizaciones.

Por otra parte, en el anterior epígrafe 1 ha quedado reseñado el proceso de tramitación legislativa de la actualización de balances permitida para ser realizada en 2013, que operará sobre el balance cerrado el 31 de diciembre de 2012, y también se ha reproducido el apartado IV de la Exposición de Motivos del correspondiente proyecto de ley; en dicho apartado se enumeran, por cierto, de forma muy sucinta, las premisas y postulados condicionantes de la nueva actualización que se prevé. En las líneas que siguen a continuación se procede al análisis pormenorizado de estas premisas y postulados.

El reiterado apartado IV se inicia con la siguiente declaración de intenciones: «Por los efectos positivos que puede generar en el ámbito empresarial, al favorecer tanto la financiación interna como el mejor acceso al mercado de capitales, se establece...». Por este inciso puede verse que el *leit motiv* de la actualización de balances que se plantea, a diferencia de sus precedentes, no tiene como finalidad declarada «la lucha contra la inflación», o la «consecución de la veracidad contable», o de ambos motivos a la vez y, a falta de alguna o algunas de estas concreciones para fijar las metas a alcanzar, recurre a incluir la siguiente expresión: «favorecer tanto la financiación interna como el mejor acceso al mercado de capitales».

En cuanto conozco, tanto la doctrina contable como la doctrina financiera, en ninguna o en muy escasas ocasiones han hecho referencia a la indicada regularización como instrumento coadyuvante de la posible financiación interna o como elemento de mejora en el acceso al mer-

cado de capitales; en mi opinión, estos dos motivos tienen un marcado signo generalista, son escasamente determinantes y poco o nada relacionados con los fines que tradicionalmente se han asignado a la tantas veces mentada regularización.

No obstante los anteriores reparos, estimo que los redactores del citado proyecto de ley se vieron mediatizados por **limitaciones y restricciones** que no afectaron a las precedentes revaluaciones de activos autorizadas en España. Las **limitaciones** nacen de nuestra pertenencia a la UE que, por principio fundacional, considera inasumible la existencia de inflación en los precios, y menos aun que esta se reconozca en el articulado de una ley promulgada por un Estado miembro; en cambio, razones de naturaleza **recaudatoria** apoyadas en la necesidad de **ingresos tributarios** que el Estado tiene en estos momentos para poder hacer frente a sus compromisos presupuestarios, han condicionado que la ley, que recientemente ha aprobado la reiterada reevaluación, no podía admitir en su articulado, como justificante de su publicación, el combate contra la inflación en cuentas ni tampoco tener por objetivos el contener o interrumpir la recesión económica, puesto que esta, conceptualmente, se opone a cualquier propensión de reevaluar activos en contabilidad.

Entonces, si por un lado combatir la inflación y las posibles acciones contra la recesión económica no resultan aconsejables como justificantes de la reevaluación de elementos patrimoniales y por el otro favorecer la financiación interna de las empresas o mejorar el acceso de estas al mercado de capitales guardan escasa o nula relación con las razones aducibles para permitir el restablecimiento de la tantas veces nombrada actualización, cabe preguntarse: ¿cuál es la verdadera razón que ha determinado tal restablecimiento?

Teniendo en cuenta el contexto económico imperante en España en estos momentos, muy alejado del que se considera idóneo para aplicar de manera adecuada la técnica contable de la actualización de balances, entiendo –puedo equivocarme– que las verdaderas razones por las cuales el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas haya optado por autorizar dicha actualización han sido, simplemente, razones de naturaleza **recaudatoria** apoyados en la necesidad de **ingresos tributarios** que el Estado tiene en estos momentos para poder hacer frente a sus compromisos presupuestarios.

Esta suposición se ve reafirmada al contemplar el tipo impositivo fijado en el mencionado anteproyecto para cuantificar el ingreso que corresponde realizar a las empresas y personas físicas que lleven a cabo la actualización de referencia; en efecto, el artículo 9.8 de tal anteproyecto disponía: «Los sujetos pasivos o los contribuyentes que practiquen la actualización deberán satisfacer un gravamen único del 5 % sobre el saldo acreedor de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley xx/2012, de xx de xx"», lo que pone de manifiesto que el «efecto recaudatorio» estaba presente en el ánimo del legislador desde el inicial planteamiento de la norma que se proyectaba.

Una primera característica que inmediatamente se pone de manifiesto en la vigente actualización es la carencia de desarrollo reglamentario, lo que determina una notable diferencia con

respecto a la mayoría de las precedentes regularizaciones, en las cuales la norma que establecía la propia actualización estaba acompañada del correspondiente real decreto en el que se fijaban las particularidades específicas de la medida. Ya ha quedado dicho en párrafos anteriores que en el anteproyecto de ley se establecía la posibilidad de publicar el referido desarrollo; sin embargo, el tal desarrollo no ha visto la luz. Desconozco las causas por las cuales el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha prescindido de dicha publicación, pero el resultado de esta omisión es que el artículo 9, de la Ley 16/2012, sea la única fuente legislativa reguladora de la presente actualización de balances.

5. CARACTERÍSTICAS Y PECULIARIDADES DE LA NUEVA ACTUALIZACIÓN

Por la situación de normativa legal incompleta acabada de describir, la reseña de las características y peculiaridades de la nueva actualización se hace preciso realizarla a partir del ordinal de materias, tal y como estas se encuentran estructuradas en el citado artículo 9.

5.1. SUJETOS PASIVOS FACULTADOS PARA ACTUALIZAR SUS BALANCES. VOLUNTARIEDAD DE LA OPERACIÓN

Detalla el artículo 9.1, párrafos primero y segundo: «1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas, que lleven su contabilidad conforme al Código de Comercio o estén obligados a llevar los libros registros de su actividad económica, y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente podrán acogerse, con carácter voluntario, a la actualización de valores regulada en la presente disposición.

En el caso de sujetos pasivos que tributen en el régimen de consolidación fiscal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, las operaciones de actualización se practicarán en régimen individual».

Respecto a los sujetos pasivos que pueden actualizar, el legislador ha seguido el criterio ya recogido en la regularización de 1996, al permitir actualizar prácticamente a la generalidad de contribuyentes que, llevando su contabilidad conforme al Código de Comercio o los libros registros obligados a llevar por el ejercicio de su actividad económica, se encuentren en condiciones de hacerlo; tales sujetos son:

- a) Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tanto los sometidos por obligación personal de contribuir como los sometidos por obligación real.

- b) Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas.
- c) Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente.
- d) Sujetos pasivos que tributen en el régimen de consolidación fiscal (Capítulo VII del Título VII del TRLIS). Las operaciones de actualización se **practicarán en régimen individual**, es decir, se habrán de actualizar de modo independiente cada uno de los balances de las empresas que componen el grupo.

Este último precepto soslaya las controversias y algún contencioso, como los que produjeron en 1996 a consecuencia de no especificarse en la Ley de Actualización de ese año si tal actualización debía afectar o no afectar a todas las empresas del grupo. La cuestión fue resuelta por el propio Ministerio de Hacienda al disponer en el Real Decreto 2607/1996 [art. 1 a)], que reglamentó la citada actualización, que: «Las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 81 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, practicarán las operaciones de actualización en **régimen individual**».

En las distintas actualizaciones de valores autorizadas con anterioridad a 1996 el catálogo de sujetos pasivos a los que les estaba permitido regularizar no ha sido uniforme sino que ha variado notablemente en función de las distintas revalorizaciones que se han puesto en vigor; así, mientras en las aprobadas en los años 1979, 1980, 1981 y 1983, los contribuyentes que podían actualizar eran, exclusivamente, «los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades», sin distinguir que lo fueran por obligación personal o real, en las correspondientes a los ejercicios 1964, 1973, 1996 y 2012 han podido regularizar también «las personas físicas ejercientes de industria o comercio».

La **voluntariedad** en orden a la posible acogida a la nueva actualización está instituida en un inciso situado al final del primer párrafo (art. 9.1), en el que tras detallar el censo de los sujetos que pueden acceder a la citada actualización, añade que tales sujetos «... podrán acogerse, con **carácter voluntario**, a la actualización de valores regulada en la presente disposición».

5.2. ELEMENTOS PATRIMONIALES ACTUALIZABLES. REQUISITOS

El artículo 9.2 de la Ley 16/2012, en lo que respecta a la actualización de los elementos del inmovilizado material y a las inversiones inmobiliarias, reproduce, casi literalmente, lo dispuesto en la actualización de 1996 (RDL 7/1996, art. 5.2, y RD 2607/1996, art. 2.1), en relación con los mismos elementos patrimoniales; dispone al efecto: «Serán actualizables los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias situados tanto en España como en el extranjero. Tratándose de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, los elementos actualizables deberán estar afectos a dicho establecimiento permanente. También serán actualizables:

- a) Los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias adquiridos en régimen de arrendamiento a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Los efectos de la actualización estarán condicionados, con carácter resolutorio, al ejercicio de la opción de compra.
- b) Los elementos patrimoniales correspondientes a acuerdos de concesión registrados como activo intangible por las empresas concesionarias que deban aplicar los criterios contables establecidos por la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las empresas concesionarias de infraestructuras públicas».

Así pues, en la vigente actualización son bienes actualizables:

- a) Con carácter general, los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias situados tanto en España como en el extranjero.
- b) Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente, por los elementos afectos a dicho establecimiento.
- c) Los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias adquiridos en régimen de arrendamiento a que se refiere el apartado 1) de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988 (condiciones que deben reunir las operaciones de arrendamiento financiero).
- d) Activos intangibles de las empresas concesionarias que deban aplicar los criterios contables establecidos por la Orden EHA/3362/2010, de 23 de diciembre (PGC de las empresas concesionarias de infraestructuras públicas).
- e) Contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: los elementos actualizables deberán estar afectos a la actividad económica.

En el mismo apartado 2 b) del artículo 9 de la Ley 16/2012, se insertan **varias condiciones específicas** alusivas a que «la actualización se referirá necesariamente a todos los elementos susceptibles de la misma y a las correspondientes amortizaciones», salvo en los inmuebles, en los que podrá optarse «por su actualización de forma independiente para cada uno de ellos». Cualquiera que sea el sistema de actualización de tales inmuebles, esta «deberá realizarse distinguiendo entre el valor del suelo y el de la construcción».

La **prohibición** de actualizar **patrimonios ocultos y activos y pasivos ficticios** está recogida en el apartado 4 del reiterado artículo 9, al disponer: «No podrán acogerse a la presente disposición las operaciones de incorporación de elementos patrimoniales no registrados en los libros de contabilidad, o en los libros registros correspondientes en el caso de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que estén obligados por dicho impuesto a la llevanza de los mismos, ni las de eliminación de dichos libros de los pasivos inexistentes».

5.3. BALANCE A ACTUALIZAR Y REGISTRO CONTABLE DEL SALDO DE LA REVALORIZACIÓN

La **especificación y condiciones** para la confección de este documento se muestran en el artículo 9.3, párrafo primero, de la Ley 16/2012, que dispone: «La actualización de valores se practicará respecto de los elementos susceptibles de actualización que figuren en el primer balance cerrado con posterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición (28 de diciembre de 2012), o en los correspondientes libros registros a 31 de diciembre de 2012 en el caso de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que estén obligados por dicho impuesto a la llevanza de los mismos, siempre que no estén fiscalmente amortizados en su totalidad. A estos efectos, se tomarán, como mínimo, las amortizaciones que debieron realizarse con dicho carácter». Este párrafo, con la excepción relativa a los contribuyentes del IRPF, es reproducción casi literal del artículo 5.3 del Real Decreto-Ley 7/1996, que implantó la actualización de balances del citado año, lo cual pone de manifiesto la escasez de novedades aportadas por la nueva actualización.

Con independencia de tal reproducción, en el mencionado párrafo se echa en falta la existencia de un requisito que iba en la actualización de 1996 (art. 5.3 del RDL 7/1996), y en la mayoría de sus precedentes, que consistía en «el estado de uso y utilización» que se precisaba para que un elemento patrimonial fuese actualizable; pues bien, esta estipulación ha desaparecido de la Ley 16/2012, como condición *ex ante* o de cumplimiento previo a la posible actualización, no sé si por omisión voluntaria, olvido o carencia de preceptiva reglamentaria.

En efecto, comparativamente se produce la siguiente situación: el Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre, artículo 3.1, imponía, para que los elementos patrimoniales pudieran ser actualizados, las condiciones de que «se encontrasen efectivamente en estado de uso y utilización y no hallarse fiscalmente amortizados»; de estas dos condiciones, en 2012 únicamente se mantiene la segunda, mientras la primera solo se recoge en el artículo 9.7, párrafo segundo, de la Ley 16/2012 como condición colateral *ex post*, al disponer: «El nuevo valor actualizado no podrá exceder del valor de mercado del elemento patrimonial actualizado, teniendo en **cuenta su estado de uso** en función de los desgastes técnicos y económicos y de **la utilización** que de ellos se haga por el sujeto pasivo o contribuyente». Es decir, «el estado de uso y utilización» del elemento patrimonial actualizable nada más hay que considerarlo después de efectuada la actualización y no con anterioridad a esta, como acontecía en 1996.

En 1996, a la premisa relativa al «estado de uso y utilización» de los bienes a actualizar, se daba cumplimiento a través de lo dispuesto en el artículo 9.3, párrafo segundo, del Real Decreto 2607/1996, de 20 de diciembre, el cual precisaba: «El **nuevo valor resultante** de la actualización no podrá exceder del **valor de mercado** del elemento patrimonial actualizado,...»; evidentemente, esta cautela era consecuencia de la aplicación del **principio de prudencia valorativa** inserto en el artículo 31.1 c) de la Cuarta Directiva de la CEE.

La norma referente al «estado de uso y utilización» que, en principio, parecía tener gran relevancia tributaria, resultó ser una simple declaración doctrinal; por ello, operativamente, ha

sido de escasa utilidad. A la Inspección le era muy difícil por no decir imposible, pues habría tenido que recurrir a tasaciones periciales contradictorias para demostrar que el «estado de uso y utilización» de un bien llevaba aparejada la reducción del valor resultante de la aplicación de los coeficientes. Resulta obvio que la finalidad de la discusión Inspección/empresa eran, por parte de la Inspección reducir las futuras cuotas de amortización fiscalmente deducibles y, en su caso, incrementar el beneficio en la posible enajenación del bien regularizado. A estas cuestiones se oponían las empresas, afirmando que los coeficientes aplicados por ellas estaban en consonancia con el «estado de uso y aplicación» de los elementos patrimoniales actualizados.

Como el asunto no parecía tener una solución clara, más bien parecía presentar contornos espinosos, tanto la Administración como las sociedades decidieron eludirlo casi por completo y fueron escasos los contenciosos surgidos por diferencias en relación con el mismo; en cambio, las sociedades sí emplearon el repetido precepto para aplicar los coeficientes con elasticidad ajustada a sus intereses, teniendo en cuenta que aplicando el coeficiente 1 se producía la ficción contable de que se actualizaba el bien, pero el valor de este en contabilidad permanecía inalterado y, de aplicarse un coeficiente inferior a la unidad, no se provocaba revalorización sino devaluación en los registros contables.

Ha quedado dicho en líneas precedentes que **la prohibición** de actualizar elementos que se encontrasen fiscalmente amortizados está recogida tanto en la actualización de 1996 como en la de 2012, pero en la mayoría de las regularizaciones anteriores a 1996 se **permitió actualizar los elementos que «estuvieran efectivamente en uso el día de practicar la regularización»**. Resulta indudable que un bien puede estar **«perfectamente en uso»** aunque fiscal o contablemente se encuentre amortizado pero, a partir de esta consideración, se plantea la siguiente pregunta: ¿sobre qué valor neto contable se girará el correspondiente coeficiente teniendo en cuenta que los bienes, una vez que están totalmente amortizados, tienen un valor neto contable igual a cero o que tiende a cero, y si a cero se le afecta por un coeficiente el resultado de la afectación sigue siendo cero?

Ante esta cortapisa, las empresas que desearon hacer lucir en su contabilidad bienes totalmente amortizados, recurrieron al subterfugio de aflorar estos como si se tratara de elementos ocultos. Las discusiones entre las empresas y la Inspección por esta causa fueron muchas y bastantes las actas de disconformidad que se incoaron, aunque tengo el convencimiento de que, con la técnica de la afloración, se llevaron nuevamente a contabilidad gran cantidad de bienes que ya se encontraban totalmente amortizados.

En lo que hace referencia a la **regularización de amortizaciones ya contabilizadas**, la postura en la actualización de 2012 (Ley 16/2012, art. 9.3) y en la de 1996 (RD 2607/1996, art. 3.1), es la misma: impone en ambas dos condiciones; la primera, es que las amortizaciones ya registradas, y con anterioridad actualizadas, hubieran tenido en su momento naturaleza de «fiscalmente deducibles», y la segunda ordena la integración de las «amortizaciones mínimas», al disponer literalmente: «A estos efectos (balance a actualizar), se tomarán como mínimo, las amortizaciones que debieron realizarse con dicho carácter», lo que resultaba lógico y necesario para una correcta actualización de las cuentas del balance. La propia normativa reguladora del **cómputo de**

las amortizaciones mínimas en la actualización de balances nos pone de manifiesto las contradicciones en que a veces incurre la preceptiva tributaria. Se acaba de decir que el Real Decreto 2607/1996, artículo 3.1, imponía la obligación de computar tales amortizaciones; en cambio, la Ley 43/1995 no obligaba a la dotación de las mismas; ni siquiera las mencionaba. Por ello, fue preciso acudir al artículo 48 del Real Decreto 2631/1982 (Reglamento del IS), para tener «legalmente conceptuadas las amortizaciones mínimas» y poder determinar, en su caso, el importe a conmutar en la respectiva actualización.

En lo concerniente a las operaciones a cumplimentar como consecuencia de la actualización de referencia, el párrafo tercero del reiterado artículo 9.3 preceptúa: «Las operaciones de actualización se realizarán dentro del periodo comprendido entre la fecha de cierre del balance a que se refiere el párrafo primero de este apartado (28 de diciembre de 2012), y el día en que termine el plazo para su aprobación. Tratándose de personas jurídicas, el balance actualizado deberá estar aprobado por el órgano social competente. En el caso de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las operaciones de actualización se realizarán dentro del periodo comprendido entre el 31 de diciembre de 2012 y la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración por dicho impuesto correspondiente al periodo impositivo 2012».

Respecto al registro de las **plusvalías resultantes** de la reiterada operación, el párrafo segundo del tantas veces mentado artículo 9.3 estipula: «El importe de las revalorizaciones contables que resulten de las operaciones de actualización se llevará a la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", que formará parte de los fondos propios. Tratándose de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que estén obligados a llevar los libros registros de su actividad económica, el importe de la revalorización contable deberá reflejarse en el libro registro de bienes de inversión».

5.4. DEL COEFICIENTE ÚNICO A LOS COEFICIENTES MÚLTIPLES. COEFICIENTE ESPECIAL EN 1983 PARA LAS TIERRAS DE LABOR

En el anterior epígrafe 3.4 han quedado reseñados los diversos sistemas recogidos por la doctrina contable para la determinación del valor actualizado de los elementos patrimoniales susceptibles de actualización. Desechada la tasación pericial individualizada por el elevado número de actuaciones que requeriría y el poco tiempo disponible para efectuarlas, se impone la necesidad de recurrir al sistema denominado de «índices o coeficientes».

Desde 1964 a 1983, en la generalidad de regularizaciones de balances autorizadas en España, se aplicó este último sistema y en el mismo se perfilaron las siguientes características:

- a) Los coeficientes multiplicadores eran únicos para toda clase de bienes.
- b) Tenían el carácter de topes máximos, pudiendo ser aplicados otros inferiores, sin que pudieran descender por debajo de la unidad.

- c) Como límite del valor regularizado operaba el valor real de mercado en el momento de efectuarse la regularización.
- d) El año 1942 fue el ejercicio base que servía de arranque para la confección de la escala, salvo la regularización de 1961, que se tomó el año 1940.

La Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1983, artículo 32, autorizó una nueva actualización de balances y, junto con el Real Decreto 382/1984, que desarrolló la anterior, rompieron con la corriente histórica al introducir diversas modificaciones entre las que destacan:

- a) Sustituyeron el coeficiente multiplicador único aplicado para la actualización de los valores del inmovilizado material por una tabla de coeficientes descendientes a partir del año 1980, que fue el primero en incluirse en dicha tabla.
- b) Hasta 1983, se determinaba el coeficiente a aplicar en función del año en el que tuvo lugar la adquisición del bien actualizable; a partir de dicho año, se substituyó este sistema por el de computar el valor contable que pudiera tener tal bien el 31 de diciembre de 1980 si el mismo había sido adquirido con anterioridad a esta fecha; si lo fue con posterioridad, se había que tomar la fecha de adquisición a efectos de aplicar los mencionados coeficientes.
- c) Se estableció una excepción bastante peculiar por los bienes a que afecta y por la técnica a emplear. En efecto, disponía el apartado d) del artículo 32: «cuando la actualización se refiera a tierras de labor y los valores que resulten de la aplicación del coeficiente sean inferiores al valor catastral establecido por la Administración, podrá utilizarse este valor a efectos de la actualización». Este precepto desvirtuaba notablemente el fin primordial que la teoría económica impone a la revalorización de balances: constituir fondos de amortización que permitan la reposición de los activos cuando estos lleguen al final de su vida útil. Las tierras de labor, por no depreciarse en los procesos productivos, no pueden ser objeto de amortizaciones que sean fiscalmente deducibles. Por esta causa, creo que para conseguir la reducción de las plusvalías gravables por el Impuesto sobre Sociedades en las posibles futuras enajenaciones de tierras de labor, no era preciso recurrir a la regularización de balances; bastaba, simplemente, una **indiciación** específica para esta clase de bienes en función del año de su adquisición.

En cuanto al procedimiento para efectuar la actualización de las tierras de labor, se acaba de ver que se admitía, como alternativa a los coeficientes, el valor catastral establecido por la Administración, cuando este fuera superior al resultante de la aplicación de los índices. Esta norma era, en mi opinión, de **cumplimiento imposible** porque la Administración, en la Contribución Territorial Rústica, no tenía establecidos **valores catastrales**; lo que sí tenía fijado eran **rentas catastrales**. En defensa de la **imposibilidad legal** de aplicar **estas rentas como módulos** para determinar el **valor regularizado** de las tierras de labor se expusieron diversidad de argumentos, algunos muy sólidamente fundamentados, pero los mismos no se aceptaron porque la Administración tributaria ya había decidido admitir las mencionadas rentas como módulos para realizar valoraciones actualizadas.

La vía normativa que se siguió en su momento consistió en extrapolar las normas de valoración del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas [OM de 14 de enero de 1978, regla diez, apartado b)] a la actualización de valores, que constituye materia propia del Impuesto sobre Sociedades. Creo que, jurídicamente, esta extrapolación no era posible por las razones siguientes:

- a) La analogía está específicamente prohibida por la Ley General Tributaria, tanto por la Ley 230/1953, artículo 24, como por la Ley 58/2003, artículos 24, 12 y 14.
- b) El citado precepto, simple orden ministerial, que fue dictado para reglamentar exclusivamente el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, no puede extenderse a las personas jurídicas, en las que ni siquiera existe gravamen sobre su patrimonio.
- c) En el Impuesto sobre el Patrimonio, el valor resultante ha de calcularse en función de la base imponible de la cuota fija de la Contribución Rústica del periodo que se devengue el impuesto, en cambio, en la actualización de valores no se devenga ningún impuesto.

Pese a la existencia de los anteriores reparos y de algunos más que podrían mencionarse, se impuso la aplicación de OM citada, lo cual significó un importante quebranto para los intereses del Tesoro, en especial los relacionados con las enajenaciones de grandes fincas que, en aquellos momentos, eran las que arrojaban un mayor índice de especulación porque, evidentemente, con el apoyo de este precepto, se permitió revalorizar en gran cuantía, con exención del Impuesto sobre Sociedades, las fincas próximas a las ciudades y, como consecuencia, reducir las plusvalías a gravar cuando, más o menos próximamente, se transfirieran.

En las actualizaciones posteriores a 1983, las de 1996 y 2012, no se ha autorizado, ni siquiera se ha citado, el referido sistema de revalorización especial de las tierras de labor; en cambio, se ha mantenido el sistema de pluralidad de coeficientes recogidos en su correspondiente escala que se inició en 1983.

5.5. TABLA DE COEFICIENTES DE LA VIGENTE ACTUALIZACIÓN: REGLAS PARA SU APLICACIÓN

Dispone el artículo 9.5 de la Ley 16/2012: «Las operaciones de actualización se practicarán aplicando los siguientes coeficientes»; seguidamente, inserta una tabla con los mismos y cuyo primer peldaño reserva para el índice 2,2946, que correlaciona con elementos patrimoniales existentes en la empresa con anterioridad a 1 de enero de 1984, situando en último lugar de dicha tabla a los ejercicios 2011 y 2012, que afecta con los coeficientes 1,0100 y 1,0000 respectivamente.

En la mencionada tabla puede verse que, al igual que sucedió en las actualizaciones de 1983 y 1996, los coeficientes enlazan con la regularización precedente, y no se publican los coeficientes

que pudieran corresponder a los años que las han precedido. Las sociedades que en los referidos años, y en las regularizaciones autorizadas en ejercicios anteriores a los mismos, no hubieran realizado la actualización de sus valores contables, han perdido el derecho a efectuarla. Para la vigente actualización, los valores actualizables son los recogidos en el balance de 1984, con independencia de que se hayan o no revaluado en este año y en todas las actualizaciones que lo antecedieron.

Tras la referida tabla, seguidamente, en el mismo artículo 9.5 se establece: «Los coeficientes se aplicarán de la siguiente manera: a) Sobre el precio de adquisición o coste de producción, atendiendo al año de adquisición o producción del elemento patrimonial. El coeficiente aplicable a las mejoras será el correspondiente al año en que se hubiesen realizado. b) Sobre las amortizaciones contables correspondientes al precio de adquisición o coste de producción que fueron fiscalmente deducibles, atendiendo al año en que se realizaron». Estas normas son reproducción literal de otras similares que iban insertas en la actualización de 1996 [RDL 7/1996, art. 5.6 a) y b)], lo que prueba, una vez más, la vinculación operacional y normativa entre las actualizaciones de 1996 y 2012.

Sobre la posible incidencia, positiva o negativa, que el PGC pudiera tener en la vigente actualización, no se dice nada, ni siquiera se le cita o menciona en ninguno de los doce apartados de que consta el reiterado artículo 9 de la Ley 16/2012. En cambio, en la actualización de 1996, el Real Decreto-Ley 7/1996, artículo 5.6, reproducía los apartados a) y b) que se han inscrito en el párrafo que antecede y el Real Decreto 2607/1996, artículo 6.4 a), tras reiterar los mismos apartados, añadía el siguiente inciso: «A estos efectos no será de aplicación lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad».

Por su parte, dicha disposición transitoria precisaba: «Las valoraciones de los distintos elementos patrimoniales, conforme a los principios y normas vigentes en el último ejercicio cerrado antes de la entrada en vigor de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, en materia de sociedades, se considerarán equivalentes al precio de adquisición, a los efectos previstos en la citada Ley». Con este precepto se pretendía establecer la equivalencia entre los costes de adquisición o de producción y los resultantes en cuentas de la aplicación de las normas emanadas de las Directivas de la Comunidad Económica Europea; la Ley 16/2012, por medio del inciso repetido en el párrafo precedente, lo que hace es prohibir la puesta en práctica de tal equivalencia en la vigente actualización.

Ha quedado dicho en líneas que anteceden que en el articulado de la Ley 16/2012, en contraste con anteriores actualizaciones, no se citaba, ni siquiera se mencionaba al PGC; sobre esta cuestión, únicamente puedo decir que desconozco las causas de tal ausencia. Pensando con lógica, lo normal es deducir que puede obedecer a cualquier de los tres siguientes motivos: omisión voluntaria, olvido y, por último, carencia de soporte normativo por la supresión del desarrollo reglamentario, que era habitual en anteriores actualizaciones de valores. Con independencia de la razón que haya podido motivar la referida ausencia, la misma, en mi opinión, resulta notoriamente sorprendente, habida cuenta del elevado grado de intromisión que el ICAC ha conseguido en los últimos tiempos en cuestiones completamente fiscales cuya competencia debería corresponder en exclusiva a la Dirección General de Tributos (DGT).

Después de tener redactado el anterior párrafo, descubro que el «ICAC, en su consulta n.º 5, publicada en el BOICAC n.º 92, diciembre 2012», se «ha pronunciado sobre la nueva actualización de balances». Este «**pronunciamiento**» consiste en una nota de texto deslavazado, escrita con cierto desorden, en la que estipula «que la actualización que apruebe el órgano competente surtirá efectos **retroactivos**, contables y fiscales, sin solución de continuidad, **a partir del 1 de enero de 2013**». En relación con el artículo 9 de la Ley 16/2012, realiza algunas consideraciones de naturaleza contable relativas «al primer balance cerrado al que debe afectar la actualización», «a las cuentas anuales del ejercicio 2013», «al gravamen único», «a la compatibilidad de la nueva actualización con el criterio de valoración por el coste histórico» y a «las cuentas anuales consolidadas».

A su vez, la DGT, en respuesta a una consulta de fecha 8 de febrero de 2013, formulada por la «dominante de un grupo de empresas que tributa en régimen de consolidación fiscal», en la que hace alusión a «si el balance resultante de la actualización es el balance integrante de las cuentas anuales a que se refieren los artículos 34.1 y 35 del Código de Comercio» y «si el gravamen único debe ingresarse en la fecha de presentación de la declaración del Impuesto sobre Sociedades del periodo impositivo 2012». A esta pregunta responde la citada DGT que «la entidad consultante y sus entidades dependientes..., **deberán elaborar un balance de actualización ad hoc, específico y distinto**, por tanto, del correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 2012». Respecto al ingreso del gravamen único, la referida DGT puntualiza que: «El gravamen único se devengará con ocasión de la aprobación del balance ad hoc por parte del órgano competente, y **deberá autoliquidarse e ingresarse conjuntamente con la declaración del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2012**, al tratarse de un balance cerrado a 31 de diciembre de 2012, tal y como establece el apartado 8 del artículo 9 de la Ley 16/2012.»

Retornando de nuevo a la tabla de coeficientes, el antedicho artículo 9.5 estipula que: «Los coeficientes se aplicarán de la siguiente manera»: «a) Sobre el precio de adquisición o coste de producción, atendiendo al año de adquisición o producción del elemento patrimonial. El coeficiente aplicable a las mejoras será el correspondiente al año en que se hubiesen realizado». «b) Sobre las amortizaciones contables correspondientes al precio de adquisición o coste de producción que fueron fiscalmente deducibles, atendiendo al año en que se realizaron». Una vez más, las reglas que anteceden entrecomilladas constituyen reiteración textual de lo dispuesto en el artículo 5.6 del Real Decreto-Ley 7/1996; vemos que se mantiene, por tanto, el criterio de emplear «el precio de adquisición o coste de producción» como módulo determinante en la aplicación de los coeficientes, desechándose «el valor contable» como tal módulo, aunque anteriormente se hubiera dispuesto su uso en la actualización de 1983.

5.6. LAS AMORTIZACIONES MÍNIMAS. SUPRESIÓN DEL DERECHO A ACTUALIZAR LOS INCREMENTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA ACTUALIZACIÓN DE 1996

Respecto a las amortizaciones mínimas, el reiterado artículo 9.5 reproduce, casi por completo, el artículo 5.6 b) del Real Decreto-Ley 7/1996, aunque omite el último inciso de este que estipula-

ba: «No obstante, se tomarán, como mínimo, las amortizaciones que debieron realizarse con este carácter», lo cual, por otra parte, ya está incluido en artículo 9.3, último inciso del primer párrafo, de la Ley 16/2012. En lo concerniente a dichas amortizaciones me remito a lo dicho en el precedente epígrafe 5.3 de este trabajo, sin que considere necesarias otras ampliaciones o precisiones.

En lo que respecta al empleo de los coeficientes, el penúltimo párrafo del repetidamente citado artículo 9.5 incluye la siguiente norma: «Tratándose de elementos patrimoniales actualizados de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, los coeficientes se aplicarán sobre el precio de adquisición y sobre las amortizaciones que fueron fiscalmente deducibles correspondientes al mismo, sin tomar en consideración el importe del incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización».

Desconozco los motivos por los cuales el legislador de 2012 castiga a las empresas que actualizaron en 1996 con la supresión del derecho a reevaluar los incrementos de patrimonio que contabilizaron en este último año por el hecho de acudir a la actualización autorizada en tal ejercicio, sin que en los articulados del Real Decreto-Ley 7/1996 y del Real Decreto 2607/1996 se previese la posibilidad de cercenar en el futuro, en todo o en parte, los beneficios fiscales que el acogimiento a dicha actualización les reportó.

El Real Decreto 2607/1996, artículo 3, estipulaba: «1. La actualización de valores se practicará respecto de los elementos patrimoniales susceptibles de actualización que figuren en el balance integrante de las cuentas anuales correspondientes al primer ejercicio que se cierre con posterioridad al día 9 de junio de 1996, ...» y ni en este, ni en ninguno de los cuatro apartados que componen dicho artículo, se hace mención alguna al referido cercenamiento, y tampoco se efectúa alusión, ni siquiera indicación al mismo (ya se ha dicho) en toda la preceptiva reguladora de la actualización de 1996. Sin embargo, y pese a carecer de soporte legal en que apoyarse, el artículo 9.5 de la Ley 16/2012 **excluye del cómputo de los valores actualizables** a los incrementos valorativos habidos en los **elementos patrimoniales y en las amortizaciones correspondientes** que hayan sido consecuencia de la actualización de 1996.

Esta anomalía, ¿por qué? Insisto en manifestar mi desconocimiento de cualquier norma concreta que ratifique la citada amputación, pero intuyo que debe venir motivada por razones de recaudación tributaria; no conmutar los incrementos de valor provocados por la actualización de 1996 determina menores cuotas de amortización fiscalmente deducibles y, en caso de enajenación de elementos patrimoniales actualizados en dicho año, mayor beneficio tributable por el Impuesto sobre Sociedades.

En mi opinión, la **prohibición de actualizar los incrementos** de patrimonio y de las amortizaciones nacidos de la actualización de 1996 es un **precepto inconstitucional** y creo que, si las empresas lo recurrieran, el Tribunal Constitucional no tendría más remedio que darles la razón. Tales incrementos nacidos en 1996, una vez que fueron aceptados por la Administración tributaria, se mueven en igualdad de condiciones contables y fiscales que los restantes elementos patrimoniales del balance, con los mismos derechos, obligaciones y limitaciones que puedan afectar a estos y, por tanto, procede otorgarles el mismo tratamiento «actualizador» que se dispense a

dichos elementos; recortar los mencionados derechos, sin el apoyo específico de una ley que lo autorice, supone un notorio quebrantamiento del Real Decreto-Ley 7/1996.

Igualmente, el último párrafo del artículo 9.5 de la Ley 16/2012 exceptúa de la posible actualización a «las entidades de crédito y aseguradoras», por las revalorizaciones de los inmuebles que sean consecuencia, **en las entidades de crédito**, de la primera aplicación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, y **en las entidades aseguradoras**, del Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, por el que se aprobó el Plan de contabilidad de estas últimas entidades.

5.7. ¿QUÉ FUNCIÓN ASIGNA LA LEY 16/2012, AL ARTÍCULO 15.9 B), DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 4/2004?

Históricamente, la primera norma que reguló la aplicación del coeficiente-índice corrector, objeto de exposición y análisis en algunos de los párrafos que siguen a continuación, fue el artículo 15.11, de la Ley 43/1995, al cual se le asignó como función la de «integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado material que tengan la naturaleza de bienes inmuebles». En el vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, TRLIS, el referido índice está reproducido en el artículo 15.9, con la misma función que se acaba de exponer.

La Ley 16/2012, sin mencionar en ninguna parte de su articulado al artículo 15.9 b) Real Decreto Legislativo 4/2004, establece en el artículo 9.6: «La diferencia entre las cantidades determinadas por aplicación de lo establecido en el apartado anterior (valor de los elementos patrimoniales ya actualizados menos el importe de las amortizaciones acumuladas, también actualizadas) se minorará en el importe del valor neto anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, un coeficiente que vendrá determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería». Es decir, dicho coeficiente se calculará mediante el cómputo de las partidas que se citan en la aplicación de la siguiente fórmula:

$$\frac{\text{Patrimonio neto}}{\text{Patrimonio neto} + \text{pasivo total} - \text{derechos de crédito y tesorería}}$$

Añadiendo, como precepto complementario, lo siguiente: «Las magnitudes determinantes del coeficiente serán las habidas durante el tiempo de tenencia del elemento patrimonial o en los cinco ejercicios anteriores a la fecha del balance de actualización, si este último plazo fuere menor, a elección del sujeto pasivo o contribuyente. Este coeficiente no se aplicará cuando resulte superior a 0,4.»

Los anteriores párrafos entrecomillados, así como la fórmula acabada de inscribirse, son transcripción prácticamente literal del artículo 15.9 b), del Real Decreto Legislativo 4/2004 (TRLIS).

Por su parte, el artículo 9.6 de la Ley 16/2012 completa y finaliza los reproducidos párrafos con las siguientes reglas de naturaleza operativa: «Para determinar el valor anterior del elemento patrimonial actualizado se tomarán los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes de actualización a que se refiere este apartado, incluidas las amortizaciones. El coeficiente a que se refiere este apartado no será de aplicación a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Sin embargo, y pese a esta transposición normativa, reitero que en la Ley 16/2012 no se menciona el citado artículo 15.9 b), del Real Decreto Legislativo 4/2004, ni se hace referencia específica al posible objeto de su «teórica» inclusión en dicha ley.

Revisando la historia tributaria, vemos que la actualización de 1996 restableció, de manera un tanto atípica, la antigua vinculación de la financiación ajena con la regularización de balances; digo de manera un tanto atípica por el proceso que estructuró la normativa legal aplicable para retornar a la citada «vinculación». En efecto, sobre el particular dispuso, en el Real Decreto-Ley 7/1996, artículo 5.6, que: «... se podrán tomar en consideración las circunstancias relativas a la forma de financiación de las empresas y profesionales, sea a través de los propios coeficientes contenidos en la misma o mediante un coeficiente específico, así como las circunstancias derivadas de las actividades que realizan dichos empresarios o profesionales». Esta norma (ya se ha dicho en el precedente epígrafe 3.5 de este trabajo), considerada en sí misma, resultaba «indeterminista y ambigua»; pienso que era mera declaración de intenciones, donde parece que ni siquiera las intenciones estaban claras, puesto que se decía que «... **se podrán tomar en consideración...**» y no «... se tomarán en consideración...» que hubiera sido la redacción más lógica.

La imprecisión acabada de reseñar fue corregida por vía reglamentaria al establecer el artículo 8 del Real Decreto 2607/1996 dos procedimientos o métodos (el contribuyente podía elegir el empleo de cualquiera de ellos) para la determinación de la incidencia de la «financiación ajena» en el valor «post actualización»; una vez elegido el método en cuestión, el sujeto pasivo había de aplicarlo a la totalidad de los elementos patrimoniales susceptibles de ser actualizados. De tales métodos, uno era de carácter general, de aplicación muy simple e independiente del volumen de financiación ajena; consistía en «reducir en un 40 por 100 el incremento del valor de los elementos patrimoniales actualizados y el de los fondos de amortización correspondientes».

El otro procedimiento, de aplicación en el caso de que el contribuyente no considerase conveniente el empleo de método ordinario acabado de reseñar, sopesaba a través de un índice la referida financiación [RD 2607/1996, art. 8.1 b)], disponiendo para el cálculo de tal índice lo siguiente: «b) Reducir el incremento del valor de los elementos patrimoniales actualizados y el de las amortizaciones correspondientes en el porcentaje resultante de restar de 100 el resultado de multiplicar por 100 el coeficiente determinado de la siguiente manera: 1.º En el numerador: Los fondos propios. 2.º En el denominador: El pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería». Por tanto, la fórmula para cuantificar el coeficiente-índice de financiación ajena, bastante parecido al anteriormente reproducido del artículo 15.9 b), del TRLIS, era:

$$\frac{\text{Fondos propios}}{\text{Pasivo total} - \text{derechos de crédito y tesorería}}$$

El párrafo siguiente del citado artículo 15.9 c), relativo a «las magnitudes determinantes del coeficiente» es transcripción literal de otro del citado TRLIS, reproducido en líneas que anteceden; al mismo me remito, sin que crea necesario copiarlo nuevamente.

La precedente manera de determinar la financiación ajena es el «complemento a cien» del índice que se reseñaba en la Ley 43/1995, artículo 15.11, con objeto «de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del inmovilizado material que tengan la naturaleza de bienes inmuebles». En el vigente Real Decreto Legislativo 4/2004, TRLIS, el referido índice está **reproducido** en el artículo 15.9, con la misma finalidad que se recogía en la Ley 43/1995. En el orden práctico, la utilización del reiterado procedimiento b) tenía un límite que estaba fijado en el 40 % del incremento generado por la actualización, pues de superarse este, las empresas deberían emplear el procedimiento a).

Evidentemente, la aplicación del tantas veces mentado procedimiento b) llevaba y lleva consigo cálculos numéricos bastante laboriosos que, en ocasiones, determinaron que las sociedades decidieran no actualizar y, si lo hicieron, fue empleando el procedimiento a). Del texto del mencionado procedimiento b) se deduce que su utilización entraña: el cálculo de los índices de financiación ajena de los elementos actualizados y de sus correspondientes amortizaciones en todos y cada uno de los ejercicios transcurridos desde la adquisición de cada elemento, e igualmente calcular, también año a año, la reducción provocada por la incidencia de la financiación ajena.

Retornando al examen de Real Decreto 2607/1996, se detecta que el mismo dedica el artículo 11 a lo que llama «amortización de los elementos patrimoniales actualizados», dedicando el primero de sus apartados a lo que designa como «valor previo a la actualización de dichos elementos» y el segundo a lo que denomina «amortización incremento neto de valor resultante de esa actualización». Sobre el primero precisa el artículo 11.1: «El valor de los elementos patrimoniales previo a la realización de las operaciones de actualización se amortizará, a efectos fiscales, de la manera en que se venía haciendo con anterioridad a la actualización». Por tanto, la amortización de los citados valores previos habría de efectuarse por el sistema tradicional que se venía empleando con anterioridad a la actualización.

En cuanto al segundo de dichos apartados, concreta el artículo 11.2: «El incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización se amortizará en los periodos impositivos que resten por completar la vida útil de los elementos patrimoniales actualizados. A estos efectos, será deducible en cada uno de los periodos impositivos referidos el resultado de aplicar al incremento neto de valor el porcentaje resultante de dividir la amortización contable del elemento patrimonial practicada en cada periodo impositivo, en la medida en que se corresponda con la depreciación efectiva, entre el valor contable que dicho elemento patrimonial tenía con anterioridad a la realización de las operaciones de actualización, excluido, en su caso, el valor correspondiente al suelo». Aunque el citado artículo 11.2 no hacía ninguna referencia al posible empleo del artículo 1.7 del Real Decreto 1777/2004, parecía claro que el texto del precepto reproducido en este mismo párrafo llevaba a la utilización del citado artículo 1.7, y esta ha sido la interpretación que se dio a la cuestión. Así pues, la fórmula por la que se optó para calcular «el incremento neto de valor» fue:

Amortización contable anual sobre el valor anterior del elemento

Valor contable del elemento con anterioridad a la actualización

En el inicio del presente epígrafe se ha reseñado lo que dispone el artículo 9.6 de la Ley 16/2012, a efectos de la fórmula para el cálculo del coeficiente-índice a emplear en la determinación del «valor post actualización» del elemento patrimonial actualizable; también, en el párrafo que antecede, se ha indicado que la citada fórmula se incluyó por primera vez en la Ley 43/1995, artículo 15.11, con objeto de «regular la integración en la base imponible del IS de las rentas positivas obtenidas en la transmisión de inmuebles». Después, con ocasión de la actualización de balances de 1996, el Real Decreto 2607/1996, artículo 8.1, lo incorporó a su articulado con la finalidad de determinar la «**incidencia de la "financiación ajena"**» en el valor de los elementos actualizables después de que estos hayan sido actualizados, pero no realizó mención alguna relativa a su posible empleo en la actualización de bienes inmuebles; e igualmente, el mencionado real decreto, artículo 11.2, recurrió a la utilización de la reiterada fórmula para fijar «el valor de los elementos patrimoniales previo a la actualización».

Así pues vemos que, históricamente, al coeficiente-índice de referencia se le han asignado las funciones de «regular la integración en la base imponible del IS de las rentas positivas obtenidas en la transmisión de inmuebles» (art. 15.11 de la Ley 43/1995), incidencia de la «financiación ajena» en el valor de los elementos actualizables después de que estos fueran actualizados (art. 8.1 del RD 2607/1996), y fijar «el valor de los elementos patrimoniales previo a la actualización» (art. 11.2 del RD 2607/1996); pero... ¿en la actualización de 2012 qué misión se le confiere? La respuesta a esta pregunta no aparece clara, sino más bien confusa, a la vista de la dispuesto en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 9 de la tantas veces mentada Ley 16/2012 concatenado con la ausencia en esta ley de mención y de asignación de cometido o cometidos del reiterado artículo 15.9 del TRLIS.

En efecto, inicialmente el artículo 9.5 determina: «Los coeficientes se aplicarán de la siguiente manera: a) Sobre el precio de adquisición o coste de producción, atendiendo al año de adquisición o producción del elemento patrimonial. El coeficiente aplicable a las mejoras será el correspondiente al año en que se hubiesen realizado. b) Sobre las amortizaciones contables correspondientes al precio de adquisición o coste de producción que fueron fiscalmente deducibles, atendiendo al año en que se realizaron», y no dice más. Seguidamente, el artículo 9.6, como enlace y continuación con el precepto anteriormente reproducido, precisa: «6. La diferencia entre las cantidades determinadas por aplicación de lo establecido en el apartado anterior se minorará en el importe del valor neto anterior del elemento patrimonial y al resultado se aplicará, en cuanto proceda, un coeficiente que vendrá determinado por: 1.º En el numerador: el patrimonio neto. 2.º En el denominador: el patrimonio neto más pasivo total menos los derechos de crédito y la tesorería». En todas las anteriores reglas se vislumbra, aunque no se mencione, el necesario empleo del tantas veces citado artículo 15.9.

Y como, por otra parte, el artículo 9.2, inciso primero, dispone que: «serán actualizables los elementos del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias situados tanto en España

como en el extranjero», entiendo que resulta procedente aplicar en la actualización de 2012 el coeficiente-índice corrector regulado en el artículo 15.9 del TRLIS y en artículo 1.7 del Real Decreto 1777/2004. Tras esta aceptación, se plantea la disyuntiva de dilucidar cuándo debe ser empleado dicho coeficiente-índice: ¿con todos los elementos patrimoniales susceptibles de reevaluación o únicamente con los elementos patrimoniales del inmovilizado material que tengan la naturaleza de bienes inmuebles? De la literalidad de los apartados 5 y 6 del artículo 9, al no hacerse en ellos ninguna referencia a la utilización del ya explicitado procedimiento b), parece desprenderse que su aplicación será obligatoria para todos los elementos que sean objeto de actualización; sin embargo, con este posicionamiento no están de acuerdo parte de la doctrina tributaria y algunos tratadistas, los cuales fundamentan su disconformidad en la tradición histórica (año 1995), que limitó la aplicación de mencionado coeficiente-índice a la transmisión de inmuebles, sin extenderla al resto de los bienes del patrimonio empresarial.

6. PROCESO TÉCNICO DE LA REEVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INCREMENTO RESULTANTE. LA CUENTA

Las cuestiones que se desarrollan a continuación están expuestas en los apartados 5, 6 y 7 del tantas veces mentado artículo 9 de la Ley 16/2012. En el precedente epígrafe 5.6 de este trabajo se ha reproducido el penúltimo párrafo del apartado 5 de dicho artículo 9; a lo dicho allí sobre «la supresión del derecho a reevaluar los incrementos de patrimonio contabilizados en 1996 por el hecho de haber actualizado sus balances en este ejercicio» me remito, sin que considere precisas otras adiciones o esclarecimientos.

6.1. PROCESO TÉCNICO DE LA REEVALUACIÓN Y TRATAMIENTO DEL INCREMENTO RESULTANTE

Por su parte, en el penúltimo párrafo del apartado 6 del tantas veces mentado artículo 9, tras detallar los datos que corresponde computar para el cálculo del coeficiente-índice de referencia, establece: «Para determinar el valor anterior (al inicio del proceso de actualización) del elemento patrimonial actualizado se tomarán los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes de actualización a que se refiere este apartado, incluidas las amortizaciones», añadiendo en el primer inciso, primer párrafo del apartado 7: «El importe que resulte de las operaciones descritas en el apartado anterior (valores patrimoniales post actualización) se minorará en el incremento neto de valor derivado de las operaciones de actualización previstas en el Real Decreto-Ley 7/1996 (en el anterior epígrafe 5.6 de este trabajo ya han quedado expuestas las razones por las cuales el autor considera inconstitucional esta norma), siendo la diferencia positiva así determinada el importe de la depreciación monetaria o incremento neto de valor del elemento patrimonial actualizado».

Así pues, las fases de la tramitación que lleva a fijar del valor en cuentas de los elementos patrimoniales actualizados y de sus correspondientes amortizaciones son las siguientes:

- Determinación del valor anterior al inicio del proceso de actualización de los elementos patrimoniales a actualizar y de sus correspondientes amortizaciones.
- Cálculo del valor «post actualización» de dichos elementos y amortizaciones.
- Minoración del incremento patrimonial derivado del acogimiento a la actualización de 1996 (**recuerdo lo dicho sobre la citada minoración en el precedente epígrafe 5.6 de este artículo; a ello nuevamente me remito**).
- Precisión del incremento neto de reevaluación mediante el cálculo de la diferencia entre el valor actualizado y el valor anterior a la actualización.

En el anterior epígrafe 5.7 de este trabajo se han expuesto las dudas que suscita el posible empleo, en la presente actualización, del artículo 15.9 del Real Decreto Legislativo 4/2004, TRLIS, ignorado por completo en todo el articulado de la Ley 16/2012, pues en ninguna parte de la misma se hace mención a dicho artículo 15.9, ni a sus posibles funciones o cometidos en la vigente reevaluación. Únicamente, en el artículo 9.2 de la citada ley, de manera un tanto tangencial, se dice que: «Serán actualizables... y las inversiones inmobiliarias situadas tanto en España como en el extranjero»; este inciso les sirve de apoyo a algunos tratadistas para sostener que el mismo determina, a su vez, la utilización del mentado artículo 15.9 del TRLIS, para regular la actualización de las «inversiones inmobiliarias», mientras que no afecta al resto de los elementos patrimoniales, los cuales se han de actualizar usando el «sistema general», lo que excluye para estos últimos el manejo del coeficiente-índice calculado con la fórmula reseñada en el apartado 6 del artículo 9 de la reiterada Ley 16/2012. En mi opinión, esta interpretación al estar fundada en anteriores experiencias actualizadoras y no arrancar de norma específica concreta inserta en la vigente Ley de Actualización resulta bastante discutible.

Téngase en cuenta –también se ha dicho en el precedente epígrafe 5.7– que, en el orden legislativo, la utilización del reiterado artículo 15.9 ha sido para dos fines claramente definidos, escuetos y puntualizados, como son: «integrar en la base imponible del IS las rentas positivas obtenidas en la transmisión de inmuebles» (art. 15.9 del TRLIS), o «determinar la incidencia de la financiación ajena en el valor post actualización de los elementos patrimoniales actualizables» (art. 8.2 del RD 2607/1996). A la vista de estos objetivos, entiendo que resulta difícilmente conciliable con los mismos la pluralidad de cometidos que lleva consigo la actualización de balances de 2012, razón por la cual he afirmado en el párrafo inmediato anterior al presente que la pretendida aplicación de lo que hemos denominado procedimiento b) para el cálculo del valor «neto post actualización» sea bastante discutible, ya que parece responder más a una interpretación «voluntarista» que a la de dar cumplimiento a un precepto legal.

6.2. PRECEPTIVA ESTRUCTURAL: EVALUACIÓN LIMITADA AL «VALOR DE MERCADO» Y OMISIÓN DE REFERENCIA AL «ESTADO DE USO Y APLICACIÓN»

El antepenúltimo párrafo del artículo 9.7, tras «estructurar las fases de la tramitación» que se han reseñado en líneas precedentes, impone la condición, ya expuesta y comentada en el anterior

epígrafe 5.3, que seguidamente se reitera: «El nuevo valor actualizado no podrá exceder del valor de mercado del elemento patrimonial actualizado, teniendo en cuenta su estado de uso en función de los desgastes técnicos y económicos y de la utilización que de ellos se haga por el sujeto pasivo o contribuyente», agregando a continuación, en el último inciso, párrafo primero, del citado artículo 9.7 «Dicho importe (valores patrimoniales post actualización 2012 menos incrementos patrimoniales de la actualización de 1996) se abonará a la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", y sumado al valor anterior a la realización de las operaciones de actualización que resulten de aplicación de la presente disposición, determinará el nuevo valor del elemento patrimonial actualizado».

La **limitación a su valor de mercado**, de la valoración contable que pueda alcanzar el elemento patrimonial actualizado, es norma contable de general aceptación cualquiera que sea el criterio valorativo empleado, aunque, en el orden operativo, constituya una simple declaración retórica, con escaso valor operativo porque da lugar a preguntas tales como ¿qué debe entenderse por valor de mercado?, ¿precio mayorista? De hecho se dan distintos según el fabricante, almacenista importador, la clase de cliente, el volumen de pedidos, zonas geográficas, descuentos y formas de pago, etc., ¿precio minorista?, cada tienda o establecimiento pone el precio que cree conveniente a sus distintos productos y, además, sucede cada vez con más frecuencia que una misma empresa pone precios distintos al mismo producto según los barrios y ciudades donde se ubican sus locales comerciales de venta. El entrecruzamiento de todas estas variables y de algunas más que podrían aducirse hace que la «fórmula valor de mercado» goce, con el paso del tiempo, cada vez de menor aceptación. Respecto a la condición relativa al «estado de uso y utilización» de los elementos actualizables, entiendo que los aspectos que pueden afectar a tal condición han quedado suficientemente analizados en citado epígrafe 3.5; por ello, no considero necesario incluir otras explicaciones relativas a la misma.

Además de las anteriores estipulaciones, el reiterado artículo 9.7 desarrolla el requisito relativo a la «determinación del valor anterior (a la actualización) del elemento patrimonial actualizado», disponiendo al efecto: «Para determinar el valor anterior del elemento patrimonial actualizado (véase epígrafe 5.7) se tomarán los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes de actualización a que se refiere este apartado, incluidas las amortizaciones». El cómputo de tenencia en cuentas (**el ejercicio al que corresponde el balance actualizado y en los cinco ejercicios anteriores**), de cada elemento patrimonial actualizable resulta reproducción de lo dispuesto en el artículo 8 del Real Decreto 2607/1996, lo cual pone de manifiesto, una vez más, lo que reiteradamente se viene afirmando sobre el seguimiento por parte de la actualización de 2012 de la normativa dictada para la actualización de 1996.

6.3. ADECUACIÓN LEGAL DE LAS MINUSVALÍAS. PROHIBICIÓN DE SALDO DEUDOR EN LA CUENTA Y EN LOS ELEMENTOS ACTUALIZADOS

Como detalle anecdótico, afirmo que al igual que me sucedió con el Real Decreto-Ley 7/1996 y con el Real Decreto 2607/1996, me ha causado gran extrañeza la omisión, la «no exis-

tencia» en la Ley 16/2012 de la palabra «minusvalía» ni cualquier otra que, en la terminología económica, pudiera considerarse sinónimo de ella como pudieran ser desvalorización o devaluación. En cuanto a mi información llega, el único atisbo en relación con el empleo del citado vocablo en las actualizaciones de 1996 y 2012 se encuentra, respectivamente, en el artículo 9.4 del Real Decreto 2607/1996, y en el artículo 9.7 de la Ley 16/2012, en los cuales, con una similar redacción, se estipulaba y se estipula: «El saldo de la cuenta "Reserva de revalorización Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio", (o "Reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre"), no podrá tener carácter deudor, ni con relación al conjunto de las operaciones de actualización ni con relación a la actualización de algún elemento patrimonial».

En todas las regularizaciones y actualizaciones, habidas en España con anterioridad a 1996, se ha permitido que las minusvalías existentes en los bienes regularizados se hayan cargado a la cuenta; así por ejemplo en la actualización de 1983, el artículo 32, tres, de la Ley 9/1983, establecía: «La Cuenta, una vez comprobada y aceptada por la Administración, podrá destinarse a la ampliación de capital en los plazos y condiciones que reglamentariamente se establezcan. Si el saldo fuera deudor y no existieran saldos acreedores procedentes de actualizaciones legales anteriores que permitan su compensación, podrá abonarse total o parcialmente a la cuenta de Pérdidas y Ganancias del ejercicio en el que la comprobación se realice o amortizarse en los cinco siguientes». Con toda evidencia, resulta que con la aplicación de la norma reproducida en párrafo inmediato anterior, ha quedado anulada la posibilidad de deducir del saldo de la cuenta cualquier «minusvalía», ni siquiera en el caso de que el saldo final de la misma fuera acreedor.

Me parece bastante desacertada la referida anulación, pues entiendo que la misma **va a contrarcorriente** con la **tendencia internacional**, la cual, en términos generales, acepta la deducción de las reiteradas minusvalías; **rompe con la tradición** histórica española, la cual, en ninguna regularización anterior, ha vedado la eliminación de dicha partida; **quebranta el fin primordial** de la actualización que consiste en conseguir que los elementos actualizados aparezcan en contabilidad por sus «**valores reales**», e indirectamente, **supedita normativa específicamente fiscal** (la actualización de balances lo es) a reglas ajenas al Derecho tributario, como sucede con el artículo 39 del Código de Comercio, «en cuanto obliga a practicar correcciones valorativas de las depreciaciones de los bienes, cuando estas tienen el carácter de fijas, mediante la dotación de la correspondiente provisión».

6.4. LAS AMORTIZACIONES POST ACTUALIZACIÓN

En la actualización de 2012, la regulación de lo relativo a las amortizaciones post actualización guarda gran parecido con lo establecido para la misma cuestión en la actualización de 1996; en efecto, dispone el artículo 9.7, último párrafo, de la Ley 16/2012: «El incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización se amortizará, a partir del primer periodo impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2015, durante aquellos que resten para completar la

vida útil del elemento patrimonial, en los mismos términos que corresponde a las renovaciones, ampliaciones o mejoras», y este precepto resulta coincidente con el artículo 11.2, primer inciso, del Real Decreto 2607/1996. Por tanto, el cálculo del importe de dichas amortizaciones se habrá de hacer a través de un procedimiento sui generis consistente en que la correspondiente cuota ha de constar de dos partes, de «dos subcuotas», una calculada sobre los valores previos a la actualización y otra determinada sobre el incremento neto consecuencia de la misma. Por consiguiente, las magnitudes a considerar en el referido cálculo son:

- a) **Valores anteriores del elemento patrimonial a amortizar** (art. 9.6, penúltimo párrafo). Serán los relativos al precio de adquisición o coste de producción, atendiendo al año de adquisición o producción de los mismos [art. 9.5 a)], tomándose los valores que hayan sido considerados a los efectos de aplicar los coeficientes de actualización (art. 9.6, penúltimo párrafo), y teniendo en cuenta que las magnitudes determinantes del coeficiente serán las habidas durante el tiempo de tenencia del elemento patrimonial o en los cinco ejercicios anteriores a la fecha del balance de actualización, si este último plazo fuera menor, a elección del sujeto pasivo o contribuyente (art. 9.6, 2.º, párrafo segundo).
- b) **Amortización del incremento patrimonial neto**. Se efectuará a «partir del primer periodo que se inicie a partir de 1 de enero de 2015, durante aquellos que resten para completar la vida útil del elemento patrimonial, ...» (art. 9.7, último párrafo). **(Reitero que en todo el texto de la Ley 16/2012 no se hace mención al posible empleo de algún artículo o artículos del RDLeg. 4/2004, TRLIS, ni al reglamento de este, RD 1777/2004).**

Algunos autores, ante la norma citada, tan simple como escasamente precisa, recurren, con la intención de llegar a una interpretación coherente de la misma, a la utilización de lo dispuesto en el artículo 1.7 del mentado reglamento, que establece: «Cuando las renovaciones, ampliaciones o mejoras de los elementos patrimoniales del inmovilizado material e inversiones inmobiliarias se incorporen a dicho inmovilizado, el importe de las mismas se amortizará...». Obsérvese que este precepto habla solamente de «renovaciones», «ampliaciones» o «mejoras», pero elude hacer referencia a «actualizaciones» o «revalorizaciones», con lo que estas últimas quedan fuera de podérselas aplicar la mencionada norma.

Al ser inviable la utilización de la reiterada norma, queda **eliminado**, por **dejar de ser operativo**, el coeficiente establecido en el inciso final del artículo 1.7 del Reglamento del IS, que dispone: «A tal efecto (determinar el valor de las amortizaciones), se imputará a cada periodo impositivo el resultado de aplicar al importe de las renovaciones, ampliaciones o mejoras el coeficiente resultante de dividir la amortización contabilizada del elemento patrimonial practicada en cada periodo impositivo, en la medida en que se corresponda con la depreciación efectiva, entre el valor contable que dicho elemento patrimonial tenía al inicio del periodo impositivo en el que se realizaron las operaciones de renovación, ampliación o mejora».

Suprimida la utilización del coeficiente de referencia, el procedimiento para el cálculo del importe de la amortización que corresponde al incremento patrimonial generado por la actualización es, en general, el mismo que se sigue para la amortización de los restantes elementos patrimoniales actualizados, es decir: aplicación del coeficiente de amortización relativo al referido elemento sobre la diferencia entre el saldo contable post actualización del elemento actualizado y las amortizaciones acumuladas, igualmente contables y también actualizadas, del mismo elemento. Evidentemente, la supresión del reiterado coeficiente determina un mayor volumen de amortizaciones, normalmente deducibles, mientras que si se aplica el mismo tales amortizaciones decrecen.

Llama la atención, por su novedad, la prohibición de amortizar establecida en el primer inciso del reiterado artículo 9.7 de la Ley 16/2012, el cual precisa: «el incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización (no se podrá actualizar) hasta del primer periodo impositivo que se inicie a partir de 1 de enero de 2015». En cuanto a mi saber llega, no han existido en España ni en el derecho comparado casos en los cuales se haya rezagado el «derecho a la amortización contable y fiscal» durante dos periodos impositivos (ejercicios 2013 y 2014, ambos de transcurrir anual); por el contrario, la generalidad de actualizaciones de balances aprobadas en nuestra nación han permitido la dotación a los fondos de amortización en las mismas fechas y en paralelo con la utilización del elemento patrimonial al que tales fondos correspondieran. Ejemplo patente de lo acabado de señalarse se encuentra en la actualización de 1996, en la cual, en el segundo párrafo del artículo 5.8 del Real Decreto-Ley 7/1996 se determinaba: «El nuevo valor resultante de la actualización se amortizará, en la forma que reglamentariamente se determine, a partir del primer periodo impositivo siguiente a la fecha de cierre del balance al que se refieren las operaciones de actualización, ...». Romper la correlación en el tiempo entre la utilización del elemento patrimonial y su propia amortización es contrario a los «principios contables generalmente aceptados» y desechable como norma aplicable en una correcta administración empresarial; por tanto, concluyo que su vigencia no puede estar justificada ni siquiera por motivos de naturaleza tributaria, cual es retrasar la deducción fiscal de las pertinentes cuotas de amortización.

7. EL GRAVAMEN ÚNICO: ANTECEDENTES NORMATIVOS Y REGULACIÓN VIGENTE

El gravamen único, con la configuración normativa existente en la actualización de 2012, fue establecido por el Real Decreto-Ley 7/1996, artículo 5.5. En alguno de los anteriores epígrafes de este artículo ha quedado expuesta mi opinión relativa a que los redactores de la vigente actualización habían operado con cierta precipitación a la hora de fijar bastantes de las reglas reguladoras correspondientes. Considero que tal precipitación se pone claramente de manifiesto en el mimetismo que se evidencia cotejando ambas normativas al detectarse que en la de 2012 aparecen párrafos que resultan reproducción, al pie de la letra, de otros insertos en la 1996, lo que constituye, a mi entender, prueba concluyente de la mentada precipitación.

Aunque ya existían precedentes de dicho gravamen en la legislación española, se consideró por algunos tratadistas que el mismo quebrantaba y quebranta uno de los postulados fundamen-

tales de la actualización de balances, cual es la gratuidad fiscal de esta operación. Como detalle específico del caso español, aconteció que desde el mismo momento de la publicación del Real Decreto-Ley 7/1996, se puso en tela de juicio su constitucionalidad, ya que se entendió por parte de la doctrina y por algunos partidos políticos que tal gravamen quebrantaba el artículo 133 de la Constitución española, el cual dispone que el establecimiento de tributos ha de hacerse mediante ley. El Gobierno en aquel entonces, pienso que sopesando los efectos de esta tesis, decidió reafirmar el citado precepto mediante la disposición adicional primera de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, si bien ampliado y sistematizado, de manera que constituyó un conjunto normativo en cierto modo autónomo; en cambio, en la actualización de 2012 esta cuestión no se ha suscitado.

7.1. CONCEPTO. DETERMINACIÓN DEL HECHO IMPONIBLE. DEVENGO

Las materias que se citan en el título anterior se encuentran reguladas en el artículo 9.8 de la Ley 16/2012 y son muy similares a las dictadas para la actualización de 1996; en general, se trata de definiciones concretas, escuetas y susceptibles de comprensión inmediata sin necesidad de añadir interpretaciones o ampliaciones que las complementen. Por ello, en los renglones que siguen, se enuncian dichas materias con la redacción que llevan en el articulado de la mentada ley; así tenemos:

- **Concepto:** «Los sujetos pasivos o los contribuyentes que practiquen la actualización deberán satisfacer un gravamen único del 5 % sobre el saldo acreedor de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre". Tratándose de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que estuvieran obligadas a llevar los libros registros de su actividad económica, el gravamen único recaerá sobre el incremento neto de valor de los elementos patrimoniales actualizados». En esta norma, la única diferencia con la actualización de 1996 consiste en el tipo de gravamen aplicable; pues mientras en esta última era del 3 %, en la actual asciende al 5 %.
- **Determinación del hecho imponible:** «Se entenderá realizado el hecho imponible del gravamen único, en el caso de personas jurídicas, cuando el balance actualizado se apruebe por el órgano competente y, en el caso de personas físicas, cuando se formule el balance actualizado. Tratándose de contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que estuvieran obligados a llevar los libros registros de su actividad económica, el hecho imponible se entenderá realizado el día 31 de diciembre de 2012». En la delimitación del «hecho imponible» varía la redacción de los respectivos preceptos, pero no se produce ninguna alteración en las partidas a computar en su determinación entre la actualización de 1996 y la de 2012.
- **Devengo:** «El gravamen único será exigible el día que se presente la declaración relativa al periodo impositivo al que corresponda el balance en el que constan las operaciones de actualización. Tratándose de contribuyentes del Impuesto sobre la

Renta de las Personas Físicas el gravamen único será exigible el día que se presente la declaración correspondiente al periodo impositivo 2012». En lo concerniente al devengo, la posición de ambas actualizaciones, 2012 y 1996, es la misma, y se corresponde con el día en que se ha de presentar el balance relativo a la declaración del IS en el que estén registradas las respectivas operaciones de actualización.

La condición de que el citado balance esté aprobado por el órgano competente suscitó en 1996 y suscita ahora algunas dudas sobre qué puede acontecer si esa aprobación, por causas que pueden ser distintas, no se ha producido (entre tales causas, las más frecuentes se encuentran en la no convocatoria de la Junta General de Accionistas o que, convocada esta, la misma se celebre sin acuerdo). En mi opinión (y admitido que puedan existir apreciaciones en contra), la Administración tributaria, a petición de los administradores de la sociedad, debería aceptar el balance actualizado que presenten dichos administradores, siempre a reserva de la ulterior aprobación y subsiguiente presentación del justificante de esta. En el hipotético caso de producirse esta última contingencia, ¿qué postura podría adoptar la Administración tributaria ante la misma?; ¿devolver el balance actualizado y el gravamen único correspondiente a este balance?; ¿requerir a la sociedad para que en plazo prudencial presente justificante de haberse realizado la citada aprobación?

7.2. CARACTERÍSTICAS TRIBUTARIAS. TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA: AUTOLIQUIDACIÓN E INGRESO

A las características tributarias y al procedimiento administrativo para la gestión del denominado «gravamen único» dedica la Ley 16/2012 los párrafos 4 a 7 del artículo 9.8, siguiendo estos la línea normativa ya expuesta en el número anterior consistente en la reproducción literal de lo dispuesto en el Real Decreto 2607/1996, artículo 26.4; en efecto, establece el mencionado artículo 9.8:

- **Presentación, liquidación e ingreso.** «Este gravamen se autoliquidará e ingresará conjuntamente con la declaración del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes relativa al periodo impositivo al que corresponda el balance en el que constan las operaciones de actualización, o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al periodo impositivo 2012. En dicha declaración constará el balance actualizado y la información complementaria que se determine por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. La presentación de la declaración fuera de plazo será causa invalidante de las operaciones de actualización». Así pues, vemos que en esta regla se reitera la obligación de presentar, ya actualizado, el balance que se corresponda con el periodo impositivo 2012; y, en cuanto a la invalidación del balance presentado «fuera de plazo» (la norma ya iba en la actualización de 1996), me parece un precepto demasiado estricto por su rigidez, pues evidentemente pueden existir razones legales, admi-

nistrativas o técnico-contables que determinen la imposibilidad de estructurar y exhibir tal balance en el plazo prefijado.

- **Configuración tributaria.** La configuración tributaria del gravamen que nos ocupa se encuentra igualmente regulada en el reiterado artículo 9.8 de la Ley 16/2012, que, a su vez, es reproducción del artículo 26.5 y 6 del Real Decreto 2607/1996. En mi criterio, dicha configuración, por los particularismos y las excepciones que establece, constituye un caso sui generis dentro de la estructura tradicional del Impuesto sobre Sociedades. Recogiendo las anteriores condiciones, dispone el citado artículo 9.8: «El importe del gravamen único no tendrá la consideración de cuota del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ni del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, su importe se cargará en la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", y no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible de los citados impuestos. El gravamen único tendrá la consideración de deuda tributaria».

Resumiendo el párrafo que antecede, el «gravamen único» debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) El importe de dicho gravamen **no tiene** la consideración de **cuota** del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ni del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.
- b) **Tampoco tiene** la consideración de gasto **fiscalmente deducible** de los tributos citados en el párrafo anterior.
- c) **Tiene** la consideración de **deuda tributaria**.
- d) Se ha de **autoliquidar e ingresar conjuntamente** con la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al **balance actualizado**.

En líneas precedentes ha quedado dicho que el entrelazado que marcan los anteriores requisitos y condiciones, por los particularismos y excepciones que en los mismos se establecen, constituye un caso «peculiar» dentro de la estructura tradicional del Impuesto sobre Sociedades. Fundamento esta afirmación en el hecho de que la actualización de balances es una parte importante del citado impuesto y, por tanto, a la cuota resultante de dicha actualización no se la puede negar el carácter de cuota de tal tributo; si se quiere matizar alguna diferencia denominémosla «cuota autónoma» o con un término similar. La afirmación de que cuota resultante de la liquidación no tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible es consustancial con el fin recaudador de la propia actualización; por tanto, resulta una tautología esta regla; igualmente, resulta tautológico declarar que la repetida cuota «tiene la consideración de deuda tributaria», pues todas las cuotas resultantes de la liquidación de tributos tienen naturaleza de deudas tributarias; finalmente, el hecho de que el balance actualizado sea el mismo que se ha de emplear en la declaración del Impuesto sobre Sociedades ratifica la declaración realizada al comienzo de este párrafo en sentido de que la actualización de balances es parte importante del reiterado impuesto.

7.3. LA CUENTA: «RESERVA DE REVALORIZACIÓN DE LA LEY 16/2012»; NATURALEZA, ESPECIFICACIONES, LIMITACIÓN A SU DISPONIBILIDAD

En el desarrollo normativo de los anteriores conceptos, la Ley 16/2012 mantiene, en cuanto a su presentación, la misma pauta relatada en renglones precedentes que estriba en la reproducción literal de normas que ya estuvieron incluidas en la actualización de 1996. En la citada ley, el tratamiento de «La Cuenta» está regulado en artículo 9, apartados números 9 y 10, que resultan ser, respectivamente, transcripciones de los artículos 9.5 y 13.1 del Real Decreto 2607/1996.

En estas condiciones, el citado artículo 9.9 de la referida ley delimita: «El saldo de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", no se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ni del Impuesto sobre la Renta de no Residentes». En mi opinión, este precepto es reiteración de lo dispuesto en el artículo 9.8 de la misma ley, pues dada la mecánica operativa del Impuesto sobre Sociedades, si el «gravamen único» no tiene consideración de «cuota tributaria», el importe que serviría para cifrar tal cuota no puede estar integrado en la base imponible determinante de la misma; por tanto, entiendo que dicho artículo 9.9 es innecesario.

Respecto a la posible aplicación del saldo de «La Cuenta», establece el artículo 9.10 de la tantas veces citada Ley 16/2012: «El saldo de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", será indisponible hasta que sea comprobado y aceptado por la Administración tributaria. Dicha comprobación deberá realizarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de presentación de la declaración a que se refiere el apartado 8 anterior». (Balance actualizado con la liquidación correspondiente al IS del ejercicio 2012); el plazo de presentación es igual al de la actualización de 1996.

En el propio artículo 9.10, en un inciso, se señalan las excepciones a la anterior indisponibilidad, precisando: «A estos efectos, no se entenderá que se ha dispuesto del saldo de la cuenta, sin perjuicio de la obligación de información prevista en el apartado 12 de este artículo, en los siguientes casos: a) Cuando el socio o accionista ejerza su derecho a separarse de la sociedad. b) Cuando el saldo de la cuenta se elimine, total o parcialmente, como consecuencia de operaciones a las que sea de aplicación el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores, y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea, de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, previsto en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. c) Cuando la entidad deba aplicar el saldo de la cuenta en virtud de una obligación de carácter legal». Así pues, las excepciones a la indisponibilidad de «La Cuenta» son:

- a) Cuando el socio o accionista ejerza su derecho a separarse de la sociedad.
- b) Cuando el saldo de la cuenta necesariamente se elimine, total o parcialmente, como consecuencia de la aplicación el régimen especial de las fusiones y de las demás operaciones previstas en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS.

- c) Cuando la entidad deba aplicar el saldo de la cuenta en virtud de una obligación de carácter legal.

7.4. COMPROBACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CUENTA: PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

En el precedente número 7.3 ha quedado dicho que el plazo para realizar la comprobación administrativa de La Cuenta es de tres años contados a partir de la fecha de presentación del balance actualizado. Por su parte, el artículo 9.10 de la reiterada Ley 16/2012 concreta las especificaciones que deben acompañar al saldo de dicha Cuenta; tales especificaciones son:

- **Minoración del saldo.** «En caso de minoración del saldo de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", como consecuencia de la comprobación administrativa, se devolverá, de oficio, el importe del gravamen único que corresponda al saldo minorado...». La devolución del «gravamen único», en el caso de que la comprobación administrativa determine una minoración en el saldo de La Cuenta, es una contingencia que no estuvo prevista en la actualización de 1996.
- **Disposición indebida de la reserva de revalorización.** La aplicación del saldo de la cuenta «reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre» a finalidades distintas de las previstas en este apartado (eliminar resultados contables negativos, ampliar capital y dotar reservas) o antes de efectuarse la comprobación o de que transcurra el plazo para efectuar la misma, determinará la integración del referido saldo en la base imponible del periodo impositivo en que dicha aplicación se produzca, no pudiendo compensarse con dicho saldo las bases imponibles negativas de periodos impositivos anteriores. Vemos que la disposición indebida del saldo de La Cuenta conlleva graves consecuencias para la sociedad que realiza dicha disposición; el llevar a efecto tal disposición determina la integración del referido saldo en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, sin que sea posible reconducirlo, una vez realizada la disposición indicada, a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.
- **Destinos posibles del saldo tras la comprobación administrativa.** Una vez efectuada la comprobación o transcurrido el plazo para la misma, el saldo de la cuenta podrá destinarse a la eliminación de resultados contables negativos, a la ampliación de capital social o, transcurridos diez años contados a partir de la fecha de cierre del balance en el que se reflejaron las operaciones de actualización, a reservas de libre disposición. No obstante, el referido saldo solo podrá ser objeto de distribución, directa o indirectamente, cuando los elementos patrimoniales actualizados estén totalmente amortizados, hayan sido transmitidos o dados de baja en el balance.
- **La aplicación de las reservas de «libre disposición».** Se trata de las reservas asentadas en contabilidad después de que hayan transcurrido diez años desde la fecha del

balance actualizado; sobre el particular se establece: «Dichas reservas darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos prevista en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del IS...». Así pues, transcurridos los diez años antes acotados, el reparto de reservas de libre disposición dotadas con cargo a La Cuenta tendrá el mismo tratamiento fiscal que tendría cualquier dividendo percibido por los accionistas, sean estas personas físicas o jurídicas.

7.5. OMISIÓN EN 1996 EN LA «DEDUCCIÓN POR DOBLE IMPOSICIÓN INTERNA» QUE SE CORRIJE EN 2012

En la vigente actualización se corrige una omisión o error que aconteció en la reevaluación de 1996; consistió esta en que el Real Decreto-Ley 7/1996, artículo 5.9, disponía que «transcurridos diez años desde la fecha del cierre del balance regularizado, el remanente del saldo de la cuenta pendiente de aplicación podrá destinarse a reservas de libre disposición», añadiendo que «Dichas reservas darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos». La redacción de este añadido resultaba incompleta por la siguiente causa:

El asiento contable consistente en cargar a «Cuenta» con abono a «Reservas de libre disposición» no tiene, transcurridos los referidos diez años, relevancia fiscal para la empresa que lo realiza; por tanto, no puede generar derecho a deducción por doble imposición de dividendos; la incidencia fiscal surgirá más adelante, cuando se opte por repartir las citadas reservas.

La anterior omisión fue rectificada por el Real Decreto 2607/1996, artículo 15.4, que dispuso «La distribución de las reservas de libre disposición a que se refiere la letra c) del apartado 1 (reservas dotadas con cargo a la Cuenta) dará derecho a la deducción por doble imposición de dividendos prevista en el artículo 28 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre». En este artículo se precisaban las reglas que regulaban «la deducción para evitar la doble imposición INTERNA: dividendos y plusvalías de fuente interna», y este mismo cometido cumple el artículo 30 del TRLIS.

7.6. PÉRDIDAS PRODUCIDAS EN LA TRANSMISIÓN O POR EL DETERIORO DE LOS ELEMENTOS ACTUALIZADOS

La Ley 16/2012, artículo 9.11, puntualiza sobre los dos anteriores conceptos: «Las pérdidas habidas en la transmisión o deterioros de valor de elementos patrimoniales actualizados se minorarán, a los efectos de su integración en la base imponible, en el importe del saldo de la cuenta "reserva de revaloración de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", correspondiente a dichos elementos. Dicho saldo será disponible». Esta norma es prácticamente reiteración de lo dicho en el Real Decreto 2607/1996, artículo 12, aunque en este, además, se complementaba con la siguiente condición: «Las pérdidas habidas..., se minorarán, hasta el límite de las mismas, en el importe del incremento neto de valor resultante de las operaciones de actualización correspon-

diente a los referidos elementos patrimoniales, siempre que dichas pérdidas se hubieran producido dentro del periodo de indisponibilidad de la cuenta "Reserva de revalorización del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio".

El reproducido complemento ha sido suprimido en la actualización de 2012; por ello, las sociedades que actualicen en esta última no deberán cumplir los requisitos relativos a:

- a) Límite de la minoración al incremento neto de reevaluación generado en el elemento actualizado.
- b) Que las pérdidas a minorar se hubieran producido dentro del periodo de indisponibilidad de la cuenta.

7.7. INFORMACIÓN CONTABLE: DATOS A INSERTAR EN LA MEMORIA DE LA SOCIEDAD

La vigente actualización, artículo 9.12 de la Ley 16/2012, al igual que lo hizo la de 1996, artículo 17.2 del Real Decreto 2607/1996 (en las anteriores a esta última no existen precedentes), introduce una serie de normas de naturaleza contable que afectan a la memoria societaria, a los criterios empleados en la evaluación de los diversos elementos actualizados, al importe de dicha evaluación y a los movimientos habidos durante el ejercicio en la cuenta «reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre», con explicación de la causa justificativa de la variación de la misma. Las dos normas acabadas de mencionar presentan una redacción similar, si bien la correspondiente a 2012 es más sucinta que la de 1996; esta última se configuró con un texto más amplio y con mayor detalle que la anterior, que ordeno y resumo en los siguientes puntos:

- En el **balance** de las cuentas anuales deberá figurar en la agrupación correspondiente a los fondos propios del pasivo del balance, en el epígrafe denominado «Reserva de revalorización», el importe correspondiente a la actualización practicada. Deberá incluirse en la **memoria** de las cuentas anuales, correspondientes a los ejercicios en que los elementos actualizados se hallen en el patrimonio de la entidad, información relativa a los siguientes aspectos:
 - a) Criterios empleados en la actualización con indicación de las partidas de las cuentas anuales afectadas.
 - b) Movimiento durante el ejercicio de la cuenta «Reserva de revalorización...».
 - c) Tratamiento fiscal de la partida «Reserva de revalorización».
 - d) En relación con los elementos objeto de actualización se deberá informar sobre la ley que lo autoriza, importe de la actualización para cada partida del balance, efecto de la actualización sobre la dotación a la amortización,

importe de las actualizaciones netas acumuladas al cierre del ejercicio, y el efecto de dichas actualizaciones sobre la dotación a la amortización y a las provisiones en el ejercicio.

- e) En las cuentas anuales consolidadas deberá incluirse la misma información que la requerida en las cuentas anuales individuales.
- f) Socios externos.

Frente a la anterior estructura perfectamente ordenada y sistematizada, el repetido artículo 9.12 de la Ley 16/2012 pone de manifiesto, una vez más, la precipitación o la urgencia (ya se ha dicho en renglones anteriores de este artículo), con que ha sido redactada la vigente actualización de balances. En efecto, para facilitar la comparación, reproduzco literalmente el reiterado artículo 9.12: «Deberá incluirse en la memoria de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios en que los elementos actualizados se hallen en el patrimonio de la entidad, información relativa a los siguientes aspectos: a) Criterios empleados en la actualización con indicación de los elementos patrimoniales afectados de las cuentas anuales afectadas. b) Importe de la actualización de los distintos elementos actualizados del balance y efecto de la actualización sobre las amortizaciones. c) Movimientos durante el ejercicio de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre", y explicación de la causa justificativa de la variación de la misma».

Registrar en la memoria societaria anual de ciertos eventos acontecidos en la actualización de balances, tal y como sucede en las actualizaciones de 1996 y 2012, aunque sea comportamiento frecuente del legislador al dictar normas tributarias, no me parece que sea el tratamiento adecuado en una apropiada técnica legislativa. Es preciso tener en cuenta que la citada memoria es un documento mercantil regulado por el Código de Comercio y por las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada; estas leyes detallan con toda claridad cuál debe ser su contenido y no hacen ninguna referencia a la posible inscripción de normas relacionadas con el cumplimiento de obligaciones fiscales. Así pues, entiendo que no resulta procedente que cuestiones puramente tributarias se introduzcan en la referida memoria y aumentar con ello su ya de por sí complicada estructura presente. La improcedencia de esta forma de legislar resulta clara a la vista de los artículos 17.2 del Real Decreto 2607/1996 y 9.12 de la Ley 16/2012; hay que tener en cuenta que el 35.3 del Código de Comercio, el 195.3 de la Ley de Sociedades Anónimas y la norma de registro y valoración n.º 10 del PGC ya determinan la información concreta que ha de facilitarse en el caso de actualización de valores.

7.8. RÉGIMEN SANCIONADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS SOBRE LA ANTERIOR INFORMACIÓN

Si el examen efectuado en el artículo 9 de la Ley 16/2012 resulta fiable, únicamente los dos últimos párrafos del apartado 12 de dicho artículo constituyen novedad con respecto a la actualización de 1996. Tales párrafos precisan las sanciones procedentes cuando se incumplen las normas relativas a la información contable (ya detallada en el anterior epígrafe 7.7) que se deben incluir en la memoria

y que hacen alusión a determinadas operaciones de la propia actualización. La redacción de los párrafos de referencia resulta un tanto oscura, confusa, pues no deja ver claro cuáles son los conceptos que se encuentran afectados por las sanciones que los mismos establecen; en este sentido dispone el primero de dichos párrafos: «El incumplimiento de las obligaciones establecidas en este apartado tendrá la consideración de infracción tributaria grave. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 200 euros por cada dato omitido, en cada uno de los primeros cuatro años en que no se incluya la información, y de 1.000 euros por cada dato omitido, en cada uno de los años siguientes, con el límite del 50 % del saldo total de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre". Esta sanción se reducirá conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 188 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria». De esta norma parece desprenderse que cualquier incumplimiento, por mínimo que sea, tiene la consideración de «infracción tributaria grave», y debe provocar la imposición de las sanciones que en la misma se especifican.

El párrafo segundo, por su parte, especifica: «No obstante, el incumplimiento sustancial de las obligaciones de información previstas en este apartado, determinará la integración del saldo de la cuenta "reserva de revalorización de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre" en la base imponible del primer periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos en que dicho incumplimiento se produzca, no pudiendo compensarse con dicho saldo las bases imponibles negativas de periodos impositivos anteriores». A la vista de la precedente regla, las preguntas surgen de inmediato: ¿qué debemos entender por incumplimiento sustancial de las obligaciones de información?; ¿a qué texto legal debe acudir para conocer su alcance?; yo, por mi parte, ignoro las posibles respuestas relativas a las anteriores preguntas y, por ello, he dicho al principio de este número que la redacción de los mentados párrafos resultaba confusa.

Con respecto a la segunda pregunta, acaso podría estimarse que a la misma responde el artículo 193.4 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria, que concreta: «A los efectos... se entenderá que existe incumplimiento sustancial de las obligaciones contables o registrales:

- a) Cuando el obligado tributario incumpla la obligación de llevanza de la contabilidad o de los libros registros establecidos por la normativa tributaria.
- b) Cuando la contabilidad no recoja fielmente la titularidad de las actividades, bienes o derechos.
- c) Cuando los libros o registros contengan omisiones, alteraciones o inexactitudes que oculten o dificulten gravemente la constatación de las operaciones realizadas.
- d) Cuando aplicando las técnicas o criterios generalmente aceptados a la documentación facilitada por el obligado tributario no pueda verificarse la declaración o determinarse con exactitud las bases o rendimientos objeto de comprobación.
- e) Cuando la incongruencia probada entre las operaciones contabilizadas o registradas y las que debieran resultar del conjunto de adquisiciones, gastos u otros aspectos de la actividad permita presumir..., que la contabilidad o los libros registros son incorrectos».

En relación con el posible acomodo del anterior precepto al inciso que en el repetido artículo 9.12 hace referencia al «incumplimiento sustancial de las obligaciones de información», mi criterio es que, aun aceptando que se trata de una norma de contenido correcto y con funciones deterministas y admitiendo que las diversas opiniones y posturas favorables a la aplicación pueden ser viables, el hecho cierto es que, por regular aspectos tributarios, (rendimientos, bases, gastos, cuotas...) **no debe emplearse en la actualización de balances**, puesto que esta no es, propiamente, un tributo, aunque pueda tener efectos recaudadores.

7.9. ¿ES FACTIBLE LA POSIBLE RENUNCIA A LA ACTUALIZACIÓN DE BALANCES?

La prohibición de renunciar a la regularización o, lo que es lo mismo, el mantenimiento de ella una vez que las sociedades hubieran optado por realizarla, ha sido una constante en todas las autorizadas, salvo en las permitidas en 1996 y 2012. Así, el texto refundido, Decreto 1985/1964, artículo tercero, cinco, disponía: «... sin que, una vez efectuada (la regularización), pueda volverse sobre la opción ejercida y dejarla sin efecto». En el mismo sentido se manifestaba la Ley 9/1983 (reguladora de la anterior actualización permitida), artículo 32.uno a): «... sin que quepa, en ningún caso, volver sobre ella».

Sin embargo, tanto en la actualización de 1996 como en la de 2012, la eliminación legislativa de esta cuestión ha sido absoluta, puesto que nada dicen sobre el particular el Real Decreto-Ley 7/1996, el Real Decreto 2607/1996 y la Ley 16/2012; por lo tanto hay que entender, en buena técnica jurídica, que la renuncia está permitida, toda vez que no existe precepto legal que expresamente la prohíba.

Aceptada la legalidad de la renuncia como un evento admisible, surgen varias preguntas, tales como ¿qué efectos puede o debe tener la mentada renuncia?, ¿puede la empresa que desiste de la opción ejercida solicitar la devolución del gravamen único en el caso de que lo hubiera ingresado? En la vigente actualización parece que el contribuyente, presentándose ante la Administración tributaria, debe simultanear las tres siguientes acciones: manifestar su acogimiento a la opción actualizadora, presentar el balance actualizado y pagar el gravamen único; por ello, entiendo que procede estimar que la repetida renuncia ha sido formulada después de realizado el pago de dicho gravamen.

Desconozco si en la actualización de 1996 se produjeron renunciaciones y, de producirse estas, el número de las mismas así como el tratamiento subsiguiente dado al gravamen único en el sentido de devolverlo o no devolverlo en el caso de que ya pudiese estar ingresado. Con vistas a la vigente actualización, ya ha quedado dicho que el acogimiento a ella resulta renunciante y la solicitud a este acogimiento, a través de la declaración del Impuesto sobre Sociedades, lleva consigo el pago del gravamen único.

En lo tocante a la actualización de 2012, y una vez que la sociedad haya optado por repetida renuncia, lo lógico es que la misma entidad presente ante la Administración tributaria escrito solicitando las devoluciones del balance actualizado (después de la renuncia este documento ca-

rece de utilidad para la citada Administración) y del gravamen único; ¿qué suerte puede correr la petición de devolver este gravamen? Desconozco la respuesta apropiada a esta pregunta; evidentemente, no se trataría de una «devolución de ingresos indebidos», pues la referida renuncia no está regulada (ni siquiera contemplada) en la Ley 58/2003, General Tributaria, artículos 32 (concepto de la devolución de ingresos indebidos) y 221 (procedimiento para la devolución de dichos ingresos). Con estos antecedentes, lo más probable, en mi opinión, es que la citada Administración deniegue tal devolución.

8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1.º Ignoro el número de sociedades que se hayan podido acoger a la actualización de 2012, los capitales que tales sociedades representan y las cifras de incremento patrimonial que dicho acogimiento ha llevado consigo; de tener conocimiento de los anteriores datos, y para poder realizar un adecuado análisis de los mismos, habría que tener muy en cuenta que la vigente actualización constituye una excepción, casi una contradicción, con las premisas y con las estipulaciones que han condicionado las precedentes revalorizaciones de balances.
- 2.º Tras la experiencia internacional por haber transcurrido más de cincuenta años desde su inicial implantación, la regularización de balances, se ha ido estructurando sobre un soporte constituido por ciertas premisas y por el cumplimiento de determinados postulados que, coordinados entre sí, han acabado conformando una especie de «cuerpo de doctrina» de general aceptación.
- 3.º La mencionada regularización, desde que fue implantada en diferentes naciones, principalmente europeas y de distinto nivel de desarrollo económico, ha tenido como objetivo básico y primordial la lucha contra la inflación económica en la medida que esta deteriora la contabilidad societaria; así pues, la recuperación de la «veracidad contable» ha servido, en el transcurrir de los años como justificante para poner en marcha el proceso regularizador, ya que únicamente apoyándose en la «veracidad registral» se pueden determinar costes reales de producción.
- 4.º La reevaluación de balances no ha de constituir una medida aislada sino que debe ir en armonía y acompañada de otras normas de política económica que coadyuven a anular o reducir la inflación; entre estas medidas se encuentran, como las más frecuentemente utilizadas, las siguientes:
 - a) Declaración gubernamental relativa a la necesidad de un cambio en la política económica operante en el momento en que se opta por la actualización de balances.
 - b) Voluntariedad u obligatoriedad de la operación.
 - c) Gratuidad fiscal o con coste impositivo.

- d) Elementos susceptibles de ser regularizados.
- e) Autorización o prohibición de incorporar a la contabilidad y consiguiente reevaluación de elementos patrimoniales no registrados en libros o registrados de manera equívoca.
- f) Técnica valorativa a emplear.
- g) Prohibición o no de actualizar elementos que ya se encontrasen fiscal o contablemente amortizados.
- h) Plazo para que las sociedades puedan realizar las operaciones correspondientes.
- i) Plazo para que la Administración tributaria pueda efectuar la comprobación de la regularización.

5.º En el anterior epígrafe 1 ha quedado dicho que la vigente actualización **constituye una excepción, casi una contradicción, con las premisas y con las estipulaciones que han condicionado las precedentes revalorizaciones de balances**. Sostengo esta aseveración porque en las actuales circunstancias no solo no se dan los requisitos puntuales para una correcta actualización, sino que, por el contrario, acontecen algunos eventos que resultan contrarios a la misma; entre tales eventos destacan:

- a) La fuerte crisis económica que sufría y sufre el país; por causa de ella la actividad de las empresas, la inversión en las mismas y el empleo se veían y se ven muy negativamente afectados. La experiencia tiene demostrado que en épocas de depresión, la actualización de balances puede contribuir a acelerar dicha recesión por el incremento de las cuotas de amortización correspondientes; tal incremento lleva consigo el acrecentamiento de los costes de producción empresariales.
- b) En cuanto a mi conocimiento alcanza, en la última década no se ha autorizado ninguna regularización de balances en naciones de grande o mediana importancia económica; ello es una indicación de suficiente significado en orden al abandono que, por distintas razones, se ha producido en el comportamiento de la autoridad gubernativa con respecto a la posible aplicación de la mencionada técnica contable.
- c) Es cuestión sobradamente conocida que el mantenimiento del nivel de precios en la Comunidad Europea constituye un postulado, acaso el principal, de los fijados por la UE para asegurar el correcto funcionamiento de la misma; evidentemente, con esta premisa, la aparición de cualquier forma de inflación está vetada en el seno de la Unión. Ante este veto, ciertas medidas antiinflación, como pueda ser la actualización de balances, resultan innecesarias o, por lo menos inapropiadas, al no correlacionarse con las pautas antiinflacionistas fijadas en la normativa comunitaria. En mi opinión, lo que

de hecho acontece es que la UE, al no regular la reiterada actualización, lo que en realidad efectúa es el envío de un «mensaje sublimado» contra la ruptura de la estabilidad de los precios.

- d) Declive de la inflación y alza del paro laboral. La inflación, en los dos últimos años, se ha movido en coeficientes situados entre el 1,2 y el 1,4%; por tanto, son índices que reflejan cierta estabilidad en el nivel general de precios.

La doctrina económica recomienda poner en práctica la actualización de balances cuando la inflación alcanza o supera cotas del 7 u 8%; así pues, el índice inflacionario existente a finales de 2012 no aconsejaba la reimplantación de la citada técnica reevaluatoria.

- e) El «gravamen único» del 5 % sobre el saldo acreedor de la cuenta «Reserva de revalorización, Ley 16/2012», estimo que resulta muy elevado. En la actualización de 1996, el tipo de imposición por el concepto similar al anterior fue del 3 %; ya entonces me pareció alto, pero en la actualización vigente está ampliamente superado, sobre todo si se tiene en cuenta que la teoría económica recomienda que, con objeto de preservar la pureza doctrinal de la regularización de balances, los incrementos de valor que puedan generarse en los elementos patrimoniales regularizados han de ser gratuitos en lo que respecta a su fiscalidad.
- f) Cuantificación inadecuada del «gravamen único» en el apartado LV del Preámbulo de la Ley 16/2012. En líneas que anteceden se ha dicho que la gratuidad fiscal que caracterizó a la mayoría de las regularizaciones permitidas entre 1945 y los primeros años de la década de los setenta se quebró a partir de 1977. Tras este año, casi todas las actualizaciones autorizadas han llevado consigo el devengo de gravámenes sobre las operaciones de actualización y/o las operaciones de reparto o aplicación de saldo de la Cuenta. Pues bien, si en el examen de estas últimas acciones no se ha incurrido en posibles errores, en ninguna de ellas se ha superado ni igualado el gravamen que por la actualización de elementos patrimoniales se devenga en virtud de lo dispuesto en la Ley 16/2012.
- g) Por este motivo, no parece ajustarse a la verdad la afirmación que consta en el último inciso del apartado LV del citado Preámbulo, el cual asevera: «... incorpora (la Ley 16/2012) técnicas de actualización ya conocidas y **conlleva una carga fiscal reducida**». A mi entender, no puede afirmarse que el gravamen de un 5 % sobre el saldo acreedor de la cuenta «Reserva de revalorización, Ley 16/2012» constituya «una carga fiscal reducida»; por el contrario, considero que tal gravamen representa «una carga fiscal excesiva», teniendo en cuenta los gravámenes girados en actualizaciones precedentes y el criterio de la teoría económica según el cual «la regularización de balances, para que pueda cumplir adecuadamente sus fines, debe estar exenta de imposición fiscal».

- h) Casos en los que el artículo 15.9 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades constituye una vía alternativa para eludir en algunas operaciones el «gravamen único» del 5 %. El citado impuesto dedica el artículo 15 a fijar las reglas de valoración» y, a su vez, destina el apartado 9 a concretar «los efectos de integrar en la base imponible las rentas positivas obtenidas en la transmisión de elementos patrimoniales del activo fijo o de estos elementos que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta, que tengan la naturaleza de bienes inmuebles».

Ordenando de manera sistematizada el contenido de dicho artículo, tenemos que:

- 1.º Es deducible, en la transmisión de los elementos patrimoniales que se relacionan en el siguiente número 2.º, el importe de la depreciación monetaria producida (en tales elementos) desde el día 1 de enero de 1983.
- 2.º Los elementos patrimoniales cuya transmisión es susceptible de generar deducción son:
 - Elementos patrimoniales de activo fijo.
 - Elementos patrimoniales que hayan sido clasificados como activos no corrientes mantenidos para la venta que tengan la naturaleza de inmuebles.

Al comparar la precedente deducción por depreciación monetaria con el incremento de valor que pueda producirse en los reseñados elementos patrimoniales como consecuencia de la actualización de balances, resulta que, al no haber lugar a la liquidación del «gravamen único» en la mentada deducción, la entidad involucrada que tenga decidida, o en expectativas, la transmisión a plazo corto de alguno o algunos de los elementos patrimoniales anteriormente reseñados, optará, por ser fiscalmente más conveniente, por el sistema de «deducción por depreciación monetaria», soslayando la vía de la actualización de balances.

En el anterior epígrafe 3.5 de este artículo se han reseñado las principales ventajas e inconvenientes de la reiterada reevaluación contable, y en el presente epígrafe se acaban de exponer la circunstancias que, por su carácter negativo, pueden aconsejar la abstención ante la opción actualizadora; resumidas, estas últimas circunstancias son: La fuerte crisis económica que sufría y sufre la nación; carencia en la última década, en naciones de grande o mediana importancia económica, de autorizaciones para regularizar balances; posicionamiento «sublimado» de la UE que, de manera indirecta, resulta opuesta a la citada regularización; declive de la inflación y alza del paro laboral y devengo del «gravamen único» y técnica contrapuesta a tal gravamen (aplicación del art. 15.9 del TR del IS) que, en determinadas operaciones, resulta fiscalmente más favorable para el contribuyente. En mi opinión, confrontar las condiciones favorables con las condiciones desfavorables de la mentada reevaluación conlleva a concluir que las desfavorables son más y de mayor enjundia que las favorables y, con ello, a formular la pregunta que da título a este artículo: ¿Qué razones pueden haber determinado una nueva actualización de balances?

En el precedente epígrafe 4 de este trabajo se han expuesto y analizado los objetivos que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas declara perseguir con la vigente reevaluación de elementos patrimoniales. Tras dicho análisis, se ha llegado a la conclusión de que ninguno de los objetivos declarados tiene la suficiente trascendencia para justificar la reapertura de dicha medida, por lo que la aplicación de la misma únicamente se justifica, a mi parecer, en razones de carácter **recaudatorio** que se motivan en la necesidad de **ingresos tributarios** que el Gobierno tiene en estos momentos para poder hacer frente a los compromisos devenidos de la liquidación del Presupuesto, el cual resulta difícil de equilibrar, dada la intensa recesión que acucia la actividad económica española, y que a su vez provoca, entre otros efectos, el descenso de los ingresos tributarios. Precisamente, la pretensión de ampliar tales ingresos ha sido, **a mi parecer, la razón principal y casi única por la que se haya optado por restablecer la mencionada actualización.**

BORRADOR DE LA NORMA CONTABLE DE ARRENDAMIENTOS DEL IASB: HACIA EL RECONOCIMIENTO PATRIMONIAL DE TODOS LOS ARRENDAMIENTOS

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

EXTRACTO

El pasado mes de mayo el IASB y el FASB publicaron un borrador sobre contabilidad de arrendamientos. La publicación de ese borrador es el último de los hitos de un proyecto que comenzó en 2006, y que ha estado rodeado de fuerte polémica. En el presente artículo se expone una visión general sobre el tratamiento propuesto para los arrendatarios.

Palabras claves: arrendamiento, apalancamiento, IASB y NIC.

Fecha de entrada: 03-10-2013 / Fecha de aceptación: 05-10-2013

LEASES EXPOSURE DRAFT: THE END OF OFF-BALANCE SHEET LEASES ACCOUNTING

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

ABSTRACT

The Financial Accounting Standards Board (FASB) and International Accounting Standards Board (IASB) recently released a joint revised proposal for accounting for leases. The exposure draft is the latest milestone in a project that began in 2006 and has been surrounded by much controversy. This article provides a general overview of the accounting proposal for lessees.

Keywords: leases, financial leverage, IASB and IFRS.

Sumario

1. Tratamiento contable actual de los arrendamientos
2. Críticas al modelo actual
3. Historia del proyecto
4. Tratamiento contable de los arrendamientos: como arrendatario
 - 4.1. Arrendamientos «tipo A» (o arrendamientos de bienes no inmobiliarios)
 - 4.2. Arrendamientos «tipo B» o arrendamientos de bienes inmobiliarios
5. Conclusiones

NOTA: El autor quiere agradecer a Pedro Luis SÁNCHEZ y Ana SEGURA los comentarios recibidos.

1. TRATAMIENTO CONTABLE ACTUAL DE LOS ARRENDAMIENTOS

El modelo contable actual de los arrendamientos (tanto el señalado por el *IASB* en la *NIC 17* como por el *FASB* en el *FAS 13*) se basa en una diferenciación estricta entre dos tipos de arrendamientos.

Algunos contratos de arrendamientos, a juicio de la norma, son una mera forma de instrumentar la adquisición financiada del bien objeto de arrendamiento. Se califica a dichos arrendamientos como financieros, al considerar que en la práctica suponen una vía de financiación para la entidad arrendadora. Al considerar que el efecto económico de dichos arrendamientos es similar a una adquisición financiada del bien, el tratamiento contable que reciben es el mismo que la operación a la cual se asimila. Es decir, tendrán un efecto patrimonial en libros de la sociedad, al reconocerse tanto el bien objeto de arrendamiento (como un activo de la sociedad) como la deuda asumida en dicha operación (como pasivo incurrido).

En el resto de casos se considera que los arrendamientos no son una adquisición a crédito, sino un servicio recibido por la sociedad. Esos contratos se califican en la norma como *operativos*. El tratamiento contable que reciben los mismos es el conocido como *contrato en ejecución*: no tendrán ningún efecto patrimonial, ya que no se reconocen en libros de la sociedad ni el bien objeto de arrendamiento ni la deuda asumida en el contrato correlativo. A lo largo de la vida del mismo, se imputará de forma sucesiva un cierto gasto por arrendamiento.

Para establecer una línea divisoria entre ambos tipos de arrendamientos, se formula el principio contable de «transferencia sustancial de riesgos y beneficios inherentes» a la propiedad. De entenderse cumplido ese principio el arrendamiento se calificará de **financiero**, conllevando el reconocimiento contable del bien como un activo de la sociedad. Por el contrario, si se considera que ese principio no se cumple, el contrato se calificará como un arrendamiento **operativo**, sin que deba reconocerse el bien recibido ni ninguna deuda asociada a dicha operación.

Tanto la *NIC 17* como la *FAS 13* recogen una serie de presunciones acerca de cuándo debe entenderse cumplido ese principio contable, con base en determinadas condiciones del contrato, como la relación entre la duración contractual y la vida útil del bien arrendado, o la comparación entre el valor actual de los compromisos contractuales y el valor razonable del bien arrendado.

2. CRÍTICAS AL MODELO ACTUAL

El modelo contable actual ha sido objeto de fuertes críticas, como reconoce el propio *IASB* en la elaboración del proyecto actual.

El enfoque dicotómico existente, al identificar dos tipos de arrendamientos y asignarles dos tratamientos contables antagónicos, no responde a la realidad económica de los arrendamientos. En estos contratos coexisten un continuo de realidades, en ocasiones difíciles de clasificar en alguna de las dos tipologías expuestas. En aquellas situaciones que se encuentren en «zonas grises», donde no quede claro cuál de los dos tratamientos es el adecuado, esas distinciones pueden resultar subjetivas, lo que puede suponer falta de comparabilidad de la información financiera.

Este diferente tratamiento entre ambos tipos de arrendamientos (en especial la falta de reconocimiento de deuda en los arrendamientos que se califican como operativos) puede proporcionar incentivos para que los contratos se estructuren teniendo en cuenta el tratamiento contable deseado.

Hay una preocupación generalizada de que la situación actual permita a las entidades encubrir endeudamiento a través de arrendamientos calificados como operativos, pues al no existir reconocimiento patrimonial pueden utilizarse como una vía de financiación fuera de balance (*off-balance sheet*). Esta operativa permite presentar una imagen de solvencia (endeudamiento) superior (inferior) de la entidad. A la hora de analizar las cuentas de las entidades es práctica frecuente entre los analistas financieros ajustar la información contable para reflejar el endeudamiento fuera de balance que puedan suponer los arrendamientos operativos¹.

Además de los compromisos de pago de los arrendamientos, también escapan del reconocimiento contable los elementos objeto de contrato de arrendamiento², por lo que se desvirtuarían los ratios basados en cifras de activo de balance (como el ROA).

A raíz del escándalo *Enron*, el Congreso americano a través de la *Sabarnes-Oxley Act* encargó al supervisor de valores norteamericano (*securities exchange commission, SEC*) un informe³ sobre la financiación fuera de balance (*off-balance sheet transactions*). Este organismo se sumó a las críticas ya señaladas sobre la contabilidad de arrendamientos, pues admitía que el enfoque de «todo o nada» puede dar lugar a transacciones diferentes reconocidas de la misma manera, mientras que operaciones similares pueden recibir tratamientos opuestos. El diseño de la norma contable mediante puntos de corte, a juicio de dicho informe, había permitido el desarrollo de toda una línea de negocio para abogados, asesores, prestamistas y bancos de inversión, etc., cuya única ventaja para el cliente era conseguir el tratamiento contable deseado (véase informe *SEC*, pág. 63). En definitiva, la *SEC* concluyó que la norma contable del *FASB* era deficiente y debía ser objeto de mejora, animando a desarrollar ese proyecto de forma conjunta con el *IASB*.

¹ Para estimar el valor de esas deudas se acude en ocasiones a mecanismos simplificados como la utilización de múltiplos (considerando que el valor actual de la deuda asumida en arrendamientos está en torno a 6 y 8 veces los pagos anuales por dicho concepto).

² Esa crítica al encubrimiento de los activos arrendados, y la deuda asumida en esos contratos, queda bien reflejada en palabras del anterior presidente del IASB, David Tweedie, quien irónicamente llega a afirmar: «Ojalá antes de morir me pueda viajar en un avión que figure en el balance de una aerolínea».

³ Disponible en la web de la SEC: <http://www.sec.gov/news/studies/soxoffbalancerpt.pdf>

3. HISTORIA DEL PROYECTO

El borrador de norma que se hizo público este año no es sino el último paso de un proyecto que se añadió a la agenda del *IASB* en 2006, pero cuyos orígenes pueden encontrarse incluso antes de esa fecha.

Los emisores de normativa contable de Canadá, Gran Bretaña, Nueva Zelanda, Australia, el *FASB* y el *IASB* constituyeron un grupo de trabajo (conocido como *G4+1*), que entre otros temas abordó el tratamiento contable de los arrendamientos. Fruto del esfuerzo de ese comité surgió en 1996 el informe *Accounting for leases: A new Approach*, y en esa misma línea, el documento *Leases: Implementation of a New Approach* (2000). Esos informes ya adelantaban las líneas en las que se basa la propuesta de norma que nos ocupa. Se ponían de manifiesto las carencias del enfoque actual a la hora de reconocer los activos y pasivos surgidos de los contratos de arrendamiento, y para solucionarlas se proponía un nuevo tratamiento único para todos los arrendamientos, que reconociera en todos los casos los activos y pasivos surgidos de arrendamientos financieros. Todo ello con independencia de la duración del contrato o del resto de condiciones recogidas en el mismo.

En 2009, el *IASB* hizo público el primer documento de consulta, y concretó su propuesta en el borrador de 2010. Las líneas generales eran acordes con el trabajo previo del *G4+1*: reconocimiento patrimonial de todos los contratos de arrendamiento, por lo que dichos contratos harían aflorar elementos tanto de activo como de pasivo.

El borrador presentado ahora mantiene ese enfoque. Sin embargo, incluye varias propuestas nuevas: se introduce un doble modelo para los arrendatarios, se modifica el tratamiento de los pagos variables, el de los arrendamientos a corto plazo... Dado el alcance de estos cambios, ambos organismos (*IASB* y *FASB*) han considerado necesario elaborar un nuevo borrador para someterlo a consulta pública.

4. TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS ARRENDAMIENTOS: COMO ARRENDATARIO

El borrador propone, tal y como se ha venido exponiendo, terminar con el modelo actual de dos tipos de arrendamientos diferenciados, en el que algunos contratos conllevan efecto patrimonial (reconociendo activos y pasivos en esos contratos) mientras que otros no suponen reconocimiento contable de ningún elemento en el balance de la entidad.

La propuesta consiste en que todos los arrendamientos⁴ con un plazo superior a doce meses den lugar al reconocimiento de un activo, por el *derecho de uso* del bien objeto de arrendamiento,

⁴ Quedan fuera del alcance de esta norma los arrendamientos sobre recursos naturales, activos biológicos y los acuerdos para concesión de servicios, que se regulan según sus normas específicas.

y un pasivo, por la deuda asumida. El borrador de 2010 ya recogía esta misma propuesta, identificando un único tratamiento contable para los arrendamientos, similar al de los arrendamientos financieros en la *NIC 17*, si bien recibió serias críticas por el patrón de reconocimiento de gastos en los arrendamientos⁵. El nuevo borrador considera que las variadas posibilidades de contratos de arrendamiento no pueden reflejarse de forma adecuada mediante un tratamiento único, por lo que introduce dos posibilidades para intentar atenuar el efecto de esta diversidad contractual. La diferenciación se realizará en función de la proporción de beneficios económicos del activo objeto de arrendamiento que se espera que reciba el arrendador a lo largo del contrato del arrendamiento.

Resulta evidente la complejidad que subyace en la identificación de ese concepto de *consumo de beneficios económicos del bien*. Para facilitar la interpretación de este criterio se establece una presunción (que admite prueba razonada en contrario) con base en la que realizar la distinción entre ambos tipos de arrendamientos, según la naturaleza del bien arrendado: *activo inmobiliario* o *activo NO inmobiliario*. Se considera que, con carácter general, en los arrendamientos de inmuebles, no se recibe más que una pequeña parte de los beneficios económicos que puede generar el bien a lo largo de su vida útil. Por el contrario, en el resto de arrendamientos (bienes *no inmobiliarios*) es comúnmente aceptado que sí se recibe una parte sustancial de los mismos.

Para ambos tipos de arrendamientos procede un tratamiento patrimonial similar: reconocimiento del bien objeto de arrendamiento en el activo, y de la deuda total en el pasivo, aunque con diferentes procedimientos de imputación de gastos incurridos en cada uno de los casos.

4.1. ARRENDAMIENTOS «TIPO A» (O ARRENDAMIENTOS DE BIENES NO INMOBILIARIOS)

Presume la norma que cuando el objeto de arrendamiento sea un *bien NO inmobiliario* el arrendatario recibirá la mayoría de los beneficios económicos del bien. No obstante, esa presunción no siempre responderá a la realidad del contrato, por lo que ante alguna de las siguientes condiciones no deberá considerarse que el arrendamiento deba calificarse como arrendamiento de «tipo A». Las condiciones referidas son las siguientes:

- i. La duración del arrendamiento comprende una parte insignificante del total de la vida económica del bien arrendado.
- ii. El valor actual de los pagos del arrendamiento supone un valor insignificante con relación al valor razonable del bien arrendado.

⁵ Al reconocer la amortización lineal del activo reconocido, y un gasto financiero por los intereses calculados conforme al coste amortizado en el pasivo, el reconocimiento de gasto es mayor en los primeros ejercicios, reduciéndose a lo largo de la vida del contrato. La propuesta recibió varias críticas porque ese patrón de reconocimiento no reflejaba el consumo del bien. Para dar respuesta a esas preocupaciones se introducen dos tratamientos para los arrendamientos, con patrones de reconocimiento de gastos diferenciados.

Al comienzo del arrendamiento se deberá reconocer por el arrendatario tanto un activo por el *derecho de uso* del bien arrendado, como una deuda por los compromisos asumidos en el contrato.

El valor por el que constará dicha deuda será el equivalente al valor actual de:

- i. Los pagos fijos del contrato de arrendamiento.
- ii. Aquellos pagos variables que dependan de un índice o tipo de interés variable, estimando los mismos a través del valor actual de ese índice al comienzo del contrato.
- iii. Aquellos pagos variables que encubran pagos fijos⁶.
- vi. Cualquier importe que se espere desembolsar por valores garantizados en el contrato.
- v. El ejercicio de la opción de compra, cuando la entidad tenga incentivos económicos para ejercerla.
- vi. Eventuales penalizaciones por incumplimiento total o parcial del contrato, si la entidad estima que incurrirá en ellas.

El reconocimiento posterior de la deuda se realizará según las normas generales de pasivos financieros (*coste amortizado*), diferenciando en los pagos de arrendamiento la parte de intereses que deba reconocerse como gasto del ejercicio y la parte que corresponda a amortización del principal.

En el balance de la entidad, se producirá el reconocimiento del derecho de uso procedente del bien objeto de arrendamiento, como parte de su activo. Se registrará de forma separada al resto de activos, y por un valor igual a la suma de los siguientes componentes:

- i. El importe por el que se haya reconocido el componente de deuda del arrendamiento.
- ii. Cualquier pago realizado al arrendador antes del comienzo del arrendamiento, deduciendo los incentivos recibidos.
- iii. Los costes directos incurridos por el arrendatario.

El reconocimiento posterior se realizará de forma consistente con el resto de activos no financieros reconocidos a coste, es decir, sometiendo el valor del activo a amortización en los siguientes ejercicios. Salvo que se identifique un patrón de consumo de los beneficios del bien más representativo, la amortización se llevará a cabo a través de un criterio lineal.

⁶ Los pagos variables no se reconocerán como deuda al comienzo del arrendamiento, sino que se devengarán a lo largo del contrato. Para evitar que los contratos se estructuren de forma que se intenten encubrir pagos fijos como pagos variables, de modo que escapen al reconocimiento de la deuda, la norma establece que los mismos se deben reconocer como mayor valor de la deuda.

EJEMPLO 1. Arrendamiento «tipo A»

Se formaliza a comienzos del ejercicio 20X1 un contrato de arrendamiento sobre un vehículo durante cuatro años, con cuotas anuales de 12.000 euros. Se estima en este momento que el valor de mercado del vehículo es de 60.000 euros, con una vida económica de 8 años. El tipo de interés al que se habría financiado la entidad es del 5 %.

Solución

Atendiendo a las condiciones del contrato, el arrendamiento del ejemplo se habría calificado conforme a la NIC 17 (y al PGC) como arrendamiento operativo, por lo que no se debería reconocer ningún activo ni pasivo a la formalización del mismo.

Bajo la propuesta de norma del IASB, al no tratarse de un arrendamiento sobre un bien inmueble, se presume que se trata de un arrendamiento «tipo A». No se da ninguna de las dos condiciones que establece la norma para considerar que, a pesar de no tratarse de un bien inmobiliario, se deba reconocer como un arrendamiento de «tipo B», ya que no parece que el periodo de arrendamiento sea insignificante respecto a la vida económica del bien (cubre el 50 %), ni tampoco el valor actual de los pagos respecto al valor razonable del bien (representan un 71 % del valor del mismo).

Por lo que, de acuerdo a estos criterios, deberá reconocerse una deuda en el arrendamiento igual al valor actual de los pagos comprendidos en el arrendamiento. El reconocimiento posterior de la deuda que surge durante la ejecución del contrato de arrendamiento deberá realizarse conforme al criterio del coste amortizado. Figura a continuación el cuadro de amortización que corresponde a dicho reconocimiento de deuda:

Fecha	Pagos	Intereses	Amortización	Cte. amortizado
01-01-20X1		–	–	42.551,41
31-12-20X1	12.000	2.127,57	9.872,43	32.678,98
31-12-20X2	12.000	1.633,95	10.366,05	22.312,93
31-12-20X3	12.000	1.115,65	10.884,35	11.428,57
31-12-20X4	12.000	571,43	11.428,57	0,00

El derecho de uso sobre el activo se reconoce por el valor de la deuda, al no existir otros desembolsos del arrendador ni haber incurrido en costes directos iniciales en dicho contrato:

.../...

.../...

Cuentas	Debe	Haber
Derecho de uso sobre vehículos	42.551,41	
Deudas por arrendamientos, «tipo A»		42.551,41

La valoración posterior de la deuda reconocida en el arrendamiento será idéntica al resto de pasivos financieros de la entidad, por lo que se incorporará, al cierre del ejercicio (cuando se realice el pago por arrendamiento), la parte correspondiente a intereses devengados en el ejercicio económico y la parte que se corresponda con la amortización del principal.

Cuentas	Debe	Haber
Deudas por arrendamientos, «tipo A»	9.872,43	
Gastos financieros	2.127,57	
Bancos		12.000

El derecho de uso sobre el bien arrendado deberá someterse a amortización. Al no identificarse otro patrón de consumo más relevante, se realizará la amortización del mismo conforme a un criterio lineal, reconociendo en el ejercicio como gasto de amortización una cuarta parte del valor por el que se registró el *derecho de uso* del bien al inicio del contrato.

Cuentas	Debe	Haber
Gasto por amortización del derecho de uso ¹	10.637,85	
Derecho de uso sobre vehículos		10.637,85

¹ No aclara el borrador si la amortización debe reconocerse contra una cuenta correctora, o dando de baja directamente el valor del bien. Ambas alternativas son indiferentes al importe por el que aparecerá reconocido el derecho de uso en la información financiera de la entidad.

En los siguientes ejercicios se procederá del mismo modo, incorporando la deuda a *coste amortizado*, y anotando la amortización del bien (en rigor, del *derecho de uso*) al cierre de cada ejercicio.

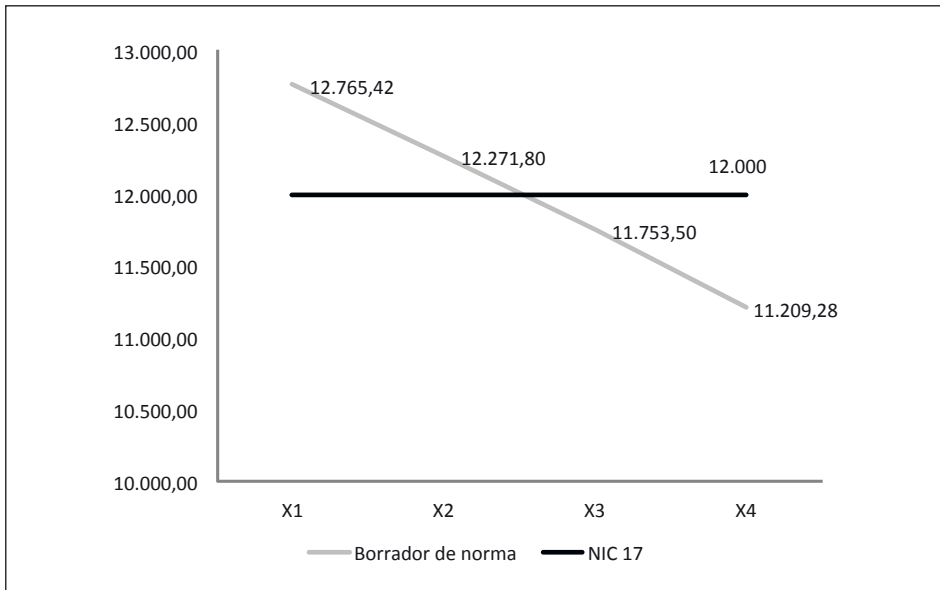
El impacto del arrendamiento en las cuentas de los siguientes ejercicios, y la comparativa con el tratamiento de la misma operación bajo el modelo contable actual (arrendamiento operativo, según la NIC 17) se refleja en la siguiente tabla:

.../...

.../...

Ejercicio	Borrador de norma			NIC 17	
	Amortización	Intereses	Gasto total	Gto. de arrend.	Gto. total
20X1	10.637,85	2.127,57	12.765,42	12.000	12.000
20X2	10.637,85	1.633,95	12.271,80	12.000	12.000
20X3	10.637,85	1.115,65	11.753,50	12.000	12.000
20X4	10.637,85	571,43	11.209,28	12.000	12.000
Total	42.551,41	5.448,59	48.000,00	48.000	48.000

Puede comprobarse que el criterio de reconocimiento de ingresos implica también mayor reconocimiento de gastos en los primeros ejercicios, al ser mayores los intereses devengados conforme al coste amortizado durante los primeros años.



4.2. ARRENDAMIENTOS «TIPO B» O ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMOBILIARIOS

Cuando el arrendamiento tenga por objeto un bien inmobiliario, el borrador asume que la entidad arrendataria no recibirá la mayoría de los beneficios económicos del bien, por razón de la distinta durabilidad del bien inmobiliario y del contrato de arrendamiento. Al igual que en el caso anterior, esa presunción puede no resultar adecuada para todos los arrendamientos sobre bienes inmobiliarios. En concreto, cuando se dé alguna de las dos condiciones siguientes:

- i. El arrendamiento cubre la mayor parte de la vida económica restante del bien inmobiliario.
- ii. El valor actual de los pagos del arrendamiento es equivalente a la práctica totalidad del valor razonable del bien al comienzo del arrendamiento.

El reconocimiento inicial se realizará de forma análoga al caso anterior (arrendamientos «tipo A»). Figurará en balance una *deuda por arrendamiento* equivalente al valor actual de los pagos que se estima que habrán de realizarse a lo largo del mismo. Del mismo modo, se reconocerá como activo de la sociedad el *derecho de uso* sobre el bien objeto de arrendamiento (más los costes directos incurridos), y cualquier desembolso adicional entregado al arrendador al comienzo del contrato.

La principal diferencia respecto al arrendamiento «tipo A» que hemos visto previamente se encuentra en el patrón de reconocimiento de gastos. Se considera que el proceso de reconocimiento de gastos anterior no es adecuado, ya que ello conlleva (como se ha señalado repetidamente en párrafos anteriores) un mayor importe de gastos en los primeros años del contrato.

En los arrendamientos de «tipo B» (considerando como tales a la generalidad de los contratos sobre bienes inmobiliarios) se reconocerá el gasto por arrendamiento de forma lineal. Se obtiene, de ese modo, un tratamiento similar al que establece la *NIC 17* para los arrendamientos operativos. El gasto por arrendamiento será representativo tanto de los gastos financieros por la actualización del componente de deuda, como de la amortización del *derecho de uso*, sin que sea preciso diferenciar ambos componentes: los dos deben aparecer en las cuentas anuales de forma conjunta como *gasto por arrendamientos*.

En la valoración posterior de la deuda se procederá de forma similar al resto de pasivos financieros, reconociendo la misma por el valor actual de los compromisos del contrato.

En cuanto al derecho de uso, al igual que en los arrendamientos del «tipo A», debe realizarse su amortización correspondiente en los ejercicios siguientes. No se procederá de forma lineal, sino que se deberá reconocer como amortización la diferencia entre el gasto reconocido como amortización y el efecto de la actualización de la deuda por arrendamientos.

EJEMPLO 2. Arrendamiento «tipo B»

Se formaliza a comienzos del ejercicio 20X1 un contrato de arrendamiento sobre un local comercial durante cuatro años, con cuotas anuales de 12.000. Se estima en este momento que el valor de mercado del local es de 600.000 euros, con una vida económica de 35 años. El tipo de interés al que se habría financiado la entidad es del 5 %.

Solución

El contrato de arrendamiento del ejemplo se habría reconocido en el modelo contable actual, tanto con NIC 17 como con el PGC, como un contrato de arrendamiento operativo: no debería incorporarse al comienzo del mismo ningún activo ni pasivo en libros de la sociedad arrendataria.

Sin embargo, conforme al nuevo borrador debe reconocerse el mismo como un arrendamiento «tipo B», por ser el bien objeto de contrato un bien inmobiliario. No se da ninguna de las dos condiciones que establece la norma para entender que el mismo, a pesar de tratarse de un bien inmobiliario, deba calificarse como un arrendamiento «tipo A» (ni el arrendamiento cubre la mayor parte de la vida económica del bien, ni el valor actual de los pagos del contrato supone la práctica totalidad del valor razonable del bien objeto de arrendamiento).

Figurará en el pasivo del balance, a comienzos del ejercicio, la deuda de la sociedad como el valor actual de los pagos futuros del contrato, y un activo por *derecho de uso* por importe equivalente. El cuadro de amortización del pasivo será el siguiente:

Fecha	Pagos	Intereses	Amortización	Cte. amortizado
01-01-20X1		–	–	42.551,41
31-12-20X1	12.000	2.127,57	9.872,43	32.678,98
31-12-20X2	12.000	1.633,95	10.366,05	22.312,93
31-12-20X3	12.000	1.115,65	10.884,35	11.428,57
31-12-20X4	12.000	571,43	11.428,57	0,00

Como se ha dicho, a comienzos del contrato se debe reconocer tanto la deuda por arrendamientos asumida como el derecho de uso sobre el bien arrendado.

Cuentas	Debe	Haber
Derecho de uso sobre vehículos	42.551,41	
Deudas por arrendamientos, «tipo B»		42.551,41

.../...

.../...

El tratamiento contable en los ejercicios siguientes es diferente al visto en el ejemplo de los arrendamientos «tipo A» y al tratamiento de los arrendamientos dado en el modelo contable actual. La propuesta establece que el reconocimiento de gastos deberá realizarse de forma lineal a lo largo de la vida del contrato, sin diferenciar los gastos debidos a los intereses de la deuda, y los debidos a la amortización del activo, ya que ambos se deben presentar de forma conjunta. Al cierre del ejercicio, cuando se produzca el pago de la cuota de este año se considerará una amortización parcial del importe de deuda que figura en libros en este momento. Según el borrador no se debe diferenciar la parte del gasto de arrendamiento que se debe a gastos financieros de la que se debe a amortización del derecho de uso, por lo que se reconocerán ambas en la misma cuenta de gasto.

Cuentas	Debe	Haber
Gastos por arrendamientos, «tipo B»	2.127,57	
Deudas por arrendamientos, «tipo B»	9.872,43	
Bancos		12.000

La amortización del derecho de uso será la diferencia entre el gasto de arrendamiento del ejercicio (de 12.000) y el efecto de la actualización de los flujos futuros por intereses (de 2.127,57).

Cuentas	Debe	Haber
Gastos por arrendamientos, «tipo B»	9.872,43	
Derecho de uso sobre vehículos		9.872,43

El patrón de reconocimiento de gasto será lineal en los siguientes ejercicios, reconociéndose en todos ellos un gasto por arrendamientos por importe de 12.000. Tanto la deuda como el activo reconocidos deben amortizarse a lo largo de la vida del arrendamiento según la metodología expuesta. El valor por el que deben figurar el derecho de uso y la deuda en los ejercicios siguientes se recoge en la siguiente tabla:

Ejercicio	Borrador de norma		NIC 17	
	Derecho de uso	Deuda arrend.	Derecho de uso	Deuda arrend.
01-01-20X1	42.551,41	42.551,41	0	0
31-12-20X1	32.678,98	32.678,98	0	0
31-12-20X2	22.312,93	22.312,93	0	0
31-12-20X3	11.428,57	11.428,57	0	0
31-12-20X4	0,00	0,00	0	0

.../...

.../...

En el ejemplo coinciden *valor de deuda y derecho de uso*, ya que los pagos contemplados en el contrato son constantes. Coincidirán en todos los ejercicios los desembolsos y los gastos por arrendamiento. (Si los pagos del contrato no fueran lineales, no coincidiría el valor de la deuda y del derecho de uso).

A modo de ejemplo, si efectivamente los pagos del contrato no fueran constantes y de 12.000 euros cada ejercicio, sino que se incrementasen en cada ejercicio a razón de 1.000 euros (siendo, por tanto y sucesivamente, 13.000 €, 14.000 € y 15.000 €), el importe a reconocer en cada ejercicio no coincidiría con el desembolso. El gasto a reconocer por arrendamiento debería realizarse de forma lineal, reconociendo un gasto de forma uniforme de 13.500 cada ejercicio, mientras que los desembolsos serían crecientes en cada ejercicio. El valor por el que debe figurar la deuda asumida en cada ejercicio se podrá obtener del siguiente cuadro de amortización:

Fecha	Pagos	Intereses	Amortización	Cte. amortizado
01-01-20X1		–	–	47.654,22
31-12-20X1	12.000	2.382,71	9.617,29	38.036,93
31-12-20X2	13.000	1.901,85	11.098,15	26.938,78
31-12-20X3	14.000	1.346,94	12.653,06	14.285,71
31-12-20X4	15.000	714,29	14.285,71	0,00

En el reconocimiento posterior del derecho de uso, se debe hacer constar un coste de amortización como diferencia entre gasto a reconocer por arrendamientos (13.500 €) e intereses devengados de cada ejercicio. Quedará, por tanto, como sigue:

Ejercicio	Borrador de norma		
	Intereses	Amortización	Gasto total
20X1	2.382,71	11.117,29	13.500
20X2	1.901,85	11.598,15	13.500
20X3	1.346,94	12.153,06	13.500
20X4	714,29	12.785,71	13.500
Total	6.345,78	47.654,22	54.000

Por lo que *valor de la deuda y derecho de uso* coincidirán a comienzos del primer ejercicio, pero serán diferentes en los siguientes ejercicios. En el ejemplo propuesto, los valores de la deuda y el derecho de uso en años sucesivos serán los que se presentan a continuación:

.../...

.../...

Ejercicio	Borrador de norma	
	Derecho de uso	Deuda arrend.
01-01-20X1	47.654,22	47.654,22
31-12-20X1	36.536,93	38.036,93
31-12-20X2	24.938,78	26.938,78
31-12-20X3	12.785,71	14.285,71
31-12-20X4	–	–

5. CONCLUSIONES

La propuesta del nuevo borrador de arrendamientos del *IASB* (emitida de forma conjunta con el *FASB*) proporciona un tratamiento similar al que se había dado a conocer en la propuesta de 2010.

Considera dicho borrador que todos los arrendamientos de más de 12 meses deberán tener efectos patrimoniales para el arrendatario, con independencia de las condiciones del contrato. En la formalización del contrato, el arrendatario deberá reconocer una deuda, por las obligaciones de pagos mínimos asumidas en el contrato, y, como activo de la entidad, el *derecho de uso* del bien objeto de arrendamiento.

El borrador previo del *IASB* recibió críticas sobre el patrón de reconocimiento de gastos propuesto para todo tipo de arrendamientos, ya que implicaba reconocer mayor importe de gastos en los primeros años del contrato. Para evitar dicho efecto la propuesta actual recoge dos tratamientos diferenciados, denominados en la norma como «tipo A» y «tipo B». En ambos contratos se reconocerán activos y pasivos, si bien el impacto sobre la cuenta de pérdidas y ganancias de la entidad será distinto en un caso y en otro: ya que mientras que el devengo del gasto en los arrendamientos de «tipo B» (presumiéndose como tales los arrendamientos sobre bienes inmuebles) dará lugar al reconocimiento de un gasto de arrendamiento de forma lineal, en los arrendamientos calificados como «tipo A» (se presumen aquellos sobre bienes no inmuebles) el devengo considerará el efecto financiero de los mismos, lo que en la práctica supone reconocer un mayor importe de gastos en los primeros ejercicios.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

BOICAC núm. 85, marzo 2011. Consulta 15. «Operaciones entre empresas del grupo», NRV 21.^a Ajustes de consolidación que deben eliminarse para determinar los valores consolidados.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de los ajustes de consolidación en la aplicación de los valores consolidados en operaciones entre empresas 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, 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.

Según lo dispuesto en la citada NRV 21.^a, en las operaciones de aportación no dineraria, fusión y escisión, se deben utilizar en determinadas transacciones los valores contables de los elementos patrimoniales según las Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

En particular, se pregunta si los valores a considerar:

- a) Incluyen los ajustes de consolidación de todas las sociedades del grupo; o
- b) Solo incluyen los ajustes de aquellas transacciones relacionadas con las sociedades intervinientes en la transacción y que estén pendientes de realización.

La incorporación de los ajustes a que alude el consultante exige que el resultado y el elemento patrimonial que incorpora la ganancia o la pérdida a eliminar se refieran a las sociedades que participan en la operación. En caso contrario, podría producirse una disminución en las reservas contraria a la *ratio legis* de la NRV 21.^a.

En consecuencia, los resultados por operaciones internas que deben eliminarse son los originados en las operaciones realizadas entre los negocios que intervienen en la operación, siempre que formasen parte del grupo en la fecha en que se produjo la transacción que originó el resultado.

EJEMPLO 1

La sociedad «A» es la sociedad dominante del grupo de sociedades «ABC». La participación de dicha sociedad sobre la sociedad «B» representa el 80 % del capital y se adquirió por un importe de 32.500 u.m., siendo el patrimonio neto de la sociedad a esa fecha de 40.000 u.m., sin que se identificaran plusvalías a dicha fecha. La participación de la sociedad «A» sobre la sociedad «C» representa el 60 % del capital social, adquiriéndose en un ejercicio previo por un importe de 10.000 u.m., siendo a dicha fecha el patrimonio neto de la entidad de 15.000, sin identificarse plusvalías en la fecha de adquisición. La situación patrimonial de las sociedades del grupo en esta fecha es la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»
Inmovilizado material	200.000	70.000	22.500
Terrenos	—	—	25.000
Part. emp. grupo («B»)	32.500	—	—
Part. emp. grupo («C»)	10.000	—	—
Activo corriente	35.000	15.000	7.500
Total activo	277.500	85.000	55.000
Capital social	150.000	30.000	10.000
Reservas	75.000	35.000	10.000
Deudas	52.500	20.000	35.000
Total pasivo	277.500	85.000	55.000

.../...

.../...

Los terrenos que figuran en la sociedad «C» son debidos a dos operaciones intragrupo:

- Se adquirió un terreno a la sociedad «A» por un importe de 10.000 u.m., ese terreno tenía un valor contable para la sociedad «A» de 8.000 u.m.
- Las 15.000 u.m. restantes son debidas a un terreno adquirido a la sociedad «B», que figuraba en dicha sociedad por un valor contable de 12.000 u.m.

Se acuerda en este momento la fusión de las sociedades «B» y «C», para lo cual la sociedad «A» ampliará su capital social en la medida necesaria. El nominal de las acciones de ambas sociedades es de 1 u.m./acción, atribuyéndose a las mismas un valor razonable a de 2,5 u.m./acción.

Se pide:

Elaborar el balance de la sociedad «BC» después de la fusión, así como las cuentas consolidadas del grupo antes y después de la operación.

Solución

Aclara la consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que los únicos ajustes que procede realizar a los valores de los elementos patrimoniales serán aquellos debidos a las operaciones realizadas entre las sociedades que participen en la transacción recogida dentro de las operaciones particulares a las que se refieren las normas (aquellas sociedades que se fusionen, participen en la escisión...). El resto de ajustes que deban reconocerse en las cuentas consolidadas no se considerarán a la hora de determinar los valores por los que deben figurar los elementos patrimoniales en las cuentas consolidadas.

«La incorporación de los ajustes a que alude el consultante exige que el resultado y el elemento patrimonial que incorpora la ganancia o la pérdida a eliminar se refieran a las sociedades que participan en la operación. En caso contrario, podría producirse una disminución en las reservas contraria a la *ratio legis* de la NRV 21.^a.

En consecuencia, los resultados por operaciones internas que deben eliminarse son los originados en las operaciones realizadas entre los negocios que intervienen en la operación, siempre que formasen parte del grupo en la fecha en que se produjo la transacción que originó el resultado.»

El resto de ajustes (debidos a operaciones entre empresas que no participan en la transacción), a pesar de no ser tenidos en cuenta a la hora de determinar los valores contables de los elementos patrimoniales que participan en la operación, deben ser reconocidos en la elaboración de las cuentas consolidadas.

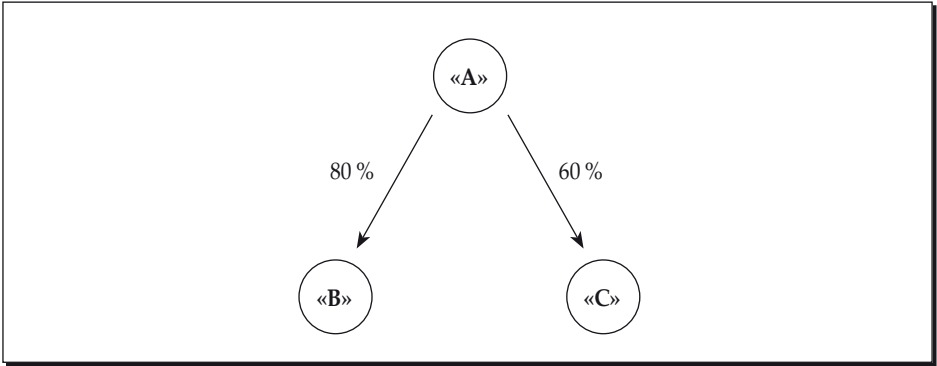
.../...

.../...

La norma de operaciones entre empresas del grupo contempla la fusión de sociedades del mismo grupo como una de las operaciones particulares. En dichas operaciones no debe aplicarse el tratamiento general (la NRV 19.^a «Combinaciones de negocios»), sino que establece la norma que los elementos patrimoniales del negocio deben reconocerse por los valores que figurasen en las cuentas consolidadas del grupo. Empezaremos, por tanto, por la elaboración del balance de consolidación del grupo antes de la operación de fusión.

La estructura del grupo de sociedades, con anterioridad a la fusión, sería la siguiente:

Grupo «ABC», situación inicial



Se deben calcular las diferencias de primera consolidación en la adquisición de control de las sociedades que conforman el grupo («B» y «C»).

En la adquisición del control de la sociedad «B» se generó un fondo de comercio de 500 u.m.:

(+) Contraprestación transferida	32.500
(-) Valor razonable activos identificables netos de pasivos asumidos	32.000
[80 % s/valor razonable ajustado de «B» en la fecha de adquisición: (80 % × 40.000)]	
(=) Fondo de comercio (diferencia de primera consolidación)	500

En la adquisición de la participación sobre la entidad «C» se generó un fondo de comercio de:

(+) Contraprestación transferida	10.000
(-) Valor razonable activos identificables netos de pasivos asumidos	9.000
[60 % s/valor razonable ajustado de «B» en la fecha de adquisición: (60 % × 15.000)]	
(=) Fondo de comercio (diferencia de primera consolidación)	1.000

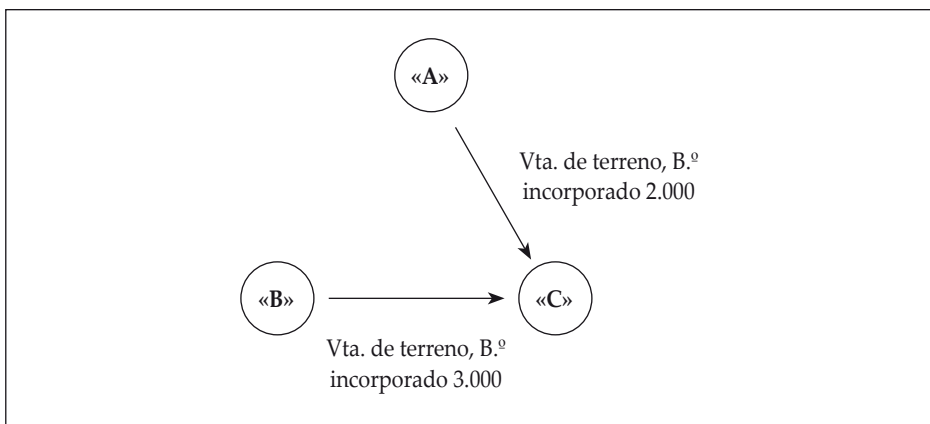
Para elaborar las cuentas consolidadas, se deben diferir los resultados reconocidos por las operaciones intragrupo. En nuestro caso, los terrenos que figuran en la sociedad «C» pro-

.../...

.../...

vienen de adquisiciones realizadas a empresas del grupo, por lo que los resultados reconocidos en ambas operaciones deben eliminarse a la hora de formular cuentas consolidadas.

Operaciones intragrupos



La adquisición del terreno en la sociedad «A» dio lugar a un beneficio para la sociedad vendedora («A»). Al tratarse de una operación intragrupo, se debe eliminar el mismo de cara a la elaboración de las cuentas consolidadas, reduciendo el beneficio incorporado en el valor contable de los terrenos y las reservas de la sociedad «A» en 2.000:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
11	Reservas «A»	2.000	
210	Terrenos		2.000

De igual manera se debe proceder con el beneficio incorporado en la adquisición del terreno a la sociedad «B»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
11	Reservas «B»	3.000	
210	Terrenos		3.000

El asiento de eliminación de inversión-patrimonio neto por la participación en la sociedad «B», una vez ajustadas las reservas por la eliminación de la operación entre empresas del grupo, será:

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «B»	30.000	
113	Reservas voluntarias «B»	32.000	
204	Fondo de comercio	500	
2403	Participaciones en empresas del grupo «B»		32.500
11	Reservas en sociedades consolidadas		17.600
–	Socios externos		12.400

El asiento de eliminación de inversión-patrimonio neto de la sociedad «C» será el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social «C»	10.000	
113	Reservas voluntarias «C»	10.000	
204	Fondo de comercio	1.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo «B»		10.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		3.000
–	Socios externos		8.000

La hoja de trabajo para formular las cuentas consolidadas de este ejercicio será:

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	200.000	70.000	22.500	292.500		292.500
Terrenos	–	–	25.000	25.000	–5.000	20.000
Part. emp. grupo («B»)	32.500	–	–	32.500	–32.500	0
Part. emp. grupo («C»)	10.000	–	–	10.000	–10.000	0
Fondo de comercio					1.500	1.500
Activo corriente	35.000	15.000	7.500	57.500		57.500
Total activo	277.500	85.000	55.000	417.500	–46.000	371.500

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
.../...						
Capital social	150.000	30.000	10.000	190.000	-40.000	150.000
Reservas	75.000	35.000	10.000	120.000	-47.000	73.000
Reservas en soc. consol. ...					20.600	20.600
Socios externos					20.400	20.400
Deudas	52.500	20.000	35.000	107.500		107.500
Total pasivo	277.500	85.000	55.000	417.500	-46.000	371.500

Se acuerda en este momento la fusión de las sociedades «B» y «C». La relación de canje acordada es de una acción de la sociedad «B», por cada acción de la sociedad «C», asignándose un valor a cada una de ellas de 2,5 u.m./acción. La sociedad «B» debe ampliar su capital social en 10.000 acciones, para recibir el patrimonio empresarial de la entidad «C».

Por la emisión de las acciones:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	25.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		25.000

Establece la norma que en la fusión se deben reconocer los elementos patrimoniales por los valores por los que figurasen en cuentas consolidadas, considerando los ajustes necesarios según las normas de formulación de cuentas consolidadas. Los terrenos que figuran en las cuentas de la sociedad «C» han sido adquiridos a empresas del grupo, por lo se han eliminado los beneficios incorporados en las operaciones en la formulación de cuentas consolidadas. Como podemos ver en la hoja de trabajo, a pesar de que los terrenos tienen un valor en cuentas individuales de la sociedad «C» de 25.000 u.m., figurarán en cuentas consolidadas, una vez eliminado el beneficio incorporado, por un importe de 20.000 u.m.

Aclara la Consulta 15 del BOICAC 85 (NFC040265) que los ajustes necesarios para elaborar las cuentas consolidadas deben entenderse referidos a los ajustes debidos a transacciones relacionadas con las sociedades que intervienen en la fusión (sociedades «B» y «C»), y no a los ajustes de consolidación de todas las sociedades del grupo (por lo que la venta del

.../...

.../...

terreno de la sociedad «A» a la sociedad «C» no debe ser objeto de ajuste). La recepción del patrimonio empresarial de la sociedad «C» es:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizado material	22.500	
210	Terrenos	22.000	
-	Activo corriente	7.500	
204	Fondo de comercio	1.000	
-	Deudas		35.000
5531	Socios, cuenta de fusión		18.000

Las acciones emitidas se habían reconocido por su valor razonable (25.000 u.m.). Entendemos que las diferencias que surgen entre el valor por el que están reconocidos los socios (por la cuenta de fusión) y el valor contable de las acciones, que se dan de baja en la entrega, debe reconocerse en reservas de la sociedad. Al surgir esas diferencias en el proceso de ampliación de capital social, y dándose una prima de emisión suficiente, consideramos que lo más representativo es reconocer la diferencia que surge en este momento disminuyendo el valor por el que debe reconocerse esa prima de emisión:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5531	Socios, cuenta de fusión	18.000	
110	Prima de emisión o asunción	7.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		25.000

Una vez inscrita la ampliación, debe darse de baja la cuenta de capital social pendiente de inscripción, reconociendo en ese momento el incremento del capital social y la prima de emisión.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	25.000	
100	Capital social		10.000
110	Prima de emisión o asunción		15.000

Por último, el balance de la sociedad «BC», una vez reconocida la fusión, será el siguiente:

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de X13	«BC»
Inmovilizado material	92.500
Terrenos	22.000
Part. emp. grupo («B»)	
Part. emp. grupo («C»)	
Fondo de comercio	1.000
Activo corriente	22.500
Total activo	138.000
Capital social	40.000
Reservas	35.000
Prima de emisión	8.000
Deudas	55.000
Total pasivo	138.000

Juan del Busto Méndez

Profesor del CEF

BOICAC núm. 85, marzo 2011. Consulta 20. «Instrumentos financieros», NRV 9.^a «Operaciones entre empresas del grupo», NRV 21.^a Resultados generados desde la fecha de adquisición de las inversiones en empresas del grupo a efectos del reparto de dividendos.

SUMARIO:

Sobre la adecuada calificación contable de los resultados generados desde la fecha de adquisición de las inversiones en empresas del grupo a efectos del reparto de dividendos, cuando la adquisición por la sociedad dominante se produce a otra empresa del grupo entregando como contraprestación instrumentos de patrimonio propio.

Según lo establecido en el apartado 2.8 de la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, los dividendos distribuidos que proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición de la inversión no se reconocen como ingresos, sino minorando el valor de la inversión.

En relación con lo anterior, se pregunta:

- 1. Si en aquellas circunstancias en las que se producen transacciones entre empresas del grupo de inversiones, ya sean del grupo, asociadas, multigrupo u otras, se debe entender que los resultados son aquellos generados por la inversión desde la fecha de adquisición de la misma por la adquirente o por el contrario desde su pertenencia al grupo.*
- 2. Por otra parte, si se producen transacciones entre empresas del grupo, sujetas a las normas particulares, de inversiones que otorgan el control sobre negocios, cuya fecha de efectos contables se ha retrotraído al inicio del ejercicio, se consulta:*

- a) *Cuáles son las implicaciones respecto a la pregunta anterior en relación con el reparto de dividendos.*
- b) *En qué sociedad se debe entender recibido el dividendo y, en su caso, el tratamiento contable aplicable si debe existir compensación entre las sociedades.*

Respuesta:

La consulta versa sobre la correcta interpretación de la NRV 21.^a «Operaciones entre empresas del grupo» del 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, y la NRV 9.^a, apartado 2.8 del PGC.

La fecha que debe considerarse para aplicar lo dispuesto en la NRV 9.^a 2.8 será la fecha de adquisición por la adquirente, en la medida en que la NRV 21.^a 2 no incluye ninguna regla particular sobre esta cuestión.

En la segunda pregunta el consultante parece referirse al supuesto de segregación de una cartera de acciones o participaciones que otorgan el control sobre un negocio. En estos casos, si antes de que se efectúe la segregación la sociedad escindida recibió un dividendo del citado negocio, dicho ingreso seguirá el tratamiento descrito para reconocer los efectos contables de estas operaciones y al cierre del ejercicio deberá lucir en la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad beneficiaria de la escisión.

Si el citado criterio requiriese compensar a los antiguos socios de la sociedad escindida el tratamiento contable de la operación deberá adecuarse a su fondo económico analizado en el contexto de la NRV 21.^a 2.

EJEMPLO

Las sociedades «A», «B» y «C» forman un grupo de sociedades, al haber suscrito la sociedad «A» el 100 % de las acciones en la constitución de las sociedades «B» y «C».

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»
Inmovilizado material	225.000	80.000	30.000
Part. emp. grupo («B»)	20.000		
			.../...
			.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»
.../...			
Part. emp. grupo («C»)	10.000		
Activo corriente	25.000	25.000	12.500
Total activo	280.000	105.000	42.500
Capital social	100.000	20.000	10.000
Reservas	50.000	35.000	15.000
Deudas	130.000	50.000	17.500
Total pasivo	280.000	105.000	42.500

En esta fecha se acuerda la ampliación de capital social de la sociedad «B» por un importe de 10.000 u.m., con una prima de emisión del 200 %. La sociedad «A» suscribe la ampliación entregando el 100 % de las acciones de la sociedad «C», a las que se les estima un valor razonable de 30.000 u.m.

Una vez realizada la operación anterior, la sociedad «C» reparte un dividendo de 10.000 u.m.

Solución

La NRV 9.^a «Instrumentos financieros» establece que los dividendos que procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la adquisición no deben reconocerse como un ingreso del ejercicio, sino que deben minorar el valor de la inversión.

En el caso de las transacciones de inversiones en empresas del grupo, en las que se entregue como contraprestación instrumentos de patrimonio propio, se consulta al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) cómo debe entenderse esa referencia. En concreto, se plantea si debe entenderse como la fecha en la que adquirió la inversión la adquirente actual (que recibe la inversión de otra empresa del grupo), o si por el contrario debe entenderse como la fecha desde la que forma parte del grupo.

A juicio del BOICAC, la referencia a la fecha de adquisición debe entenderse en relación con la última adquisición, sin que sea relevante la fecha en la que la sociedad entró a formar parte del grupo.

Antes de reconocer la operación comenzaremos elaborando las cuentas consolidadas del grupo. La participación en ambas sociedades se adquirió en la constitución de las sociedades, por lo que no deberán reconocerse plusvalías tácitas ni diferencias de primera consolidación en la eliminación de inversión-patrimonio neto.

.../...

.../...

En el caso de la sociedad «B»:

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

En el caso de la sociedad «C»:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Capital social	10.000	
11	Reservas «C»	15.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo «C»		10.000
11	Reservas en sociedades consolidadas		15.000

Por lo que los elementos patrimoniales de la sociedad «C» figuran en cuentas anuales por un importe de 25.000. Ese importe será por el que posteriormente debemos valorar la aportación no dineraria de la participación en la sociedad «C», con motivo de la ampliación de capital social en la sociedad «B».

Las cuentas consolidadas serán las siguientes:

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
Inmovilizado material	225.000	80.000	30.000	335.000		335.000
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	25.000	12.500	62.500		62.500
Total activo	280.000	105.000	42.500	427.500	-30.000	397.500

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»	Agregado	Eliminaciones	Consolidado
.../...						
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. consol.				0	50.000	50.000
Deudas	130.000	50.000	17.500	197.500		197.500
Total pasivo	280.000	105.000	42.500	427.500	-30.000	397.500

Se procede en este momento a la emisión de nuevas acciones con motivo de la ampliación de capital social. Se emiten con una prima de emisión del 200 %, por lo que debemos reconocer la emisión de las acciones por un importe de 30.000 u.m.:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas	30.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		30.000

Se reciben como aportación no dineraria las acciones que dan lugar al control de la sociedad «C». Dicha operación queda incluida dentro de las normas particulares que contempla la norma 21.^a, por lo que se debe reconocer la inversión recibida por el valor por el que figurasen los elementos patrimoniales en las cuentas consolidadas. Como hemos calculado previamente, dicha inversión tenía una valorización en cuentas consolidadas de 25.000 u.m., por lo que debe reconocerse en la aportación no dineraria por dicho importe. La diferencia entre dicho importe, y el valor de las acciones emitidas, se debe reconocer contra reservas voluntarias de la sociedad. Al surgir la diferencia en una emisión de acciones, y habiéndose reconocido una prima de emisión por la misma, consideramos más adecuado reconocer esa diferencia contra la prima de emisión.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»	25.000	
110	Prima de emisión o asunción	5.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		30.000

.../...

.../...

El asiento por la inscripción de la ampliación de capital social sería:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	30.000	
100	Capital social		10.000
110	Prima de emisión o asunción		20.000

La sociedad «A» debe reconocer la inversión recibida en la ampliación de capital social de la sociedad «B» por el mismo importe. La diferencia entre ese valor y el valor por el que figura en cuentas la participación en la sociedad «C», que es objeto de aportación, debe reconocerse como un incremento de las reservas de la sociedad.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones en empresas del grupo, «B»	25.000	
2403	Participaciones en empresas del grupo, «C»		10.000
11	Reservas		15.000

La situación patrimonial de las sociedades del grupo, una vez realizada la operación, será la siguiente:

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»
Inmovilizado material	225.000	80.000	30.000
Part. emp. grupo («B»)	45.000		
Part. emp. grupo («C»)		25.000	
Activo corriente	25.000	25.000	12.500
Total activo	295.000	130.000	42.500
Capital social	100.000	30.000	10.000
Prima de emisión		15.000	

.../...

.../...

.../...

Cuentas a 1 de enero de X13	«A»	«B»	«C»
.../...			
Reservas	65.000	35.000	15.000
Deudas	130.000	50.000	17.500
Total pasivo	295.000	130.000	42.500

En este momento la sociedad «C» reparte un dividendo de 10.000, que recibirá la sociedad «B». El asiento para reconocer la aprobación y reparto del dividendo en la sociedad «C» es el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

Plantea la consulta si, para entender la referencia al dividendo generado con anterioridad a la adquisición, debe considerarse la última adquisición dentro del grupo (la de la sociedad «B» que recibe la inversión como una aportación no dineraria) o la fecha en la que la sociedad «C» entra a formar parte del grupo (al momento de la constitución de la sociedad, al haber suscrito la sociedad «A» en esa fecha el 100 % de las acciones de la sociedad).

Considera la consulta que la fecha que debe considerarse es la de la adquisición última, por lo que el dividendo repartido por la sociedad procede, inequívocamente, de resultados generados con anterioridad a la adquisición. No debe reconocerse por tanto ningún beneficio en esa operación, sino que se debe reducir el valor de la participación por ese importe recibido como dividendo.

El asiento por la recepción del dividendo en la sociedad «B» sería:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
570	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	10.000	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo ..		10.000

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE SUPERIOR BODY OF THE STATE INSPECTOR TAX

Anna Ayats Vilanova

Pilar García Giménez

Profesoras del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso, por los sistemas generales de acceso libre y promoción interna, en el Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado convocado por Resolución de 11 de marzo de 2013 (BOE de 21 de marzo)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Valoración inicial de inmovilizado material, precio de adquisición, provisión para actuaciones medioambientales y activación de gastos financieros.
- Caso 2. Contabilidad financiera y de sociedades.** Adquisición por etapas, elaboración del balance de situación y reparto del resultado.
- Caso 3. Contabilidad financiera y de sociedades.** Ampliación de capital. Activos financieros disponibles para la venta. Valor de los derechos de suscripción. Devolución de aportaciones. Venta de productos con garantía y promociones.
- Caso 4. Impuesto sobre Sociedades.** Cálculo de la cuota a pagar. Contabilización del gasto devengado por el impuesto sobre beneficios. Problemática fiscal y contable de las permutas.
- Caso 5. Matemáticas financieras.** Valoración de una renta perpetua, de los gastos de mantenimiento y de impuestos.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

Contabilidad financiera

A) La empresa IN, SA, a 31 de diciembre de 20X7, posee una fábrica cuya construcción se decidió cuando el negocio llevaba varios años funcionando y basándose en diferentes estudios sobre otros tantos proyectos que supusieron un coste de 1.000 unidades monetarias (u.m.).

Para la búsqueda del terreno donde se ubicaría la fábrica se contrataron los servicios de un agente inmobiliario con quien se acordó una comisión del 5 % del precio pactado con el vendedor. IN, SA compró un terreno cuyo precio fue de 10.000 u.m., en la fecha de formalización del contrato pagó en efectivo 8.000 u.m. completándose el pago con la entrega de 200 acciones de su autocartera de 10 u.m. de valor nominal cada una registradas al 110 % y que en dicha fecha cotizaban al 120 %.

Por gastos de inspección y levantamiento de planos se abonaron 200 u.m. En el terreno había un viejo edificio cuyo desmantelamiento generó unos costes de 1.100 u.m. obteniéndose 200 u.m. por la venta de material recuperable. Hasta que se iniciaron las obras de construcción de la fábrica (enero de 20X3) transcurrieron varios meses durante los cuales el terreno se utilizó como aparcamiento público lo que produjo unos ingresos netos de 300 u.m.

Otros costes relacionados con la fábrica fueron los siguientes:

Costes	Importes
Licencia obra	100
Permisos administrativos locales para realizar la actividad industrial	400
Honorarios de técnicos	10.000
Certificaciones de obra	100.000
De administración	200

Al inicio de enero de 20X4 la construcción estaba terminada y comenzó a utilizarse a principios de abril de ese año. Se estimó una vida útil de 30 años y un valor residual actualizado de 30.000 u.m.

En mayo de 20X5 empezaron los trabajos de instalación de los equipos industriales. El precio de los equipos fue de 400.000 u.m., en el precio se incluyen el transporte (20.000 u.m.) y los gastos de instalación (80.000 u.m.). El pago al proveedor se documenta en dos pagarés de 212.000 u.m. cada uno con vencimiento 1 de mayo de 20X6 y 1 de mayo de 20X7 (TIE: 4 %).

Los costes de pruebas de funcionamiento ascendieron a 40.000 u.m. en el proceso de pruebas, que terminó el 30 de junio, se generaron productos que se vendieron en 8.000 u.m. El 1 de julio de 20X5 se comenzó la actividad pero a un nivel más reducido del que se espera alcanzar por lo que hasta el cierre del ejercicio se produjeron pérdidas por importe de 5.800 u.m.

La vida útil de los equipos, que no tienen valor residual, se estimó en 12 años, pero cada 2 años deben revisarse y sustituir ciertos componentes, lo que supondrá unos costes de 50.000 u.m. Los costes de desmantelamiento a valores actuales se estiman en 2.000 u.m. Además, en el proceso de producción se genera un daño medioambiental cuya recuperación, que se llevará a cabo al final de la vida útil de los equipos, se prevé que tenga un coste anual actualizado de 1.000 u.m. (Tasa actualización: 4 % anual).

Pasados los dos años se llevó a cabo la revisión abonándose 50.100 u.m. y para mejorar la calidad de los productos se añadieron otros componentes al resto del equipo con su misma vida útil. El coste fue de 100.000 u.m. pagadas mediante transferencia bancaria.

B) La sociedad ER,SA al cierre de 20X7 compró un edificio para ser utilizado como sede central y oficinas por 100.000 u.m., de las que 40.000 u.m. se atribuyen al valor del suelo. En la firma del contrato se pagó el edificio con los recursos procedentes de una subvención no reintegrable.

El edificio requiere que se realicen grandes reformas para adaptarlo a las necesidades de la empresa. Para financiar las obras formalizó un préstamo con fecha 2 de enero de 20X8 de 60.000 u.m. a devolver en cinco años con carencia de principal el primer año (TIE: 7%).

Los fondos propios ascienden a 150.000 u.m. y el nivel medio de las deudas del ejercicio 20X8 tiene la siguiente composición:

Concepto	Importe	TIE
Deudas comerciales	200.000	2%
Deudas no comerciales a largo plazo	300.000	10%
Deudas no comerciales a corto plazo	200.000	7,5%

ER, SA en el ejercicio 20X8 no tiene más inmovilizados en curso y los pagos provocados por las obras, en las fechas que se indican, fueron los siguientes:

Fechas	Importe
2 de enero	100.000
	.../...

Fechas	Importe
.../...	
31 de marzo	80.000
30 de septiembre	50.000
31 de diciembre	170.000

Al cierre del ejercicio las reformas aún no habían terminado.

Se pide:

- a) En relación con los elementos de la empresa IN, SA:
 - a.1.) Indicar su valor inicial.
 - a.2.) Según la información facilitada, realizar las anotaciones contables que procedan en el ejercicio 20X7 sabiendo que se aplica el método de amortización lineal.
 - a.3.) Indicar su valor contable a 31 de diciembre de 20X7.
- b) Según la información facilitada, realizar las anotaciones contables que procedan a 31 de diciembre de 20X8 en los libros de ER, SA relativas al activo descrito.

NOTA: Si en los cálculos resultan cifras decimales se redondeará a un decimal.

SOLUCIÓN

A) VALORACIÓN INICIAL DE LOS ELEMENTOS DE IN, SA, CUOTA AMORTIZACIÓN 20X7 Y VALOR CONTABLE A FINALES 20X7

COSTE DEL EDIFICIO DE LA FÁBRICA

Coste del terreno donde está ubicada la fábrica: 12.000 u.m.

Valor que se abona por el terreno = 8.000 (efectivo) + 200 acciones × 10 u.m. × 120% (valor razonable) = 10.400 u.m.

Coste del terreno	10.400 u.m.
Comisión del agente inmobiliario ($10.000 \times 0,05$)	500 u.m.
Gastos de inspección y levantamiento de planos	200 u.m.
Demolición del edificio viejo ($1.100 - 200$)	900 u.m.

Los ingresos del *parking* público de acuerdo con el punto 8 del apartado 1 de la Norma Primera de la Resolución de 1 de marzo de 2013 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), por la que se dictan normas de registro y valoración del inmovilizado material y de las inversiones inmobiliarias lo consideramos ingresos accesorios, al no considerarse indispensable para la puesta en marcha del activo.

Las obras empiezan al inicio de 20X3 y el edificio está terminado al inicio de 20X4, siendo los costes imputables al mismo:

Licencia de obra	100 u.m.
Honorarios de técnicos	10.000 u.m.
Certificados de obra	100.000 u.m.
Coste de la construcción de la fábrica ($100 + 10.000 + 100.000$)	110.100 u.m.

Los costes de administración que son 200 u.m. al ser de carácter general no se incluyen en el proyecto y el permiso para efectuar la actividad industrial es al margen de la edificación.

La amortización se empieza al inicio de 20X4, aunque se empiece a usar a partir del mes de abril, pero el edificio ya estaba en uso desde inicio de año. Criterio amortización lineal en 30 años, siendo el valor residual de 30.000 u.m.

Al ser una fábrica, el edificio se registra en las siguientes cuentas:

(210) Terrenos y bienes naturales	12.000 u.m.
(211) Construcciones	110.100 u.m.

31-12-20X7: Por la cuota de amortización

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	2.670,00	
2811	Amortización acumulada de construcciones [(110.100 - 30.000)/30 años]		2.670,00

Valor al cierre de 20X7:

(210) Terrenos y bienes naturales	12.000 u.m.
(211) Construcciones	110.100 u.m.
(2811) Amortización acumulada de construcciones	(10.680) u.m.
(2.670 × 4 años, desde 20X4 a 20X7)	
Valor en libros	111.420 u.m.

EQUIPOS INDUSTRIALES

Valor al contado	300.00
Transporte	20.000
Montaje	80.000
Coste de los periodos de prueba	40.000
Venta de productos	(8.000)
Coste equipos una vez superado el periodo de pruebas	432.000
Coste de desmantelamiento (valor actual)	2.000
Coste total de los equipos industriales	434.000
Coste revisión extraordinaria	50.000
Valoración inicial (1-07-20X5):	
(213) Maquinaria (434.000 – 50.000)	384.000
(213) Revisión extraordinaria	50.000

Como la entrada en funcionamiento no supera al año el coste financiero de los dos pagarés no se incluye en el coste del bien.

El coste de la revisión extraordinaria es cada dos años, por ello se separa del coste y se amortiza por separado en función de dos años.

Asientos contables 20X7:

01-05-20X7: Por el vencimiento del segundo pagaré de la máquina

Por el devengo del coste financiero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6624	Intereses de deudas, otras empresas	2.753,56	
525	Efectos a pagar a corto plazo (212.000 – 212.000/1,04 ^{4/12})		2.753,56

Por el pago:

Código	Cuenta	Debe	Haber
525	Efectos a pagar a corto plazo	212.000,00	
572	Bancos, c/c		212.000,00

01-07-20X7: Por la revisión extraordinaria

Por la amortización del ejercicio previo a la sustitución:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	12.500,00	
2813	Amortización acumulada de equipos industriales (revisión extraordinaria) (50.000/2 años × 6/12)		12.500,00

Por la baja de los elementos iniciales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2813	Amortización acumulada de equipos industriales (revisión extraordinaria)	50.000,00	
213	Revisión extraordinaria		50.000,00

Coste de la revisión y mejora:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria (mejora)	100.000,00	.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
213	Revisión extraordinaria	50.100,00	
572	Bancos, c/c		150.100,00

31-12-20X7: Amortización de los equipos industriales

Por la amortización de la revisión extraordinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	12.525,00	
2813	Amortización acumulada de equipos industriales (revisión extraordinaria) $(50.100/2 \text{ años} \times 6/12)$		12.525,00

Amortización de los equipos industriales antes de la mejora = $384.000/12 \text{ años} \times 6/12 = 16.000 \text{ u.m.}$

Amortización de los equipos industriales después de la mejora = $[(384.000 - 64.000) + 100.000]/10 \text{ años} \times 6/12 = 21.000 \text{ u.m.}$

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	37.000,00	
2813	Amortización acumulada de equipos industriales $(16.000 + 21.000)$		37.000,00

31-12-20X7: Por la actualización de la provisión para obras de desmantelamiento, retiro y rehabilitación

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	84,85	
143	Provisión por obras de desmantelamiento, retiro y rehabilitación $(2.000 \times 1,04^{1,5} \times 0,04)$		84,85

Por la provisión de los daños medioambientales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
622	Reparación y conservación	1.000,00	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
145	Provisión para actuaciones medioambientales		1.000,00

Por la actualización del efecto financiero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones	60,80	
145	Provisión para actuaciones medioambientales [(500 × 1,04 × 0,04) + 1.000 × 0,04]		60,80

Cuentas que figuran en el balance de cierre de 20X7:

(213) Maquinaria (384.000 + 100.000)	484.000
(2813) Amortización acumulada de maquinaria (16.000 + 32.000 + 37.000)	(85.000)
Valor en libros	399.000
(213) Revisión extraordinaria	50.100
(2813) Amortización acumulada de revisión extraordinaria Valor en libros	(12.525) 37.575
(143) Provisión para obras de desmantelamiento, retiro y rehabilitación ...	2.206,04
(146) Provisión para actuaciones medioambientales	2.580,80

B) SEDE CENTRAL DE LA SOCIEDAD ER, SA

31-12-20X7: Por la compra del edificio mediante una subvención no reintegrable.

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	40.000,00	
231	Construcciones en curso	60.000,00	
130	Subvenciones oficiales de capital		100.000,00

ANOTACIONES DE LAS REFORMAS DEL LOCAL DURANTE EL EJERCICIO 20X8

Por las obras hay que registrar los siguientes pagos:

02-01-20X8: Por las reformas

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	100.000,00	
572	Bancos, c/c		100.000,00

31-03-20X8: Por las reformas

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	80.000,00	
572	Bancos, c/c		80.000,00

30-09-20X8: Por las reformas

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	50.000,00	
572	Bancos, c/c		50.000,00

31-12-20X8: Por las reformas

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	170.000,00	
572	Bancos, c/c		170.000,00

La financiación de las obras cuenta con un préstamo específico de 60.000 u.m que permite atender parte del primer pago que se hace, luego se aplican los recursos propios y, por último, el coste medio de la financiación genérica.

Coste devengado y activable de la financiación específica = $60.000 \times 7\% = 4.200$ u.m.

El total de fondos propios son 150.000 u.m. y permiten atender los 40.000 u.m. del pago de 2 de enero, los 80.000 u.m. de 31 de marzo y 30.000 u.m. del pago de 30 de septiembre.

Pero del pago de septiembre 20.000 u.m. se financia con deuda genérica, igual que ocurre con el pago de diciembre.

$$\text{El tipo medio de la financiación no específica} = \frac{300.000 \times 10\% + 200.000 \times 7,5\%}{500.000} = 9\%$$

$$\text{Coste financiero de la deuda no específica} = 20.000 \text{ u.m.} \times 0,09 \times 3/12 = 450 \text{ u.m.}$$

Por la activación del coste financiero al cierre del ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
231	Construcciones en curso	4.650,00	
769	Incorporación al activo de gastos financieros (4.200 + 450)		4.650,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

Contabilidad financiera y de sociedades

El activo contable de JM, SA a 1 de enero de 20X3 está compuesto por inmovilizaciones materiales (2.000.000 u.m.) y activos corrientes (1.579.000 u.m.) además de los activos provenientes de la compra, a finales de 20X2, de la empresa FB que se dedica a la comercialización y reparación de material eléctrico.

En la fecha de adquisición JM, SA tenía el 8 % de FB cuyo coste fue de 8.000 u.m.; esta inversión, catalogada como disponible para la venta, ha generado beneficios con anterioridad a la compra de FB reconocidos en el patrimonio neto por importe de 2.000 u.m.

La composición de FB, según balance, en la fecha de la compra era la siguiente:

Activo	Importe	Pasivo	Importe
Inmovilizaciones materiales	200.000	Capital	20.000
Activo corriente	150.000	Reservas	205.000
			.../...

Activo	Importe	Pasivo	Importe
.../...		Pasivo no corriente	75.000
		Pasivo corriente	50.000
Total	350.000	Total	350.000

En las negociaciones se aceptaron los valores contables de los elementos a excepción de un activo no corriente no depreciable cuyo valor razonable superaba a su valor en libros en 6.000 u.m. Además, en la memoria de FB figuraba que estaba inmersa en un litigio interpuesto por un cliente que reclamaba 3.000 u.m. por daños causados por FB al realizar una reparación en su fábrica. Los abogados de FB consideraron poco probable que se perdiera el juicio, pero de perderlo el coste actualmente no sería superior a 1.000 u.m. Los gastos por técnicos y fedatarios ascendieron a 500 u.m. que se pagaron en efectivo.

JM, SA pagó la compra entregando 200.000 u.m. y un terreno contabilizado en 20.000 u.m. cuyo valor razonable era de 53.000 u.m. y se comprometió con los otros dos dueños del negocio a pagarles dentro de dos años, a valores actuales, 20.000 u.m. más, si los beneficios de FB se incrementaban en un 10% cada uno de los dos próximos ejercicios.

El valor razonable de la participación de JM, SA se calcula por referencia al precio pagado en el momento de la compra a los restantes dueños de FB.

La estructura financiera de JM, SA a 1 de enero de 20X3 está compuesta por los siguientes elementos incluyendo los provenientes de la compra de FB:

- Capital escriturado, 2.400.000 u.m., constituido por dos clases de acciones:
 - Clase A: 200.000 acciones ordinarias de 10 u.m. de valor nominal, emitidas al 110% en la constitución de la sociedad y totalmente desembolsadas. Los gastos de emisión y suscripción ascendieron a 40.000 u.m.
 - Clase B: 40.000 acciones de 10 u.m. de valor nominal emitidas a la par. En las condiciones de emisión se estableció que sus derechos son efectivos a partir del 31 de diciembre de 20X0, entre los cuales se incluye el derecho a su reembolso, al 120%, a partir del tercer año siempre que lo soliciten en los seis meses anteriores. Gastos de emisión: 8.177 u.m.

La sociedad no ha dispuesto de la prima resultante en la emisión de las acciones.

- Préstamo obtenido de una entidad financiera el 1 de enero de 20X2 por importe de 20.000 u.m. Los gastos a cargo de JM, SA fueron los siguientes:
 - Comisión de apertura: 400.
 - Comisión de estudio: 100.
 - Costes del departamento de personal: 100.

El reembolso se realiza mediante tres cuotas anuales que se abonan el 31 de diciembre decada uno de los tres años de duración del préstamo.

El tipo de interés pactado en la operación fue Euribor 12 meses más 0,25 %, revisable al final de cada ejercicio y pagadero un año después. Su evolución ha sido la siguiente:

Fechas	Euribor
1 de enero de 20X2	3,75%
31 de diciembre de 20X2	3,25%

La primera cuota de 7.207 u.m. (TIE: 5,35%) se pagó en la fecha acordada y se fijó la segunda cuota en 7.156 u.m.

- Reservas por importe de 789.500 u.m. incluyendo la reserva legal que alcanza el límite mínimo fijado en el artículo 274 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC). El importe restante corresponde a reservas libres.
- Beneficio obtenido en el último ejercicio: 70.000 u.m. Este beneficio pone fin a la tendencia de resultados desfavorables que desde hace tres años genera JM, SA y que han provocado que tenga registradas pérdidas acumuladas por importe de 55.750 u.m.
- Otros pasivos no corrientes: 174.315,75.
- Otros pasivos corrientes: resto.

Durante el ejercicio 20X3 se realizaron, entre otras, las siguientes operaciones:

1. La junta general de accionistas, celebrada a principios de abril, aprobó las cuentas anuales y, una vez cubiertas las atenciones previstas en el TRLSC, acordó destinar el resultado del ejercicio a eliminar pérdidas y a realizar en el próximo ejercicio una inversión inmobiliaria.
2. En el plazo acordado todos los titulares de las acciones de la clase B solicitaron el reembolso. En la fecha prevista la sociedad amortizó las acciones inscribiendo en el Registro Mercantil la correspondiente reducción de capital cumpliendo los requisitos

establecidos en el artículo 501 del TRLSC ya que disponía de suficientes reservas libres.

3. El 31 de diciembre se abonó la segunda cuota, 7.156 u.m., del préstamo referenciado al Euribor 12 meses que en esa fecha era del 3 % fijándose la última cuota en 7.137,4 u.m.

Se pide:

- a) Contabilizar la adquisición de FB en JM, SA.
- b) Presentar el balance de JM, SA a 1 de enero de 20X3.
- c) Contabilizar las operaciones descritas del ejercicio 20X3.

ANEXO

$$\alpha_{n|i} = \frac{1 - (1 + i)^{-n}}{i}$$

Interés	Periodos		
	1	2	3
4,80%	0,9542	1,8647	2,7335
4,81%	0,9541	1,8644	2,7330
4,82%	0,9540	1,8642	2,7325
4,83%	0,9539	1,8639	2,7319
4,84%	0,9538	1,8636	2,7314
4,85%	0,9537	1,8634	2,7309
4,86%	0,9537	1,8631	2,7304
4,87%	0,9536	1,8628	2,7299
4,88%	0,9535	1,8626	2,7294
4,89%	0,9534	1,8623	2,7289
4,90%	0,9533	1,8620	2,7284

SOLUCIÓN

A) CONTABILIZAR LA COMPRA DE FB POR JM, SA

Es una compra por etapas porque previamente la sociedad JM tenía un 8 % de FB, siendo los datos de la inversión previos a la compra:

(250) Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio neto	10.000
(133) Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta	2.000

Coste que se abona por la compra del 92 % restante de la compañía:

Entrega en efectivo	200.000 u.m.
Valor razonable de un terreno que entrega como parte de precio	53.000 u.m.
Valor actual de un pasivo contingente	20.000 u.m.
Valor total de la contraprestación	273.000 u.m.
Valor razonable de la participación previa	22.000 u.m.
Coste combinación de negocios	295.000 u.m.

El valor razonable de la participación previa en JM, SA se calcula a partir del precio pagado en el momento de la compra:

$$\begin{array}{rcl}
 253.000 \text{ u.m.} & \underline{\hspace{2cm}} & 92\% \\
 X & \underline{\hspace{2cm}} & 8\%
 \end{array}$$

Valor razonable participación previa = 22.000 u.m.

Valor razonable de los activos identificados y los pasivos asumidos de FB:

Capital	20.000
Reservas	205.000
Patrimonio contable	225.000

+/- **Ajustes**

Plusvalía no realizada de un activo no corriente	6.000
Litigio en curso (contingencia en la Memoria)	(1.000)
Valor razonable de los activos identificados y los pasivos asumidos	230.000

Los gastos de los técnicos que han participado en las valoraciones se consideran gasto del ejercicio, servicios de profesionales, y no forman parte del coste de la combinación de negocios.

El litigio con el cliente al ser previo a la compra se valora a valor razonable que son 1.000 u.m.

Fondo de comercio = Coste combinación de negocios – Valor razonable de los activos identificados y los pasivos asumidos

Fondo de comercio = 295.000 – 230.000 = 65.000 u.m.

Por el asiento contable de la sociedad JM, SA a finales de 20X2:

Código	Cuenta	Debe	Haber
21	Inmovilizaciones materiales (200.000 + 6.000)	206.000,00	
204	Fondo de comercio	65.000,00	
–	Activo corriente	150.000,00	
–	Pasivo no corriente		75.000,00
–	Pasivo corriente		50.000,00
142	Provisión para responsabilidades		1.000,00
551	Cuenta corriente con los socios FB		295.000,00

Los activos recibidos se reflejan por su valor razonable y el litigio en curso da lugar a una provisión para responsabilidades y al darse una toma de control adquiriendo la totalidad del patrimonio se registra el fondo de comercio.

Por la cancelación de la deuda con los socios de FB:

Código	Cuenta	Debe	Haber
551	Cuenta corriente con los socios FB	295.000,00	
572	Bancos, c/c		200.000,00
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
220	Inversiones en terrenos (valor contable)		20.000,00
772	Beneficios procedentes de las inversiones inmobiliarias (53.000 – 20.000)		33.000,00
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio «Participación previa en FB»		22.000,00
147	Provisión por transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio		20.000,00

Por la transferencia de la inversión previa que ya estaba valorada a valor razonable de ingreso de patrimonio a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Por la actualización de la participación previa a su valor razonable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversión financiera a largo plazo en instrumentos de patrimonio	12.000,00	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta (22.000 – 10.000)		12.000,00

Por la transferencia a resultado del ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	14.000,00	
7632	Beneficios de cartera disponible para la venta (22.000 – 8.000)		14.000,00

Por los gastos de profesionales:

Código	Cuenta	Debe	Haber
623	Servicios de profesionales independientes	500,00	
572	Bancos, c/c		500,00

B) PRESENTAR EL BALANCE DE JM, SA A 1 DE ENERO DE 20X3

Inmovilizaciones materiales [2.000.000 + 206.000 (activos de FB)]	2.206.000 u.m.
Inmovilizaciones intangibles (fondo de comercio)	53.000 u.m.
Activos corrientes (1.579.000 + 150.000)	1.729.000 u.m.

Estructura del patrimonio neto:

(100) Capital social	2.000.000
(Constitución = 200.000 acciones Serie A × 10 u.m. = 2.000.000)	
(110) Prima de emisión	200.000
(Constitución = 200.000 acciones Serie A × 1 u.m. = 200.000)	
(113) Reservas por gastos de operaciones con socios (40.000)	(40.000)

Por lo que respecta a la Serie B, se trata de un pasivo financiero rescatable, el cual se puede hacer efectivo a partir del 31 de diciembre de 20X0. No se indica cuándo se emitió y el reembolso, que depende del socio, se puede hacer efectivo desde el tercer año, de forma que si el 31 de diciembre de 20X2 cuenta como primer año, tenemos que el plazo se cumple el 31 de diciembre de 20X2.

$$40.000 \text{ acciones} \times 10 \text{ u.m.} - 8.177 = 40.000 \text{ acciones} \times 12 / (1 + i)^3$$

$$\text{Tipo efectivo} = 7\%$$

Al ser un pasivo financiero se devenga el gasto financiero por la tasa efectiva que es el 7%.

El valor del pasivo financiero en la apertura de 20X3 figura como deuda a corto plazo, cuenta 502, «Acciones o participaciones a corto plazo consideradas pasivos financieros» por el importe que hay que reembolsar que son 40.000 acciones × 12 u.m. = 480.000 u.m.

Préstamo francés a tipos variable:

Fecha	Gasto financiero devengado	Intereses explícitos	Gastos formalización	Cuota pagada	Coste amortizado
01-01-20X2					19.500,00
31-12-20X2	$19.500 \times 5,35\% = 1.043,25$	$20.000 \times 0,04 = 800,00$	243,25	7.207,00	13.336,25
31-12-20X3	$13.336,25 \times 4,84\% = 645,47$	$13.593 \times 0,035 = 475,75$	169,72	7.156,00	6.825,72

Gastos formalización = $400 + 100 = 500$ u.m. Entendemos que los costes del departamento del personal no formarían parte de los costes de formalización.

Comprobación de la cuota del primer año: $i = 3,75 + 0,25 = 4\%$.

$$20.000 = \text{Cuota del préstamo} \frac{1 - (1 + 0,04)^{-3}}{0,04}$$

Cuota del primer año = $7.206,97 = 7.207$ u.m.

Intereses que se abonan el primer año = $20.000 \times 0,04 = 800$ u.m.

$A_1 = 7.207 - 800 = 6.407$ u.m., siendo el capital pendiente de $20.000 - 6.407 = 13.593$ u.m.

La cuota del préstamo para el segundo año sería: $i = 3,25 + 0,25 = 3,5\%$

$$13.595 = \text{Cuota del préstamo} \frac{1 - (1 + 0,035)^{-2}}{0,035}$$

Cuota del segundo año = $7.156,41 = 7.156$ u.m.

El TAE después del pago de la primera cuota es igual:

$$13.336,25 = 7.156 \frac{1 - (1 + i)^{-2}}{i}$$

$$1,863645892 = \frac{1 - (1 + i)^{-2}}{i}$$

Si vamos a la tabla financiera que nos facilita el examen, en el segundo periodo tenemos que nos da $4,84\%$.

En el balance de apertura de 20X3 figuran las siguientes cuentas:

(520) Deudas a corto plazo con entidades de crédito	6.510,53
(13.336,25 - 6.825,72)	
(170) Deudas a largo plazo con entidades de crédito	6.825,72

Desglose de las reservas:

Si la reserva legal alcanza el límite que marca el artículo 274 del TRLSC debe ser el 20 del capital social (fondos propios) = $2.000.000 \times 20\% = 400.000$ u.m.

Las reservas voluntarias son $789.500 - 400.000 = 389.500$ u.m. Entendemos que dentro del saldo de reservas voluntarias figuran los gastos de constitución de la sociedad.

En el resultado del ejercicio tenemos este año 20X2 la cuenta 129 «Resultado del ejercicio» con saldo positivo por 70.000 u.m, mientras que los saldos negativos figuran en la cuenta 121 «Resultados negativos de ejercicios anteriores» 55.750 u.m.

Balance de situación a 1 de enero de 20X3

Activo		Patrimonio neto y pasivo	
A) ACTIVO NO CORRIENTE	2.271.000,00	A) PATRIMONIO NETO	3.003.750,00
Inmovilizaciones intangibles ...	65.000,00	(100) Capital social	2.000.000,00
Inmovilizaciones materiales	2.206.000,00	(110) Prima de emisión	200.000,00
		(112) Reserva legal	400.000,00
B) ACTIVO CORRIENTE	1.729.000,00	(113) Reservas voluntarias	389.500,00
Activos corrientes	1.729.000,00	(121) Resultado de ejercicios anteriores	-55.750,00
		(129) Resultado del ejercicio	70.000,00
		B) PASIVO NO CORRIENTE	277.141,47
		(170) Deudas l/p con entidades de crédito	6.825,72
		Pasivo no corriente de FB	75.000,00
		(141) Provisión para responsabilidades	1.000,00
		(147) Provisión por transacciones inst. pat.	20.000,00
		Otros pasivos no corrientes	174.315,75
		C) PASIVO CORRIENTE	719.108,53
		(502) Acciones consideradas pasivo financiero	480.000,00
		(520) Deudas a c/p con entidades crédito	6.510,53
		Pasivo corriente de FB	50.000,00
		Otros pasivos corrientes	182.598,00
Total activo	4.000.000,00	Total patrimonio neto y pasivo	4.000.000,00

El descuadre de 182.598 u.m. lo ponemos en otros pasivos corrientes.

C) OPERACIONES DESCRITAS DURANTE EL EJERCICIO 20X3

1. POR EL REPARTO DEL BENEFICIO DE 20X2

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	70.000,00	
1143	Reserva por fondo de comercio (65.000 × 0,05)		3.250,00
121	Resultados negativos del ejercicio anterior		55.750,00
113	Reservas voluntarias		11.000,00

2. POR EL REEMBOLSO DEL CAPITAL RESCATABLE

Por el pago de las acciones rescatables:

Código	Cuenta	Debe	Haber
502	Acciones o participaciones a corto plazo consideradas pasivo financiero (40.000 acciones × 12 u.m.)	480.000,00	
572	Bancos, c/c		480.000,00

Al ser capital rescatable y para evitar la oposición de los acreedores el valor nominal de las acciones rescatables (40.000 acciones × 10 u.m. = 400.000 u.m.), lo cubre con reservas libres.

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	400.000,00	
1142	Reserva por capital amortizado		400.000,00

3. PAGO DE LA SEGUNDA CUOTA DEL PRÉSTAMO FRANCÉS

Por el devengo del coste financiero:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6623	Intereses de deudas con entidades de crédito	645,47	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
527	Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito		475,75
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		169,72

Por el pago de la cuota del préstamo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
520	Deudas a c/p con entidades de crédito (6.510,53 + 169,72)	6.680,25	
527	Intereses a c/p de deudas con entidades de crédito	475,75	
572	Bancos, c/c		7.156,00

Por la reclasificación de la deuda:

Código	Cuenta	Debe	Haber
170	Deudas a largo plazo con entidades de crédito	6.825,72	
520	Deudas a corto plazo con entidades de crédito		6.825,72

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

Contabilidad financiera y de sociedades

Se dispone de la siguiente información relativa a la sociedad JFJ, SA:

1. La sociedad se constituyó con un capital de 1.000.000 de u.m. dividido en acciones de 10 u.m. de valor nominal. Posteriormente realizó una ampliación de capital emitiendo una acción nueva de 7 u.m. por cada cuatro antiguas.

En diciembre de 20X8, con el fin de recibir nuevas aportaciones dinerarias, ha anunciado la segunda ampliación de capital que realiza desde su constitución. El aumento de capital se efectúa mediante la emisión, al 120%, de una acción nueva de 10 u.m. de valor nominal por cada cinco antiguas del mismo nominal. En el momento de la suscripción, cuyo plazo termina el 30 de abril de 20X9, se desembolsa el mínimo legal.

En la fecha de cierre del ejercicio, 31 de diciembre, se había suscrito el 10% de la emisión.

La sociedad no tiene autocartera y todas las acciones son ordinarias.

2. Al inicio de 20X8 la cartera de valores la componen las siguientes inversiones a largo plazo:

- 4.000 acciones emitidas por la sociedad A, SA de 100 u.m. de valor nominal, adquiridas al 130 % y calificadas como disponibles para la venta. Al cierre del ejercicio 20X7 cotizaban al 150 %.
- 6.000 acciones de la empresa BL que se compraron por 100.000 u.m.

El capital de BL está compuesto por 10.000 acciones ordinarias de 5 u.m. de valor nominal y la situación patrimonial en el momento de la compra era la siguiente:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos no corrientes	100.000	Capital	50.000
Activos corrientes	100.000	Reservas	100.000
		Pasivo	50.000
Total	200.000	Total	200.000

La diferencia en el precio de adquisición se atribuyó a fondo de comercio.

En el ejercicio 20X8 A, SA y BL han realizado las siguientes operaciones:

- a) La sociedad A, SA el 1 de septiembre ha anunciado una ampliación de capital emitiendo, a la par, una acción nueva de 100 u.m. de valor nominal por cada cuatro antiguas del mismo nominal. Al inicio de diciembre las acciones con derecho cotizaban al 160 %, en esa fecha JFJ suscribió 600 acciones nuevas que desembolsó en el mínimo legal y vendió los derechos que no ejercitó en 12 u.m. cada uno.

Los dividendos pasivos pendientes serán exigidos en el próximo trimestre.

- b) La empresa BL ha reducido capital reembolsando a todos los socios el 50 % del nominal de sus acciones abonándoles en efectivo la cantidad correspondiente. Desde su creación BL no ha tenido pérdidas y su situación patrimonial antes de la devolución de aportaciones es la siguiente:

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
Activos no corrientes	300.000	Capital	50.000
Activos corrientes	200.000	Reservas	350.000
			.../...

Activo	Importe	Patrimonio neto y pasivo	Importe
.../...		Pasivo	100.000
Total	500.000	Total	500.000

3. Uno de los productos (PA) que comercializa JFJ se vende al contado a 120 u.m./unidad; el precio incluye una garantía que cubre la sustitución de piezas y mano de obra durante un año sin recargo alguno para el cliente, pero puede ampliarse un año más si el cliente paga 50 u.m. en el momento de la compra del producto.

Se acogieron a la ampliación de la garantía 600 unidades en 20X6 y 800 en 20X7.

En 20X8 se han vendido 1.200 unidades de las que 700 tienen garantía por dos años¹.

A primeros de diciembre de 20X8 para promocionar las ventas de otro producto (PB) se ha comenzado una campaña que consiste en la entrega de un cheque descuento por importe de 100 u.m. por cada 1.000 u.m. gastadas en dicho producto; los cheques son canjeables hasta el 31 de enero de 20X9 en las compras del PB. Según la experiencia que tiene JFJ de otras campañas el 70% de los cheques emitidos se canjearán en el plazo previsto.

Hasta diciembre se han emitido los cheques correspondientes a 10.000.000 de u.m. cobradas por ventas de PB y se han canjeado 3.000 cheques en otras ventas.

4. En el ejercicio 20X8 JFJ ha pagado en concepto de cánones 45.000 u.m. A 31 de diciembre de 20X7 había pagado anticipadamente 8.000 u.m. y tenía pendiente de pago 12.000 u.m. y a 31 de diciembre de 20X8 ha pagado anticipadamente 6.000 u.m. y tiene pendiente de pago 11.000 u.m. por dicho concepto. Los pagos se realizan a 90 días.

Se pide:

1. Realizar las anotaciones contables que procedan, según la información facilitada, en los libros de JFJ, SA.
2. Indicar el importe de los elementos derivados de la información de los puntos 1 y 2, así como su clasificación en el balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto de JFJ a 31 de diciembre de 20X8.

¹ Para su registro considere que todas las ventas se realizaron el 31 de diciembre y que el efecto financiero no es significativo.

SOLUCIÓN

1. CONTABILIZAR LAS OPERACIONES DEL EJERCICIO 20X8

1.1. AMPLIACIÓN DE CAPITAL EN CURSO

Capital constitución (100.000 acciones $\times$ 10 u.m.)	1.000.000
Primera ampliación (25.000 acciones nuevas $\times$ 7 u.m.)	175.000

La segunda ampliación es para recibir aportaciones dinerarias. A fin de conocer el número de acciones que emite hay que convertir el capital anterior en acciones equivalente de 10 u.m., siendo 117.500 acciones, si por cada 5 acciones viejas se emite 1 acción nueva, quiere decir que se emiten 23.500 acciones de 10 u.m. de valor nominal a un precio de 12 u.m.

Por la emisión de las acciones nuevas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (23.500 acciones $\times$ 12 u.m.)	282.000,00	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		282.000,00

31-12-20X8: Se ha suscrito el 10 % de los títulos emitidos

Como se desembolsa el mínimo legal lo cual supone un 25 % del valor nominal que son 2,5 u.m. y la totalidad de la prima de emisión que son 2 u.m., se desembolsa por cada acción 4,5 u.m.

Si se ha colocado un 10%, equivale a 2.350 acciones.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c (2.350 acciones $\times$ 4,5 u.m.)	10.575,00	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción (2.350 acciones $\times$ 7,5 u.m.)	17.625,00	
190	Acciones emitidas		28.200,00

1.2. INVERSIONES FINANCIERAS

Información en el balance de apertura de las inversiones financieras:

Sociedad A (cartera disponible para la venta):

(250) Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (4.000 acciones × 150 u.m.)	600.000
(133) Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta [4.000 acciones × (150 u.m. – 130 u.m.)]	80.000

Sociedad BL (empresa del grupo % = 6.000/10.000 = 60%)

(2403) Participaciones a largo plazo empresas del grupo	100.000
---	---------

La situación patrimonial de la filial en el momento de la compra era de 150.000 u.m. × 60 % = 90.000 u.m. La diferencia con el precio de compra que son 100.000 u.m. se atribuye al fondo de comercio (financiero).

a) Ampliación de capital de la sociedad A

01-09-20X8: Ampliación de capital en la sociedad A

Actualizamos la inversión de enero al valor de la cotización antes de la ampliación que es 160 u.m.

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio [4.000 acciones × (160 – 150)]	40.000,00	
133	Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta		40.000,00

Desdoblamos los derechos de suscripción por la fórmula del valor teórico:

4 acciones antiguas × 160 u.m.	640
1 acción nueva × 100 u.m.	100
5 acciones	740
Antes de la ampliación la cotización de la acción es de	160 u.m.
Después de la ampliación (740/5 acciones)	148 u.m.
Valor teórico del derecho de suscripción	12 u.m.

El valor teórico del derecho de suscripción también se puede determinar a partir de la siguiente fórmula:

$$VTDS = \frac{\text{Número de acciones nuevas (Cotización antes ampliación - Precio emisión acción nueva)}}{\text{Número acciones viejas + Número de acciones nuevas}}$$

$$VTDS = \frac{1 \text{ acción nueva (160 - 100)}}{4 \text{ acciones antiguas} + 1 \text{ acción nueva}} = 12 \text{ u.m.}$$

Por el desglose de los derechos de suscripción:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5403	Derechos de suscripción (4.000 derechos × 12 u.m.)	48.000,00	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		48.000,00

Por la suscripción de 600 acciones nuevas, lo que supone entregar 2.400 derechos y se desembolsa de momento el mínimo legal que es el 25 % del valor nominal.

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio [(2.400 derechos × 12 u.m.) + (600 acciones × 100 u.m.)]	88.800,00	
5403	Derechos de suscripción (2.400 derechos × 12 u.m.)		28.800,00
572	Bancos, c/c (600 acciones × 25 u.m.)		15.000,00
259	Desembolsos pendiente sobre participaciones en instrumentos de patrimonio a largo plazo (600 acciones × 75 u.m.)		45.000,00

Por la venta de los derechos de suscripción restantes que son 1.600 derechos. Debemos calcular qué beneficio se traspaşa de patrimonio neto a la cuenta de pérdidas y ganancias, lo que supone determinar el coste teórico del derecho de suscripción.

4 acciones antiguas × 130 u.m.	520
1 acción nueva × 100 u.m.	100
5 acciones	620
Antes de la ampliación el coste de la acción es de	130 u.m.
Después de la ampliación (620/5 acciones)	124 u.m.
Coste teórico del derecho de suscripción	6 u.m.

También se puede hacer utilizando la fórmula del coste teórico del derecho de suscripción:

$$CTDS = \frac{\text{Número de acciones nuevas (Coste de las acciones antiguas - Precio emisión acción nueva)}}{\text{Número acciones viejas + Número de acciones nuevas}}$$

$$CTDS = \frac{1 \text{ acción nueva (130 - 100)}}{4 \text{ acciones antiguas} + 1 \text{ acción nueva}} = 6 \text{ u.m.}$$

Si el precio de venta de los derechos es de 12 u.m. y el coste es de 6 u.m., se transfiere un beneficio de 6 por cada derecho que se vende.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c (1.600 derechos de suscripción × 12 u.m.)	19.200,00	
5403	Derechos de suscripción (1.600 derechos × 12 u.m.)		19.200,00

Por el traspaso del beneficio de patrimonio neto a cuenta de pérdidas y ganancias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
133	Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta [1.600 derechos × (12 - 6)]	9.600,00	
7632	Beneficios de cartera disponibles para la venta		9.600,00

b) Reducción por devolución de aportaciones a los socios en sociedad BL

En la sociedad filial la reducción de los fondos propios respecto al total del patrimonio neto representa $25.000/400.000 = 6,25 \%$.

Dicho porcentaje de reducción se aplicará al coste de la inversión y la diferencia se considera resultado de la operación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c [6.000 acciones × 5 u.m. de nominal × 50%]	15.000,00	
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo (100.000 × 6,25%)		6.250,00
7733	Beneficios procedentes de participaciones a largo plazo en empresas del grupo		8.750,00

1.3. VENTA DE PRODUCTOS CON GARANTÍA Y PROMOCIONES

Por las ventas del ejercicio 20X8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	144.000,00	
700	Ventas de mercaderías [1.200 unidades × 120 u.m.]		144.000,00

Por los ingresos accesorios por las garantías posventa:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Cientes	35.000,00	
759	Ingresos por servicios diversos (700 unidades × 50 u.m.)		35.000,00

También se podrían considerar los ingresos por garantías como 705 «Prestación de servicios».

Por la entrega de los cheques regalos que a fecha de cierre no se han canjeado:

Emisión de cheques (10.000.000 u.m./1.000 u.m.) 10.000 cheques

Porcentaje de canje de los cheques emitidos (10.000 × 70%) 7.000 cheques

Como a fecha de cierre ya se han canjeado 3.000 cheques, quedan por canjear 4.000 cheques, dando lugar a la siguiente provisión para otras operaciones comerciales.

Código	Cuenta	Debe	Haber
6959	Dotación a la provisión para otras operaciones comerciales [4.000 cheques × 100 u.m.]	400.000,00	
4999	Provisión para otras operaciones comerciales		400.000,00

1.4. PAGOS ANTICIPADOS DE CÁNONES

Importe pagado en 20X8 45.000 u.m.

Cánones devengados en 20X7 y pagados en 20X8 (12.000) u.m.

Pagados anticipadamente en 20X8 (6.000) u.m.

Pagados y devengados en 20X8 27.000 u.m.

Por los cánones devengados 20X7 y que se pagan en 20X8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
410	Acreedores prestación de servicios	12.000,00	
572	Bancos, c/c		12.000,00

Por los cánones pagados por anticipado durante 20X8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
480	Gastos anticipados	6.000,00	
572	Bancos, c/c		6.000,00

Por los cánones devengados en 20X8 y pagados en 20X8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	27.000,00	
572	Bancos, c/c		27.000,00

Por los cánones devengados en 20X8 y pendiente de pago para 20X9:

Código	Cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	11.000,00	
410	Acreedores por prestación de servicios		11.000,00

2. INDICAR EL IMPORTE DE LOS ELEMENTOS DERIVADOS DE LA INFORMACIÓN DE LOS PUNTOS 1 Y 2, SU CLASIFICACIÓN EN EL BALANCE, CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS Y ESTADO DE CAMBIOS EN EL PATRIMONIO NETO

De la ampliación en curso a fecha de cierre de 20X8, tenemos que los datos van al patrimonio neto y al pasivo corriente:

A-1) Fondos propios

(100) Capital social escriturado	1.175.000
Capital constitución (100.000 acciones × 10 u.m.)	1.000.000
Primera ampliación (25.000 acciones nuevas × 7 u.m.)	175.000

C) Pasivo corriente (ampliación en curso)

(194) Capital emitido pendiente de inscripción	282.000
(23.500 acciones × 12 u.m.)	
(190) Acciones o participaciones emitidas	(253.800)
(21.150 acciones × 12 u.m.)	
(1034) Desembolsos no exigidos capital pendiente de inscripción	(17.625)
(2.350 acciones × 7,5 u.m.)	

Como podemos comprobar la suma del pasivo corriente a corto plazo es de 10.575 u.m., cuyo importe corresponde con el valor desembolsado de las acciones suscritas que son 2.350 acciones × 4,5 u.m. = 10.575 u.m.

Dichas operaciones no han representado ninguna variación en la cuenta de pérdidas y ganancias y no se refleja en el estado de cambios en el patrimonio neto hasta que esté escriturado y como la ampliación en curso finaliza el 30 de abril de 20X9, dicho aumento de capital se reflejará en las cuentas anuales de 20X9.

Del punto 2 de las inversiones financieras tenemos que en el balance de cierre de 20X8, dentro del activo no corriente, figuran las dos inversiones en epígrafes distintos:

IV. Inversiones en empresas del grupo y asociadas a largo plazo

(2403) Participaciones a largo plazo en empresas del grupo BL	93.750 u.m.
(100.000 – 6.250)	

V. Inversiones financieras a largo plazo

(250) Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	680.800 u.m.
(4.600 acciones × 148 u.m. cotización después de la ampliación)	

Por la inversión financiera en el patrimonio neto dentro del apartado A-2) «Ajustes por cambios de valor» figura el siguiente saldo a finales de 20X8:

(133) Ajustes por valoración en activos disponibles para la venta	110.400 u.m.
(80.000 + 40.000 – 9.600)	
Comprobación [4.600 acciones × (148 – 124)]	110.400 u.m.

El valor de cotización después de la ampliación es de 148 u.m. de acuerdo con la fórmula del valor teórico del derecho de suscripción, mientras que el coste después de la ampliación por el método de coste teórico es de 124 u.m.

Ambas inversiones en la cuenta de resultados han generado los siguientes beneficios que forman parte del resultado financiero, en los epígrafes siguientes:

14. Variación del valor razonable

(7632) Beneficios de cartera disponibles para la venta 9.600 u.m.

16. Deterioro y resultado por enajenación de instrumentos financieros

(7733) Beneficios procedentes de participaciones en empresas del grupo a largo plazo 8.750 u.m.

Y en el formato del estado de ingresos y gastos reconocidos, figuran las siguientes anotaciones en el ejercicio 20X8:

I. Activos disponibles para la venta

(900) Beneficios en activos disponibles para la venta 40.000

B) Total ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto 40.000

VI. Por valoración de instrumentos financieros (transferencia a resultado del ejercicio)

(802) Transferencias de beneficios en activos financieros disponibles para la venta (9.600)

C) Total transferencias a la cuenta de pérdidas y ganancias (9.600)

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

Impuesto sobre sociedades

PRIMERA PARTE

En el año 1 la mercantil Veloz, SA, dedicada a servicios de transporte por carretera, ha tenido unas pérdidas contables antes de impuestos de 1.000.

En dicho ejercicio se le han impuesto unas sanciones por multas de tráfico por importe de 100 y ha dotado provisiones por 400 que serán deducibles en el ejercicio siguiente.

En el año siguiente, dicha sociedad tiene un resultado positivo de 500. En el ejercicio son deducibles las provisiones dotadas en el ejercicio anterior y se compensan bases imponibles.

La sociedad reconoce todos los activos y pasivos fiscales.

Se pide:

- Cálculo de la cuota a pagar (o a devolver).
- Contabilizar el impuesto sobre beneficios.
- Indicar el impuesto sobre beneficios que figura en la memoria y la descomposición entre los importes corrientes y diferidos de la memoria.

SEGUNDA PARTE

La sociedad Alma, SA posee un determinado elemento patrimonial de inmovilizado cuyo valor contable (valor de adquisición menos amortizaciones) es de 3.000 euros, siendo su valor razonable de 4.500 euros. El 1 de enero del año N decide permutarlo por otro bien, siendo el valor razonable del activo canjeado de 5.000 euros.

Se sabe que su vida útil estimada es de cinco años (no supera ni es inferior al plazo de amortización admitido fiscalmente) y carece de valor residual.

Se pide:

Determinar las consecuencias fiscales en función de que la permuta se considere:

- Comercial.
- No comercial.

SOLUCIÓN

PRIMERA PARTE. CUOTA DE IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A) CÁLCULO DE LA CUOTA A PAGAR (O A DEVOLVER)

	Año 20X1	Año 20X2
Resultado contable antes impuestos	-1.000	+500
+/- Ajustes fiscales		
		.../...

	Año 20X1	Año 20X2
.../...		
Diferencias permanentes		
Sanciones por multas de tráfico	+100	
Diferencias temporarias		
Provisión	+400	-400
BASE IMPONIBLE PREVIA	-500	+100
- Compensación de BINS		-100
BASE IMPONIBLE	-500	0

En el enunciado se nos indica que la sociedad reconoce todos los activos y pasivos fiscales, no disponemos de datos de retenciones y pagos a cuenta ni existen deducciones.

Con relación a los ajustes fiscales las sanciones por multas de tráfico figuran registradas en la cuenta 678 «Gastos excepcionales», contablemente restan al resultado contable, pero fiscalmente de acuerdo con el artículo 14.1 c) del TRLIS no tienen la consideración de gasto deducible, siendo el ajuste fiscal +100 euros y diferencia permanente.

Las provisiones figuran como gasto contable en el ejercicio 20X1 pero fiscalmente su deducción se produce en el ejercicio 20X2, lo que supone una diferencia temporaria con origen en ejercicio 20X1 y revierte en el ejercicio 20X2, dando lugar a un activo deducible.

Tampoco existe información sobre el tipo de gravamen de Impuesto sobre Sociedades; a fin de realizar los apuntes contables vamos a suponer que es el 30%.

B) CONTABILIZAR EL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

31-12-20X1: Contabilización del impuesto

Por la diferencia temporaria en origen de la provisión no deducible:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «Provisión contable» (400 × 30 %)	120,00	
6301	Impuesto diferido		120,00

Por la activación de la base imponible negativa:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4745	Créditos por pérdidas a compensar «BIN-X1» (500 × 30 %)	150,00	
6301	Impuesto diferido		150,00

Dicha activación tiene lugar de acuerdo con los requisitos establecidos en la consulta 10 del BOICAC 80 (NFC036233) (históricos de beneficios o saldos de pasivos diferidos anteriores superiores a los créditos fiscales).

Si ha habido retenciones y pagos a cuenta del ejercicio 20X1 procede realizar el siguiente apunte contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4709	Hacienda Pública, deudora por devolución de impuestos	XXXXX	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		XXXXX

El resultado contable de la empresa del ejercicio 20X1 es:

Resultado contable antes de impuestos	-1.000
- (6300) Impuesto corriente	0
+/- (6301) Impuesto diferido	+270
Resultado del ejercicio	-730

31-12-20X2: Contabilización del Impuesto sobre Sociedades

Por la reversión de la provisión contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	120,00	
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «Provisión contable» (400 × 30 %)		120,00

Por la compensación de parte de «BIN-X1»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	30,00	
4745	Créditos por pérdidas a compensar «BIN-X1» (100 × 30 %)		30,00

Si ha habido retenciones y pagos a cuenta del ejercicio 20X2 procede realizar el siguiente apunte contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4709	Hacienda Pública, deudora por devolución de impuestos	XXXXX	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		XXXXX

El resultado contable de la empresa de 20X2 es:

Resultado contable antes de impuestos	+500
– (6300) Impuesto corriente	0
+/- (6301) Impuesto diferido	-150
Resultado del ejercicio	350

C) INDICAR EL IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS QUE FIGURA EN LA MEMORIA Y LA DESCOMPOSICIÓN ENTRE LOS IMPORTES CORRIENTES Y DIFERIDOS

En ambos ejercicios solo figuran impuestos diferidos, siendo el gasto del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio 20X1 positivo por 270 u.m., mientras que en el ejercicio 20X2 es negativo por 150 u.m.

SEGUNDA PARTE. PERMUTAS

A) PERMUTA COMERCIAL

Si el intercambio de activos se califica como permuta comercial implica que los flujos de efectivo de ambos bienes difieren, lo que nos lleva a valorar el bien recibido por el valor razonable del bien entregado que son 4.500 euros, aunque el bien recibido tenga un valor de mercado superior, debido a que el enunciado no indica que la diferencia se abone en metálico.

Código	Cuenta	Debe	Haber
	Activo recibido	4.500	
	Bien entregado (coste)		XXXX
	Amortización acumulada del bien entregado	XXXX	
771	Beneficios procedentes del inmovilizado material		1.500

A nivel fiscal se aplicaría el artículo 15.2 y 3 del TRLIS. Es una operación que se valora a precio de mercado, debiendo integrar en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado del bien recibido (5.000 €) y el valor en libros del bien entregado (3.000 €), siendo el beneficio fiscal de 2.000 euros.

Si comparamos el beneficio fiscal de 2.000 euros con el resultado contable que es de 1.500 euros, se produce un ajuste fiscal positivo de 500 euros que se clasifica como una diferencia temporaria y se registra como un activo por diferencia temporaria deducible, que de acuerdo con el artículo 18 del TRLIS revierte a partir de las cuotas de amortización o bien cuando el activo se venda o lo demos de baja.

Amortización contable del bien recibido (4.500/5 años) 900 euros

Amortización fiscal del bien recibido (5.000/5 años) 1.000 euros

Como la permuta tuvo lugar al inicio del ejercicio del ajuste fiscal positivo de 500 euros, ya revierten en el mismo ejercicio 100 euros debido a las diferencias de las cuotas de amortización, por tanto a efectos de registrar a fecha de cierre el Impuesto sobre Sociedades solo nos quedan por revertir 400 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «Permuta» (400 × 30 %)	120,00	
6301	Impuesto diferido		120,00

B) PERMUTA NO COMERCIAL

Si los flujos de ambos activos son similares y no van a variar en el corto plazo se registra como permuta no comercial, lo que implica que el bien recibido se valora por el valor en libros del bien entregado que son 3.000 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
	Activo recibido	3.000	
	Bien entregado (coste)		XXXX
	Amortización acumulada del bien entregado	XXXX	

Fiscalmente se aplica igualmente el artículo 15.2 y 3 del TRLIS siendo el ajuste fiscal la diferencia entre el valor de mercado del bien recibido (5.000 €) y el valor contable (3.000 €), lo que supone un beneficio fiscal de 2.000 euros, que como el resultado contable es nulo. El ajuste fiscal es positivo por 2.000 euros, se trata de una diferencia temporaria, y se registra como un activo por diferencia temporaria deducible, que revierte por las cuotas de amortización.

Amortización contable del bien recibido (3.000/5 años) 600 euros

Amortización fiscal del bien recibido (5.000/5 años) 1.000 euros

Como la permuta tuvo lugar al inicio del ejercicio del ajuste fiscal positivo de 2.000 euros, ya revierten en el mismo ejercicio 400 euros debido a las diferencias de las cuotas de amortización, por tanto a efectos de registrar a fecha de cierre el Impuesto sobre Sociedades solo nos quedan por revertir 1.600 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «Permuta» (1.600 × 30 %)	480,00	
6301	Impuesto diferido		480,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

Matemáticas financieras

Una empresa inmobiliaria desea vender un edificio dedicado a oficinas en alquiler. Para calcular el precio objetivo de venta del inmueble se valoran los rendimientos netos que produce con un horizonte temporal indefinido (perpetuo). Los datos de los que se dispone son los siguientes:

- Los ingresos que produce el inmueble por alquileres son de 100.000 euros mensuales durante el primer año y en los contratos de alquiler está previsto que crezcan anualmente a razón de un 3 % acumulativo (en progresión geométrica).
- Los gastos de mantenimiento del edificio se han concertado con una empresa especializada a la que se abona 20.000 euros trimestrales constantes durante el primer año e irán creciendo anualmente en progresión aritmética a razón de un 4 % anual.
- Los impuestos que gravan el edificio importan 30.000 euros anuales y no están previstos incrementos futuros.

Sabiendo que para la valoración financiera se utiliza un tanto efectivo anual del 5 %, que los alquileres se perciben con carácter prepagable y los gastos de mantenimiento e impuestos con carácter pospagable, obtener razonadamente:

- a) El valor actual de los ingresos que produce el inmueble.
- b) El valor actual de los gastos de mantenimiento.
- c) El valor actual de los impuestos.
- d) El precio de venta del citado inmueble.

SOLUCIÓN

Es una valoración de rentas perpetuas para determinar el precio de venta de un inmueble a partir de los rendimientos netos que se obtienen del mismo.

A) VALOR ACTUAL DE LOS INGRESOS QUE PRODUCE EL INMUEBLE

El alquiler es prepagable y dentro de los ingresos mensuales es constante pero anualmente aumenta en progresión geométrica de un 3 % acumulativo.

Convertimos la renta mensual del primer año en equivalente anual, y para ello debemos calcular el equivalente mensual a un TAE del 5 %.

$$i_{12} = (1 + 0,05)^{1/12} - 1 = 0,00407412378$$

$$100.000 \frac{(1 + 0,00407412378)^{12} - 1}{0,00407412378} (1,00407412378) = 1.232.257,76 \text{ euros.}$$

Una vez tenemos el equivalente anual situado a final del año 1 si la renta aumenta un 3 % de forma perpetua el valor actual es:

Valor actual renta perpetua en progresión geométrica = $A_1 / (1 + i - q) = 1.232.257,76 / 1 + 0,05 - 1,03 = 61.612.885 \text{ euros.}$

También se puede calcular utilizando la fórmula de rentas fraccionadas:

$$\begin{aligned} \text{Valor actual} &= \frac{0,05}{J_m(0,05)} (1 + 0,00407412378) \times 100.000 \times 12 \times \frac{1}{1 + 0,05 - 1,03} = \\ &= 61.612.885 \text{ euros.} \end{aligned}$$

El tanto nominal equivalente a un efectivo anual del 5 % se obtiene:

$$i_{12} = (1+0,05)^{1/12} - 1 = 0,00407412378$$

$$J_{12} = 0,00407412378 \times 12 = 0,048889485$$

B) VALOR ACTUAL DE LOS GASTOS DE MANTENIMIENTO

Se trata de una renta trimestral constante pero que anualmente aumenta en progresión aritmética $20.000 \times 0,04 = 800 \text{ euros anuales}$ cada uno de los pagos.

En primer lugar, debemos convertir la renta trimestral en equivalente anual:

$$i_4 = (1 + 0,05)^{1/4} - 1 = 0,012272234$$

$$20.000 \frac{(1 + 0,012272234)^4 - 1}{0,012272234} = 81.484,75 \text{ euros.}$$

Y el valor equivalente en el segundo año:

$$20.800 \frac{(1 + 0,012272234)^4 - 1}{0,012272234} = 84.744,14 \text{ euros.}$$

La diferencia entre ambos importes equivalentes anuales es de 3.259,39 euros.

Que es lo mismo que el incremento trimestral pasarlo a anual:

$$800 \frac{(1 + 0,012272234)^4 - 1}{0,012272234} = 3.259,39 \text{ euros.}$$

Una vez tenemos los términos equivalentes anuales se aplica la fórmula de valor actual de rentas en progresión aritmética:

$$VA = (A_1 + d/i) 1/i = (81.484,75 + 3.259,39/0,05) 1/0,05 = 2.933.451,18 \text{ euros.}$$

También se puede hacer el cálculo con la fórmula de rentas fraccionadas:

$$\text{Valor actual} = \frac{0,05}{J_m(0,05)} (20.000 \times 4 + \frac{800 \times 4}{0,05}) \times \frac{1}{1,05} = 2.933.451,18 \text{ euros.}$$

$$i_4 = (1 + 0,05)^{1/4} - 1 = 0,012272234$$

$$J_4 = 0,012272234 \times 4 = 0,049088937$$

C) VALOR ACTUAL DE LOS IMPUESTOS

Como es renta perpetua constante el valor actualizado nos da $30.000/0,05 = 600.000$ euros

D) PRECIO DE VENTA DEL INMUEBLE

Rendimientos netos actualizados = 61.612.885 (alquiler) – 2.933.451,18 (gastos mantenimiento) – 600.000 (impuestos) = 58.079.433,82 euros.

El valor actualizado anterior es equivalente al precio de venta.