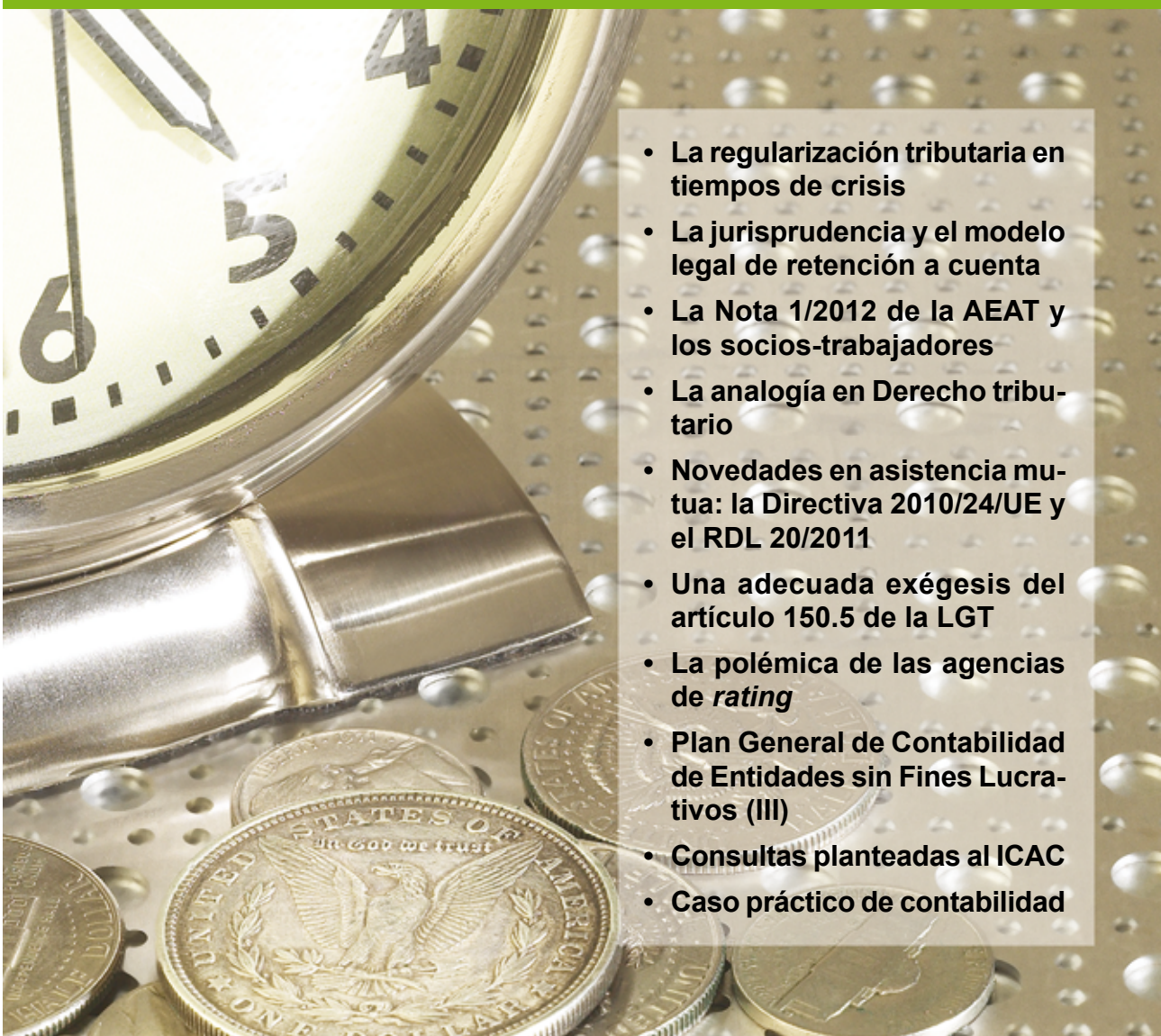




- La regularización tributaria en tiempos de crisis
- La jurisprudencia y el modelo legal de retención a cuenta
- La Nota 1/2012 de la AEAT y los socios-trabajadores
- La analogía en Derecho tributario
- Novedades en asistencia mutua: la Directiva 2010/24/UE y el RDL 20/2011
- Una adecuada exégesis del artículo 150.5 de la LGT
- La polémica de las agencias de *rating*
- Plan General de Contabilidad de Entidades sin Fines Lucrativos (III)
- Consultas planteadas al ICAC
- Caso práctico de contabilidad

CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

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

28010 MADRID
08012 BARCELONA
46010 VALENCIA
28010 MADRID
902 88 89 90

Tel. 914 444 920
Tel. 934 150 988
Tel. 963 614 199
Tel. 914 444 920
info@cef.es

MAYO 2012 – NÚMERO 350

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

Sotero Amador Fernández
Profesor de Contabilidad del CEF

Mario Alonso Ayala
Presidente de AUREN-ESPAÑA

Diego Marín Barnuevo Fabo
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Alejandro Blázquez Lidoy
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Rey Juan Carlos

José Manuel Calderón Carrero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña

César Camisón Zornoza
Catedrático de Organización de Empresas. Universidad Jaume I de Castellón

Inocencio Carazo González
Socio Director de INSESA & Abogados

Gabriel Casado Ollero
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

José Luis Cea García
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Autónoma de Madrid

Lorenzo de las Heras Miguel
Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

José Luis Gallizo Larraz
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Lleida

José Antonio Gonzalo Angulo
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Alcalá. Presidente del ICAC

Alejandro Larriba Díaz-Zorita
Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

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

Juan Manuel Moral Calvo
Socio Sector Financiero de KPMG Abogados

Enrique Ortega Carballo
Socio Área Fiscal Gómez Acebo & Pombo Abogados

Valentín Pich Rosell
Presidente del Consejo General de Colegios de Economistas de España

Eduardo Ramírez Medina
Socio de Cuatrecasas Abogados

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

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

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición electrónica: www.ceflegal.com

REVISTA DE CONTABILIDAD Y TRIBUTACIÓN

- 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 VOLUMENES (2012) ... 139,43 € (IVA no incluido)

1.º Comentarios y Casos prácticos (en papel e Internet)

2.º Legislación, Consultas, Jurisprudencia (en papel).

- SUSCRIPCIÓN ANUAL A UN SOLO VOLUMEN (2012) 79,81 € (IVA no incluido)

- NÚMEROS SUELTOS (cada volumen):

– Suscriptores 10,00 € (IVA no incluido)

– No suscriptores 15,00 € (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 descuento del 50%.

© CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

Derechos reservados, quedando prohibida la reproducción de los trabajos presentados por cualquier proceso mecánico, reprográfico o electrónico, sin la previa autorización escrita del editor.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

42/2012	La regularización tributaria en tiempos de crisis. Primeras reflexiones acerca de las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. (Joan Iglesias Capellas)	5
43/2012	El modelo legal de retención a cuenta y su ruptura por la jurisprudencia. ... (Carlos Palao Taboada)	37
44/2012	La Nota 1/2012 de la AEAT y los socios-trabajadores. (J. Andrés Sánchez Pedroche)	61
45/2012	La analogía en Derecho tributario: tópicos, controversias y algunas reflexiones críticas. (Gloria Marín Benítez)	97
46/2012	Novedades en asistencia mutua: la Directiva 2010/24/UE y el Real Decreto-Ley 20/2011. (Javier Bas Soria)	139
47/2012	Una adecuada exégesis del artículo 150.5 de la Ley General Tributaria. (Javier Eugenio López Candela)	143

CONTABILIDAD

48/2012	Una aproximación a la industria de calificación crediticia: ¿está justificada la polémica? (Natalia Pinedo García)	155
49/2012	Plan General de Contabilidad de Entidades sin Fines Lucrativos (III). (Javier Romano Aparicio)	195
50/2012	Consultas planteadas al ICAC. (Concepción Burgos García)	239
51/2012	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Auditoría y Contabilidad. (Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez)	249

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS		275
-----------------------------------	-------	-----

Solo disponible en versión digital

ESTUDIOS FINANCIEROS, respetando la libertad intelectual, no altera los criterios emitidos por los autores de los trabajos firmados, sin que tampoco se solidarice necesariamente con ellos.

SUMMARY

	<u>Page</u>
TAXATION	
42/2012 The tax regularization in crisis times. The first reflections about the innovations introduced by the Real Decreto-Ley 12/2012, of March 30 th (Joan Iglesias Capellas)	5
43/2012 The legal model of withholding tax and its breach by case law. (Carlos Palao Taboada)	37
44/2012 Report 1/2012 from the State Agency of Fiscal Administration and shareholders employees. (J. Andrés Sánchez Pedroche)	61
45/2012 Analogy in tax law: topics, controversies and some critical reflections. (Gloria Marín Benítez)	97
46/2012 Innovations in mutual assistance: the Directive 2010/24/EU and the Real Decreto-Ley 20/2011. (Javier Bas Soria)	139
47/2012 A correct interpretation from article 150.5 of General Tax Law. (Javier Eugenio López Candela)	143
ACCOUNTING	
48/2012 A first approach to the credit rating agencies: is the controversy justified? . (Natalia Pinedo García)	155
49/2012 Accounting General Plan Non-Profit Organizations (III). (Javier Romano Aparicio)	195
50/2012 Questions formulated to ICAC. (Concepción Burgos García)	239
51/2012 Second exam of the selective examination for the admission to the Management Body of Auditing and Accounting Technicians. (Anna Ayats Vilanova y Pilar García Giménez)	249
BIBLIOGRAPHIC REVIEWS	275

Available only in digital

LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA EN TIEMPOS DE CRISIS. PRIMERAS REFLEXIONES ACERCA DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 12/2012, DE 30 DE MARZO

JOAN IGLESIAS CAPELLAS

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EL propósito del presente trabajo no es realizar un juicio de valor acerca de las medidas adoptadas por el Gobierno mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo. Nuestra intención es analizar, desde una perspectiva eminentemente formal o procedimental, las consecuencias que para el ordenamiento jurídico tributario va a suponer tener que integrar en su seno una normativa dictada en un escenario excepcional y cuya finalidad probablemente difiera de la razón última a la que obedecen las normas que regulan la aplicación de los tributos. Por ello, en primer lugar, trataremos de comparar los efectos asociados a la presentación de la denominada declaración tributaria especial con aquellos que, con carácter general, se establecen en caso de que se practique una regularización tributaria mediante la presentación de una autoliquidación extemporánea. En segundo lugar, analizaremos la estructura del gravamen especial introducido en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades. Finalmente, concluiremos nuestro comentario estudiando algunos de los efectos derivados de la modificación de los artículos 180 y 221.1 c) de la Ley General Tributaria.

Palabras clave: declaración tributaria especial, regularización, amnistía fiscal, decreto-ley, denuncia, prescripción, defraudación tributaria e ingreso indebido.

THE TAX REGULARIZATION IN CRISIS TIMES. THE FIRST REFLECTIONS ABOUT THE INNOVATIONS INTRODUCED BY THE REAL DECRETO-LEY 12/2012, OF MARCH 30TH

JOAN IGLESIAS CAPELLAS

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE purpose of this paper is not to make a value judgement on the measures taken by the Government through the adoption of the Real Decreto-Ley 12/2012, of March 30th. Our intention is to analyze, from a highly formal or procedural perspective, the consequences that will involve having to integrate into the legal system a regulation that has been issued in an exceptional scenery and whose purpose will probably differ from the last reason which govern the rules of the implementation of taxes.

Therefore, first of all, we will try to compare the effects associated with the presentation of the so-called special tax statement with those that, in general, are established in case a tax regularization is practiced due to the presentation of a untimely self-statement.

Secondly, we will analyze the structure of the special tax that was introduced by the regulation of the Corporate Society Tax. Finally, we will conclude our paper studying some of the effects derived from the modification of the articles 180 and 221.1 c) of the Spanish General Tax Procedure Law.

Keywords: special tax statement, regularization, tax amnesty, decreto-ley, complaint, prescription, tax fraud and improper income.

Sumario

Introducción.

1. La declaración tributaria especial como instrumento de regularización.
 - a) Ámbito objetivo de la regularización realizada mediante declaración tributaria especial.
 - b) Contenido de la declaración tributaria especial.
 - c) Forma de realizar la regularización mediante la declaración tributaria especial.
 - d) Momento de presentar la declaración tributaria especial.
 - e) Ingreso de la cantidad resultante de la declaración tributaria especial.
 - f) Efectos económicos de la presentación de una declaración tributaria especial.
 - g) Efectos de la regularización tributaria practicada mediante declaración tributaria especial sobre la responsabilidad por infracción tributaria.
 - h) Efectos de la regularización tributaria practicada mediante declaración tributaria especial sobre la responsabilidad penal del obligado tributario.
2. El gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes en territorio español.
3. La modificación del artículo 180 de la LGT.
4. La modificación del artículo 221.1 c) de la LGT.
5. Conclusiones.
6. Propuestas.
 - a) Respecto a la declaración tributaria especial.
 - b) Respecto al texto del artículo 180.2 de la LGT.

NOTA: Por la actualidad del tema que constituye el objeto de presente trabajo, nuestro comentario ha sido entregado para su publicación antes de conocerse el contenido de la Orden Ministerial por la que se aprueba el modelo de declaración tributaria especial y se regulan las condiciones de su presentación.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica y financiera por la que atraviesa la economía española requiere adoptar medidas excepcionales. Desde la perspectiva del gasto, se impone la austeridad y la racionalización presupuestaria. Desde la perspectiva del ingreso es necesario aumentar la recaudación tributaria. Sin embargo, en un contexto de recesión, en que todavía se destruye más empleo del que se crea y con una grave caída del consumo, un aumento de la presión fiscal no significa necesariamente un incremento neto de la recaudación pues, como es sabido, aunque suban los tipos de gravamen, si se reducen las bases imponibles sobre las que se aplican, la cuota resultante en términos agregados puede llegar a ser inferior a la existente antes de adoptar la medida. Más aún, como explica la doctrina, de continuar con el espiral de gravamen sobre las capacidades económicas conocidas, el efecto recaudatorio puede incluso ser el contrario al perseguido por las autoridades fiscales, por el evidente desincentivo al trabajo y al ahorro que suponen unos tipos marginales excesivos en la imposición directa.

Por ello, en situaciones límite como la actual, es comprensible que los gobiernos en apuros se planteen obtener los ingresos adicionales que necesitan para cuadrar los presupuestos recurriendo a las capacidades económicas que han escapado a su control o, lo que es lo mismo, que, haciendo de la necesidad virtud, traten de incentivar el reconocimiento de bases imponibles que han logrado escapar del sistema de vigilancia y represión del fraude fiscal.

Mediante el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, que entró en vigor al día siguiente coincidiendo con su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el Gobierno de España ha implementado un escenario normativo excepcional destinado a *favorecer que los obligados tributarios puedan ponerse voluntariamente al corriente de sus obligaciones tributarias regularizando también situaciones pasadas*.

Dicho claramente, se concede una amnistía fiscal a todos aquellos contribuyentes que afloren rentas no declaradas en su día a cambio del pago de un peaje de entrada en forma de tipo proporcional. Para ello, como veremos a continuación, la norma introduce significativas modificaciones (algu-

nas temporales, otras definitivas) al régimen jurídico que hasta ahora se ha venido aplicando a las regularizaciones tributarias, entre las que destacan: a) En primer lugar, la creación de una declaración tributaria *especial* cuyo plazo de ingreso finalizará el día 30 de noviembre de 2012; b) En segundo lugar, el establecimiento de un gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de fondos propios de entidades no residentes en territorio español; c) Y, finalmente, la atribución a la Administración tributaria de la potestad de no denunciar los hechos constitutivos de delito contra la Hacienda Pública cuando su descubrimiento no trae causa de la acción investigadora sino del reconocimiento voluntario del obligado tributario.

Algunas de las dudas que nos suscita la lectura de las disposiciones adicional primera y final primera del Real Decreto-Ley 12/2012 son de carácter técnico y pueden resolverse mediante la interpretación sistemática de dichos preceptos. Sin embargo, otras son de carácter sustantivo y representan una profunda reforma en el régimen jurídico aplicable a la persecución de los delitos contra la Hacienda Pública de consecuencias todavía imprevisibles.

1. LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL COMO INSTRUMENTO DE REGULARIZACIÓN

En la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, se introduce una figura hasta ahora desconocida en nuestro modelo de gestión tributaria. Se trata de una declaración tributaria ad hoc mediante la que el contribuyente reconoce la titularidad de bienes o derechos procedentes de rentas no declaradas en periodos impositivos anteriores, y sobre el valor de dichos elementos patrimoniales aplica un porcentaje para obtener el importe a ingresar a la Hacienda Pública.

Aunque la norma no lo diga, desde una perspectiva formal, nos decidimos a incluir tan singular declaración en la categoría de las **autoliquidaciones**, pues además de contener hechos con trascendencia tributaria (art. 119.1 LGT), contiene también una magnitud económica equivalente a una base imponible, sobre la que se aplica una alícuota proporcional de la que resulta una cantidad a ingresar por el contribuyente (art. 120.1 LGT).

Si continuamos con el análisis meramente formal de la declaración tributaria *especial* debemos plantearnos si se trata de una autoliquidación complementaria de otras anteriores (art. 122.2 LGT), de una autoliquidación extemporánea (art. 27.1 LGT) o, por el contrario, se trata de una autoliquidación ordinaria sujeta a la comprobación y verificación por parte de la Administración tributaria (art. 120.2 LGT) y, en su caso, susceptible de ser rectificada a instancias del propio contribuyente (art. 120.3 LGT).

Ante esta disyuntiva, nos inclinamos a entender que se trata de una autoliquidación *ex novo* que se superpone (sin sustituir) a las autoliquidaciones no presentadas en su día (o presentadas sin incluir la totalidad del hecho imponible realizado) que, respecto a la responsabilidad por acto ilícito, produce efectos semejantes a la autoliquidación extemporánea practicada sin que medie requerimiento previo de la Administración tributaria, y cuya comprobación a posteriori, en principio, no parece estar exclu-

da de las facultades de los órganos de gestión e inspección, aunque lo cierto es que tampoco se impide que, tras su presentación, el obligado tributario solicite la rectificación.

No obstante lo anterior, y pese a su denominación, desde una perspectiva sustantiva, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 es mucho más que una norma por la que se crea una nueva categoría de declaración tributaria, pues su contenido revela la estructura de un **nuevo gravamen**, de carácter temporal, naturaleza personal y directa, de sujeción voluntaria y, lo que resulta más sorprendente, alternativo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), al Impuesto sobre Sociedades (IS) y al Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR). Por ello, seguidamente analizaremos las características de esta nueva figura tributaria, no sin antes dejar constancia de nuestras dudas acerca de si su establecimiento puede realizarse mediante decreto-ley.

a) **Ámbito objetivo de la regularización realizada mediante declaración tributaria especial**

Según se indica en el apartado 1 de la disposición adicional primera, la declaración tributaria especial únicamente es apta para regularizar la situación tributaria de los contribuyentes por el IRPF, por el IS y por el IRNR. Por consiguiente, la primera conclusión que cabe extraer es que quedan fuera de la posibilidad de esta regularización especial los impuestos indirectos (principalmente el Impuesto sobre el Valor Añadido) y los impuestos directos cedidos totalmente a las comunidades autónomas (particularmente el Impuesto sobre el Patrimonio y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones).

Esta delimitación objetiva del ámbito de la regularización nos introduce en una de las características más llamativas del nuevo gravamen como es su carácter supuestamente alternativo respecto a los impuestos directos que sujetan a gravamen las rentas previamente no declaradas por los contribuyentes que se decidan a presentar la declaración especial.

Según se indica en el apartado 3 de la disposición adicional, el importe (base imponible) declarado por el contribuyente mediante la declaración especial tendrá la consideración de «renta declarada» a los efectos de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (LIRPF), y en el artículo 134 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS). Ello significa que la tenencia de los elementos patrimoniales incluidos en la declaración especial se considerará *justificada* aunque no se corresponda con la renta o con el patrimonio declarado por el contribuyente persona física, o con el contenido de la contabilidad del contribuyente persona jurídica y, en consecuencia, su descubrimiento posterior por la Administración no constituirá causa de regularización en concepto de ganancias injustificadas de patrimonio o ingreso contable del periodo impositivo más antiguo de entre los no prescritos.

Planteadas la cuestión en estos términos, al contribuyente que tenga la intención de regularizar su situación tributaria respecto de alguno de los impuestos indicados, se le plantean dos alternativas: a) O bien presentar una declaración extemporánea por el impuesto y periodo correspondiente, liquidando la cuota tributaria con arreglo a la naturaleza y a la fuente de las rentas inicialmente ocultadas a la Administración (art. 27.4 LGT); b) O bien presentar la declaración tributaria especial, incluyendo únicamente el valor de los bienes y derechos adquiridos o que traen causa de dichas rentas.

En ambos casos, si la regularización cumple las condiciones legalmente establecidas, cabe entender que se producirá la exención sobrevenida de las responsabilidades administrativas o penales por no presentar, dentro del plazo reglamentariamente establecido, la autoliquidación del impuesto que constituye su objeto (arts. 179.3 LGT y 305.4 CP). Sin embargo, en el primer caso, la cuota a ingresar resultará de la aplicación de las normas de liquidación de cada impuesto y, además, la Administración exigirá el recargo regulado en el artículo 27.2 de la LGT; mientras que en el segundo la cuota a ingresar resultará de la aplicación de un tipo proporcional sobre el valor declarado de los bienes y derechos titularidad del contribuyente, sin que proceda la exigencia ni de recargos ni de intereses de demora.

Si como todo parece indicar el contribuyente opta por regularizar su situación tributaria al menor coste posible y presenta una declaración tributaria especial, cabe interrogarse en qué situación quedan las obligaciones tributarias nacidas de la realización del hecho imponible de los impuestos directos subyacentes pues, salvo indicación legal en contrario, la deuda tributaria que de ellos se deriva no se extingue por el pago del gravamen especial (art. 59.1 LGT). Luego, mientras no prescriban, se mantiene vigente el derecho de la Administración a practicar la correspondiente liquidación.

Si esto es así, en relación con los periodos impositivos respecto a los cuales no ha prescrito el derecho de la Administración tributaria a practicar la correspondiente liquidación, la referencia a lo dispuesto en el artículo 39 de la LIRPF nos parece manifiestamente insuficiente para considerar que mediante la declaración especial se regulariza el incumplimiento del deber de presentar una autoliquidación completa y exacta por el IRPF, pues del tenor de la norma únicamente se desprende que las rentas aplicadas a la adquisición o tenencia de los elementos patrimoniales declarados no tendrán la consideración de «ganancia injustificada», pero de ello no se sigue que no puedan ser objeto de un procedimiento de comprobación que concluya con la correspondiente liquidación administrativa practicada con arreglo a su verdadera naturaleza tributaria y a la fuente de la que dichas rentas proceden, en cuyo caso el importe pagado tendría la consideración de ingreso a cuenta (art. 59.2 LGT).

Por el contrario, respecto a las rentas no declaradas obtenidas en periodos prescritos, la regla contenida en el apartado 3 de la disposición adicional primera provoca un «efecto de cierre» en virtud del cual, si el valor de los bienes adquiridos con ellas se incluye en la declaración tributaria especial, en caso de que se iniciara una comprobación, puesto que no alcanzaría al periodo impositivo de obtención, la regularización evitará que puedan imputarse como ganancia no justificada del periodo impositivo en el que se descubran.

En definitiva, aunque el reconocimiento voluntario de la titularidad de bienes o derechos cuya adquisición o tenencia no se corresponde con la renta o el patrimonio declarado (o con el contenido de la contabilidad) pueda considerarse una regularización, su alcance no puede ir más allá del establecido en la norma mediante la que se establecen los efectos de la declaración tributaria especial. Por consiguiente, salvo que se especifique claramente que, respecto a los periodos impositivos no prescritos, el pago del gravamen extingue también la posible deuda tributaria nacida con la realización del hecho imponible no declarado en cada uno de los impuestos afectados, difícilmente podrá entenderse que con la presentación de la declaración especial se está regularizando la situación tributaria del contribuyente cuando, según lo establecido en el artículo 27.4 de la LGT, para producir plenos efectos liberatorios de la responsabilidad infractora es necesario que se indique el tributo y el periodo impositivo que constituyen el objeto de la regularización.

b) Contenido de la declaración tributaria especial

Según establece el apartado 1 de la disposición adicional primera, el presupuesto del gravamen especial (hecho imponible) lo constituiría la titularidad de bienes y derechos cuya tenencia o adquisición no se corresponda con las rentas declaradas en los impuestos directos a los que el declarante está sujeto en territorio español. Sin embargo, la norma no indica que dicha titularidad debe mantenerse en el momento de presentar la declaración especial, sino que bastará con justificarla en cualquiera de los periodos impositivos cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012.

En este sentido, considerando que, con arreglo a lo indicado en la disposición final cuarta, la entrada en vigor se produjo el pasado día 31 de marzo de 2012, entendemos que podrán incluirse todos aquellos elementos patrimoniales de titularidad del declarante en cualquiera de los periodos impositivos correspondientes a los impuestos subyacentes que ya estén concluidos. Esta limitación temporal retrospectiva es una exigencia lógica, habida cuenta de que no cabe regularizar el incumplimiento de obligaciones tributarias respecto a las cuales todavía no se ha iniciado el plazo ordinario de declaración.

Si esto es así, y sin perjuicio de las circunstancias que determinan un periodo impositivo distinto al previsto con carácter general en las normas de gestión de los impuestos afectados, la regularización no alcanza al ejercicio 2011, pues los plazos de declaración del IRPF y del IS todavía no se han iniciado. Respecto al IRNR, debe distinguirse entre las rentas obtenidas mediante establecimiento permanente, en cuyo caso, por regla general, según el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (LIRNR), el periodo impositivo tiende a coincidir con el del IS, y las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, en cuyo caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 de la LIRNR, el límite lo establece la fecha en la que concluya el plazo para presentar la declaración trimestral en la que deba incluirse la renta devengada, siendo el último de ellos el correspondiente al cuarto trimestre de 2011 que finalizó el pasado día 30 de enero de 2012.

Por otra parte, en el apartado 4 de la disposición adicional primera se establece una restricción de carácter formal en virtud de la cual no podrán incluirse en la declaración especial los elementos patrimoniales correspondientes a rentas obtenidas en periodos impositivos respecto a los cuales se hubiere iniciado un procedimiento de comprobación o investigación por parte de la Administración tributaria.

Respecto a dicha limitación, debe significarse que se trata de una norma que pretende enfatizar el carácter voluntario de la regularización que se realiza mediante la declaración tributaria especial. Sin embargo, el texto normativo incurre en una posible contradicción pues indica que no producirán los efectos establecidos en los apartados 2 y 3 las declaraciones y los ingresos realizados una vez notificada la iniciación de los procedimientos de comprobación e investigación por los impuestos directos subyacentes, cuando, por el contenido de la declaración especial, no parece que deban identificarse ni los impuestos ni los periodos de los que proceden las rentas no declaradas de las que traen causa los elementos patrimoniales incluidos en la declaración tributaria especial. Luego, en caso de que se hubieran iniciado dichas actuaciones cabe preguntarse si el ingreso efectuado, al menos, ten-

drá la consideración de pago a cuenta de la cantidad que resulte de la liquidación administrativa o, por el contrario, se tratará de un ingreso indebido que genera el derecho a la devolución por duplicidad en el pago [art. 221.1 a) LGT].

Otra característica de los elementos patrimoniales a incluir en la declaración especial es que debe tratarse de bienes o derechos que revelen una capacidad económica que no se corresponda con la declarada en dichos periodos impositivos por el IRPF, IS o IRNR. Es decir, cuyo origen sean rentas o beneficios no declarados. Si esto es así, y sin perjuicio de los casos particulares en los que se haya producido una interrupción del cómputo de la prescripción, en la declaración tributaria especial se incluirían elementos patrimoniales titularidad del obligado tributario cuya adquisición o tenencia no se encuentre justificada por las rentas declaradas entre los años 2007 a 2010. Asimismo, considerando que, a efectos penales, aún no se ha consumado el plazo de prescripción de las posibles defraudaciones tributarias constitutivas de delito contra la Hacienda Pública cometidas el último día del plazo para presentar la autoliquidación correspondiente al IRPF y al IS del ejercicio 2006, también podría regularizarse dicho periodo impositivo siempre que se apruebe el modelo correspondiente antes del día 30 de junio de 2012 (IRPF) o del 27 de julio de 2012 (IS). Además, aquellas rentas no declaradas que se hubieren obtenido en periodos impositivos prescritos y respecto a las cuales el obligado tributario no disponga de la prueba acreditativa de dicha circunstancia podrían incluirse en la declaración tributaria especial para evitar su imputación a uno de los periodos impositivos no prescritos.

Por lo que se refiere a la magnitud económica (base imponible) sobre la que se aplica la alícuota proporcional, en el apartado 2 de la disposición adicional primera se establece que tendrá dicha consideración el importe o el valor de adquisición de los bienes o derechos incluidos en la declaración tributaria especial. En este sentido, el primer interrogante que se nos plantea es si dicha magnitud puede ser objeto de comprobación por parte de la Administración tributaria (art. 134 LGT) o incluso constituir el objeto de un procedimiento inspector [art. 141 d) LGT]. En principio, nada parece excluir dicha posibilidad, en cuyo caso corresponde al obligado tributario acreditar el importe o precio de adquisición del elemento patrimonial incluido en la declaración tributaria especial. No obstante, esta conclusión inevitablemente nos conduce a cuestionarnos acerca de cuál sería la consecuencia de una discrepancia respecto al valor declarado y al procedimiento que debería seguirse para resolverla.

Para ser coherentes con la posición que venimos sosteniendo, debemos responder que la declaración especial respecto a la cual la Administración oponga reparos no debería producir los efectos eximentes establecidos en el apartado 2 de la disposición adicional primera. Sin embargo, una vez más, se nos suscita la duda respecto al modo en que dicha situación debe resolverse, pues lo que no parece admisible es que la Administración tributaria pueda dictar una liquidación corrigiendo el valor declarado por el contribuyente que, a su vez, pudiera ser impugnada por este y constituir el objeto de un procedimiento administrativo de revisión o de un eventual juicio contencioso-administrativo. Por ello, la única posibilidad que, en estos momentos, se nos ocurre es que la Administración comunique el valor que, a su juicio, debería atribuirse a los elementos patrimoniales incluidos en la declaración tributaria especial, confirmando al obligado tributario un plazo para que proceda a la correspondiente subsanación con la indicación de que si no lo hiciere no se producirán los efectos establecidos en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera.

c) Forma de realizar la regularización mediante la declaración tributaria especial

Según establece el apartado 5 de la disposición adicional primera, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas aprobará un modelo específico de declaración que constituirá el cauce formal para efectuar la regularización. Sin embargo, en el apartado 2 se indica que, juntamente con la declaración, el contribuyente deberá incorporar la documentación necesaria que permita identificar los bienes y derechos cuyo valor constituye la magnitud económica sobre la que se aplica el tipo proporcional.

Atendiendo al carácter imperativo del precepto, debemos entender que si no se acompañan dichos elementos de prueba, la regularización no producirá los efectos indicados en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional, en cuyo caso, de nuevo cabe preguntarse a través de qué procedimiento la Administración pondrá dicha circunstancia en conocimiento del contribuyente. Una posibilidad sería comunicar dicho defecto formal y concederle el plazo general de subsanación para que se aporten las pruebas que permitan identificar los bienes y derechos que constituyen el contenido de la regularización, con la indicación de que de no aportarse se tendrá por no presentada. Otra posibilidad es archivar la declaración especial sin más trámite.

Un segundo aspecto que, a nuestro modo de ver, suscita algunas dudas es el alcance de la identificación de los elementos patrimoniales incluidos en la declaración tributaria especial. Una primera lectura nos conduce a entender que basta con aportar la información necesaria para conocer su naturaleza jurídica (bienes inmuebles, activos financieros, depósitos bancarios, etc.), la localización en la que se encuentran (datos registrales, número de cuenta corriente, entidad de crédito que custodia los valores, etc.) y el vínculo jurídico con el declarante (propietario, nudo propietario, usufructuario, fiduciario etc.). Sin embargo, considerando que el efecto regularizador puede proyectarse sobre periodos impositivos prescritos y no prescritos, para que la Administración pueda fijar los efectos jurídicos y económicos de dicha declaración especial, resulta fundamental identificar el origen y el momento en que dichas rentas se obtuvieron. Por ello, en caso de que se disponga de la prueba acreditativa de dichas circunstancias, entendemos que sería conveniente su aportación junto con la declaración tributaria especial.

d) Momento de presentar la declaración tributaria especial

Por lo que se refiere al momento en el que debe presentarse la declaración tributaria especial, la disposición adicional primera fija el término final del periodo de regularización en el día 30 de noviembre de 2012, para indirectamente remitirse a la normativa que debe dictar el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para que fije el término inicial. Luego, hasta que se dicte dicha disposición de desarrollo, en principio, ningún contribuyente podría acogerse a esta posibilidad de regularizar su situación tributaria, salvo que optara por presentar una declaración tributaria con el mismo contenido pero sin sujetarse al modelo.

Respecto al periodo de vigencia de la regularización especial, se nos plantean dos cuestiones. La primera es qué ocurre si se presenta una declaración tributaria especial fuera de plazo. La segunda es qué ocurre si desde la entrada en vigor de la norma y hasta la aprobación de la orden ministerial la Administración inicia la comprobación de un determinado periodo impositivo en el que un contri-

buyente obtuvo rentas que no declaró y que podría haber regularizado de haberse aprobado el correspondiente modelo de declaración.

En el primer caso, entendemos que la declaración especial extemporánea no producirá los efectos jurídicos y económicos indicados en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera. Sin embargo, de haberse realizado el correspondiente ingreso, o bien se trata de un pago a cuenta imputable a los impuestos directos subyacentes, o bien se trata de un ingreso indebido que genera el derecho a obtener la correspondiente devolución de oficio.

Si optamos por la primera conclusión, el efecto regularizador se mantiene, al menos, en la cantidad ingresada pues, si posteriormente se inicia un procedimiento de comprobación de los impuestos subyacentes no prescritos, el ingreso a cuenta tendría plenos efectos liberatorios respecto a la deuda tributaria que pudiera liquidarse. Otra cosa será determinar si, además, dicho ingreso genera el deber de soportar el recargo del artículo 27.2 de la LGT y si, por dicho importe, se eximiría al contribuyente de su posible responsabilidad por infracción tributaria o incluso por delito contra la Hacienda Pública. En este sentido, es manifiesto que se tratará de un ingreso voluntario efectuado antes del inicio del procedimiento de comprobación solo que sin sujeción al procedimiento establecido en el artículo 27.4 de la LGT, en cuyo caso, podría resultar de aplicación lo establecido en el artículo 191.6 de la LGT.

Respecto a la segunda cuestión, es necesario examinar si una declaración tributaria especial presentada una vez iniciado un procedimiento de comprobación cuya notificación se realizó con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012 puede tener efecto retroactivo y producir los efectos jurídicos y económicos indicados en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera.

A nuestro modo de ver, y sin perjuicio de lo que pudiera indicarse en la normativa de desarrollo, de producirse una situación como la descrita debería prevalecer el carácter voluntario que se predica de toda regularización y, en consecuencia, habida cuenta de que la decisión de presentar la declaración especial se toma una vez conocida la existencia de la acción administrativa tendente al descubrimiento de las rentas presuntamente no declaradas, no cabría reconocerle más efectos que los establecidos para las declaraciones extemporáneas presentadas en el curso de los procedimientos de comprobación.

e) Ingreso de la cantidad resultante de la declaración tributaria especial

Según lo indicado en el apartado 2 de la disposición adicional primera, sobre el valor de los elementos patrimoniales incluidos en la declaración tributaria especial se aplicará una alícuota proporcional del 10 por 100, obteniéndose la cantidad a pagar por el contribuyente que decida acogerse a esta forma de regularizar su situación tributaria.

Respecto a dicha magnitud económica, lo primero que cabe preguntarse es si se trata de una deuda tributaria en el sentido en que viene definida en el artículo 58.1 de la LGT. A nuestro modo de ver, la respuesta deber ser negativa pues no puede tratarse de una cuota tributaria en sentido estricto habida cuenta de que no trae causa de una obligación tributaria propiamente dicha, por cuanto no se ha realizado el hecho imponible de ningún tributo que produzca el nacimiento de un deber de pago a cargo del contribuyente (art. 20.1 LGT). Por ello, el carácter voluntario de la declaración tributaria especial determina

que el importe resultante de la autoliquidación del gravamen no pueda considerarse una deuda tributaria, aunque paradójicamente se pretende que su ingreso indirectamente determine la extinción de las deudas tributarias nacidas de la realización del hecho imponible de los impuestos directos subyacentes.

Otro de los aspectos que llama la atención respecto al importe resultante de la declaración tributaria especial es que en el apartado 2 de la disposición adicional primera se exige su ingreso como condición para reconocerle los efectos regularizadores. Es decir, a diferencia de lo indicado en el artículo 179.3 de la LGT, lo que verdaderamente confiere efectos jurídicos a la declaración tributaria especial no es tanto el reconocimiento de la titularidad de los bienes cuya tenencia o adquisición no se corresponde con las rentas declaradas en los impuestos directos subyacentes, como el pago de la cantidad unilateralmente determinada por el contribuyente.

Desde la perspectiva financiera (y presupuestaria) que, sin duda, inspira la introducción de una regularización tributaria distinta a la prevista en la LGT, es comprensible que el beneficio fiscal (y penal) asociado al reconocimiento de una defraudación tributaria consumada requiera el ingreso de la cantidad que la norma exige para concederlo. Luego, no se trata de una condición sino de un presupuesto de la regularización. Sin embargo, a diferencia de lo indicado en el artículo 27.3 de la LGT, de la redacción de la norma no se desprende que dicho ingreso tenga que ser simultáneo a la presentación de la declaración, pues en el apartado 5 de la disposición adicional primera se establece que el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, en ocasión de la aprobación del correspondiente modelo de declaración, establecerá el lugar de presentación y de ingreso, dejando abierta la posibilidad de que no coincidan en el tiempo.

Por consiguiente, nada impediría que se confiriese al contribuyente una suerte de plazo voluntario para efectuar el pago de la suma resultante de la declaración especial, de modo que si finalizado dicho periodo no constare realizado el ingreso se tendría por no presentada. Más aún, a la espera del posterior desarrollo reglamentario, y con la finalidad de incrementar la seguridad jurídica del proceso regularizador cuando los elementos patrimoniales sean inmuebles u otros activos no dinerarios, no descartaríamos el establecimiento de un trámite de valoración que, previo al ingreso, permitiera a la Administración y al contribuyente establecer de mutuo acuerdo el importe a incluir en la declaración tributaria especial.

f) Efectos económicos de la presentación de una declaración tributaria especial

Si como hemos mantenido en el apartado anterior, la suma resultante de la declaración especial no es una obligación tributaria en sentido estricto, cabe preguntarse qué ocurre si se presenta una declaración especial que no fuere acompañada del correspondiente ingreso.

A nuestro modo de ver, se trataría de un supuesto en el que no rige lo dispuesto en el artículo 27.3 de la LGT, pues no existe acción administrativa para reclamar su pago mediante el procedimiento administrativo de apremio. Más aún, puesto que ni siquiera existe una deuda a cargo del contribuyente sino un ingreso voluntario, entendemos que, en principio, dicha cantidad debería imputarse a la extinción de alguna de las deudas tributarias pendientes de cumplimiento por los impuestos y periodos en los que no se ha presentado la correspondiente autoliquidación o la presentada era

incompleta o inexacta (art. 63.1 LGT). El problema es que dichas deudas tributarias probablemente se mantienen ilíquidas precisamente como consecuencia del incumplimiento de la obligación de presentar la correspondiente autoliquidación.

En este sentido, cabe preguntarse también si sería admisible el fraccionamiento o el aplazamiento del pago de la cantidad resultante de la declaración especial. La lógica financiera que subyace en el fundamento del Real Decreto-Ley 12/2012 nos posicionaría a favor del reconocimiento de estas facilidades de pago siempre que fueran acompañadas de la correspondiente garantía. Sin embargo, la literalidad de las normas que configuran el régimen jurídico aplicable nos conduce a la posición contraria.

En primer lugar, el artículo 65.1 de la LGT contempla el aplazamiento o el fraccionamiento para las deudas tributarias que se encuentren en periodo voluntario de ingreso o pendientes de pago en periodo ejecutivo. Sin embargo, la cantidad resultante de la declaración especial ni es una deuda tributaria en sentido estricto, ni existe un plazo de ingreso equiparable a los establecidos en el artículo 62.1 de la LGT, salvo que así se estableciera en la orden ministerial de desarrollo. En segundo lugar, cuando el apartado 2 de la disposición adicional exige el *ingreso* de la suma resultante de la autoliquidación se desprende claramente que se trata de un presupuesto de la regularización, pues en caso contrario podría haberse utilizado el término *pago*, con lo que se abriría la puerta a las diferentes formas de cumplimiento de una obligación pecuniaria reguladas en la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título II de la LGT. Y, por último, por la propia naturaleza de este gravamen, en el contribuyente que se acoge a la regularización no deberían concurrir las circunstancias económicas de falta de liquidez que, según la ley, justifican la posposición del pago o el pago fraccionado.

Respecto a la posibilidad de solicitar la compensación, aunque la disposición adicional primera exige el ingreso y, como no podría ser de otro modo, el artículo 72.1 de la LGT únicamente se refiere a las deudas tributarias, cuando exista un derecho de crédito reconocido por la Administración tributaria a favor de quien presenta una declaración especial, el efecto extintivo entre deudas y créditos recíprocos nos conduciría a aceptar que su importe pudiera aplicarse total o parcialmente como forma de pago de la cantidad que de dicha declaración resulte a ingresar. Sin embargo, una vez más, se nos presenta la duda acerca de la naturaleza de la cantidad que resulta de una declaración tributaria especial, pues si no es propiamente una deuda tributaria, por el mero hecho de su autoliquidación no surge un deber de pago susceptible de extinguir mediante compensación con un derecho de crédito. Por ello, sin perjuicio de lo que pudiera indicarse en la normativa de desarrollo, en estos momentos nos inclinamos por rechazar esta posibilidad y entender que con el ingreso de la cantidad resultante de una declaración tributaria especial más que extinguir una deuda se cumple con el presupuesto de la regularización de la situación tributaria del contribuyente.

Llegados a este punto es el momento de valorar el alcance de la norma contenida en el segundo párrafo del apartado 2 de la disposición adicional primera en la que se establece la regla de inexigibilidad de recargos y de intereses de demora.

Una primera lectura del precepto podría conducirnos a considerar que se trata de la derogación singular (y temporal) de las normas que, respecto a dichas obligaciones tributarias accesorias a la principal, establecen los artículos 26.1 y 27.2 de la LGT; en cuyo caso una vez más deberíamos interrogarnos acerca de si es posible que mediante decreto-ley se adopte semejante medida.

Sin embargo, habida cuenta de que, tal como sostenemos, la cantidad resultante de la declaración especial no es propiamente una obligación tributaria, es coherente con dicha naturaleza voluntaria que, respecto a dicho importe, la Administración tributaria no pueda exigir el pago de recargos por su presentación extemporánea –pues únicamente puede presentarse dentro el plazo que fija la norma– ni tampoco intereses de demora por la eventual falta de pago pues, como hemos visto, dicho ingreso no conlleva la cancelación de deuda tributaria pendiente sino que constituye el presupuesto de la regularización. Otra cosa distinta ocurre si lo que se interpreta es que al contribuyente que presenta la declaración tributaria especial se le exonera de los posibles recargos e intereses de demora que la Administración tributaria pudiera exigir en el futuro como consecuencia de la liquidación de los impuestos directos subyacentes no prescritos que constituyen el ámbito objetivo de aplicación de la declaración especial.

Si esto fuere así, en este caso, además de los reparos respecto al rango normativo de la norma que contradice lo indicado en la LGT, lo que se desprendería del tenor de la disposición adicional primera es que efectivamente el ingreso realizado constituiría un «pago a cuenta» del IRPF, IS o IRNR no declarado, de modo que en caso de que el mismo contribuyente se decidiera a presentar una declaración extemporánea por alguno de dichos impuestos, la cantidad ingresada mediante declaración especial minoraría el importe de la deuda autoliquidada a los efectos de establecer la base sobre la que se aplicarían los recargos del artículo 27.2 de la LGT y se calcularían los intereses de demora.

A buen seguro, esta interpretación sistemática no es la pretendida por el redactor de la norma, pues resulta evidente que el mensaje que se quiere difundir para incentivar el afloramiento de rentas no declaradas es que el pago del gravamen libera definitivamente de cualquier otra obligación de contenido económico derivada de la regularización. Sin embargo, dicho efecto no es el que, a nuestro modo de ver, se desprende del texto de la norma y, por ello, sería preferible disponer de una redacción más precisa que proporcionase mayor seguridad jurídica acerca de las consecuencias económicas de la presentación de la declaración tributaria especial.

g) Efectos de la regularización tributaria practicada mediante declaración tributaria especial sobre la responsabilidad por infracción tributaria

Según se indica en el apartado 2 de la disposición adicional primera, la presentación de una declaración tributaria especial y el ingreso de la cantidad resultante de la misma determinarán la no exigibilidad de sanciones por las infracciones tributarias imputables al obligado tributario. Luego, en principio, podríamos pensar que nos encontramos ante un supuesto semejante al regulado en el artículo 179.3 de la LGT, cuando establece que no incurrir en responsabilidad infractora los contribuyentes que voluntariamente regularicen su situación tributaria. Sin embargo, aunque el término utilizado por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 para definir la naturaleza jurídica del acto realizado por quien presenta una declaración tributaria especial es el de *regularizar* su situación tributaria, si examinamos detenidamente el contenido de dicha acción advertiremos que no coincide ni en el fondo ni en la forma con la que realiza el obligado tributario que voluntariamente presenta una declaración extemporánea de la que resulta una cuota tributaria a ingresar.

La primera diferencia que podemos apreciar entre una y otra forma de regularizar es el efecto jurídico que la norma asocia a dicho comportamiento. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 179.3 de la LGT, quienes presentan una declaración extemporánea de la que resulta una cantidad a ingresar que pone de manifiesto la comisión de una infracción tributaria en relación con el impuesto y periodo que constituye el objeto de la misma, no *incurren* en responsabilidad por dicha infracción consumada. Luego, interpretado conjuntamente con lo establecido en el artículo 191.1 de la LGT, en el que se tipifica como infracción el dejar de ingresar la cuota tributaria dentro del plazo legalmente establecido *salvo* que dicho incumplimiento se *regularice* con arreglo a lo indicado en el artículo 27.4 de la LGT, podríamos concluir que se trata de un supuesto de **atipicidad sobrevenida**, puesto que el efecto jurídico del comportamiento poscomisivo del obligado tributario se proyecta sobre la propia definición del tipo infractor ¹.

Sin embargo, en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 se establece que la presentación de la declaración tributaria especial determina la *no exigibilidad* de las sanciones tributarias que pudieran corresponder por los hechos con trascendencia tributaria reconocidos mediante dicha declaración. No obstante lo anterior, tal como ya hemos señalado respecto a los recargos, por el carácter voluntario de este gravamen, la presentación de una declaración tributaria especial no revela la comisión de una infracción tributaria referida a la titularidad de los elementos patrimoniales que en ella se incluyen, sino que, en todo caso, pondría de manifiesto la posible comisión de una infracción tributaria por el incumplimiento del deber de ingresar las cuotas tributarias de los impuestos directos subyacentes. Luego, considerando que dicha infracción se habría cometido en la fecha en la que concluyó el plazo para presentar la autoliquidación del IRPF, del IS o del IRNR, y puesto que la regularización no se habría realizado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 27.4 de la LGT, la presentación de la declaración especial no afectaría al hecho típico sino exclusivamente a su reproche jurídico, lo que nos conduce a la conclusión de que se trata de una regularización cuyos efectos se proyectan exclusivamente sobre la **punibilidad** del incumplimiento del deber de ingresar las cuotas tributarias resultantes de los impuestos directos subyacentes que pudieran resultar de una eventual comprobación administrativa.

Planteada la cuestión en estos términos, la segunda diferencia que podemos advertir se refiere al propio contenido de la declaración que constituye el reconocimiento de la comisión de una infracción tributaria.

Cuando un obligado tributario presenta una declaración extemporánea en la que incluye elementos del hecho imponible no declarados en el momento legalmente oportuno e identifica el impuesto y el periodo defraudados, está reconociendo el incumplimiento de un deber formal como es el de presentar la correspondiente autoliquidación [art. 29.2 c) LGT]. Si además efectúa el pago de la cuota tributaria resultante de dicha declaración extemporánea, está subsanando el incumplimiento de la obligación tributaria principal derivada de la realización del hecho imponible (art. 19 LGT). Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 27.3 de la LGT se desprende que el ingreso de la deuda tributaria resultante de una declaración-liquidación extemporánea no es condición para conceder el efecto que, sobre la responsabilidad infractora, produce la regularización, puesto que en caso de que no se efectuase el ingreso la Administración podrá iniciar el procedimiento de recaudación en vía de

¹ Ya nos pronunciamos en el mismo sentido en nuestro trabajo «La regularización de la defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública», en *RCyT*, CEF, septiembre 2011, págs. 36.

apremio. Por consiguiente, el elemento principal de la regularización «ordinaria» es el reconocimiento pleno de la realización del hecho imponible y de la deuda tributaria que del mismo resulta.

Por el contrario, en la regularización «especial» prevista en la disposición adicional primera no se exige al obligado tributario que reconozca el incumplimiento del deber de declarar las rentas que, en su día, fueron ocultadas a la Administración, sino que determine el valor de unos elementos patrimoniales presuntamente adquiridos con ellas y efectúe el ingreso de la cantidad resultante de aplicar sobre dicho valor una alícuota proporcional. Luego, en este caso, el fundamento último de la renuncia al *ius puniendi* no sería tanto el reconocimiento del incumplimiento cometido, sino el pago de una determinada suma. Por consiguiente, a diferencia de lo establecido en el artículo 27.3 de la LGT, si no se efectúa dicho ingreso, la presentación de la declaración especial no produce efecto jurídico alguno respecto a la responsabilidad infractora del obligado tributario.

Directamente relacionada con las anteriores, la última diferencia que se produce entre ambos tipos de regularización es de carácter formal. La declaración tributaria especial es un instrumento para regularizar la situación tributaria del contribuyente respecto a unos determinados impuestos (no para todos) que, además, se aparta del modelo de actuación establecido en el artículo 27.4 de la LGT. Con carácter general, la norma exige al obligado tributario que pretende regularizar su situación tributaria que presente la autoliquidación correspondiente al tributo defraudado incluyendo todos los elementos del hecho imponible omitidos en su día. De este modo, la Administración conoce el impuesto y periodo impositivo afectado por la regularización y, sin perjuicio de su comprobación, queda delimitado el ámbito objetivo al que se extiende la exención de la responsabilidad infractora. Por el contrario, en la regularización *especial*, salvo indicación en contrario de la norma de desarrollo, ni se identifica el tributo defraudado, ni se indica el periodo impositivo del que proceden las rentas omitidas, ni se practica la liquidación de la cuota tributaria resultante del hecho imponible realizado. Luego, a nuestro modo de ver, el efecto que su presentación produce sobre la responsabilidad del obligado tributario únicamente se extendería a las rentas no declaradas de las que proceden los elementos patrimoniales incluidos en la declaración especial, pero no a cualesquiera otras infracciones tributarias que resultasen de una comprobación administrativa de los impuestos y periodos no prescritos.

En definitiva, la regularización introducida mediante la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 no es equiparable a la regularización regulada en el artículo 179.3 de la LGT. Por consiguiente, se nos plantean serias dudas acerca de si la presentación de una declaración tributaria especial producirá, respecto a la responsabilidad infractora por el incumplimiento del deber de declarar la realización del hecho imponible de los impuestos directos anteriormente indicados, los mismos efectos que la presentación de una declaración-liquidación extemporánea.

h) Efectos de la regularización tributaria practicada mediante declaración tributaria especial sobre la responsabilidad penal del obligado tributario

En cuanto a los efectos de la presentación de una declaración tributaria especial sobre la posible responsabilidad penal del obligado tributario nada se dice en el texto de la disposición adicional primera que permita asociar dicha actuación al comportamiento descrito en el artículo 305.4 del Código

Penal, más allá de la indicación contenida en su apartado primero en el sentido de que el objeto de su presentación es *regularizar la situación tributaria* del contribuyente por el IRPF, IS e IRNR.

Una primera lectura del precepto podría llevar a pensar que se exonera al obligado tributario de la posible imputación de un delito contra la Hacienda Pública cuando la cantidad a ingresar resultante de la declaración tributaria especial supera el límite de los 120.000 euros establecido en el artículo 305.2 del Código Penal. Es decir, se trataría de reconocer al declarante la exención de la responsabilidad penal por los hechos constitutivos de la defraudación tributaria consumada puestos de manifiesto al presentar voluntariamente dicha declaración. Sin embargo, considerando que tal como hemos sostenido, no existe propiamente una obligación tributaria en sentido estricto derivada del contenido de la declaración especial, el reconocimiento de la existencia de elementos patrimoniales cuya tenencia o adquisición no se corresponde con las rentas declaradas en el IRPF, IS e IRNR, solo indirectamente insinúa la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública en relación con tales impuestos, sin que del contenido de la declaración especial se pueda conocer ni el periodo impositivo de comisión, ni el importe de las rentas no declaradas, ni menos aún las cantidades a las que asciende la cuota tributaria defraudada.

Por consiguiente, si las rentas no declaradas fueron obtenidas en periodos impositivos respecto a los cuales ha prescrito la acción penal, con la presentación de la declaración especial, más que evitar la condena por el delito contra la Hacienda Pública efectivamente cometido, lo que se consigue es evitar que, en caso de descubrirse la tenencia de dichos elementos patrimoniales y que no pueda justificarse adecuadamente el periodo de generación de las rentas no declaradas, por la Administración se consideren obtenidas en el periodo impositivo en que se descubren. Luego, en estos casos, mediante la presentación de la declaración especial no se estaría regularizando propiamente la defraudación tributaria consumada sino, en todo caso, previniendo la imputación de unos hechos presuntamente delictivos a un periodo en el que no se realizaron. Por el contrario, si las rentas no declaradas se han obtenido en el ejercicio 2006 o posteriores, en caso de que se descubra la defraudación tributaria consumada, el ejercicio del *ius puniendi* no corresponde a la Administración tributaria sino al juez de lo penal. Luego, en estas circunstancias, resulta muy arriesgado concluir que con la mera presentación de la declaración especial indicando el valor de los elementos patrimoniales supuestamente adquiridos con las rentas no declaradas, e ingresando la cantidad resultante de aplicar el porcentaje fijado en la disposición adicional primera, se efectúe una regularización completa de la situación tributaria del contribuyente en los términos en que dicho comportamiento posdelictivo viene definido el artículo 305.4 del Código Penal.

En cualquier caso, debe señalarse que, desde una perspectiva formal, la regularización practicada mediante la presentación de una declaración especial en ningún caso constituye una regularización de los impuestos subyacentes, ni se ajusta a la interpretación que hasta el momento se viene haciendo del artículo 305.4 del Código Penal pues, visto su contenido y forma de presentación, es evidente que con ella no se corrige el incumplimiento de la obligación de declarar el hecho imponible ocultado a la Administración tributaria y, desde la perspectiva de la reparación del daño, solo se corrige parcialmente el perjuicio económico causado a la Hacienda Pública al eludir el pago de dichos tributos.

Por ello, sin perjuicio de su posible efecto eximente sobre la responsabilidad por infracción tributaria en los términos indicados en el apartado anterior, tenemos serias dudas de que, respecto a los

periodos impositivos no prescritos penalmente, dicha regularización especial produzca los efectos eximentes de la responsabilidad penal del obligado tributario, al menos mientras no asistamos a un cambio radical en la jurisprudencia penal que hasta el día de hoy se ha ocupado de definir los contornos de la regularización de la defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública ². Otra cosa distinta sería que la Administración tributaria, a la vista de la presentación de una declaración tributaria especial, se abstuviera de presentar la correspondiente denuncia por la existencia de indicios de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública referido a los impuestos directos subyacentes no prescritos, lo cual, además de suscitar una importante inseguridad jurídica en el contribuyente (por el carácter potestativo de dicha decisión), probablemente no encuentre amparo legal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en el Código Penal, lo que nos conduce al estudio del texto del nuevo artículo 180.2 de la LGT establecido por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 12/2012.

2. EL GRAVAMEN ESPECIAL SOBRE DIVIDENDOS Y RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA DERIVADAS DE LA TRANSMISIÓN DE VALORES REPRESENTATIVOS DE FONDOS PROPIOS DE ENTIDADES NO RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

En el subapartado *uno* del apartado *tercero* del artículo 2 del Real Decreto-Ley 12/2012, se introduce una disposición adicional (la decimoquinta) en el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), que, bajo la denominación de «gravamen especial», regula un régimen especial de tributación al que, durante el ejercicio 2012, podrán acogerse los sujetos pasivos del IS. En el apartado 5 de la nueva disposición adicional decimoquinta del TRLIS se indica que la autoliquidación y el ingreso correspondiente deben realizarse en el plazo de los 25 días naturales posteriores a la fecha del devengo, situación que se produce el día en que se adoptan los acuerdos de distribución de beneficios procedentes de las entidades no residentes o en el que se produce la transmisión de los valores representativos de la participación. En caso de que en el momento del devengo no se hubiere aprobado el correspondiente modelo de autoliquidación, el referido plazo se iniciará al día siguiente de fecha de entrada en vigor de la orden ministerial.

Analizando la estructura del gravamen, y a diferencia de lo indicado en el apartado anterior respecto al introducido mediante la disposición adicional primera, pensamos que, en este caso, no nos encontramos propiamente ante una nueva figura impositiva pues el hecho imponible, el sujeto pasivo y la base imponible, coinciden con lo establecido en el TRLIS, solo que se ofrece al contribuyente que posea una participación en el capital o fondos propios de entidades residentes en un territorio con el que no exista un Convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, o tenga la consideración de paraíso fiscal, y siempre que las entidades participadas realicen actividades empresariales, una alternativa para declarar los dividendos o plusvalías procedentes de dicha participación a un coste fiscal significativamente inferior al que resulta de aplicar el tipo general del impuesto y equiparable al que resultaría si con el territorio de la fuente se hubiere suscrito un Convenio con cláusula de imposición limitada y, por concurrir todos los requisitos del artículo 21 del TRLIS, dichas rentas gozaran de la correspondiente exención en España.

² Como muestra de la posición actual de la doctrina de nuestro Alto Tribunal pueden verse entre otras la STS de 20 de septiembre de 2000 (NFJ009807) y la STS de 20 de mayo de 2009 (NFJ035023).

Es decir, no se trataría tanto de favorecer la regularización de rentas ocultas en periodos impositivos anteriores como de reducir la tributación efectiva de unas rentas difíciles de descubrir y, de este modo, facilitar la declaración de unos beneficios obtenidos en el ejercicio en curso que, en las circunstancias actuales, podrían quedar excluidos de la autoliquidación a presentar por las sociedades a las que se dirige la norma. Desde esta perspectiva, podríamos decir que la norma tendría un efecto de anticipación respecto a una eventual omisión de dichas rentas, incentivando su declaración aunque sea al margen de la base imponible general del impuesto.

Si esto es así, la cantidad resultante de la autoliquidación tendrá la consideración de deuda tributaria a todos los efectos pero, a diferencia de lo señalado respecto a la declaración tributaria especial, la norma impone que el ingreso del gravamen sea simultáneo a la presentación de la autoliquidación. No obstante lo anterior, habida cuenta de que se trata de una deuda tributaria, nos inclinaríamos por considerar de aplicación lo indicado en el artículo 27.3 de la LGT para el caso de que se presente una declaración sin ingreso. Del mismo modo, por idéntica razón y pese a la literalidad del precepto, entendemos que para el pago de la deuda resultante de la autoliquidación podría concederse un aplazamiento o un fraccionamiento y, en su caso, aceptarse su compensación con los créditos tributarios que, por cualquier concepto, la sociedad tuviere reconocidos a su favor.

En definitiva, si el único elemento de la estructura del tributo que resulta afectado por la norma es el tipo de gravamen aplicable a determinadas rentas sujetas al IS, más que ante un nuevo gravamen (entendido como figura tributaria autónoma) quizás fuera más preciso considerarlo un régimen especial de vigencia limitada. De este modo, quizás podrían atenuarse algunos de los reparos que, desde la perspectiva constitucional, podrían oponerse a su regulación mediante decreto-ley.

Curiosamente, desde esta perspectiva, llegamos a la conclusión de que aquello que la norma denomina «gravamen» es una figura que estructuralmente no se distingue del impuesto subyacente, mientras que no se atreve a utilizar dicho *nomen iuris* para identificar la declaración tributaria especial regulada en la disposición adicional primera cuando, a nuestro juicio, sí que constituye un gravamen diferenciado de los impuestos directos subyacentes. Desentrañar la razón de todo ello excede del propósito de este trabajo.

3. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 180 DE LA LGT

Para reforzar la seguridad jurídica de los posibles destinatarios de la regularización prevista en la disposición adicional primera, mediante la disposición final primera se modifica el artículo 180 de la LGT introduciendo un nuevo apartado en virtud del cual se faculta a la Administración tributaria a no presentar la denuncia por delito contra la Hacienda Pública en los casos en los que considere que la regularización realizada por el contribuyente es completa y exacta. Con ello, el legislador proporciona una definición de lo que significa *regularizar* que, por el carácter de tipo penal en blanco que se predica del artículo 305 del Código Penal, permite esclarecer algunas de las dudas interpretativas que hasta ahora ha suscitado el texto de su apartado 4.

A diferencia de la disposición adicional primera, la norma contenida en la disposición final primera no tiene carácter temporal sino vocación de permanencia y se aplicará a cualquier forma de regularización tributaria prevista en las leyes, ya sea la que, regulada en los artículos 27.4 y 179.3 de la LGT, en apartados anteriores hemos convenido en denominar «ordinaria», ya sea la regularización a realizar hasta el día 30 de noviembre de 2012 mediante la presentación de una declaración tributaria especial.

No obstante lo anterior, debemos destacar un aspecto que quizás haya pasado por alto al redactor del precepto. Nos referimos a la indicación acerca de que, para reconocer los efectos eximentes de la posible responsabilidad penal derivada de una defraudación tributaria consumada, el contribuyente debe efectuar un reconocimiento completo del hecho imponible realizado y pagar la deuda *tributaria* que resulte de su autoliquidación extemporánea. Estas condiciones, que serán tratadas con mayor detenimiento en los párrafos siguientes, resultan coherentes con el régimen jurídico de la regularización tributaria regulada en el artículo 27.4 de la LGT. Sin embargo, difícilmente podrán aplicarse a la regularización tributaria «especial» regulada en la disposición adicional primera pues, tal como se ha expuesto en los apartados anteriores, ni por el contenido, ni por la forma, ni menos aún por el importe resultante de una declaración tributaria especial, puede entenderse que el contribuyente ha efectuado un reconocimiento completo de las rentas ocultadas a la Administración tributaria por los impuestos directos subyacentes, y menos aún que ha efectuado el ingreso de una deuda tributaria en sentido estricto. Por ello, desde esta sede, recomendaríamos que por parte del legislador se subsanase cuanto antes dicha imprecisión terminológica para evitar futuras interpretaciones que pudieran comprometer la eficacia recaudatoria de la medida adoptada por el Gobierno.

Efectuadas las consideraciones anteriores, de entre todas las cuestiones que suscita la lectura del precepto son dos las que, a nuestro modo de ver, merecen un comentario detenido. La primera se refiere al juicio de oportunidad de la decisión de modificar un artículo como el 180 de la LGT mediante un decreto-ley. La segunda se sitúa en el ámbito del análisis de los efectos que una norma tributaria puede producir en el orden penal y, sobre todo, en las normas por las que se rige el inicio del proceso jurisdiccional por un delito contra la Hacienda Pública.

Desde la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el legislador tributario tiene pendiente la modificación del artículo 180 de la LGT pues, con la introducción del artículo 305.5 del Código Penal, habría quedado fuera de contexto el régimen desarrollado en la disposición adicional décima de la LGT. Al propio tiempo, tal como venimos sosteniendo en trabajos anteriores ³, la aplicación de la cláusula contenida en el artículo 305.4 del Código Penal excede de los límites dogmáticos propios de la figura de la excusa absolutoria y, desde la perspectiva del deber de denunciar que incumbe a los órganos de la Administración tributaria, era del todo necesaria una reforma legislativa que amparase los supuestos de declaración extemporánea de la que resultan cuotas a ingresar superiores a 120.000 euros que no son objeto de denuncia por entender que el obligado tributario ha regularizado correctamente su situación tributaria.

Por todo ello, no podemos sino recibir con cierta satisfacción la decisión de proporcionar seguridad jurídica tanto a la Administración como a los contribuyentes, mediante la cobertura legal de una práctica común en los supuestos de regularización, confirmando con ello la tesis acerca de que

³ «La regularización...», *op. cit.*, pág. 35.

en el artículo 305.4 del Código Penal se regula un supuesto más cercano a la atipicidad sobrevenida que a una causa de levantamiento de la pena. Además, esta modificación que, sin duda, tendrá consecuencias en la jurisprudencia penal que hasta ahora se ha mantenido inalterable en la caracterización de los efectos de la regularización sobre la responsabilidad penal del autor de una defraudación tributaria consumada, a nuestro modo de ver, permite considerar que el comportamiento posdelictivo del contribuyente no solo incide en su responsabilidad por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública sino también en la posible responsabilidad por la comisión de otros tipos penales que pudieran concurrir en una defraudación tributaria de cierta complejidad.

Nos referimos fundamentalmente a los delitos de alzamiento de bienes y de blanqueo de capitales respecto a los cuales, si los efectos penales de la regularización tributaria se mantienen en el ámbito de la punibilidad, no quedarían a salvo de la posible acción penal de la que el reconocimiento voluntario de la defraudación tributaria consumada sería una prueba de cargo difícilmente rebatible. Por el contrario, si al amparo del texto del nuevo artículo 180.2 de la LGT prospera la opinión doctrinal y jurisprudencial acerca del carácter atípico del delito contra la Hacienda Pública que ha sido debidamente regularizado antes del inicio de los procedimientos administrativo o judiciales tendentes a su persecución, dicha atipicidad se comunicaría también a los delitos conexos que quedarían desprovistos de trascendencia penal.

No obstante lo anterior, nuestra satisfacción no puede ser completa. Por una parte, porque el instrumento normativo utilizado para modificar una norma, que trascendiendo el ámbito de lo tributario, se inserta en el ordenamiento jurídico penal, quizás pueda comprometer su viabilidad futura. En segundo lugar, porque no se ha aprovechado la ocasión para adaptar el régimen de suspensión de los procedimientos administrativos a la nueva situación derivada de lo establecido en el artículo 305.5 del Código Penal que, respecto a los periodos impositivos que no se encuentran prescritos en el momento de ejercer la acción penal, permite (o exige) que sea la Administración tributaria la que dicte la liquidación de la cuota tributaria defraudada por el autor del delito contra la Hacienda Pública. Y, finalmente, porque, como veremos seguidamente, el texto del precepto presenta un sesgo valorativo que, a nuestro juicio, introduce una dosis excesiva de discrecionalidad administrativa en el momento de decidir el ejercicio de la acción penal.

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos del nuevo artículo 180.2 de la LGT podemos distinguir los de carácter sustantivo de los de carácter procesal. Respecto a los primeros, mención especial merece la indicación de que los posibles efectos eximentes de la responsabilidad penal de quien efectúa una regularización tributaria están condicionados al pago de la deuda resultante de la autoliquidación presentada después de concluido el plazo voluntario de declaración e ingreso del tributo defraudado. Con ello, parece que se acoge la doctrina mayoritariamente sostenida tanto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ⁴, como por la Fiscalía General del Estado ⁵.

Sin embargo, una lectura más detenida de la norma quizás pueda aportar una interpretación algo más amplia de este requisito. Si contrastamos el texto del nuevo artículo 180.2 de la LGT con el tex-

⁴ Dicho criterio puede verse reflejado entre otras en la STS de 30 de octubre de 2001 (NFJ011115), STS de 15 de julio de 2002, STS de 20 de septiembre de 2000, STS de 3 de abril de 2003 (NFJ016242), STS de 30 de abril de 2003 (NFJ013982), STS de 30 de mayo de 2003 y en la STS de 1 de febrero de 2006.

⁵ Circular 2/2009, de 4 de mayo, del Fiscal General del Estado.

to de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, advertiremos que mientras el primero utiliza el término *pago*, la segunda se refiere al *ingreso* de la cantidad resultante de la declaración tributaria especial. Luego, si bien el ingreso en efectivo constituye una de las formas en las que puede pagarse la deuda tributaria (art. 60.1 LGT), con arreglo a lo dispuesto en la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título II de la LGT se regulan otras formas de pago de la obligación tributaria principal, siendo particularmente aplicables al presente caso el aplazamiento (art. 65 LGT), el fraccionamiento (art. 65 LGT), la compensación (art. 71 LGT), o incluso el pago en especie (art. 60.2 LGT).

Desde esta perspectiva, una vez más, nos alineamos con el sector doctrinal que en los últimos tiempos viene sosteniendo que el ingreso de la deuda tributaria resultante de una declaración extemporánea de la que resulta una cuota superior a 120.000 euros constituye un elemento más para valorar la voluntad regularizadora del contribuyente pero no un requisito de obligada observancia en todos y cada uno de los supuestos que se suscitan cuando no se efectúa simultáneamente con la presentación de la declaración mediante la que se reconoce la defraudación tributaria consumada ⁶.

Otro de los aspectos sustantivos del nuevo artículo 180.2 de la LGT es la referencia que contiene acerca de los efectos que produce el ingreso de una deuda tributaria correspondiente a un periodo respecto al cual ha concluido el plazo de prescripción del derecho de la Administración tributaria a practicar la correspondiente liquidación administrativa. Se trata de lo que se conoce como la regularización del «quinto año» ⁷ y aunque, a nuestro modo de ver, el texto de la norma adolecería de cierta imprecisión terminológica, trata de establecer los efectos de la presentación de una declaración extemporánea por un periodo en el que, si bien se mantiene vigente la acción penal, los órganos de la Administración no pueden comprobar los hechos presuntamente constitutivos del delito contra la Hacienda Pública.

Planteada la cuestión en estos términos, es hasta cierto punto comprensible que, a fin de ampliar todo lo posible el ámbito temporal de la regularización, el Gobierno trate de favorecer el reconocimiento de las rentas no declaradas en impuestos directos devengados durante el año 2006 y ejercicios anteriores. Sin embargo, en este caso, tenemos serias dudas de que una norma tributaria introducida mediante decreto-ley tenga la fuerza necesaria para condicionar la aplicación de una norma de superior rango normativo como es el artículo 305.4 del Código Penal. Curiosamente, el propio redactor del precepto elude utilizar el concepto de *ingreso* o de *pago* para referirse a la acción de regularizar y, en su lugar, utiliza un término ambiguo e impreciso como es el de *satisfacción de las deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación*. Por ello, respecto a la interpretación del segundo párrafo del artículo 180.2 de la LGT, habremos de esperar a conocer la posición que puedan adoptar los jueces y Tribunales del orden penal acerca de su eficacia para evitar la denuncia del delito contra la Hacienda Pública consumado, y para sustraer la decisión sobre su eventual regularización al conocimiento jurisdiccional.

Desde la perspectiva procesal lo primero que debe destacarse es la referencia a que el reconocimiento derivado de la regularización debe ser completo, pues con ello se pone de manifiesto que

⁶ A mayor abundamiento puede verse el excelente trabajo de BLÁZQUEZ LIDOY, A.: «Regularización del delito fiscal: ¿Es necesario el pago? Análisis tributario a propósito de la Circular 2/2009 de la Fiscalía General del Estado», *RCyT*, CEF, núm. 343, págs. 87-128.

⁷ En este sentido, resulta muy interesante el planteamiento de FALCÓN Y TELLA, R.: «La regularización del quinto año» en *Quincena Fiscal*, febrero 2012, págs. 7-11.

la Administración debe comprobar el contenido de la declaración extemporánea presentada por el obligado tributario a fin de verificar si efectivamente incluye todos los elementos del hecho imponible realizado. Luego, sin perjuicio de las facultades de obtención de información que, con carácter general, se reconocen a los órganos de la Administración tributaria y habida cuenta de que para conceder el beneficio penal previsto en el artículo 305.4 del Código Penal es condición indispensable que no se haya iniciado un procedimiento de comprobación o investigación, entendemos que incumbe al propio obligado tributario proporcionar a la Administración todos los elementos de prueba necesarios para efectuar dicha verificación.

Si así no lo hiciere, o la documentación aportada resultare manifiestamente insuficiente o contradictoria con los datos obrantes en poder de la Administración, se expone a la presentación de la correspondiente denuncia para que sea el juez quien compare la autoliquidación extemporánea realizada por el contribuyente con la que, a tal efecto, pueda realizar la Administración en el informe que acompaña la denuncia. Precisamente por ello, nos resulta difícil equiparar los efectos procesales de la regularización de los periodos impositivos no prescritos tributariamente con la regularización del quinto año, pues en este caso la comprobación de la veracidad y exactitud de la declaración extemporánea debería realizarse en sede judicial.

En cualquier caso, inmediatamente después de reconocer la facultad de la Administración para comprobar el contenido de la regularización, surge la duda acerca de cuál debería ser el procedimiento aplicable para efectuar dicha comprobación. En principio, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 b) de la LGT, dicha función correspondería a los órganos de la Inspección de los tributos mediante la iniciación de un procedimiento inspector posterior a la presentación de la declaración extemporánea de la que resulten cuotas a ingresar superiores a 120.000 euros. Sin embargo, del texto de la norma no se desprende que queden excluidos de dicha función los órganos de gestión tributaria mediante la iniciación de un procedimiento de verificación de datos (art. 131 LGT) o de comprobación limitada (art. 136 LGT).

Sea como fuere, es evidente que en el Real Decreto-Ley 12/2012 se recepciona la doctrina que respecto a esta cuestión ha mantenido el Tribunal Supremo en el sentido de que la regularización que pretenda proporcionar cobertura ante la posible responsabilidad penal de quien presenta la declaración extemporánea debe ser completa y exacta, sin que sea admisible una regularización de carácter parcial ⁸.

El segundo aspecto que, en nuestra opinión merece destacarse, es el efecto que la regularización produce sobre el deber de denunciar la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública al que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 95.3 y 180.1 de la LGT y, sobre todo, en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están sujetos los funcionarios y órganos de la Administración tributaria. Es decir, para enervar el carácter imperativo de dicho deber es necesario que por una norma de igual o superior rango normativo se describa con precisión el supuesto de hecho que justifica que no se comunique la *notitia criminis* de una defraudación tributaria consumada y, lo que es más importante, que el ejercicio de la acción penal no quede sujeto al arbitrio de quien, por razón de su cargo o condición profesional, conoce la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública.

⁸ En este sentido resulta particularmente ilustrativa la STS de 2 de junio de 2005.

Aunque con cierta imprecisión terminológica el nuevo artículo 180.2 de la LGT cumple con la primera condición pues exonera a la Administración tributaria de remitir el expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial cuando compruebe que el presunto autor de un delito contra la Hacienda Pública ha presentado una regularización completa y exacta y ha pagado la deuda tributaria que de la misma se deriva. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el texto del artículo 180.2 de la LGT no cumple con la segunda condición pues, al utilizar el término *estímase* para definir la posición de la Administración tributaria respecto a la regularización, introduce un componente valorativo que nos suscita serias dudas acerca de si mediante un decreto-ley puede dejarse en manos de los órganos administrativos la decisión de iniciar o no un proceso penal.

El reconocimiento de un margen de apreciación a la Administración para que valore si los hechos puestos de manifiesto en el curso de un procedimiento inspector constituyen o no indicios de la posible comisión de un delito contra la Hacienda Pública, encuentra su fundamento en la necesidad de evitar que se criminalice cualquier discrepancia entre el contribuyente y los órganos administrativos de la que resulte una liquidación por importe superior a 120.000 euros. Por ello, en el apartado primero del artículo 180 de la LGT, se confiere a la Administración la facultad de valorar si, a la vista de los hechos descubiertos, procede remitir el expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial o, por el contrario, las posibles infracciones cometidas por el contribuyente deben sancionarse en vía administrativa.

Sin embargo, cuando se presenta una declaración-liquidación extemporánea de la que resulta una cuota a ingresar superior a 120.000 euros, más que indicios, lo que existe es la evidencia de una defraudación tributaria. Por ello, en estas circunstancias, salvo que sea la propia ley la que indique claramente que la regularización correctamente realizada produce la atipicidad sobrevenida de la defraudación tributaria consumada, no le corresponde a la Administración decidir si se ejerce o no la acción penal pues dicha potestad corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal. Por ello, a nuestro modo de ver, sería preferible que fuera el legislador quien, con efectos *erga omnes*, delimitara los efectos jurídicos de la regularización. Es decir, aunque el rango del instrumento normativo utilizado probablemente seguirá suscitando reparos, si el texto de la norma se limitase a fijar las condiciones y las consecuencias de una regularización tributaria, enfatizando su incidencia sobre la tipicidad de los hechos consumados, por el carácter de tipo penal en blanco que se predica del artículo 305.4 del Código Penal, se produciría una integración en el plano normativo a la que se encontrarían sujetos no solo la Administración, sino también el Ministerio Fiscal y la propia autoridad judicial.

Por el contrario, con la actual redacción del precepto, parece que el legislador confiere a la Administración una potestad que, con arreglo a las normas reguladoras del proceso, corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal en su condición de acusador público. Además, según como se interpretara, y habida cuenta de que en nuestro sistema procesal penal se reconoce ampliamente la posibilidad de ejercer la acción popular, podría darse la situación de que, pese a que la Administración tributaria no presentara la denuncia, por parte de un particular se presentase la correspondiente querrela, en cuyo caso no quedan claros los efectos que el texto del artículo 180.2 de la LGT produciría sobre el juez instructor y menos aún sobre el juez sentenciador. Es decir, si los efectos procesales de la norma están siempre subordinados a sus efectos sustantivos, a nuestro modo de ver, no es tan importante justificar la actuación de la Administración como establecer las consecuencias de la regularización sobre la responsabilidad penal del obligado tributario.

El último aspecto del texto del nuevo artículo 180.2 de la LGT que, en nuestra opinión merece comentarse, es la indicación de que cuando la Administración *estime* que la regularización es completa y, siempre que se haya realizado el pago de la deuda tributaria resultante de la declaración-liquidación extemporánea, podrá continuar con el procedimiento administrativo. La utilización del término *continuar* presupone la existencia de un procedimiento ya iniciado, lo cual nos lleva a interrogarnos acerca de cuál sería el procedimiento que, habiéndose iniciado antes de la presentación de una declaración-liquidación extemporánea, puede seguir una vez comprobada que resulta apta para considerar regularizada la situación tributaria del contribuyente. En este sentido, es evidente que no puede tratarse de un procedimiento de comprobación, y menos aún de un procedimiento inspector, pues con arreglo a la primera de las causas de bloqueo enumeradas en el artículo 305.4 del Código Penal, únicamente se considera voluntaria la regularización realizada antes de que se notifique al contribuyente el inicio de las actuaciones administrativas tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización. Obviamente, tampoco puede tratarse de un procedimiento sancionador tributario pues difícilmente podría iniciarse antes de que se efectúe la correspondiente comprobación del hecho imponible ocultado a la Administración.

Luego, todo parece indicar que el uso de dicha expresión es una consecuencia del efecto suspensivo que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 180.1 de la LGT, produce la remisión del expediente al Ministerio Fiscal. Sin embargo, lo cierto es que se trata de situaciones completamente diferenciadas una de otra. En el primer caso, habiéndose iniciado un procedimiento de comprobación, y habida cuenta de la posible trascendencia penal de los hechos descubiertos por la acción de la Administración, en aplicación del principio constitucional de no duplicidad (*non bis in idem*), se suspende la actividad administrativa hasta conocer la decisión del Ministerio Fiscal, de modo que, si se presenta querrela criminal, dicha situación se mantiene hasta que, primero el juez instructor y, en su caso, el juez sentenciador, determinen si los hechos pueden ser constitutivos de delito contra la Hacienda Pública. Por el contrario, cuando los hechos presuntamente delictivos no los descubre la Administración sino que los reconoce voluntariamente el propio obligado tributario no se ha iniciado ningún procedimiento tributario que, primero, deba suspenderse y, después, pueda continuar si la regularización exonera de responsabilidad penal al obligado tributario.

Por ello, la única interpretación que, en nuestra opinión, permitiría salvar el texto de la norma sería entender que, tras la presentación de una declaración-liquidación extemporánea de la que resulten cuotas tributarias a ingresar por importe superior a 120.000 euros, la Administración debe iniciar un procedimiento de comprobación para, a la vista de la documentación aportada por el contribuyente, determinar si la regularización es completa y exacta. Si de dicha comprobación preliminar se constata que el comportamiento posdelictivo del obligado tributario produce los efectos establecidos en el artículo 305.4 del Código Penal, podrá continuarse con el procedimiento, en cuyo caso no cabe descartar que se dicte una liquidación administrativa en caso de que exista alguna discrepancia de carácter interpretativo que, a juicio de la Administración, determine una cuota a ingresar superior a la autoliquidada por el obligado tributario. Por el contrario, si de la verificación de la declaración-liquidación extemporánea se advierte que no contiene la totalidad del hecho imponible realizado y ocultado en su momento a la Administración, dicho procedimiento de comprobación se suspendería y se remitiría el expediente al Ministerio Fiscal o se pasaría el tanto de culpa a la autoridad judicial.

4. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 221.1 C) DE LA LGT

Para completar el análisis de las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 12/2012 que, directa o indirectamente, inciden en el régimen jurídico de la regularización tributaria, mención especial merece la modificación del texto del artículo 221.1 c) de la LGT realizada mediante el segundo apartado de la disposición final primera. Según la nueva redacción del precepto en ningún caso se devolverán las cantidades pagadas que hayan *servido* para *obtener* la exoneración de la responsabilidad en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 180 de esta ley.

La finalidad de la norma es clara: impedir, en la denominada regularización del quinto año, que una vez alcanzado el propósito de evitar la denuncia por delito contra la Hacienda Pública, se reclame la devolución de ingresos indebidos con fundamento en la prescripción de la deuda tributaria. Sin embargo, respecto a esta cuestión, no podemos compartir ni la terminología utilizada por la norma, ni su ubicación sistemática. A nuestro modo de ver, la situación que se produce cuando se ingresan cantidades correspondientes a deudas tributarias originadas en periodos impositivos respecto a los cuales ha prescrito el derecho de la Administración a dictar la correspondiente liquidación constituye un supuesto de ingreso indebido que genera el derecho a reclamar la devolución, independientemente de si dicho ingreso trae causa de una declaración extemporánea de importe superior a 120.000 euros o inferior a dicha cantidad. Otra cosa es si, como consecuencia del reconocimiento voluntario de una defraudación tributaria consumada en un periodo impositivo prescrito pero respecto al cual todavía no ha concluido el plazo para ejercer la acción penal, se denuncia la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o se interpone la querella por la que se inicia el correspondiente proceso judicial, en cuyo caso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 81.7 de la LGT, la Administración puede retener cautelarmente la devolución tributaria generada por el ingreso de una deuda tributaria prescrita para cubrir la posible responsabilidad civil que pudiera acordarse en caso de que se dicte sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública.

Como no podría ser de otro modo, en caso de resolución de sobreseimiento o de sentencia absolutoria por inexistencia de hecho punible en vía penal, la Administración debe proceder al pago de la devolución retenida junto con los correspondientes intereses de demora. Si, por el contrario, se dicta una sentencia absolutoria de la responsabilidad penal con fundamento en el artículo 305.4 del Código Penal, pero en la que se determina la responsabilidad civil de autor de la defraudación tributaria, con arreglo a lo establecido en el artículo 305.5 del Código Penal y en la disposición adicional décima de la LGT, el importe correspondiente al ingreso realizado para regularizar la situación tributaria del condenado al pago se aplicará por la propia Administración a la deuda nacida con la sentencia condenatoria que, aunque pueda coincidir en el importe, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, no es una deuda tributaria.

Planteada la cuestión en estos términos, el problema se plantea respecto al momento de decidir si, ante la correcta regularización del quinto año, se remite o no el expediente al Ministerio Fiscal o se pasa el tanto de culpa a la autoridad judicial. Si como parece desprenderse de la norma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 180.2 de la LGT, la Administración no comunica la *notitia criminis*, en la medida en que no se iniciará un proceso penal, no se dictará sentencia y, en consecuencia, tampoco nacerá a cargo del autor de la defraudación tributaria consumada una deuda por la responsabi-

lidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública regularizado. Luego, en este caso, no cabría otra opción que proceder a la devolución de la cantidad ingresada por el obligado tributario pues no existe deuda –ni tributaria, ni por responsabilidad civil– a la que imputar el pago realizado. La primera se habrá extinguido por prescripción y la segunda no habrá nacido.

Por ello, una vez más, insistimos en nuestra posición acerca de que la presentación de una declaración extemporánea por un periodo impositivo respecto al que ha prescrito el derecho de la Administración a practicar la correspondiente liquidación y de la que resulte una cantidad a ingresar superior a 120.000 euros, aunque pueda constituir un supuesto de regularización en los términos del artículo 305.4 del Código Penal, dicha circunstancia únicamente corresponde apreciarla al juez instructor o, en su caso, al juez sentenciador, por lo que la Administración que la recibe debe, en todo caso, de remitir el expediente al Ministerio Fiscal o pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial.

Una situación distinta es la que se produce respecto a los ingresos resultantes de la presentación de una declaración tributaria especial en la que se incluyen elementos patrimoniales adquiridos con rentas obtenidas en periodos tributarios respecto a los cuales ha concluido el plazo de prescripción tanto tributaria como penal. En este caso, si tal como hemos venido sosteniendo, no existe una deuda tributaria derivada de la autoliquidación del gravamen especial, se trata de un ingreso voluntario que en ningún caso genera el derecho a solicitar la devolución, pues no concurre el presupuesto de aplicación del artículo 221.1 c) de la LGT. Dicho de otro modo, respecto a los periodos totalmente prescritos, el ingreso que pudiera realizar quien presenta una declaración tributaria especial no está vinculado al pago de ninguna de las deudas tributarias derivadas de la realización del hecho imponible de los impuestos subyacentes, sino que la causa del ingreso es evitar el riesgo de que las rentas no declaradas en su día pudieran ser imputadas al periodo impositivo (no prescrito) en el que la Administración descubre la tenencia de unos elementos patrimoniales que no se correspondan con la renta declarada por el obligado tributario.

Por ello, a nuestro modo de ver, en ningún caso un ingreso voluntario que presenta estas características puede considerarse indebido, pues para ello sería necesario que el propio contribuyente, al realizarlo, indicara a la Administración que estaba procediendo al pago de una deuda tributaria, indicando el concepto y el periodo impositivo del que trae causa. Es decir, si el fundamento último del derecho a la devolución de los ingresos correspondientes a deudas tributarias prescritas es el deber de la Administración de comprobar, de oficio, si el pago realizado puede imputarse o no a una deuda tributaria vigente, para ello es necesario que el contribuyente indique a qué tributo y periodo impositivo debe imputarse el ingreso (art. 63.1 LGT). Luego, si precisamente una de las peculiaridades de la declaración tributaria especial es que omite la indicación del impuesto y periodo en el que se obtuvieron las rentas no declaradas, la Administración debe limitarse a registrar el ingreso recibido sin efectuar ninguna comprobación acerca de la renta de origen, ni imputarlo a deuda tributaria alguna.

Por otra parte, en el caso de que prosperase una eventual solicitud de devolución de la cantidad ingresada por el contribuyente que presenta una declaración tributaria especial con fundamento en el artículo 221.1 c) de la LGT, la consecuencia del reintegro sería que no podrían entenderse producidos los efectos establecidos en los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, en cuyo caso la Administración podría imputar el valor de los bienes incluidos

en la declaración tributaria especial como renta del ejercicio en que se presentó la declaración, en este caso como renta de año 2012, y seguidamente retener cautelarmente la devolución reconocida con fundamento en lo dispuesto en el artículo 81.4 de la LGT, o en el artículo 81.7 de la LGT, si remitiera el expediente al Ministerio Fiscal o pasara el tanto de culpa a la autoridad judicial.

En definitiva, la modificación del texto del artículo 221.1 c) de la LGT podría resultar innecesaria para evitar la devolución de los ingresos realizados mediante una declaración tributaria especial presentada para justificar la titularidad de elementos patrimoniales adquiridos con rentas procedentes de periodos impositivos respecto a los que ha prescrito la acción penal, mientras que, en relación con la regularización del denominado «quinto año», la nueva redacción dada por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 12/2012 podría resultar contradictoria con el régimen jurídico de la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública.

5. CONCLUSIONES

Cuando hablamos de amnistía fiscal para referirnos a los incentivos que, de forma excepcional y con efectos limitados en el tiempo, se conceden a quienes han incumplido sus obligaciones tributarias para que, de una vez por todas, se decidan a corregir su insolidario comportamiento, no solemos considerar las dificultades técnicas que supone implementar una medida que, por su propia naturaleza, constituye un auténtico quebranto en un ordenamiento jurídico como el tributario que, como no podría ser de otra manera, está diseñado para hacer efectivo el deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, progresividad y capacidad económica.

El Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, es una buena muestra de ello pues, a diferencia de los instrumentos financieros utilizados la última vez que las autoridades económicas españolas decidieron obtener financiación adicional con cargo a quienes habían eludido el pago de los impuestos, el gobierno actual ha optado por una fórmula típicamente tributaria y, por ello, ha creado un instrumento formal que facilita el afloramiento de determinadas capacidades económicas que supuestamente permanecen fuera del alcance de la Administración.

Si toda elección conlleva sus consecuencias, en el presente caso es inevitable que la norma mediante la que se implementa la declaración tributaria especial se integre en un ordenamiento jurídico cuyos criterios interpretativos parten de la premisa contraria. Es decir, las normas por las que se regulan los procedimientos tributarios tienen como punto de partida el carácter legal y obligatorio del pago de las deudas tributarias y, precisamente por ello, desarrollan todo un cuerpo jurídico (y jurisprudencial) encaminado a reaccionar contra el incumplimiento del deber de contribuir. Por consiguiente, aplicar una figura tan singular como la desarrollada en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 a los innumerables casos particulares que se van a suscitar puede resultar muy complejo, pues las cuestiones sustantivas y procedimentales no previstas por el redactor de la norma, en principio, y salvo intervención futura del legislador, deberán resolverse mediante el recurso a la interpretación sistemática lo que, en ocasiones, podría conducir a una solución distinta a la inicialmente pretendida.

Planteada la cuestión en estos términos, y por las razones expuestas en los apartados anteriores, tenemos dudas de que, con su actual redacción, las disposiciones adicional primera y final primera del Real Decreto-Ley 12/2012 consigan desplegar toda la capacidad recaudatoria de una medida extraordinaria, difícil de adoptar y de explicar a la ciudadanía, y cuya única justificación es precisamente el resultado económico que pueda proporcionar en el corto plazo. Ni desde el punto de vista formal, ni desde el punto de vista sustantivo, y menos aún desde la perspectiva penal, pensamos que la presentación de la declaración tributaria especial, tal como viene regulada, permita considerar que el obligado tributario ha regularizado su situación tributaria respecto a los impuestos directos cuyo pago pudiera haber eludido y que no se encuentren prescritos a la fecha de su entrada en vigor.

Si esta fuere también la percepción de los destinatarios de la amnistía fiscal, el efecto será que únicamente se utilice la declaración tributaria especial para justificar la tenencia de unos elementos patrimoniales (fundamentalmente depósitos bancarios u otros activos financieros) procedentes de rentas obtenidas en periodos impositivos prescritos cuando no se disponga de la prueba necesaria para acreditar el ejercicio en que efectivamente se devengaron. Por ello, desde esta sede, consideramos que, para reforzar la seguridad jurídica de las medidas adoptadas por el Gobierno y, de este modo, favorecer que la regularización se extienda a todos los contribuyentes potenciales y a todos los periodos impositivos en los que se ocultaron rentas sujetas a tributación en España, sería conveniente que el legislador despejara algunos de los interrogantes que, a nuestro modo de ver, suscita la futura aplicación de las normas que constituyen el objeto de nuestro comentario.

6. PROPUESTAS

Para completar estas primeras reflexiones acerca de las novedades que introduce el Real Decreto-Ley 12/2012, y con el ánimo de contribuir a un debate necesario, no tanto acerca de la oportunidad de la medida, como de la estructura técnica que en mayor medida podría coadyuvar a conseguir los objetivos que las autoridades económicas se han propuesto con su establecimiento, a continuación pasamos a ofrecer algunas propuestas de redacción alternativa al texto de las normas que hemos comentado. En este sentido debemos significar que, en el momento de ultimación de este trabajo, aunque ya ha sido adoptada la Resolución de las Cortes Generales por la que se convalida la norma provisionalmente dictada por el Gobierno⁹, todavía no ha concluido el plazo establecido en el artículo 86.3 de la Constitución para instar su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

a) Respecto a la declaración tributaria especial

Si tuviéramos que identificar la causa o el origen de la mayoría de las dudas que se han planteado en las páginas anteriores, nos decantaríamos por la decisión de utilizar el mismo instrumento formal para facilitar la regularización de las rentas no declaradas obtenidas en periodos respecto a

⁹ Resolución de 12 de abril de 2012 publicada en el BOE de 19 de abril.

los cuales se ha cumplido el plazo de prescripción tributario (y penal) para comprobar la situación del obligado tributario, y para regularizar las rentas no declaradas obtenidas en periodos impositivos que, en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, todavía no se había consumado el referido plazo de prescripción. Por ello, quizás la solución a muchas de ellas sería utilizar un instrumento jurídico diferenciado para cada tipo de regularización.

Respecto a las rentas no declaradas obtenidas en periodos tributarios a los cuales no puede alcanzar la comprobación administrativa (ni la acción penal), pensamos que la declaración tributaria especial regulada en la disposición adicional primera constituye un instrumento eficaz para facilitar la obtención de un volumen significativo de ingresos presupuestarios a cambio de eliminar el riesgo al que está sujeto el contribuyente que no puede justificar adecuadamente el periodo impositivo en el que dichas rentas se generaron. Luego, mediante el pago de un gravamen de carácter voluntario se proporciona la seguridad jurídica necesaria para que los fondos (y otros activos financieros) depositados fuera de territorio español puedan repatriarse sin exponerse, no solo a una comprobación por parte de la Administración tributaria, sino, lo que es más importante, a una eventual acusación por blanqueo de capitales.

Por consiguiente, en estos casos no se trataría tanto de favorecer la presentación de una declaración para *regularizar* la situación tributaria del contribuyente respecto a unos impuestos que se encuentran prescritos, como de *justificar* la tenencia de unos elementos patrimoniales cuya titularidad no se corresponde con los antecedentes fiscales del obligado tributario. Por ello, a nuestro modo de ver, bastaría con un sencillo cambio en el texto del apartado 1 de la disposición adicional primera para fijar claramente su ámbito de aplicación y, de este modo, disipar todas las dudas que su interpretación pudiera suscitar. Concretamente, la redacción podría ser la siguiente:

«Disposición adicional primera. *Declaración tributaria especial.*

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se corresponden con las rentas declaradas por dichos impuestos y obtenidas **en periodos impositivos respecto a los cuales ha prescrito el derecho de la Administración a practicar la correspondiente liquidación tributaria**, podrán presentar la declaración prevista en esta disposición siempre que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad a la finalización del último periodo impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de la entrada en vigor de esta disposición [...]»

Por el contrario, en relación con la regularización de las rentas obtenidas en periodos no prescritos, nos preguntamos si, en lugar de crear un gravamen de carácter voluntario y diferenciado de los impuestos subyacentes, no sería preferible instrumentar una **bonificación** en la cuota tributaria resultante de la liquidación de cada uno de los impuestos cuya regularización se pretende, a fin de que el afloramiento de las rentas no declaradas se realice siguiendo los cauces formales ya establecidos para la presentación de declaraciones-liquidaciones extemporáneas (art. 27.4 LGT). De esta manera, podrían acogerse a ella la totalidad de los contribuyentes que, en alguno de dichos periodos, hubieran ocultado rentas, independientemente de si son titulares o no de elementos patrimoniales que no se correspondan con las bases imponibles declaradas en sus impuestos directos.

Con ello, no solo se simplificaría considerablemente la gestión administrativa de esta medida excepcional sino que se ofrecerían las garantías jurídicas suficientes al obligado tributario que decida acogerse a ella y la información necesaria a la Administración para que tenga conocimiento del alcance de la regularización que se le presenta. Es decir, si el instrumento utilizado es una bonificación en la cuota, al tiempo que se cumpliría con el objetivo de reducir el coste tributario del reconocimiento de capacidades económicas ocultas, se proporcionaría al obligado tributario que se acoja a este beneficio fiscal, no solo la cobertura normativa general de las declaraciones extemporáneas sino también la de la jurisprudencia que, en los últimos años, se ha ido dictando acerca de los efectos de la regularización sobre la responsabilidad por infracción tributaria y por delito contra la Hacienda Pública.

En definitiva, si el precio que, entre todos tenemos que pagar, para obtener la financiación adicional que contribuya a atenuar la grave crisis que estamos padeciendo es renunciar a la expectativa del castigo que, en condiciones normales, debería imponerse al defraudador, al menos que con ello no pongamos en entredicho la propia coherencia de un sistema tributario que, concluido el periodo de amnistía, tendremos que seguir aplicando. Por ello, de prosperar un planteamiento como el que venimos sosteniendo, y manteniendo el ámbito objetivo de aplicación inicialmente previsto por el gobierno, el texto de la norma podría ser el siguiente:

«Disposición adicional (...). *Bonificación tributaria especial.*

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que, desde la fecha de entrada en vigor de la presente norma y hasta el día 30 de noviembre de 2012, presenten una declaración-liquidación extemporánea con sujeción a lo dispuesto en el artículo 27.4 de la LGT, podrán aplicar en la determinación de la cuota tributaria a ingresar resultante de la autoliquidación una bonificación especial del (...) por ciento, siempre que efectúen el ingreso simultáneo de la cantidad que se obtenga después de aplicada dicha bonificación.

2. Las declaraciones extemporáneas presentadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado anterior no generarán del deber de soportar el recargo regulado en el artículo 27.2 de la LGT.

3. La presentación de una declaración extemporánea con sujeción a lo dispuesto en el apartado 1 determina que se entienda regularizada la situación tributaria del contribuyente a los efectos establecidos en los artículos 179.3 de la LGT y 305.4 del Código Penal».

b) Respecto al texto del artículo 180.2 de la LGT

En cuanto al texto del nuevo apartado 2 del artículo 180 de la LGT, entendemos que el objetivo principal de la norma es proporcionar seguridad jurídica tanto a quien regulariza su situación tributaria como a la Administración que debe decidir si, al tener conocimiento de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública, presenta o no una denuncia por la que se inicie el correspondiente proceso penal. Por ello, consideramos que no debería conferirse margen de apreciación ninguno res-

pecto a cómo actuar ante una regularización completa y exacta de la situación tributaria de un determinado contribuyente, de modo que la redacción que nos atrevemos a proponer sería la siguiente:

«2. Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará cuando el obligado tributario proceda a la completa regularización de su situación tributaria con sujeción a los procedimientos establecidos en la normativa que, en cada caso, resulte de aplicación, antes de que se haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, y siempre que se haya efectuado el ingreso de la deuda tributaria resultante de la correspondiente autoliquidación o, por el órgano de recaudación competente, se determine que concurren las circunstancias legales que justifican la falta de ingreso.»

En cuanto a la regularización de periodos respecto a los que ha prescrito el derecho de la Administración a practicar la correspondiente liquidación pero no ha prescrito el plazo para el ejercicio de la acción penal, el texto a incluir como un segundo párrafo del artículo 180.2 de la LGT podría ser el siguiente:

«Cuando la regularización tenga por objeto periodos impositivos respecto a los cuales hubiera prescrito el derecho de la Administración a comprobar el contenido de la autoliquidación presentada por el obligado tributario, deberán acompañarse los elementos de prueba que permitan verificar el origen y naturaleza de los datos incluidos en la declaración y efectuarse el ingreso simultáneo de la cantidad resultante de la autoliquidación que, una vez dictada la correspondiente resolución judicial, se aplicará al pago de la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública.»

Con estas propuestas concluimos nuestra reflexión respecto al contenido del Real Decreto-Ley 12/2012. Confiamos en que las consideraciones realizadas a lo largo de este trabajo puedan ser de utilidad a quienes, en estos momentos, tienen la responsabilidad de tomar decisiones difíciles en un contexto de gran incertidumbre. Muchas cosas dependen de su acierto.

EL MODELO LEGAL DE RETENCIÓN A CUENTA Y SU RUPTURA POR LA JURISPRUDENCIA

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (jubilado)
Abogado (Montero-Aramburu)*

Extracto:

EL presente trabajo expone, en primer lugar, los rasgos esenciales del «modelo de retención» en el que se basa la regulación legal de esta figura, caracterizado por la autonomía de la obligación de retener. Analiza seguidamente una reciente doctrina jurisprudencial que niega a la Administración el derecho a exigir al retenedor la cantidad no ingresada cuando el retenido haya autoliquidado su IRPF o IS deduciendo de la cuota únicamente la retención practicada, con el argumento de que tal exigencia produce una doble imposición y el consiguiente enriquecimiento injusto de la Administración.

El autor sostiene que esta doctrina, si bien resuelve de manera pragmática un problema ocasionado por el vigente sistema de retención a cuenta, encaja con dificultad en la regulación legal de esta figura y plantea además dificultades teóricas y prácticas. En consecuencia, sugiere una profunda modificación del actual modelo de retención.

Palabras clave: retención a cuenta, modelo de retención, modelo ortodoxo, modelo sustitución y autonomía de la obligación de retener.

THE LEGAL MODEL OF WITHHOLDING TAX AND ITS BREACH BY CASE LAW

CARLOS PALAO TABOADA

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario (jubilado)
Abogado (Montero-Aramburu)*

Abstract:

THIS article describes in the first place the essential features of the «model of withholding tax» that lies at the base of the legal regulation of this figure, which is characterized by the autonomy of the obligation to deduct the tax from the payment. Subsequently it analyses a recent judicial doctrine that rejects the Administration's right to require from the payer the unpaid amount of the withholding tax if the taxpayer has deducted from his Income or Corporate Tax only the amount effectively withheld. This doctrine is grounded on the argument that such requirement originates double taxation and consequently an unjust enrichment of the Administration.

In the author's opinion, while this doctrine pragmatically solves a problem caused by the legal system of withholding tax, it nevertheless hardly fits into the law that governs this figure and in addition poses some theoretical and practical questions. In consequence, the author suggests a profound modification of the present withholding tax model.

Keywords: withholding at source, withholding tax model, orthodox model, substitution model and autonomy of the obligation to deduct the tax from the payment.

Sumario

1. El modelo legal de retención a cuenta.
2. La ruptura del modelo por la jurisprudencia.
 - 2.1. El carácter de la presunción de retención y la elevación al íntegro.
 - 2.2. Exclusión en ciertos supuestos de la acción contra el retenedor.
 - 2.3. Intereses y sanciones.
 - 2.4. Los derechos de imagen de los futbolistas.
3. Consideraciones finales.

NOTA: Una versión algo abreviada de este artículo se publicará en el libro homenaje al profesor Alberto Xavier.

1. EL MODELO LEGAL DE RETENCIÓN A CUENTA

Llamo «modelo de retención» al sistema de las relaciones que se establecen entre las tres personas que intervienen en la retención a cuenta, es decir, el retenedor, el retenido (perceptor de la renta y sujeto pasivo del impuesto final) y la Administración tributaria. Existen dos modelos de retención fundamentales, a los que en otra ocasión ¹ he denominado «modelo ortodoxo» y «modelo sustitución».

El «modelo ortodoxo» se compone de los siguientes elementos:

- El retenedor debe ingresar en el Tesoro las sumas retenidas. Este deber es consecuencia de la retención.
- En caso de que el retenedor, incumpliendo su deber, no retenga o lo haga por un importe inferior al legal, no responde frente a la Administración tributaria de las cantidades no retenidas. El deber de retención es de carácter formal y únicamente lleva aparejada la sanción correspondiente a la infracción de esta clase de deberes.
- El contribuyente perceptor de la remuneración deduce de su cuota líquida la cantidad efectivamente retenida.

Por consiguiente, en el «modelo ortodoxo», el retenedor es concebido como un colaborador en la recaudación, situado, por tanto, más bien en el lado activo de la obligación tributaria. El deber de retener tiene en él, como hemos dicho, naturaleza fundamentalmente formal; el de ingresar deriva del hecho de la retención, es decir, de hallarse el retenedor en posesión de unos fondos ajenos a los que tiene que dar el destino correspondiente. La cantidad que el contribuyente deduce de su cuota (el «crédito de impuesto») coincide con la retenida; en consecuencia, cualquier deficiencia o error en la retención es corregido automáticamente en la liquidación del impuesto final y únicamente tiene para el retenedor consecuencias sancionadoras en su caso. El calificativo de «ortodoxo» con el que denominé a este modelo pretendía resaltar que en él las relaciones entre las distintas partes del

¹ PALAO TABOADA, C.: «Presunción de retención y elevación al íntegro. ¿Es aconsejable el cambio de modelo de retención a cuenta?», en VV.AA., *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 369 y ss.

sistema engranan entre sí de manera simple y natural: el papel central lo ocupa la obligación tributaria principal y la retención es un instrumento al servicio de esta. En el modelo «ortodoxo», que también podría denominarse «natural», el contribuyente es la persona frente a la cual la Administración tributaria debe actuar para lograr la correcta aplicación del impuesto.

Sin embargo, el legislador seguramente consideró que esta característica del modelo «ortodoxo» entrañaba un riesgo muy alto y prefirió situar en el centro del sistema de retención al retenedor, desplazando de él al contribuyente-retenido con arreglo al esquema de la sustitución, que le era familiar por los impuestos cedulares sobre la renta o impuestos de producto (denominados «impuestos a cuenta de los generales sobre la renta») existentes con anterioridad a la implantación de los modernos impuestos sobre la renta en 1978. En estos impuestos el pagador de la retribución asumía la posición de sustituto, desplazando completamente al perceptor de ella, que tenía la condición de contribuyente (definido como realizador del hecho imponible). La cuota del impuesto a cuenta se deducía luego del «impuesto general sobre la renta» correspondiente según la naturaleza de perceptor. De aquí la denominación de «modelo sustitución» que adopté para este sistema de retención a cuenta.

El rasgo esencial del «modelo sustitución» consiste en que, al igual que en la sustitución propiamente dicha, la responsabilidad del pago de la cantidad que con arreglo a la ley debe ser retenida e ingresada recae exclusivamente sobre el retenedor, mientras que el retenido queda liberado por completo de dicha responsabilidad. No le faltaba razón, por tanto, a aquellos autores (principalmente FERREIRO LAPATZA) que sostenían que la retención era una sustitución en cuanto a la parte de la cuota que debía ser retenida. En rigor no podía ser una sustitución porque en el momento de practicarse la retención aún no se había devengado (no había nacido) la obligación tributaria, pero las consecuencias prácticas eran similares a las de aquella.

En realidad, el modelo no se implantó sin titubeos y durante algunos años se discutió en la doctrina cuál era la posición del retenido: si tenía una responsabilidad subsidiaria respecto a la del retenedor en virtud de la cual la Administración tributaria pudiese dirigirse contra él cuando este no hubiese ingresado el importe que estaba obligado a retener. Las mismas vacilaciones acerca de la responsabilidad subsidiaria del contribuyente sustituido habían existido respecto de la sustitución propiamente dicha². La respuesta a esta cuestión se pensó que dependía de que la retención se hubiese practicado efectivamente; si tal cosa no había sucedido, el contribuyente no había soportado la carga tributaria, por lo que no se consideraba justo liberarle totalmente de responsabilidad. Partiendo de esta premisa, el instrumento técnico para lograr esta liberación se encontró en la presunción de que la retención había tenido lugar realmente³; presunción que lógicamente tenía carácter absoluto,

² El Reglamento General de Recaudación de 1968, aprobado por Real Decreto 3154/1968, de 14 de noviembre, establecía en su artículo 9.3 lo siguiente: «La falta de pago por parte del sustituto no libera al contribuyente del débito para con la Administración, salvo que demuestre haberse realizado la retención del tributo por aquel». Esta norma, por una parte, establecía una relación, inexistente en la realidad, entre sustitución y retención y, por otra, sugería que la liberación al sustituto retenedor de su responsabilidad en la deuda tributaria estaba condicionada a la efectiva realización de la retención. Como se expone seguidamente en el texto, esta idea influyó decisivamente en la regulación de la retención. La norma citada no fue recogida en el siguiente Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre.

³ La primera Ley del IRPF, Ley 44/1978, de 8 de septiembre, establecía en el párrafo 3.º de su artículo 36.1 lo siguiente: «Las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas en todo caso con

aunque esto también fue materia de debate en la doctrina y en la jurisprudencia. La presunción *iuris et de iure* de la retención no solamente eximía al retenido (real o ficticiamente) de responsabilidad sino que además convertía al retenedor en deudor no solo de las sumas que hubiese realmente retenido, sino también de aquellas que hubiera debido retener y no retuvo⁴. La equiparación a la sustitución era, por tanto, completa.

La esencia del «modelo sustitución» consiste, por tanto, en configurar la obligación del retenedor como una obligación de carácter material (ingresar una suma de dinero, haya retenido o no) plenamente autónoma frente a la obligación tributaria principal. Esta naturaleza fue recogida por la Ley General Tributaria 230/1963⁵ y de manera paladina por la nueva Ley General Tributaria 58/2003, cuyo artículo 23.1 proclama que la obligación tributaria de realizar pagos a cuenta «tiene carácter autónomo respecto de la obligación tributaria principal». Las consecuencias de esta naturaleza en el plano sancionador fueron establecidas con toda claridad por la Ley 10/1985, de 26 de abril, que modificó la Ley General Tributaria para calificar como infracción grave «dejar de ingresar, dentro de los plazos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, de los pagos a cuenta o fraccionados, así como de las cantidades retenidas o que se hubieren debido retener» [art. 79 a)].

En rigor, en el modelo «sustitución» la obligación del retenedor constituye un auténtico impuesto («impuesto de retenciones», *withholding tax*). Esta conclusión es rechazada por algunos autores con el argumento fundamental de que dicha obligación tiene carácter «tributario» pero no «contributivo»; argumento que no nos parece decisivo⁶. La afirmación de la naturaleza de verdadero impuesto de la obligación de retener e ingresar lleva a la conclusión forzosa de que esta prestación está sujeta a los principios constitucionales tributarios (art. 31 de la Constitución)⁷. En este aspecto es

deducción del importe de la retención correspondiente». Esta norma se repite en las posteriores Leyes del IRPF hasta su derogación en 1996. El artículo 151 del Reglamento del IRPF aprobado por Real Decreto 2615/1979, de 2 de noviembre, resumía los elementos del sistema en los siguientes términos:

«Artículo 151. *Ingreso de la retención.*

1. Las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas en todo caso con deducción del importe de la retención que corresponda.
2. Los sujetos obligados a retener asumirán la obligación de efectuar el correspondiente ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de dicha obligación pueda excusarles de aquel.
3. Los sujetos pasivos no serán responsables por la falta de ingreso de las retenciones efectuadas por las personas o Entidades obligadas a ello.»

Análogas normas se establecían en los artículos 259 y 260 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre.

⁴ Esta obligación se estableció de manera expresa con rango legal por el artículo 11.2 del Real Decreto-Ley 24/1982, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, cuyo texto era el siguiente:

«Cuando una persona física o jurídica satisfaga rendimientos sujetos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades, sobre los cuales deba practicar retenciones a cuenta de los mismos, efectuará el ingreso del importe de la retención que hubiera debido practicar en los plazos previstos en la normativa vigente. El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción tributaria de omisión, salvo que deba calificarse como defraudación, según lo establecido en la legislación vigente. En todo caso, se exigirán los correspondientes intereses de demora».

⁵ Su artículo 58.1, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, reconocía el carácter de deuda tributaria de «las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener».

⁶ Cfr. PALAO TABOADA, C., *op. cit.* (nota 1), págs. 275 y ss.

⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* ALGUACIL MARÍ, M.^a P.: «Retención a cuenta y principios tributarios: la reciente doctrina del Tribunal Supremo», *Impuestos*, 2001, t. I (texto electrónico, base de datos de La Ley, ref. 885/2002).

especialmente notoria la deficiencia de la regulación de las retenciones respecto al principio de legalidad, dado que se encuentra totalmente deslegalizada y entregada a normas de rango reglamentario.

De la presunción de retención extrajo la Administración tributaria una consecuencia adicional: en el caso de que la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe insuficiente, el perceptor debía computar como rendimiento íntegro en su declaración del IRPF o del IS la cantidad de la que restada la retención procedente resultase la efectivamente percibida y deducir de la cuota de este impuesto, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y la cantidad consignada en la declaración⁸. El resultado de esta técnica, que se conoce con el nombre de «elevación al íntegro», es un incremento ficticio del rendimiento percibido⁹, que la doctrina y en ocasiones también la jurisprudencia trataron por diversos medios de corregir¹⁰.

Con el fin de evitar esta distorsión el legislador suprimió en 1996 la aplicación con carácter general de la presunción de retención y con ella la elevación al íntegro, manteniendo esta última únicamente para el supuesto de que no pueda probarse la contraprestación íntegra devengada por el perceptor¹¹. Esta supresión no afecta, sin embargo, a la esencia del modelo, que es la desconexión entre la obligación de retener y la obligación tributaria principal, que se traduce, por un lado, en la responsabilidad exclusiva del retenedor por el importe de la retención procedente, la haya practicado efectivamente o no, y, por otro lado, en el derecho del contribuyente/retenido a deducir de la cuota del impuesto final la retención procedente¹².

Con la supresión de la presunción de retención quedó definitivamente establecida la configuración legal vigente hasta hoy del sistema de retención a cuenta, plenamente ajustado al «modelo sustitución»¹³.

⁸ Esta norma fue establecida por Orden Ministerial de 30 de octubre de 1980 e incorporada después al Reglamento del IRPF aprobado por Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre (art. 60.1).

⁹ Aritméticamente si llamamos L a la cantidad percibida, B a la cantidad bruta a integrar en la base imponible y r al tanto por uno de retención, tendremos que $L = B - rB$ y $B = L/1 - r$. Por ejemplo, si la retribución íntegra es 100 y el tipo de retención es el 20 por 100, y se ha omitido totalmente la retención la cantidad percibida es 100. En este supuesto, el resultado de la elevación al íntegro que ha de integrarse en la base imponible del IRPF será $B = 100/1 - 0,2 = 100/0,8 = 125$.

¹⁰ Cfr. PALAO TABOADA, C., *op. cit.* (nota 1), págs. 288 y ss.

¹¹ La supresión se llevó a cabo por el artículo 5 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de «acompañamiento» a la Ley de Presupuestos para 1997, que dio una nueva redacción idéntica a los artículos 98.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, y 17.3 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS. La nueva redacción era del siguiente tenor:

«El perceptor de cantidades sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquellas por la contraprestación íntegra devengada.

Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por importe inferior al debido, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida.

En el caso de retribuciones legalmente establecidas que hubieran sido satisfechas por el sector público, el perceptor solo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas.

Cuando no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada, la Administración Tributaria podrá computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arroje la efectivamente percibida. En este caso se deducirá de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro». La elevación al íntegro queda reducida, por tanto, a este último supuesto.

¹² El primero de dichos elementos se establecía en el artículo 98.1 de la LIRPF de 1991; el segundo en el párrafo segundo de la nueva redacción del artículo 98.2 transcrita en la nota anterior.

¹³ Las sucesivas Leyes reguladoras del IRPF reproducen, con ligeros retoques, el texto del artículo 98.2 de la Ley de 1991, modificado por la Ley 13/1996. Así, el artículo 82.5 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, el 101.5 del Texto Refundido

En la gran mayoría de los casos la retención a cuenta funciona en la práctica con arreglo al «modelo ortodoxo»: el pagador de la retribución retiene el importe que considera ajustado a Derecho y el perceptor retenido no se cuestiona la corrección de la retención y deduce de la cuota del IRPF la cantidad efectivamente retenida. Si esta es la correcta, ambos modelos producen idéntico resultado. Los problemas comienzan cuando surgen diferencias entre la retención realmente practicada y la deducida por el contribuyente retenido, cosa que hace posible el «modelo sustitución», que no solo le permite sino que le ordena deducir de la cuota la cantidad que debió ser retenida. Otra manera de formular la diferencia esencial entre ambos modelos de retención es que mientras el «ortodoxo» se basa en magnitudes reales (el retenedor ingresa la cantidad efectivamente retenida y esta misma es la que el contribuyente deduce de su cuota), el modelo «sustitución» se basa en magnitudes ideales (jurídicas), las que se *debieron* retener e ingresar.

La falta de coincidencia entre las cantidades reales y las debidas puede obedecer no solo al incumplimiento por el retenedor de su obligación, sino también a discrepancias de buena fe. En efecto, no siempre está perfectamente claro cuál es la retención debida e incluso si es o no procedente la retención, pues su determinación depende, entre otras cosas, de la aplicación de los elementos de cuantificación de la retención y de la calificación de la retribución. La discrepancia entre la cantidad retenida (e ingresada) y la deducida de la cuota origina una desimposición cuando esta es superior a aquella y un exceso de imposición en el caso contrario.

En el «modelo ortodoxo» las discrepancias sobre la procedencia y cuantía de la retención se resuelven automáticamente en sede del retenido, en la liquidación del impuesto final (el IRPF o el IS) ¹⁴. Por consiguiente, en este modelo, aunque la retención haya sido inferior a la correcta, se logra como resultado final el equilibrio financiero, en el que ninguno de los sujetos intervinientes soporta una carga excesiva ni, por tanto, tiene un crédito frente a los demás ¹⁵. Por el contrario, en el «modelo sustitución» aunque la retención haya sido insuficiente el retenido debe deducir de la cuota la cantidad que debió retenerse y la Hacienda Pública solo puede percibir el impuesto dejado de ingresar exigiendo al retenedor el pago de la retención no ingresada. En este supuesto, el pleno restablecimiento del equilibrio financiero exige que el contribuyente, que no ha incluido en su cuota la

aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, y finalmente el hoy vigente artículo 99.5 de la Ley 35/2006, cuyo texto idéntico es el siguiente:

«El perceptor de rentas sobre las que deba retenerse a cuenta de este impuesto computará aquellas por la contraprestación íntegra devengada.

Cuando la retención no se hubiera practicado o lo hubiera sido por un importe inferior al debido, por causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta, el perceptor deducirá de la cuota la cantidad que debió ser retenida.

En el caso de retribuciones legalmente establecidas que hubieran sido satisfechas por el sector público, el perceptor solo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas.

Cuando no pudiera probarse la contraprestación íntegra devengada, la Administración tributaria podrá computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arroje la efectivamente percibida. En este caso se deducirá de la cuota como retención a cuenta la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro».

¹⁴ Cabe, naturalmente, la posibilidad de que se hayan planteado y resuelto previamente sea por el cauce de la rectificación de la autoliquidación de retenedor (arts. 120 LGT y 129 del Reglamento General de Gestión e Inspección, aprobado por RD 1065/2007, de 27 de julio) sea en vía económico-administrativa (art. 227.4 LGT).

¹⁵ Ejemplo: Si la retribución íntegra es 100, el tipo de retención el 20 por 100 y el IRPF el 30 por 100, si la retención efectiva fue solo de 10, al liquidarse el impuesto, la cuota líquida será 30, la deducción por retención 10 y la cuota diferencial 20. Por tanto, el contribuyente soporta exactamente la carga fiscal que le corresponde.

diferencia entre la retención procedente y la realmente soportada, compense al retenedor por este importe satisfecho a la Hacienda Pública ¹⁶.

En cambio, si el retenido ha deducido únicamente la cantidad efectivamente retenida, la autonomía de la obligación de retener frente a la obligación tributaria principal propia del «modelo sustitución» exigiría para restablecer el equilibrio financiero un triple ajuste: la devolución del exceso de la cuota al retenido, por un lado, la reclamación al retenedor de la cantidad dejada de ingresar, por otro, y finalmente la correspondiente acción de regreso del retenedor frente al retenido.

En el aspecto dogmático, la autonomía de la obligación de retener respecto a la obligación tributaria principal que resulta del «modelo sustitución» es conceptualmente incompatible con la naturaleza de «pago a cuenta» de la primera que le atribuye el legislador. Este calificativo solamente es aceptable en un sentido económico o contable ¹⁷.

2. LA RUPTURA DEL MODELO POR LA JURISPRUDENCIA

2.1. El carácter de la presunción de retención y la elevación al íntegro

La postura de los Tribunales sobre la retención a cuenta no es ni mucho menos unánime, pues si bien mayoritariamente han confirmado los rasgos propios del sistema, en no pocas ocasiones se han resistido a aplicar rigurosamente el «modelo sustitución» vigente, cuando ello hubiera dado lugar a consecuencias a su juicio poco razonables. Un banco de pruebas del sistema ha sido, mientras la presunción de retención estuvo vigente, la cuestión de su carácter absoluto o relativo y de la elevación al íntegro derivada de ella.

La tesis más respetuosa con la disciplina legal se formula en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1992, dictada en un recurso de apelación en interés de la ley ¹⁸, que ha servido de base a esta corriente jurisprudencial. En el caso objeto de esta sentencia se trataba de una retribución del trabajo satisfecha sin retención y el Tribunal de instancia había decidido que la cantidad no retenida había pasado al patrimonio del perceptor por lo que si se exigieran al pagador se produciría una doble imposición. La Sala, apoyándose en sentencias precedentes, declara la obligación de ingresar del pagador haya o no retenido, y niega que se produzca la doble imposición alegada, «ya que el sujeto pasivo ha de deducir de la cuota [...] el importe de las retenciones previstas en el artículo 36 [de la Ley 44/1978 del IRPF], precepto este que formula la presunción de que las cantidades efecti-

¹⁶ En el ejemplo de la nota anterior, el contribuyente retenido deduciría de la cuota líquida la retención procedente de 20 e ingresaría una cuota diferencial de 10. Por tanto, solo ha soportado una carga de 20 (10 de retención y 10 de cuota diferencial). La Hacienda Pública tendría que dirigirse frente al retenedor para cobrar los 10 pendientes de ingreso y este 10 tendría frente al retenido un crédito por este importe.

¹⁷ Cabe recordar aquí la idea de «cuenta corriente fiscal», que se carga por la cuota y se abona por los anticipos y pagos a cuenta, propuesta por PONT I CLEMENTE, J.-F.: *El pago fraccionado de los tributos*, IEF/Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 65 y ss., para explicar las relaciones entre ambas obligaciones.

¹⁸ Sentencia núm. 4184 (NFJ002270). Ponente: don Francisco Javier Delgado Barrio.

vamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas "en todo caso" –se haya hecho o no la retención– con deducción del importe de la retención correspondiente...».

Los razonamientos de esta sentencia se transcriben por la de 22 de enero de 2000¹⁹, relativa a un supuesto de retribuciones del trabajo satisfechas con retención insuficiente, en la que el Tribunal Supremo rechaza la tesis de la Audiencia Nacional contraria a la elevación al íntegro y reitera su doctrina con algún interesante matiz, como la admisión *obiter dicta* del carácter *iuris tantum* de la presunción de retención²⁰, que, en rigor, es incompatible con el modelo legal de retención. Los considerandos de esta sentencia se citan ampliamente, junto con los de la de 16 de diciembre de 1992, como fundamento de numerosas sentencias posteriores de distintos Tribunales. Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, dichos argumentos se reproducen por las Sentencias de 31 de julio de 2000²¹, 12 de febrero de 2001²², 31 de mayo de 2006²³ y 11 de diciembre de 2006²⁴, entre otras.

Las dos últimas, relativas a retenciones del capital mobiliario, distinguen la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2002²⁵, a la que seguidamente nos referiremos, y, por otro lado, ambas van acompañadas de un voto particular que sostiene la improcedencia de la elevación al íntegro con el argumento de que «la aplicación indiscriminada de la presunción conduciría a desconocer la realidad, al suponer la declaración de una retribución íntegra superior a la efectivamente percibida»²⁶.

¹⁹ Recurso 7513/1995. Ponente: don Pascual Sala Sánchez.

²⁰ En el FD 4.º se afirma lo siguiente: «Inclusive podría defenderse la naturaleza *iuris tantum* a atribuir a [la presunción de percepción y de pago de la retribución con deducción de la retención], ya que no sería contrario al texto legal la posibilidad de admitir una prueba negativa en contrario, afectante a ambas, que se concretaría en demostrar que los perceptores de las rentas en que no hubiera sido practicada la retención no hubieran, a su vez, declarado las cantidades correspondientes o, habiéndolo hecho, no hubieran deducido de sus cuotas el importe de la retención debida practicar. Es cierto que una prueba de tal naturaleza encerraría enorme dificultad para quien la intentara, pero no menos cierto que podría llevarse a cabo con la colaboración de la Administración tributaria y que, en último término, permitiría a la Sala valorar la realidad de la situación creada. A la aludida posibilidad, entre otras imaginables, debe entenderse se refería el art. 98.2, párrafo 3.º, de la Ley 18/1991, de 6 de Junio, y, hoy, el artículo 82.5, párrafo 4.º, de la Ley vigente –Ley 40/1998, de 9 de diciembre– al determinar que "cuando no pudiera comprobarse la contraprestación íntegra devengada, la Administración tributaria podrá computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arroje la efectivamente percibida", para añadir que "en este caso, se deducirá de la cuota como retención a cuenta la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro"».

²¹ Recurso núm. 7276/1995. Ponente: don Pascual Sala Sánchez.

²² Recurso núm. 7963/1995. Ponente: don Pascual Sala Sánchez (NFJ010378).

²³ Recurso núm. 6532/2001. Ponente: don Manuel Martín Timón.

²⁴ Recurso núm. 5001/2001. Ponente: don Emilio Frías Ponce (NFJ024877).

²⁵ Recurso núm. 9712/1997. Ponente: don José Mateo Díaz (NFJ013638). Las sentencias de 2006 explican que en esta sentencia –a la que atribuyen erróneamente la fecha de 7 de noviembre de 2002– se rechaza la elevación al íntegro «en función del respeto a la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de instancia», que había declarado probados los rendimientos realmente satisfechos.

²⁶ El autor del voto es don Emilio Frías Ponce, y se adhiere a él don Manuel Vicente Garzón Herrero. En él se sostiene la aplicación retroactiva al supuesto enjuiciado de la supresión de la elevación al íntegro por la Ley 13/1996 (cfr. *supra*, nota 11) e independientemente de ello, que «los artículos 36 de la Ley 44/1978, de 8 de Septiembre, y 151 de su Reglamento, de 3 de Agosto de 1981, deben ser interpretados de forma que su aplicación quede reducida a los supuestos en que la remuneración íntegra no es susceptible de ser conocida con certeza por otros medios distintos de la propia presunción *iuris tantum* que se contempla allí, a nuestro juicio». Invocan también la Sentencia de 2 de noviembre de 2002 (nota anterior) en apoyo de su conclusión de que debe aceptarse la prueba de la retribución íntegra devengada y que «en el

En la citada Sentencia de 2 de noviembre de 2002, recaída en un caso de retenciones del capital mobiliario, el Tribunal Supremo se aparta decididamente de la doctrina estricta sobre la elevación al íntegro y coherentemente abraza la tesis del carácter *iuris tantum* de la presunción de retención mantenida en este caso por la Audiencia Nacional. Argumenta la sentencia que:

«la doctrina de esta Sala no ha excluido la posibilidad de destruir la presunción mediante la prueba de que los rendimientos fueron inferiores de los que cabría deducir de la elevación al íntegro, quedando abierta la posibilidad de que pueda probarse la contraprestación íntegra devengada, no pudiendo presumir entonces la Hacienda que esta cifra coincida con la resultante de la elevación indicada.

En el caso presente, precisamente, la Sala a quo declara probados los rendimientos que fueron realmente satisfechos y fija los importes procedentes en concepto de retención a cuenta para los ejercicios 1986, 1987 y 1988, apreciación que debe mantenerse, en función del respeto a la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de instancia, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso»²⁷.

La tesis del carácter *iuris tantum* de la presunción de retención había sido adoptada también por diversos Tribunales inferiores²⁸.

2.2. Exclusión en ciertos supuestos de la acción contra el retenedor

La supresión de la presunción de retención, y con ella la de la elevación al íntegro como regla general, vino a dar la razón a la jurisprudencia que, como hemos visto, sostenía la improcedencia de tal elevación cuando constase la cuantía de la retribución, aun a costa de corregir el sistema legal de retención. Sin embargo, como ya quedó indicado más atrás, dicha supresión no impidió la pervivencia del modelo «sustitución», cuyo elemento fundamental es la responsabilidad del retenedor por la cantidad que debió retener y, por tanto, la autonomía de la obligación de retener frente a la obligación tributaria principal.

presente caso, por las circunstancias que concurrieron, no hay duda de las cantidades satisfechas, y que lo abonado constituye la renta íntegra efectivamente percibida».

²⁷ La sentencia sorprendentemente apoya esta tesis en la de 12 de febrero de 2001 (*supra*, nota 22), la cual, a su vez, invoca la de 22 de enero de 2000 (*supra*, nota 19), las cuales habían declarado la procedencia de la elevación al íntegro rechazada por la Audiencia Nacional, si bien, como quedó señalado, admitían hipotéticamente la viabilidad de la tesis del carácter relativo de la presunción de retención. Como hemos indicado en el texto, las Sentencias de 31 de mayo de 2006 (*supra*, nota 23) y 11 de diciembre de 2006 (*supra*, nota 24) distinguen los casos enjuiciados en ellas del de la Sentencia de 2 de noviembre de 2002 que anotamos, con la consideración de que en este último la sentencia de instancia había declarado los rendimientos que fueron realmente satisfechos y los importes procedentes en concepto de retención a cuenta.

²⁸ Cfr. PALAO TABOADA, C., *op. cit.* (nota 1), págs. 288 y ss. Un ejemplo interesante de estas resoluciones es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de febrero de 1995 (recurso núm. 1660/1993; ponente don Manuel Vicente Garzón Herrero). Se trataba, como en otras sentencias de este grupo, de un supuesto en el que el contribuyente, al que se le había practicado una retención del 5 por 100 consideró que la retención debida era del 17 por 100 y elevó al íntegro los rendimientos percibidos. El Tribunal rechazó tal elevación unilateral y consideró que la retención no efectuada debía exigirse al contribuyente/retenido. La sentencia lleva un voto particular en el que se afirma, con razón, que con la decisión de la mayoría «se rompe todo el sistema de las retenciones, fundamentado en una relación entre la Administración no con los sujetos [...] sino con el retenedor [...]». Un comentario a esta sentencia en PALAO TABOADA, C., *ibidem*, págs. 285 y ss.

En alguno de los casos resueltos por las sentencias examinadas en el epígrafe anterior se había discutido este núcleo esencial del sistema; así en la de 16 de diciembre de 1992, que, sin embargo, mantuvo el rigor del modelo. En cuanto la esencia de este estaba articulada técnicamente mediante la presunción de retención, resultaba afectada, en cierto sentido, por el debate acerca del carácter absoluto o relativo de dicha presunción, puesto que la tesis que la consideraba *iuris tantum* significaba dar entrada a la prueba de la situación de hecho frente a la ficción legal.

Pues bien, el núcleo básico del sistema resulta abiertamente contradicho por una corriente jurisprudencial que nos proponemos resumir a continuación.

Esta línea jurisprudencial se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1999²⁹, dictada en un caso de retenciones sobre rendimientos pagados por una compañía de seguros a sus empleados. Además de la cuestión central de la cuantía de la retención, la compañía recurrente impugnaba la liquidación de intereses y el Tribunal Supremo rechaza este motivo casacional, si bien señala que esta desestimación carecía de trascendencia, ya que previamente había declarado la ilegalidad de la liquidación de las retenciones hecha por la Administración. No obstante, uno de los argumentos aducidos por la recurrente en contra de la liquidación de intereses —la sentencia no lo expone directamente, pero de sus consideraciones se deduce que lo que la recurrente alegaba era la doble imposición que se produciría si se le exigiese la retención— dan pie a la Sala para formular como *obiter dicta* determinadas observaciones acerca del sistema de retención a cuenta que anticipan el contenido básico de la corriente jurisprudencial que estamos exponiendo.

La principal de ellas es que si los empleados de la compañía hubieran declarado verazmente sus retribuciones «puede afirmarse apodícticamente que respecto de todas estas retribuciones habrían pagado el impuesto correspondiente y, por tanto, la exigencia posterior a [la sociedad pagadora de las retribuciones] de las cuotas adicionales por retenciones [...] implicaría indubitadamente una clara, rotunda y abusiva doble imposición...». El Tribunal describe a continuación la forma de evitar esta doble imposición en el marco del sistema legal de retención³⁰ y sugiere como solución alternativa que se llame a los expedientes en los que se discuten las retenciones a los empleados y se exija a los que no hayan declarado verazmente sus retribuciones la cuota diferencial pertinente³¹. Esta propuesta supone ni más ni menos que el abandono del sistema legal de retención, basado, como

²⁹ Recurso núm. 166/1995. Ponente: don Alfonso Gota Losada (NFJ009072).

³⁰ La doble imposición, dice el Tribunal Supremo, «solo se podría corregir, exigiendo la empresa MARE NOSTRUM, S.A. a sus empleados el reembolso de las cuotas adicionales por el concepto de retenciones, y, a su vez, los empleados deberían revisar sus declaraciones, deduciéndose estas cuotas adicionales por retención, lo cual daría lugar a las correspondientes devoluciones con los consabidos problemas de prescripción, admisión o no por parte de los empleados del reembolso exigido, elevación al íntegro de las retribuciones y comisiones (art. 36 de la Ley 44/1978, de 8 de Septiembre), compensación de intereses, etc.».

³¹ El párrafo aludido de la sentencia es el siguiente: «Evidentemente estos problemas se resolverían, si en los expedientes en los que únicamente se discute el tipo aplicable en las retenciones se llamara al procedimiento iniciado a los auténticos sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o sea a los empleados, exigiéndoles a los que no declararon verazmente sus retribuciones, no la cuota por retención, sino la cuota diferencial pertinente, en la que estaría subsumida la cuota que debió serles retenida, retención que en ese momento es innecesaria, y los intereses correspondientes sobre las retenciones no practicadas (anticipación del IRPF) y sobre la cuota diferencial descubierta».

sabemos, en el «modelo sustitución» y su reemplazo por otro basado en el «modelo ortodoxo», pero el Tribunal prescinde de analizar las consecuencias que se derivarían de esta propuesta ³².

Un caso similar al anterior fue objeto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 ³³: en el origen del recurso está la solicitud de revisión de oficio de liquidaciones de retenciones practicadas, como en el caso anterior, a una compañía de seguros. Como fundamento principal de dicha solicitud se alegaba la duplicidad de tributación y consiguiente enriquecimiento sin causa de la Administración, derivada del hecho de que los empleados de la compañía habían computado en sus declaraciones del IRPF las cantidades efectivamente retenidas, sin elevarlas al íntegro, por lo que habían subsanado el error cometido por aquella. En casación la compañía reiteró, entre otros, este argumento, señalando que las retenciones carecen de sentido cuando las correspondientes cuotas diferenciales por IRPF ya las incluyen.

En esta ocasión, quizá porque a diferencia de la Sentencia de 13 de noviembre de 1999, la cuestión exigía tomar una decisión y, en consecuencia, no permitía una simple observación *obiter dicta*, el Tribunal adopta una posición más conservadora y, si bien no deja de señalar que se produce «prima facie» una «clara duplicidad» impositiva ³⁴, se remite al artículo 36.1 de la Ley 44/1978 del IRPF, que establecía el sistema de retención ³⁵ y afirma que «lo que se discute en este recurso de casación es la procedencia o no de las retenciones». Acerca de esta cuestión el Tribunal resuelve que la actuación de la Administración fue conforme a Derecho; es decir, aísla, en consonancia con los principios del sistema, la obligación de retener de la obligación tributaria principal. Los excesos de tributación se corrigen mediante las devoluciones de oficio.

El abandono decidido del modelo legal de «sustitución» se produce con la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 ³⁶. Entre los motivos de casación alegados por la entidad recurrente figuraba la doble imposición y consiguiente enriquecimiento injusto de la Administración, al haber sido ya cobrada de los sujetos pasivos la cantidad que se le exigía como retención. El TEAC y la Audiencia Nacional, siguiendo la doctrina consolidada, habían rechazado este argumento basán-

³² El FD 5.º, en el que se formulan las consideraciones expuestas termina con la siguiente observación: «Sin embargo, como en el caso de autos no procede exigir a la entidad MARE NOSTRUM, S.A., las cuotas adicionales por retenciones, no ha lugar a que esta Sala se pronuncie sobre los problemas que se derivan del parco, pero sustancioso segundo razonamiento del tercer motivo casacional».

³³ Recurso núm. 1366/1997. Ponente: don Alfonso Gota Losada (NFJ013236).

³⁴ El supuesto de la sentencia se describe diciendo que «las retenciones se exigen por la Administración Tributaria, "ex post" al mecanismo normal de gestión tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, porque tal exigencia frente al pagador-retenedor de las retenciones, en este caso, de trabajo personal, se produce después de que los perceptores hayan presentado sus declaraciones-autoliquidaciones, de modo que no se han podido restar dichas retenciones, ingresando las cuotas diferenciales, sin la deducción o resta de aquellas, incurriendo "prima facie" en una clara duplicidad respecto del procedente Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [...]. Algo similar acontece si las declaraciones-autoliquidaciones son negativas, pues en ese caso las retenciones devueltas no comprenden las retenciones ingresadas posteriormente por el pagador de las retribuciones (retenedor)».

³⁵ Cfr. *supra*, nota 3.

³⁶ Recurso núm. 2400/2002. Ponente: don Manuel Vicente Garzón Herrero (NFJ025573). Un certero análisis crítico de esta sentencia y de la de 5 de marzo de 2008 (*infra*, nota 38) se lleva a cabo por WERT ORTEGA, M.: «Autonomía de la obligación de ingresar las retenciones a cuenta. (Comentario de las SSTs de 5 de marzo de 2008 y 27 de febrero de 2007)», RCyT. CEF, núms. 305-306, 2008, págs. 111 y ss.

dose en la autonomía de la obligación de retener. El Tribunal Supremo razona que en el caso enjuiciado no existe discrepancia entre el retenedor y el retenido sobre el importe de la retención³⁷ y, añade, «y este punto es cardinal, la obligación tributaria se ha extinguido [...] a conformidad de todos los intervinientes (retenedor, retenido y Administración)».

El Tribunal cita la calificación que hizo la Sentencia de 13 de noviembre de 1999 de la exigencia de la retención en ese supuesto como «clara, rotunda y abusiva doble imposición», a la que añade el siguiente severo reproche:

«Cuando un ente público pretende un doble pago no solo incurre en un patente abuso de derecho quebrantando el principio universal de "buena fe" que ha de regir las relaciones jurídicas sino que conculca las bases esenciales del ordenamiento jurídico uno de cuyos pilares es la "objetividad con que la Administración ha de servir los intereses generales" y "actuar conforme a la ley y el derecho" (*artículo 103 de la Constitución*). Pues bien, cuando esto sucede se supeditan estos valores básicos de la convivencia a consideraciones meramente económicas de un rango claramente inferior y, sin duda, tal resultado debe ser corregido».

Observa la Sala que «[l]a Administración pudo y debió probar que ese doble pago no se había producido. Pero en lugar de aducir y acreditar tal circunstancia (y dispone de medios para ello) ha preferido en insistir en la naturaleza independiente de la obligación del retenedor, con respecto a la del sujeto pasivo, e hipertrofiar y desnaturalizar la obligación del retenedor».

El Tribunal no ignora las objeciones que pueden derivarse para su posición de la autonomía de la obligación de retener, pero las desecha sucintamente con la siguiente consideración:

³⁷ En opinión de la Sala, este supuesto difiere del contemplado en los artículos 10 y 36.1 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del IRPF, que se referirían a la «hipótesis de desajuste entre lo que hizo el retenedor y lo que se debió hacer». El primero de los citados artículos se limitaba a establecer la obligación de retener; el segundo –transcrito en lo pertinente en la nota 3– establecía la presunción de retención. El Tribunal argumenta de la manera siguiente:

«El retenedor ha creído que ha practicado correctamente la retención (en este caso no ha retenido porque creía que no debía hacerlo). Por su parte, el sujeto pasivo no ha hecho uso de las facultades que el *artículo 36 de la Ley* le confiere por entender (como el retenedor) que su actividad no estaba sujeta a retención.

La discrepancia se produce más tarde. Cuando ya la obligación principal está liquidada por el sujeto pasivo. Cuatro años después. No es el sujeto pasivo quien discrepa de la retención que se ha practicado que es la hipótesis que contempla el *artículo 36.1 de la Ley*. Es la Administración quien toma esa iniciativa, pero obviando el trascendental hecho de que la deuda principal ha sido pagada.

Queremos insistir y poner de relieve que los hechos litigiosos escapan a las previsiones fácticas que el *artículo 36.1 y 10 de la Ley* contemplan.

En primer término, porque la liquidación de la deuda principal ya se ha producido, lo que no sucede en las previsiones de los preceptos citados. En segundo lugar, porque ha existido coincidencia en los parámetros tomados en consideración tanto por el retenedor como por el retenido, lo que no ocurre en los textos mencionados que contemplan y se sustentan en la discrepancia de retenedor y sujeto pasivo sobre el "quantum" de dichos parámetros. Finalmente, y este punto es cardinal, la obligación principal se ha extinguido (al menos no consta discrepancias sobre ella) a conformidad de todos los intervinientes (Retenedor, retenido y Administración).

Claramente se comprende que la actuación de la Administración altera de modo radical el estado de cosas existente al amparo de un hipotético cumplimiento imperfecto de la obligación que pesaba sobre el retenedor».

La no aplicación de la presunción legal de retención al supuesto enjuiciado supone admitir su carácter *iuris tantum*. Entendida como presunción absoluta su finalidad era precisamente evitar la doble imposición, si bien a costa de falsear el importe de la renta percibida.

«La doctrina sobre la naturaleza de la retención no es uniforme ni unánime: Desde quienes la consideran como una obligación accesoria de otra principal, pasando por obligación dependiente de otra, hasta obligación en garantía del cumplimiento de otra. Parece evidente, que cualquiera que sea la naturaleza, es imposible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende, o, la obligación que garantiza.

Ello, naturalmente, no impide que la Administración pueda exigir del Retenedor los efectos perjudiciales que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado, o haberse practicado mal, la retención (Estamos pensando en los intereses y en las sanciones que el retenedor pueda merecer)».

Las sanciones aludidas parecen ser las correspondientes a la falta de ingreso de la retención debida, aunque en el caso enjuiciado estas se declararon improcedentes.

Es claro que con esta sentencia el Tribunal Supremo prescinde del modelo legal de «sustitución» y, salvo en lo relativo a las sanciones, aplica el que hemos denominado «modelo ortodoxo».

La doctrina de la Sentencia de 27 de febrero de 2002 se encuentra plenamente consolidada: la confirman al menos las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2008 ³⁸, 16 de julio de 2008 ³⁹, otra de igual fecha ⁴⁰, 22 de octubre de 2008 ⁴¹, 21 de mayo de 2009 ⁴², 24 de septiembre de 2009 ⁴³, 4 de noviembre de 2009 ⁴⁴, 7 de diciembre de 2009 ⁴⁵, 21 de enero de 2010 ⁴⁶, 18 de febrero de 2010 ⁴⁷, 26 de mayo de 2010 ⁴⁸, 17 de junio de 2010 ⁴⁹, 13 de enero de 2011 ⁵⁰ y 4 de noviembre de 2011 ⁵¹.

Esta línea jurisprudencial se rompe únicamente, hasta donde sabemos, por la Sentencia de 28 de mayo de 2010 ⁵². El supuesto es similar a los de las sentencias del grupo anterior: la Agencia Tributaria practica liquidación a la entidad pagadora de determinadas retribuciones por considerar que constituían rendimientos del trabajo dependiente y no profesionales como los había calificado esta. En el recurso de casación además de discutirse la naturaleza de la retribución, la entidad alega la exis-

³⁸ Recurso núm. 3499/2002. Ponente: don Juan Gonzalo Martínez Micó (NFJ028403).

³⁹ Recurso núm. 225/2004. Ponente: don Juan Gonzalo Martínez Micó.

⁴⁰ Recurso núm. 398/2004. Ponente: don Manuel Martín Timón (NFJ029812).

⁴¹ Recurso núm. 953/2005. Ponente: don Manuel Vicente Garzón Herrero (NFJ030994).

⁴² Recurso núm. 2255/2003. Ponente: don Manuel Martín Timón (NFJ035567).

⁴³ Recurso núm. 8280/2003. Ponente: don Ángel Agualló Avilés (NFJ037898).

⁴⁴ Recurso núm. 10506/2003. Ponente: don Manuel Vicente Garzón Herrero.

⁴⁵ Recurso núm. 186/2004. Ponente: don Emilio Frías Ponce.

⁴⁶ Recurso núm. 1685/2004. Ponente: don José Antonio Montero Fernández (NFJ037886).

⁴⁷ Recurso núm. 46/2006. Ponente: don José Antonio Montero Fernández.

⁴⁸ Recurso núm. 73/2005. Ponente: don Óscar González González.

⁴⁹ Recurso núm. 188/2005. Ponente: don José Antonio Montero Fernández (NFJ039169).

⁵⁰ Recurso núm. 164/2007. Ponente: don Ángel Agualló Avilés (NFJ042033).

⁵¹ Recurso núm. 315/2008. Ponente: don Ramón Trillo Torres (NFJ045289).

⁵² Recurso núm. 796/2005. Ponente: don Juan Gonzalo Martínez Micó (NFJ039724).

tencia de doble imposición, ya que los trabajadores habían incluido los rendimientos percibidos en su declaración del IRPF y deducido la retención practicada. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación con el siguiente razonamiento: «La retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se configura legalmente como una obligación del pagador, independiente de las obligaciones tributarias de los perceptores», afirmación que basa el Tribunal en los apartados 1 y 2 del artículo 98 de la Ley 18/1991 del IRPF ⁵³. Y concluye la argumentación con el siguiente párrafo, que es una síntesis perfecta del sistema legal de retención («modelo sustitución»):

«En cualquier caso es claro que ni la procedencia de la deducción depende de la efectiva retención e ingreso por parte del retenedor ni tampoco la obligación de retener puede estar en función de si el contribuyente deduce o no en su autoliquidación lo que debió retenerse por el pagador. El hecho de que el trabajador, al formular su autoliquidación, no deduzca las retenciones que se le debieron practicar, no exime de pago al retenedor, ya que la obligación de retener es autónoma y no depende de la conducta del contribuyente-sujeto pasivo del impuesto».

2.3. Intereses y sanciones

Ya quedó señalado que desde la Sentencia inicial de 27 de febrero de 2007, el Tribunal Supremo declara procedente la exigencia de intereses y la imposición de sanciones al retenedor que ingresó una cantidad inferior a la procedente. La exigencia de intereses es plenamente coherente con la consideración que en el modelo «sustitución» tiene la obligación de retener como obligación tributaria material autónoma y de naturaleza equiparable a la de la obligación tributaria principal. En cambio, tal exigencia tiene una base menos firme si la obligación de retener se concibe como una obligación formal, como en el modelo «ortodoxo» puro, en el que una retención insuficiente daría lugar únicamente a una sanción por infracción formal. Por ello, el fundamento de la exigencia de intereses se debilita si se parte de la doctrina jurisprudencial encabezada por la citada sentencia, en la medida en que esta pone en cuestión la autonomía de la obligación de retener. No obstante, el Tribunal Supremo ha rechazado las alegaciones contra esta exigencia intentada por algunos recurrentes basándose en la negación del carácter de deuda tributaria de la obligación de retener ⁵⁴. En cambio, es congruente con la tesis de la conexión entre esta obligación y la obligación tributaria principal la afirmación del Tribunal Supremo de que el periodo de devengo del interés termina en la fecha en que los perceptores del rendimiento sujeto a retención presentaron sus declaraciones del IRPF ⁵⁵.

Parecidas observaciones cabe hacer en relación con las sanciones: la calificación de la infracción del retenedor como infracción grave (que ocasiona un perjuicio material a la Hacienda Pública)

⁵³ El apartado 1 establece la obligación de retener; el apartado 2, con la redacción que aplica la sentencia, está transcrito en la nota 11, *supra*.

⁵⁴ Cfr. Sentencia de 24 de septiembre de 2009 (*supra*, nota 43), FD 11.º.

⁵⁵ Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2010 (*supra*, nota 48), FD 4.º: el carácter indemnizatorio que tiene el interés «implica que solo debe indemnizarse el perjuicio causado a la Administración Tributaria, por el tiempo que debiendo poseer las indicadas retenciones no las tuvo a su disposición, es decir, el tiempo que media entre la fecha en que la empresa debió retener y la fecha en que los trabajadores realizaron su autoliquidación por el IRPF». Aceptado este planteamiento, quizá sería más exacto sostener que el fin del periodo de devengo del interés termina con el pago del IRPF y no con su declaración.

no armoniza sin cierta dificultad con la negación de su autonomía que propugna la línea jurisprudencial expuesta. Esta es, no obstante, la posición del Tribunal Supremo ⁵⁶.

2.4. Los derechos de imagen de los futbolistas

La cuestión de la doble imposición de las rentas sujetas a retención y consiguiente enriquecimiento injusto de la Administración se planteó en relación con determinadas construcciones negociales utilizadas por deportistas, sobre todo jugadores de fútbol, para eludir la tributación de sus elevadas retribuciones. El artificio es bien conocido y consistía en que el futbolista cedía sus derechos de imagen a una sociedad controlada por él situada en un territorio de baja tributación, la cual, a su vez, cedía la explotación de esos derechos al club de fútbol, que pagaba por este concepto una parte sustancial de la retribución total del jugador. Como es sabido, el supuesto es ahora objeto de una regulación especial, establecida inicialmente por el artículo 2.Tres de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y contenida actualmente en el artículo 92 de la LIRPF. Con anterioridad a esta norma antielusión específica, la Administración tributaria sostenía que la cesión de los derechos de imagen a la entidad intermediaria era simulada e imputaba al jugador, en calidad de rendimientos del trabajo, las cantidades pagadas por el club a esta entidad.

La calificación como rendimiento del trabajo llevaba consigo la obligación del club de someterlo a retención en tal calidad, cuya exigencia por la Administración dio lugar a numerosos procedimientos y procesos que desembocaron en sendos recursos de casación. Entre las Sentencias que resolvieron estos recursos figuran las de 25 de junio de 2008 ⁵⁷, otra de la misma fecha ⁵⁸, 1 de julio de 2008 ⁵⁹, 10 de julio de 2008 ⁶⁰, 15 de septiembre de 2009 ⁶¹, 26 de noviembre de 2009 ⁶², 24 de marzo de 2010 ⁶³, 5 de mayo de 2011 ⁶⁴, 6 de octubre de 2011 ⁶⁵ y 3 de noviembre de 2011 ⁶⁶.

En la mayoría de los recursos que dieron lugar a las citadas sentencias el club de fútbol recurrente alegó la doble imposición que se produciría al concurrir la retención y la imposición sobre las sociedades cesionarias de los derechos de imagen. Señalaba el recurrente que había prescrito la posibilidad de que tanto la Administración como los jugadores pudiesen rectificar las declaraciones de

⁵⁶ Ya quedó indicada la postura de la Sentencia de 27 de febrero de 2007 (*supra*, nota 36). La Sentencia de 21 de mayo de 2009 (*supra*, nota 42), FD 5.º, cita la anterior y confirma la imposición de la sanción por infracción grave, de acuerdo con la Audiencia Nacional, la cual, sin embargo, sostenía la tesis de la autonomía de la obligación de retener.

⁵⁷ Recurso núm. 3544/2003. Ponente: don Emilio Frías Ponce (NFJ035355).

⁵⁸ Recurso núm. 4560/2003. Ponente: don Manuel Martín Timón.

⁵⁹ Recurso núm. 5296/2002. Ponente: don Manuel Vicente Garzón Herrero (NFJ029232).

⁶⁰ Recurso núm. 3770/2003. Ponente: don Juan Gonzalo Martínez Micó (NFJ031602).

⁶¹ Recurso núm. 3766/2003. Ponente: don Emilio Frías Ponce.

⁶² Recurso núm. 1278/2004. Ponente: don Ángel Agualló Avilés.

⁶³ Recurso núm. 8919/2004. Ponente: don Emilio Frías Ponce.

⁶⁴ Recurso núm. 796/2007. Ponente: don Juan Gonzalo Martínez Micó (NFJ044583).

⁶⁵ Recurso núm. 318/2008. Ponente: don José Antonio Montero Fernández.

⁶⁶ Recurso núm. 311/2008. Ponente: don José Antonio Montero Fernández.

estos imputándoles la renta con deducción de la retención⁶⁷. Que como consecuencia de la imputación de la renta al jugador se produce una doble o múltiple imposición lo pone de manifiesto que la ley (art. 92.4 y 6 LIRPF) se preocupe de eliminar tales excesos de gravamen, reduciendo la imposición a la que hubiera resultado si las rentas derivadas de la cesión de los derechos de imagen hubiesen sido pagadas directamente por el club al jugador.

El Tribunal Supremo da a esta alegación una doble respuesta:

- 1.^a Negar que se produzca el alegado enriquecimiento injusto porque no coinciden el contribuyente y el retenido⁶⁸. Este argumento no es convincente, puesto que la separación de ambas personas, en la que se basa precisamente el artificio elusivo, se elimina desde el momento en que se la declara simulada y se imputa la renta percibida por el retenido (entidad intermediaria, primera cesionaria de los derechos)⁶⁹.
- 2.^a Aducir la falta de prueba de que el sujeto pasivo (el jugador) hubiese integrado en la base imponible del IRPF las cantidades percibidas de la entidad intermediaria⁷⁰. Sin embargo, la doble imposición alegada por el club recurrente se produce, en primer lugar, entre la retención que le exige la Administración y el impuesto satisfecho por la entidad intermediaria por la retribución recibida del club, aunque esta no se integre en la base imponible del IRPF del jugador; no inclusión que es la finalidad misma del mecanismo elusivo. La misma renta se percibe por el jugador a través de la entidad intermediaria (por ejemplo, en forma de dividendos) y sin duda tampoco se integrará en su base imponible del IRPF. Tal integración se producirá como por efecto de la regularización administrativa y consiguiendo imputación de la renta al jugador, a no ser que haya prescrito la acción liquidadora. Ahora bien, en este punto el Tribunal Supremo se separa de su propia doctrina según la cual la carga de la prueba de que la exigencia de la retención no da lugar al enriquecimiento sin causa incumbe a la Administración.

⁶⁷ Cfr. una clara exposición de esta alegación en la Sentencia de 15 de septiembre de 2009 (*supra*, nota 61), FD 5.º.

⁶⁸ Este razonamiento se enuncia por primera vez en la Sentencia de 1 de julio de 2008 (*supra*, nota 59) en los términos siguientes y se recoge por muchas de las sentencias posteriores de la serie:

«En cuanto al enriquecimiento injusto, esta Sala ha aceptado esa posibilidad cuando el sujeto pasivo del impuesto retenido o que se debió retener es el mismo que el retenido. En el caso planteado, precisamente, lo que sucede es que el sujeto pasivo (jugador) y el perceptor (entidad cesionaria de los derechos) no son coincidentes, lo que excluye que se pueda hablar de enriquecimiento injusto. Precisamente, y contra lo que en el motivo se invoca, la actora ha sustraído a la Hacienda cantidades que en concepto de retención esta debió percibir, circunstancia que no solo no es un enriquecimiento, sino un intento de ocultar el origen de ingresos sujetos a tributación».

⁶⁹ La Sentencia de 10 de julio de 2008 (*supra*, nota 60) invoca la doctrina del levantamiento del velo.

⁷⁰ Este razonamiento aparece en la Sentencia de 15 de septiembre de 2009 (*supra*, nota 61), FD 5.º, y, al igual que el anterior, se repite en muchas de las sentencias posteriores. El texto es el siguiente:

«Esta Sala ha declarado, para evitar un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, la imposibilidad de exigir la retención cuando el sujeto pasivo presentó la declaración en su momento y se constata que cumplió con su obligación. Así las sentencias de 27 de febrero de 2007, 5 de marzo de 2008, 16 de julio de 2008 y 21 de mayo de 2009. Sin embargo, en el presente caso no consta que el sujeto pasivo hubiese liquidado por el Impuesto sobre la Renta las cantidades percibidas de la entidad cesionaria de los derechos de imagen, lo que excluye que se pueda hablar de enriquecimiento injusto. Precisamente, y contra lo que en el motivo se invoca la recurrente sustrajo a la Hacienda cantidades que en concepto de retención debió percibir».

La Sala se plantea la doble imposición por la concurrencia del IRPF del jugador y el IS satisfecho por la sociedad intermediaria, pero argumenta que se trata de una cuestión ajena al recurso, que debe ser suscitada por esta sociedad ⁷¹.

En resumen, lo que el Tribunal Supremo ha hecho en estos casos de derechos de imagen de los futbolistas es aceptar que la Administración exija la retención sin tomar en consideración la doble imposición que ciertamente se produce en muchos de ellos; en otros términos, ha aplicado estrictamente el «modelo sustitución» adoptado por el sistema legal de retención. Esta posición del Alto Tribunal se explica por la complejidad de los flujos financieros que tienen lugar en estos supuestos y de las consecuencias tributarias que se derivan de ellos. Tal complejidad se origina en gran parte por el hecho de que la obligación de retención resulta de la aplicación de una norma o doctrina antielusión, como la simulación entre otras, de la que resulta la recalificación de las operaciones realizadas. Semjante complejidad hace imposible en estos supuestos corregir judicialmente las distorsiones financieras y fiscales producidas por la aplicación rigurosa de las normas legales sobre la retención, a diferencia de lo que sucede en el supuesto mucho más simple de retención defectuosa que sirvió de base a la doctrina del enriquecimiento injusto de la Administración que hemos analizado más atrás. La corrección de la elusión fiscal derivada de la cesión de derechos de imagen requirió la intervención del legislador, que además ha considerado necesario establecer para estos casos un sistema especial de ingreso a cuenta (art. 92.8 LIRPF).

3. CONSIDERACIONES FINALES

La línea jurisprudencial expuesta resuelve de manera pragmática un serio problema creado por el sistema de retención adoptado por el legislador español, ajustado al que venimos llamando «modelo sustitución». Dicho problema es el de la doble imposición de los rendimientos sujetos a retención que se produce si se exige al retenedor el pago de la retención dejada de ingresar y los contribuyentes/retenidos solo han deducido de sus cuotas de los impuestos finales la retención efectivamente practicada ⁷².

En el marco del sistema legal la solución de este problema consistiría en exigir al retenedor la retención dejada de ingresar y rectificar las declaraciones de los contribuyentes/retenidos para deducir de sus cuotas la retención legalmente procedente. Esta solución, además de complicada, no es viable si ha prescrito el derecho de los contribuyentes a obtener la devolución del ingreso indebido; por otra

⁷¹ La alusión a esta cuestión se encuentra también en la Sentencia de 15 de septiembre de 2009 (*supra*, nota 61), FD 5.º: «Tampoco la improcedencia de las bases imponibles declaradas por el Impuesto sobre Sociedades por las entidades cesionarias de los derechos, al tenerse que imputar las rentas a los jugadores, y la ausencia de liquidación simultánea por parte de la Administración a las sociedades interpuestas, en la que se eliminan los ingresos calificados como simulados, puede ser relevante, pues esta cuestión es ajena a la parte recurrente en cuanto la devolución de las cuotas ingresadas indebidamente solo puede ejercitarse por las sociedades afectadas».

⁷² WERT, *op. cit.* (nota 36), pág. 129, hace la siguiente observación: «El TS, llevado por la pretensión de evitar la doble imposición de manera sencilla, prescindiendo de engorrosos procedimientos que plantean problemas no solo de incomodidad sino también de ejercicio de los derechos (prescripción, resistencia de los retenidos a aceptar el reembolso, etc.), ha facilitado una solución que significa, pese a que en las sentencias no se reconoce así, desmentir el carácter autónomo y no subordinado de la obligación de realizar pagos a cuenta».

parte, origina un desequilibrio financiero, ya que el contribuyente no ha soportado íntegramente la carga tributaria que le corresponde, sino que esta ha recaído en parte sobre el retenedor. El restablecimiento de este equilibrio exige que el retenedor recupere en vía de regreso frente al contribuyente la retención no practicada; de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto del retenido ⁷³.

El problema de la doble imposición pone claramente de manifiesto que la desconexión que el «modelo sustitución» establece entre la obligación tributaria principal y la de retener (la «autonomía» de ambas obligaciones) es una construcción en el fondo artificial, en cuanto desconoce que la razón de ser de la retención es anticipar el pago de la obligación tributaria y que su existencia está consustancialmente vinculada a la de esta. Como señalamos más atrás, la ruptura de esta vinculación da lugar a excesos o defectos de imposición, salvo que el retenedor retenga e ingrese exactamente la cantidad debida y el retenido deduzca de su cuota del impuesto final esta misma cantidad. Estos efectos anómalos tampoco se producen en el supuesto de retención insuficiente si el contribuyente se limita a deducir la retención efectivamente practicada y la Administración no reclama del retenedor la cantidad dejada de ingresar; lo que sucede es que en este supuesto no se cumple el «modelo sustitución» sino que este funciona en la práctica como el «modelo ortodoxo».

La línea jurisprudencial expuesta contempla justamente este último supuesto y la solución que adopta consiste sencillamente en imponer la aplicación del «modelo ortodoxo», prohibiendo a la Administración que cobre del retenedor la diferencia entre la retención efectiva y la debida. Es evidente que esta posición restablece la vinculación entre la obligación de retención y la obligación tributaria principal o, lo que es lo mismo, rechaza la autonomía entre ellas que proclama la ley (art. 23.1, párrafo 2.º LGT) ⁷⁴. Por consiguiente, es forzoso reconocer que la posición de la jurisprudencia comentada tiene difícil encaje en el Derecho vigente.

Por otra parte, la solución adoptada por el Tribunal Supremo no deja de tener dificultades prácticas; en particular, la necesidad de probar la doble imposición, es decir, que los contribuyentes/retenidos cumplieron con su obligación tributaria principal y dedujeron de la cuota tan solo la cantidad

⁷³ Según RUBIO MONTIEL, B.: «Retenciones del IRPF. Nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Carta Tributaria. Monografías*, 2/2009, texto electrónico (Base de datos de La Ley, ref. 202/2009), epígrafe 2.2, los Tribunales del orden social no reconocen al empresario el derecho a recuperar las retenciones no practicadas ni ingresadas en plazo voluntario, aunque no cometa infracción alguna.

⁷⁴ No es posible, por tanto, sostener, como hace el TEAC en su importante Resolución de 1 de junio de 2010 [R.G. 590/2010 (NFJ040339)], FD 6.º, refiriéndose a la línea jurisprudencial aquí comentada, que «la jurisprudencia expuesta en nada altera el carácter de autonomía de la obligación tributaria del ingreso a cuenta en que se constituyen aquellas retenciones, respecto de la obligación tributaria del perceptor en lo que hace a la imposición personal». La cita de la Sentencia inaugural de 27 de febrero de 2007 (*supra*, nota 36) en la que apoya esta afirmación es, no obstante, una declaración palmaria de la falta de autonomía. La cita es la siguiente: «La doctrina sobre la naturaleza de la retención no es uniforme ni unánime: Desde quienes la consideran como una obligación accesorio de otra principal, pasando por obligación dependiente de otra, hasta obligación en garantía del cumplimiento de otra. Parece evidente, que cualquiera que sea la naturaleza, es imposible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende, o, la obligación que garantiza». Argumenta seguidamente el TEAC que «aún en los casos en los que el Tribunal Supremo conviene la existencia de enriquecimiento injusto, dicho Tribunal mantiene intacta la deuda tributaria por lo que hace a los intereses de demora, así como la posible responsabilidad en que pudiera haber incurrido el retenedor, con la imposición de las correspondientes sanciones», citando las Sentencias de 16 de octubre de 2008 y 17 de abril de 2009. Sin embargo, no es coherente mantener la autonomía para justificar los intereses y las sanciones, cuando en realidad se la ha negado para exigir la obligación de retención. La invocación de la autonomía se convierte así en una petición de principio.

que les fue efectivamente retenida⁷⁵. Desde la Sentencia inicial de 27 de febrero de 2007 la carga de dicha prueba se hace recaer sobre la Administración tributaria⁷⁶.

⁷⁵ La Resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 cit. (nota anterior), FD 5.º, se refiere a que el contribuyente haya autoliquidado el IRPF o el IS «sin hacer uso de la facultad que le otorga la normativa de los impuestos para deducirse las cantidades que, en Derecho, debieran haberse practicado en concepto de retención». Sigue diciendo el TEAC que en la construcción del Tribunal Supremo «la autonomía de la obligación tributaria impuesta al retenedor, respecto de la obligación "principal" que impone el ordenamiento al perceptor de las rentas, descansa en el derecho del que goza este último para deducirse en su imposición personal la retención que en Derecho hubiera resultado procedente, con independencia de la efectivamente practicada e ingresada». Pero si fuese así dicha autonomía quedaría a expensas de la decisión del contribuyente de hacer o no uso de la referida «facultad»: se mantendría en el primer caso y no en el segundo. A esta conclusión lleva la doctrina jurisprudencial comentada. La repetida autonomía radica sobre todo en la responsabilidad del retenedor por la totalidad de la retención debida cualquiera que sea la deducción que el retenido se practique en su cuota. La ley no solo faculta a este para deducir la retención procedente, sino que se lo ordena, como resulta del carácter imperativo del correspondiente precepto, en la actualidad el artículo 99.5 de la LIRPF 35/2006 («... el perceptor *deducirá* de la cuota la cantidad que debió ser retenida»). Cfr. *supra*, nota 13. Observa WERT, *op. cit.* (nota 36), pág. 130, que «el TS parte de la hipótesis de que el artículo 36 de la Ley 44/1978 contempla una opción para el sujeto pasivo, que puede deducir lo que se le ha retenido o lo que debiera haberse retenido. Sin embargo, no está claro que la alternativa se establezca en términos opcionales para el sujeto pasivo. El propio TS ha entendido, en la Sentencia citada anteriormente de 8 de mayo de 2000 [...], que la deducción de lo que debería haberse retenido es obligatoria, de manera que si deduce únicamente lo que le fue retenido, el sujeto pasivo lo está haciendo mal».

En el carácter imperativo de la norma hacen hincapié PÉREZ CALVO, R. y PÉREZ CALZADA, J.M.ª: «La inspección de los tributos y la comprobación de los pagos a cuenta del IRPF: del "enriquecimiento injusto" al "empobrecimiento impuesto"», *Impuestos*, 4/2011, texto electrónico (base de datos de La Ley, ref. 1717/2011). Parece infundado, no obstante, deducir de tal obligatoriedad la presunción de que los contribuyentes han deducido la cantidad que debió serles retenida. En apoyo de esta presunción los citados autores opinan que es fácil el cálculo de la retención debida, con auxilio de los programas informáticos que para este fin ofrece la AEAT, optimismo que desmiente la existencia misma de estos programas. Nos atrevemos a opinar que lo habitual es lo contrario: la inmensa mayoría de los contribuyentes se limita seguramente a deducir sin cuestionarla la retención efectiva comunicada por el pagador mediante el correspondiente certificado. Esta consideración constituye un argumento en favor del «modelo ortodoxo».

⁷⁶ En la Sentencia de 16 de julio de 2008 (*supra*, nota 39), por ejemplo, se afirma (FD 6.º) que «la Administración, que es la que cuenta con las declaraciones formuladas por el Impuesto y con medios suficientes para ello, pudo comprobar, y probar en el expediente administrativo o en el proceso, que no se había producido la extinción de la obligación del sujeto pasivo y que en consecuencia, la exigencia del importe de la retención no comportaba doble tributación». Y en la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (*supra*, nota 42), se afirma (FD 4.º) que «la Administración Tributaria se ha limitado a exigir el cumplimiento de la obligación de retener, sin comprobar los datos que tenía a su disposición y que podía, en su caso, ampliar de las empresas correspondientes, lo que no hubiera sido de gran dificultad...». Y añade que «la Administración Tributaria no solo no ha probado aquello a lo que estaba obligada en virtud del principio de «facilidad probatoria», sino que ha guardado silencio tras limitarse a girar liquidación por el importe de las retenciones no ingresadas». Por tanto, esta jurisprudencia se funda, como dice la Resolución del TEAC de 1 de junio de 2010 (cit. *supra*, nota 74), FD 8.º, «no ya en [el] precepto que regula la distribución procesal de la carga de la prueba entre las partes (art. 105.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria, según el cual, "en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo")», sino en [la] aplicación de la reiterada jurisprudencia que viene denominándose por la doctrina como "Teoría de la proximidad al objeto de la prueba", según la cual, aquella distribución de la carga de la prueba debe atender a criterios de "normalidad", "disponibilidad" y "facilidad probatoria", lo que encuentra su reflejo positivo en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (norma esta a la que se remite el ordenamiento tributario, según el art. 106.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria), donde se recoge que, a estos efectos, "el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio"».

Es interesante señalar que la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 indica que la incorporación al expediente de la información relativa a las declaraciones de los sujetos pasivos puede servir de base a devoluciones de oficio para facilitar información a los sujetos afectados para que pudieran solicitar la iniciación del procedimiento de devolución de ingresos indebidos. Tales devoluciones solo procederían si se exige al retenedor el pago de la retención no ingresada, en contra de la tesis de la jurisprudencia comentada.

Sobre la interpretación que hace el TEAC de la extensión de la carga de la prueba de la ausencia de doble imposición es importante, además de la Resolución de 1 de junio de 2010 citada, la de 7 de septiembre de 2011 [R.G. 4137/2010 (NFJ044047)], dictadas ambas en recursos extraordinarios de alzada para la unificación de criterio.

En lo que respecta a las sanciones, la cuestión que se plantea es si, en el supuesto considerado en la jurisprudencia comentada, la conducta del retenedor que retuvo una cantidad posteriormente declarada insuficiente encaja en el tipo infractor del artículo 119 de la LGT (dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación). Naturalmente, en el caso de que la retención insuficiente se deba a una interpretación razonable de las normas aplicables faltará la culpabilidad necesaria para que exista una infracción. Pero independientemente de este supuesto, CAYÓN GALIARDO ⁷⁷ sostiene la improcedencia de aplicar el tipo de infracción mencionado sobre la base de distintos argumentos. Por una parte, observa que si la obligación de retener está extinguida en el momento de exigirse su cumplimiento, la antijuridicidad ha quedado anulada o reducida a otras funciones de la retención como las de información o garantía entre otras. Señala este autor la semejanza de este supuesto con la regularización espontánea regulada en el artículo 27 de la LGT, considerando que la regularización se lleva a cabo por el contribuyente al pagar la obligación principal y teniendo en cuenta la admisibilidad del pago por tercero. En su opinión, el perjuicio económico se aproxima al daño causado por el hecho de que la Administración no dispusiera de las sumas que debieron ser retenidas; pero este perjuicio ya está compensado con el interés. También apunta este autor la posibilidad de que se considere que, siendo la base de la sanción el importe de la regularización practicada, dicha base sea nula. Parecidos argumentos en contra de la aplicación del tipo de infracción del artículo 119 de la LGT aduce PRIETO RUIZ ⁷⁸.

A nuestro juicio, sería defendible, a pesar de las dudas que expresa CAYÓN, aplicar en el supuesto considerado tipos de infracciones de carácter formal, como los de los artículos 198 (no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico) y 199 de la LGT (presentar incorrectamente autoliquidaciones o declaraciones sin que se produzca perjuicio económico). Esta clase de infracciones se ajusta más a una concepción de la retención como un deber predominantemente formal, en la que cobran mayor importancia relativa las funciones de la retención de colaboración en la gestión tributaria. Hay que admitir, sin embargo, la dificultad que presenta la aplicación de estos tipos de infracción ⁷⁹: la nueva doctrina jurisprudencial ha colocado a la obligación de retener en una posición peculiar, al margen de las categorías hasta ahora aceptadas.

En efecto, la nueva doctrina del Tribunal Supremo está urgentemente necesitada de una elaboración dogmática que responda, en primer lugar, a la siguiente pregunta: ¿Está efectivamente extinguida la obligación del retenedor de ingresar la cantidad que debió retener? El Tribunal Supremo no lo afirma de manera clara, sino que utiliza circunloquios como «es imposible su permanencia» (Sentencia inaugural de 27 de febrero de 2007 y muchas posteriores) o «no debe ser exigible» (Sentencia de 5 de marzo de 2008 y las posteriores que reproducen sus razonamientos).

⁷⁷ CAYÓN GALIARDO, A.: «Las consecuencias de la doctrina del Tribunal Supremo sobre "el enriquecimiento injusto" en materia de retenciones: la imposición de sanciones», *Revista Técnica Tributaria*, AEDAF, núm. 90, 2010, págs. 9 y ss.

⁷⁸ PRIETO RUIZ, J.: «La imposición de sanciones al retenedor conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre retenciones», *RCyT*, CEF, núm. 334, 2011, págs. 43 y ss. Véanse las citas de sentencias de la Audiencia Nacional que aporta este autor (págs. 61 y ss.), en las que se acoge la tesis contraria a la imposición de sanciones al retenedor.

⁷⁹ No cabe desconocer las dudas que a este respecto expresan CAYÓN, *op. cit.* (nota anterior), pág. 17, WERT, *op. cit.* (nota 36), pág. 128, y PRIETO, *op. cit.* (nota anterior), pág. 68. Afirma este último autor que la aplicación de los artículos 198 y 199 de la LGT «se correspondería con una perspectiva completamente formal de esta sanción, que tal vez no se adecua a la verdadera naturaleza de la conducta que se pretende reprimir», afirmación que es cierta en vista de la confusa situación originada por la nueva doctrina jurisprudencial.

Aceptado que se extingue dicha obligación, surge la cuestión del momento en que tal extinción tiene lugar. Una posible respuesta es que la extinción tiene lugar cuando el contribuyente/retenido satisface la obligación tributaria principal en los términos del supuesto contemplado por la jurisprudencia expuesta. Sugieren esta respuesta las afirmaciones del Tribunal Supremo de que «la obligación principal se ha extinguido a conformidad de todos los intervinientes (retenedor, retenido y Administración» y que es imposible la permanencia de la obligación de retener «cuando ha sido cumplida la obligación principal», que figuran en la Sentencia de 27 de febrero de 2007 y se recogen por múltiples sentencias posteriores de este grupo.

Pero esta teoría tiene la dificultad de que el contribuyente que ha presentado su autoliquidación del IRPF deduciendo únicamente la retención efectiva puede solicitar la rectificación de dicha autoliquidación para deducir la retención procedente y solicitar la devolución de ingresos indebidos, a menos que haya prescrito este derecho. En este caso, improbable en la práctica pero no imposible, la Administración debería liquidar al retenedor la retención adicional procedente y exigirle su ingreso, siempre que, a su vez, no haya prescrito la acción liquidatoria⁸⁰. Esta última posibilidad demuestra que la obligación de retener no se había extinguido. Si la acción liquidatoria ha prescrito, la Administración no podría, en principio, recuperar las cantidades no retenidas, produciéndose un desequilibrio financiero para remediar el cual sería necesario afirmar que el contribuyente no puede exigir la devolución del ingreso indebido —a pesar de no estar prescrito—, mediante una tesis simétrica a la establecida por la jurisprudencia comentada.

La conclusión que cabe extraer del análisis de la nueva doctrina jurisprudencial sobre la retención a cuenta es la conveniencia de que los problemas que han originado dicha doctrina reciban tratamiento legislativo en la dirección marcada por esta⁸¹. Sin embargo, teniendo en cuenta que esos problemas provienen de las disfunciones del que venimos llamando «modelo sustitución», cabe sugerir que la reforma legislativa que se propone no se limite al supuesto concreto que ha dado lugar a la referida doctrina jurisprudencial sino que se enfrente con la raíz del problema y se plantee la revisión total del sistema de retención a cuenta, sustituyéndolo por otro basado en las líneas generales del que hemos denominado «modelo ortodoxo». Se trataría esencialmente de desplazar en gran medida el centro de gravedad del sistema desde la retención, con su correspondiente litigiosidad, a su lugar natural, que es el cumplimiento por el contribuyente de su obligación.

La vigencia de esta propuesta, que habíamos apuntado hace años⁸², ha venido a ser confirmada, en nuestra opinión, por la doctrina jurisprudencial comentada en este trabajo. Como señalá-

⁸⁰ Sobre esta situación llaman la atención PÉREZ CALVO y PÉREZ CALZADA, *op. cit.* (*supra*, nota 75), quienes ponen de relieve que el plazo de prescripción de la acción liquidatoria puede haber transcurrido antes de que prescriba el derecho del contribuyente a la devolución de ingresos indebidos.

⁸¹ Respecto a las sanciones, propone PRIETO RUIZ, *op. cit.* (nota 78), pág. 68, como alternativa la creación legislativa de «un nuevo tipo infractor que tome en consideración las peculiaridades de la conducta del retenedor que no practica adecuadamente la retención y que, como consecuencia de ello, genera un perjuicio económico de carácter financiero a la Hacienda Pública», y apunta dos caminos para esta modificación legislativa: 1) considerar el perjuicio financiero como la base de la sanción y 2) «considerar la incorrección en las declaraciones presentadas como un incumplimiento formal castigado con una multa de carácter fijo, si bien tomando en consideración que ha existido un perjuicio económico que podría justificar una multa incrementada sobre la existente en los artículos 198 y 199 de la LGT». En nuestra opinión, la construcción de un tipo específico de infracción para este supuesto exige determinar previamente la naturaleza y disciplina sustantiva de la obligación de retener.

⁸² Cfr. el trabajo citado en la nota 1, págs. 300 y ss. En él incluíamos (nota 83, pág. 301) una cita de SANZ GADEA, E.: *Impuestos sobre Sociedades*, 3.ª ed., tomo III, CEF, Madrid, 1991, pág. 1.958 y ss., que reproducimos a continuación por consi-

bamos en la ocasión anterior, el principal reparo que puede formularse al cambio legislativo propuesto es el temor a que se produzca un incumplimiento masivo por los retenedores. Pero creemos que ese temor no está justificado y que un régimen sancionador adecuado reduciría ese riesgo a dimensiones aceptables.

derar que conserva plenamente su actualidad, como lo pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial comentada en el presente trabajo. Refiriéndose al que hemos llamado «modelo sustitución» afirma este autor lo siguiente:

«La Hacienda Pública podrá ejercitar su acción contra el retenedor que no retuvo en cualquier momento, con independencia de si el contribuyente dedujo o no la retención debida pero no practicada. Apparently los derechos de la Hacienda Pública quedan enérgicamente protegidos. No es así, sino justamente lo contrario.

En efecto, el contribuyente, conocedor de que puede deducirse la retención teórica, minorará en todo caso esta de la prestación de la obligación tributaria. Frente a él, el llamado a retener ha podido incumplir la obligación de retener. De entrada la Hacienda Pública crea una situación que faculta a minorar la cuota tributaria por cantidades no retenidas, echándose la pesada carga de corregir y exigir, vía actuación inspectora, la retención no practicada e ingresada, al retenedor que no retuvo. ¿Podrá la Hacienda Pública corregir la totalidad de los desequilibrios? El legislador así ha debido de crearlo en un alarde de optimismo asombroso».

LA NOTA 1/2012 DE LA AEAT Y LOS SOCIOS-TRABAJADORES

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Universidad a Distancia de Madrid (Udima)

Extracto:

LA Agencia Estatal de Administración Tributaria ha emitido una serie de consideraciones sobre el tratamiento tributario que debe atribuirse a los socios que, además de tales, trabajan para la sociedad de la que son accionistas. Dicha doctrina administrativa genera serias dudas y muy probablemente no contribuya a una mejor coordinación de las futuras actuaciones de los funcionarios encargados de su aplicación.

Palabras clave: Agencia Estatal de Administración Tributaria, doctrina administrativa y socios-trabajadores.

REPORT 1/2012 FROM THE STATE AGENCY OF FISCAL ADMINISTRATION AND SHAREHOLDERS EMPLOYEES

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Universidad a Distancia de Madrid (Udima)

Abstract:

THE State Agency of Fiscal Administration has made several remarks about the fiscal regulations applicable to those shareholders who are employees of the company as well. There are serious doubts arising from such administrative doctrine and it will not probably help to coordinate better next proceedings of the officers in charge of their application.

Keywords: the State Agency of Fiscal Administration, administrative doctrine and shareholders who are employees.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. Socios que son a su vez miembros del órgano de administración de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada.
- III. Socios que prestan servicios a una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, distintos de los propios de los miembros del órgano de administración.
- IV. El problema específico de los socios-profesionales en las sociedades de profesionales.
- V. Otros supuestos: socios trabajadores de cooperativas y socios profesionales de sociedades civiles profesionales.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

I.1. Un amplio colectivo de pequeños y medianos empresarios, que todavía subsiste haciendo frente al huracán de esta crisis que se ha llevado por delante miles de negocios y millones de puestos de trabajo, se encuentra sumido en una auténtica **incertidumbre respecto de las consecuencias fiscales derivadas de las retribuciones que reciben como remuneración de un trabajo, que efectivamente realizan, para empresas en cuyo capital participan**. Esta situación de inseguridad no ha sido buscada directamente por esos empresarios, ni nace de ninguna suerte de ánimo defraudatorio, ya que simplemente se limita a seguir una práctica habitual, casi consuetudinaria, consistente en imputar un rendimiento del trabajo al socio que, además de ostentar una participación en el capital de la sociedad, realiza una prestación de servicios continuada para esta misma empresa.

Esta práctica o forma de autoorganización fiscal de las empresas españolas forma parte de los usos y costumbres de nuestra sociedad, como sucede también en muchos otros países de nuestro entorno y debe recordarse que no supone en modo alguno una suerte de omisión del deber de contribuir, en cuanto los rendimientos del trabajo percibidos por el socio, tributan como tales en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), soportando unas escalas progresivas mucho más elevadas que los tipos proporcionales del Impuesto sobre Sociedades. La calificación como rentas del trabajo en el frecuentísimo caso de socios personas físicas que trabajan, al igual que el resto de empleados no vinculados con la sociedad, para una empresa en cuyo capital participan, ha sido admitida por la propia Administración tributaria durante muchos años, sin ningún problema, al tratarse de una calificación fiscal razonable y basada en la pura lógica, ya que nadie puede negar que estos socios trabajan efectivamente en sus empresas, siendo indudable que no está en la misma situación el socio capitalista que solo aporta capital y, por tanto, solo obtiene rentas de capital por su inversión, que aquel otro socio que, además de integrarse en el accionariado con su respectivo haber en el capital social, también aporta continuamente su trabajo diario para la empresa.

I.2. Es más, **esta forma de organizarse ha sido avalada por la jurisprudencia comunitaria. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2007 (NFJ026440), en el asunto C-355/06** (que resuelve el procedimiento sustanciado entre J. A. Van der Steen y el Inspecteur Van de Belastingdienst Utrecht Gooi/kantoor Utrecht). El caso contemplado en esta resolución judicial es simple y muy ilustrativo, se trata de una persona física, empresario individual, que prestaba servicios de limpieza, por este motivo era empresario a efectos de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) holandesa. A partir de una determinada fecha, esta persona pasó a ser director y único accionista de una sociedad de responsabilidad limitada BV, que prosiguió con la actividad que venía ejerciendo anteriormente como negocio individual. El Sr. Van der Steen celebró con su sociedad un contrato de trabajo, a tenor del cual, debía

percibir un sueldo fijo mensual. La sociedad le retenía del sueldo el impuesto sobre su renta personal y los seguros sociales obligatorios. El Sr. Van der Steen era además el único empleado de la sociedad. Es obvio que esta situación de hecho es homologable con miles de sociedades españolas.

La concreta cuestión que se discutía en esa STJUE es si el Sr. Van der Steen podía ser considerado como un empresario a efectos de IVA, conforme al Derecho comunitario. Pues bien, con el pragmatismo y sentido común que caracteriza al Tribunal de Luxemburgo, el supremo órgano jurisdiccional de la Unión Europea, concluye que **«una persona física que realiza todas las actividades en nombre y por cuenta de una sociedad sujeto pasivo en cumplimiento de un contrato de trabajo que le vincula a dicha sociedad, de la cual es por otra parte el único accionista, administrador y miembro del personal, no es sujeto pasivo del IVA en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la referida Directiva»**. Como vemos, problema resuelto por el TJUE de forma clara y precisa.

I.3. Pues bien, en los últimos años, **frente a este esquema de organización empresarial del socio que recibe rendimientos del trabajo por sus servicios para la sociedad de la que es accionista**, utilizado durante muchas décadas sin ningún problema, **han empezado a surgir conflictos** no buscados por empresas y profesionales tributarios, tanto en situaciones equiparables al caso de la STJUE que acabamos de reseñar, como incluso ante situaciones con una mayor estructura empresarial, por contar también con otros empleados que no participan en el capital. Conflictos generados por una serie de pronunciamientos administrativos y judiciales confusos y alejados totalmente de la realidad económica de nuestro país. Asimismo, las actuaciones administrativas inquisitivas sobre este tema, además de realizarse con la teleología recaudatoria habitual, han sido especialmente confusas e incluso plenamente contradictorias entre sí.

Dice el **Plan de Control Tributario de 2012** (BOE del 1 de marzo de 2012) que se perseguirán los entramados que abusan de formas societarias, mediante los cuales profesionales, artistas y deportistas utilizan sociedades para deducir indebidamente, a través de ellas, sus gastos particulares. Nada que oponer al respecto; el socio profesional que se deduzca gastos particulares como los relacionados, por poner un ejemplo, con un barco o una segunda residencia, incumple sus obligaciones fiscales y su conducta debe ser corregida. Lo mismo sucede con los entramados societarios organizados para evadir rentas al exterior; creemos que los colectivos de profesionales tributarios aplaudirían cualquier actuación en tal sentido.

I.4. Diferentes y muy relevantes **organizaciones de profesionales tributarios han manifestado su malestar a las nuevas autoridades del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas**, por las actuaciones inspectoras que en algunas Delegaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) se están desarrollando, toda vez que determinados órganos de dicho Ministerio están sosteniendo criterios muy dispares, cual ejército de Pancho Villa en el que cada uno pega tiros por su cuenta. Por poner un ejemplo, unos órganos administrativos sostienen que los profesionales no pueden percibir rentas del trabajo de sociedades en las que participan como accionistas en el capital social, por lo que su retribución es siempre rendimiento de una actividad económica sujeto a IVA, mientras que otras Delegaciones u órganos, por el contrario, opinan que esas retribuciones salariales no son deducibles como gasto de la sociedad, porque a la vez que trabajadores son administradores, aunque este último cargo sea gratuito. La descoordinación en la actuación administrativa es más que evidente.

Los nuevos responsables del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas habían anunciado la emisión de un informe, bien por la Dirección General de Tributos (DGT), bien por la Agencia Tributaria, en orden a la adecuada clarificación de las incertidumbres fiscales sobre la situación de los socios-trabajadores y de las empresas-empleadoras. Pues bien, ya tenemos la **Nota 1/2012 del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, de 22 de marzo de 2012, que lleva por título: «Consideraciones sobre el tratamiento fiscal de los socios de entidades mercantiles» que vamos a comentar a continuación**. Mucho me temo que dicha «Nota» pueda contribuir a aumentar la incertidumbre y a acrecentar aún más la beligerancia de las actuaciones administrativas, cerrando más empresas y generando más paro.

1.5. Desde determinados estamentos profesionales de la asesoría fiscal se habían depositado algunas esperanzas en el esperado informe, no obstante y tras su detenida lectura, no parece que nada bueno pueda desprenderse de dicha Nota 1/2012, puesto que el contenido de la misma podría avalar posibles comprobaciones y liquidaciones sobre estos temas, dignas de mejor causa. Pasamos a continuación a valorar determinados aspectos del documento en cuestión.

- a) **Una primera limitación criticable es que la propia Nota indique su restricción al ámbito del IRPF, con exclusión de otros impuestos, como el IVA o el Impuesto sobre Sociedades**, donde es evidente que también se están produciendo problemas y dudas interpretativas. Como puede apreciarse, mucha prédica del sistema tributario como manifestación pomposa de un todo cuando se trata de justificar en ocasiones lo injustificable, pero luego aflora ese principio malhadado de la estanqueidad tributaria –ahora en una nueva versión de pura exégesis administrativa– y toda su cohorte de particularismos y excepciones. La calificación de una renta como empresarial-profesional o como rendimiento del trabajo, cuando la definición de la actividad económica es prácticamente idéntica en IRPF que en IVA, tiene, necesariamente, implicaciones en ambos impuestos. Una determinada situación de la vida real no puede afrontarse desde la óptica de un único impuesto, porque la práctica demuestra que ello constituye un fértil semillero de potenciales conflictos que se resuelven en liquidaciones y sanciones tributarias con una litigiosidad de incalculables implicaciones emocionales y económicas, por no hablar de la inseguridad que se genera y que incentiva poderosamente al conflicto jurídico.
- b) **La Nota 1/2012 difundida por el Departamento de Gestión Tributaria no es una disposición normativa**, no es un reglamento, ni tampoco tiene rango normativo alguno, ni siquiera alcanza al de las circulares o instrucciones que obligan a los órganos administrativos destinatarios de las mismas. Menos aún sus conclusiones se imponen a los contribuyentes. Simplemente se trata de una serie de criterios administrativos, que no son de obligado cumplimiento y que pretenden, a lo más, inspirar u orientar futuras actuaciones administrativas, especialmente suponemos que las de los órganos de Gestión Tributaria, ya que, aunque no aparezca firmado, el documento lleva el membrete del Departamento de Gestión Tributaria. En este sentido, habría que preguntarse si un funcionario en particular de la Inspección de la Delegación X de la AEAT va a sentirse obligado por esta Nota o, como casi siempre, realizará la actuación y propondrá la regularización que le dicten sus conocimientos tributarios y su libre albedrío (mediatizado por otra serie de razones que no vamos a

entrar en estos momentos a analizar). Con el problema añadido, dada la naturaleza de las cuestiones que podrían suscitarse, que lo más probable es que las controversias con la AEAT por este tipo de cuestiones surjan de las comprobaciones realizadas por los órganos de Inspección y no precisamente por órganos de Gestión Tributaria.

- c) También es importante resaltar que los criterios contenidos en la Nota tampoco vincularán –solo faltaría– a los órganos revisores judiciales, ni siquiera a los administrativos, cuando se enfrenten a las reclamaciones interpuestas por los particulares respecto de las más que seguras controversias que se generarán sobre estos asuntos.
- d) Ciertamente, y desde otro punto de vista, como una de sus pocas virtudes, el citado documento nos puede arrojar algo de luz sobre lo que opina la AEAT al respecto, para imaginarnos por dónde irán los derroteros de la Administración y a qué habrá que atenerse probablemente en el futuro (pero solo probablemente, insistimos). Sin embargo, el problema no es solo de futuro, sino que afecta también a los ejercicios pasados, y todavía no prescritos, en los que una aplicación estricta de estos inesperados criterios siempre provocará problemas y litigios con la Administración.
- e) **Compartimos plenamente, eso sí, la opinión del desconocido autor de la Nota administrativa, en cuanto afirma que no existe una identidad entre el concepto de rendimientos del trabajo en el IRPF y el concepto de relación o contrato de trabajo propio del derecho laboral.** Está claro que la LIRPF establece supuestos de obtención de rendimientos del trabajo que no derivan de una relación laboral, tales como las retribuciones del personal funcionario, las remuneraciones de cargos políticos, de los administradores mercantiles de sociedades, o la aportación de bienes o derechos al patrimonio protegido de la persona discapacitada. A estos supuestos, mencionados expresamente en la Nota 1/2012, se podrían añadir otros, como las pensiones compensatorias percibidas del excónyuge por decisión judicial; rentas que por directo mandato legal se califican de rendimientos del trabajo, aunque es evidente que ninguna relación laboral existe entre los cónyuges, ni antes ni después de la ruptura.
- f) Sin embargo, **después de exponer esta acertada idea general, la Nota acaba optando por la solución contraria, resolviendo la mayoría de las cuestiones acudiendo a los conceptos propios del derecho laboral, conclusión de todo punto errónea y muy perjudicial para la maltrecha economía productiva del país.** Y ello, a pesar de que ciertamente existen pronunciamientos judiciales, incluso del más alto nivel –cuya justificación y motivación jurídica es harto discutible– que para confirmar la no deducibilidad en el Impuesto sobre Sociedades de un gasto real, como son las retribuciones de los administradores, acuden a ideas más propias del Derecho Laboral o Mercantil que a aquellas del Derecho Tributario. La divergencia entre la norma tributaria y la norma laboral, o dicho de otra forma, **la especialidad del Derecho Tributario –que bien se utiliza cuando así interesa para otros fines– sería la solución** a nuestros males, por supuesto, siempre que existiera una voluntad política de resolver definitivamente la cuestión, zanjando todos los problemas. **Bastaría aprobar, en cualquiera de las múltiples normas legales con las que se nos bombardea constantemente, un precepto que estableciera de forma clara y rotunda esta simple idea: las retribuciones que el socio de cualquier pequeña empresa recibe por su trabajo, incluso cuando es el único empleado de la empresa (véase la jurisprudencia**

mencionada del TJUE), **ya sean por el ejercicio de funciones de dirección o gerenciales o por cualquier otro trabajo efectivo para la empresa, deberán tributar siempre como rendimientos del trabajo en IRPF. No estando, por tanto, sujetas a IVA, constituyendo gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades.** Esta es una idea simple, sensata y la auténtica solución de todos estos problemas. Pero una solución que evidentemente no puede provenir de una Administración tributaria más preocupada por hacer el mayor número de liquidaciones posibles y cumplir objetivos cuantitativos de deuda liquidada, que por ayudar a la economía productiva y a la generación de puestos de trabajo, incluida, por supuesto, la vía del autoempleo. Tal reforma, a nuestro juicio, descansa únicamente en las manos y en la voluntad de los representantes políticos, así como en su empeño de arreglar los verdaderos problemas de nuestra economía.

- g) Otro de los elementos que podemos destacar en la Nota 1/2012 es que a pesar de la aparente intencionalidad de emanar criterios generales, **subraya la necesidad de analizar, caso por caso, las circunstancias concurrentes en las distintas situaciones fácticas, lo que indudablemente limita –y de qué manera– el alcance de los criterios generales expuestos, reduciéndolos a unas pobres y débiles orientaciones que no pueden servir, por ello mismo, al propósito para el que supuestamente nacieron.** Esta constante referencia al análisis del caso individual supone, claro está, una legitimación implícita para que los órganos gestores dicten cualquier liquidación que se les ocurra, aunque contradiga los criterios de la propia Nota, con el simple argumento de que a juicio del órgano actuante, como pasa casi siempre, los hechos son distintos y merecen una solución «ajustada» al caso.

Para quienes están mínimamente acostumbrados a tratar con las oficinas de la AEAT, puede apreciarse aquí una clara voluntad de la Administración de seguir por el camino emprendido, profundizando en la libérrima actuación comprobadora de sus diferentes órganos sobre estos temas. De esta manera, la aparente buena voluntad de aclarar unas situaciones confusas, puede acabar dando lugar a las actuaciones más descabelladas que se pueda imaginar.

II. SOCIOS QUE SON A SU VEZ MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA O DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

II.1. Uno de los problemas que se incluyen en este apartado es el caso del **socio que no percibe retribuciones por su condición de administrador** (esta función suele ser gratuita) **pero sí las recibe**, cuando hay liquidez en la sociedad, **por su trabajo directivo o gerencial.** Este concreto aspecto de la nota es bastante rotundo, y perjudicial para los intereses de las empresas y sus socios-trabajadores. Se puede resumir así:

- La condición de socio no determina la calificación como rendimientos del capital mobiliario (dividendos) de los rendimientos que este obtenga por las funciones desempeñadas como miembro del órgano de administración de la sociedad, ya que la LIRPF [letra e), del apartado 2, del art. 17] establece justo lo contrario: las retribuciones percibidas por los miembros

del órgano de administración tienen la consideración de rendimientos del trabajo, aunque la relación sociedad-administrador tenga naturaleza mercantil y no laboral.

- Se cita además la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (TS) [entre otras, Sentencias de 21 de abril de 2005 y 13 de noviembre de 2008 (NFJ030831)] que respecto de los administradores de una sociedad con la que además han suscrito un contrato laboral de alta dirección para el desempeño de las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad, propias de dicho cargo, ha concluido que el vínculo con la sociedad es exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral, entendiendo dichas funciones subsumidas en las propias de los rendimientos del trabajo previstos en el citado artículo 17.2 letra e) de la LIRPF.

II.2. Como ya dijimos, a pesar de haberse afirmado que el concepto de rendimientos del trabajo en Derecho Tributario no coincide con el Derecho Laboral, la Nota 1/2012 opta por resolver la cuestión por remisión a los conceptos propios de este último.

No deben pasar desapercibidas las derivaciones de esta conclusión, **según la AEAT, las retribuciones del trabajo de un socio que además trabaja como director general o gerente, al no tener relación laboral con la empresa, sino mercantil, y realizar funciones más o menos equiparables materialmente con la administración de la sociedad, no se incluyen en el concepto general de rendimientos del trabajo, sino en la categoría específica de retribuciones a los órganos de administración del artículo 17.2 letra e) de la LIRPF.**

Se trata de un supuesto frecuente que se producirá, por ejemplo, cuando se haya suscrito un contrato de alta dirección con quien además ejerce poderes ejecutivos como órgano de administración (por ser administrador único o consejero), pero parece que para la AEAT y para el TS esta acumulación de funciones distintas no es posible, y ello porque en tales casos no es factible deslindar las funciones de administrador –capacitado, por regla general, para desarrollar todos los actos de la gestión de la sociedad– y las funciones de gerente, director general o directivo en general, con contrato de alta dirección, por no mencionar también la dificultad de aislar el dato de la dependencia, al que nos referiremos después, necesario en toda relación laboral, aún de naturaleza especial (alta dirección).

II.3. Una primera consecuencia perniciosa podría ser que al considerarse retribuciones que se cobran por la función de administrar, la AEAT, tras la oportuna comprobación, concluya con que la retención a un gerente que también es socio y administrador era del 35 por 100 hasta 2011 y a partir de 2012 el 42 por 100, nada menos (en principio, según el Decreto-Ley 20/2011, con vigencia exclusiva, según su propia redacción, para los años 2012 y 2013).

Por lo que se refiere a la exigencia de estas retenciones por ejercicios anteriores no prescritos, afortunadamente **la jurisprudencia del TS, Sentencia de 27 de febrero de 2007** [Sala de lo Contencioso-Administrativo, rec. n.º 2400/2002 (NFJ025573)] y reiterada por la STS de 5 de marzo de 2008 (NFJ031826), ha venido a señalar que aun considerando la obligación de retener como una obligación autónoma, es imposible su pervivencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende o la obligación que garantiza el deber de contribuir que corresponde a la persona física perceptora de las rentas del trabajo. Por lo que la AEAT no puede exigir ya una retención no

practicada si los socios, trabajadores de alta dirección, en su declaración anual de IRPF, solo dedujeron la retención menor efectivamente soportada, al haber sido ya cumplida la obligación tributaria principal, evitando así el enriquecimiento injusto de la Administración, sin perjuicio de que sí se puedan exigir sanciones e intereses de demora a la empresa que no retuvo el importe procedente, como también ha sido declarado por el Tribunal Supremo. Ahora bien, esas posibles sanciones creemos que deberían anularse en vía de recurso por haber actuado la empresa en base a una interpretación razonable de la normativa aplicable.

II.4. De todas formas, nada nuevo se aprecia en la Nota 1/2012, en cuanto a esta asimilación del trabajo gerencial «a sueldo» con las funciones de administrador mercantil, posición que ya había sido manifestada por la jurisprudencia y por las consultas de la DGT. Esta idea se puede apreciar en la Consulta DGT: 20-09-2011, N.º **CONSULTA VINCULANTE: V2159/2011** (NFJ042435) cuando dice:

«En cuanto a los servicios prestados como gerente por el Administrador único de la Compañía, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en una reiterada jurisprudencia, de la que son muestra las Sentencias de 13 de noviembre de 2008, ha considerado respecto de **los administradores de una sociedad con la que han suscrito un contrato laboral de alta dirección que supone el desempeño de las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad propias de dicho cargo (esto es, la representación y gestión de la sociedad), que debe entenderse que su vínculo con la sociedad es exclusivamente de naturaleza mercantil y no laboral**, al entenderse dichas funciones subsumidas en las propias del cargo de administrador, "porque la naturaleza jurídica de las relaciones se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto que le haya sido atribuido por las partes". Por tanto, **la totalidad de las retribuciones percibidas por el ejercicio de las funciones propias del cargo de administrador, con independencia de que se hubiera formalizado un contrato laboral, deben entenderse comprendidas, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en los rendimientos del trabajo previstos en la letra e), del apartado 2, del artículo 17 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 (BOE de 29 de noviembre de 2006) –en adelante LIRPF–, que establece que en todo caso, y con independencia por tanto de su naturaleza mercantil, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo «Las retribuciones de los administradores y miembros de los Consejos de Administración, de las Juntas que hagan sus veces y demás miembros de otros órganos representativos».

II.5. Más perniciosas aun son las posibles consecuencias de la Nota 1/2012 en el Impuesto sobre Sociedades. Así, de forma algo menos clara, nos recuerda aquella que la calificación como rentas del trabajo de las retribuciones que recibe un socio formalmente contratado como gerente o como personal de alta dirección, es independiente de que dichas retribuciones sean o no deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, citando al respecto una **Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 17 de junio de 2004 (NFJ018450)**, en la que se admitía que una retribución de administradores pudiera no ser deducible en el Impuesto sobre Sociedades y, sin embargo, tributar en el IRPF como rendimiento del trabajo.

Aunque en un supuesto como el descrito la injusta y abusiva doble imposición es más que evidente, el tema de la no deducción de las retribuciones a los administradores, ya no es un tema

nuevo, habiéndose valorado por el TS en varias sentencias, en concreto las dos más conocidas son de 13 de noviembre de 2008, recursos 2578/2004 (NFJ030830) y 3991/2004 (NFJ030831) (se las suele denominar «caso Mahou», porque afectaban a esta empresa cervecera), en las que expresamente se señala que para su consideración como gasto deducible en el impuesto societario es necesario que la remuneración esté fijada «en todo caso y sin excepción alguna en los estatutos...».

Esta dura jurisprudencia sobre las retribuciones a administradores y consejeros establece, en resumen, que el pago de una asignación fija a cualquiera de ellos, prevista en los estatutos pero sin indicación de su cuantía, no resulta deducible. La retribución a los administradores debe estar fijada en los estatutos, no cabe que lo sean por acuerdo de la junta general. Los estatutos deben fijar con certeza el sistema retributivo. Si el sistema es variable no basta establecer un límite máximo, sino el porcentaje que corresponda. Si es asignación fija, no basta con que se prevea su existencia, sino que debe determinarse el quantum o los criterios que sirvan para su fijación. Añadiendo además que las retribuciones pagadas al consejero delegado, en virtud de un contrato laboral de alta dirección, no son deducibles, pues de acuerdo con la jurisprudencia laboral, los administradores están unidos a la sociedad por un vínculo de naturaleza mercantil, no laboral, con independencia de que hubieran celebrado un contrato, estuvieran dados de alta en la Seguridad Social y se hubiera aplicado la retención correspondiente.

Efectivamente, la STS de 13 de noviembre de 2008, da la razón a la Abogacía del Estado, señalando que la remuneración de los miembros del Consejo de Administración solo resulta deducible cuando los Estatutos hayan establecido su cuantía de forma determinada o perfectamente determinable. En este caso, existían además determinadas personas designadas por el Consejo que tenían contrato laboral de alta dirección (RD 1382/1985) y cuya Seguridad Social y retribuciones, estaban perfectamente contabilizadas y demostradas. El Abogado del Estado adujo a este respecto:

- a) Que al no haberse establecido estatutariamente el sistema retributivo fijo y configurarse el variable de forma alternativa, dejándolo en manos de la junta general, no podía aceptarse como gasto deducible, pues de otra manera se podía perjudicar a terceros que se relacionaran con la sociedad, entre los cuales están los acreedores, y especialmente la Administración tributaria.
- b) El sueldo en concepto de personal de alta dirección para el consejero delegado no encubría más que una suerte de fraude legal, pues sus labores no eran otras que las orgánicas de todo administrador.

La empresa recurrente, por su parte, adujo, con abundante cita de SSAN, que aunque en los estatutos no hubiese sido fijada la retribución de los administradores, esta sería deducible, porque se satisfizo realmente y su cuantía concreta fue objeto de acuerdo por la junta general. El TS rechazó de plano esta tesis, porque en su sentir, para que fuese considerado gasto fiscalmente deducible (Ley 61/1978) la remuneración de los miembros del Consejo de Administración debía fijarse –en todo caso y sin excepción alguna– en los estatutos de la sociedad:

«en particular, al interpretar el citado artículo 13 ñ) de la LIS, señalamos en la Sentencia de 17 de octubre de 2006 (rec. cas. núm. 3846/2001) que –conviene precisarlo desde ahora–, a la vista de lo

dispuesto en los artículos 9 y 130 de la LSA, antes transcritos, "la retribución de los administradores debe ser fijada, en su caso, por los estatutos, por lo que si omiten toda referencia a la retribución ha de entenderse que el cargo es gratuito, línea que se consagra en el artículo 66. 1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, al declarar que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución", doctrina esta que, trayendo a colación el pronunciamiento antes citado, hemos vuelto a reiterar en el fundamento de derecho Tercero de la reciente Sentencia de 6 de febrero de 2008 (rec. cas. núm. 7125/2002)».

De otra forma, sigue diciendo el TS, no se respetaría la norma mercantil: «por tanto, y por lo que respecta a las sociedades anónimas, ha de concluirse que la Junta de accionistas no es competente para regular la retribución de los administradores, si nada establecen los estatutos, debiéndose aprobar la consiguiente modificación de los mismos para que el cargo sea retribuido». A la luz de esta jurisprudencia, ¿qué requisitos deben cumplir los estatutos sociales para fijar con certeza el sistema retributivo?

- 1.º No es suficiente con que la norma prevea varios sistemas retributivos para los administradores, dejando a la junta general de accionistas la determinación de cuál de ellos ha de aplicarse en cada momento, sino que debe quedar reflejada claramente en los propios estatutos de la entidad.
- 2.º En el supuesto de que el sistema elegido fuese el variable (concretado en una participación en los beneficios de la mercantil) el porcentaje debería estar perfectamente determinado en dichos estatutos.
- 3.º Si la retribución fuese fija, sería preciso que en todo caso los estatutos previesen el quantum de la remuneración o, al menos, los criterios que permitieran determinar perfectamente su cuantía (sin margen alguno de discrecionalidad).

No sería válida, por lo tanto, una previsión estatutaria que asignase a los administradores una retribución fija anual cuya cuantía se fijase por la junta general y otra variable que no excediese un porcentaje de los beneficios, pues en este caso, ni la retribución quedaría fijada en los Estatutos, ni se determinaría por ello de una forma concreta la participación en beneficios, quedando todo al arbitrio último de la junta general. El TS hace un alegato extenso contra la pretensión de cobijar la figura del consejero delegado en el contrato laboral especial de alta dirección regulado por el Real Decreto 1382/1985, compatibilizando los cargos de administrador y trabajador, invocándose para ello abundante jurisprudencia de la Sala de lo Social del propio TS, para la que, cuando se simultanean los cargos, no concurre la fundamental nota de ajenidad, por cuanto que: «el fundamento de la exclusión del ámbito laboral no está en la clase de funciones que realiza el sujeto, sino en la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza o dicho de otra manera, para la concurrencia de la relación laboral de carácter especial mencionada no basta que la actividad realizada sea la propia del alto cargo, tal como la define el precepto reglamentario, sino que la efectúe un trabajador, como el mismo precepto menciona, y no un consejero en ejercicio de su cargo».

El TS reconoce que la Sala Cuarta del Alto Tribunal (Sala de lo Social) no ha cerrado completamente la puerta a la posibilidad de que el consejero de la sociedad pueda desarrollar a su vez una

relación laboral. Afirma, sin embargo, que ello es más claro si no se trata de un contrato de alta dirección: «Dicho de manera aún más precisa, aunque la jurisprudencia admite que los miembros del Consejo de administración "puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa", "ello solo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director General, etc.) dado que en tales casos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección"».

Para el TS no cabe, por tanto, extraer de la figura del administrador-gerente consecuencias laborales porque: «para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad, de modo que cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles». Además, el Ponente de las sentencias (Aguallo Avilés) recuerda jurisprudencia de la Sala Cuarta, en la que se señala que: «ni el consejo de administración, ni el consejero delegado en su propio beneficio, pueden acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala. La relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos de las reclamaciones de cantidad formuladas por el demandante, pues infringe la previsión de carácter imperativo del artículo 130 de la LSA ¹». Asimismo, señala Aguallo que el hecho de que ese gerente trabaje o se dedique más que el resto de los administradores, no es justificación de esa pretendida relación laboral, de la misma manera que tampoco lo es el *nomen iuris* del contrato o la modalidad de cotización a la Seguridad Social.

Aunque este pronunciamiento del Alto Tribunal ha sido criticado abiertamente y con buena parte de razón, los criterios de estas SSTs de 13 de noviembre de 2008, ya estaban contenidos en la STS de 6 de febrero de 2008 (NFJ028114) (Ponente, Martín Timón). Y a ello se añade la doctrina de la DGT en su Consulta Vinculante V1492/2008, de 18 de julio (NFC030726), en la que se apunta la necesidad de que los socios de una Sociedad Profesional (que no superan individualmente la modesta participación del 4% en el capital social) modulen sus retribuciones como rendimientos de la actividad profesional: «Al analizar las características de la relación existente entre la entidad consultante y los socios-profesionales que figuran en los hechos descritos, resulta especialmente relevante la condición de socio de los profesionales por cuanto a través de ella participan en las decisiones sobre la organización de la actividad desarrollada por la entidad y asumen riesgos, diluyendo de esta forma las notas de dependencia y ajenidad que pudieran existir. Lógicamente este indicio no sería relevante en caso de que el grado de participación en la entidad fuera puramente testimonial, o una "mera apariencia formal", circunstancia esta que no se produce en el caso planteado. En consecuencia, a la vista de las características de la relación que une a los socios-profesionales con la entidad, se aprecia que no concurren las notas de dependencia y ajenidad propias de la obtención de rendimientos del trabajo, y por tanto procede calificar las retribuciones percibidas por los socios-profesionales de la entidad consultante como rendimientos de actividades económicas».

¹ Actual artículo 217 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, LSC).

La exigencia contenida en el artículo 217 de la LSC impide, en todo caso, que los administradores puedan percibir cualquier tipo de retribución al margen de las reglas estatutarias (así SSTS de 30 de diciembre de 1992, de 21 de abril de 2005 –en relación con una cláusula de blindaje prevista en una relación laboral de alta dirección superpuesta o añadida a la de administración– y de 26 de marzo de 1996). Sin embargo, también hay Sentencias del propio Tribunal Supremo discrepantes con la doctrina contenida en su pronunciamiento de 13 de noviembre de 2008 [vgr. STS de 9 de mayo de 2001, reconociendo el derecho de un consejero delegado a las retribuciones pactadas en un contrato de arrendamiento de servicios, así como la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN) de 12 de abril de 2002 (NCR000226), sobre la posible previsión de retribuciones a los administradores por funciones realizadas en virtud de una relación laboral o directiva].

En realidad, la dificultad de definir la naturaleza de la vinculación entre el administrador y la sociedad se centra en la dualidad de régimen (orgánico y contractual) que tiene aquel respecto de esta. Del artículo 23 de la LSC y 124 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), el administrador, tras su nombramiento, adquiere la condición de órgano de la sociedad. Esto es lo que permite referir o imputar a la sociedad, de forma automática, los efectos de los actos y declaraciones de voluntad efectuados por sus administradores. Pero además de esta posición orgánica, nada impide afirmar que existe también una relación de naturaleza contractual entre administrador y sociedad, y ello porque hay dos aspectos: externo (orgánico) e interno (contractual) en la función jurídica de los administradores. Y la pregunta surge necesariamente y de inmediato. ¿De qué naturaleza jurídica es esa relación contractual? No parece un mandato, porque tal extremo lo rechazó la LSA 1951, la LSA 1989 y la vigente LSC, pese a que así parece derivarse de los artículos 122 y 256 del Código de Comercio. Para un amplio sector de la mejor doctrina (VICENT CHULIA), se trata simplemente de un «contrato de administración» cuyo régimen ha de buscarse en la propia LSC. Para otros, se trata de una «relación contractual mixta de mandato y arrendamiento de servicios», si bien con mayor predominio del arrendamiento de servicios, por la índole de las actividades desempeñadas (BROSETA). Hay incluso quien propone integrar esa relación contractual «con la disciplina del mandato, del arrendamiento de servicios, e, incluso, del contrato de trabajo» (POLO, quien no deja de reconocer que se trata de regulaciones, en ciertos casos, contradictorias y hasta antitéticas). Curiosamente, la DGRN considera que a la relación entre administrador y sociedad deben aplicarse las normas previstas para el contrato de mandato (Resoluciones de 26 y 27 de mayo de 1992 y 8 y 9 de junio de 1993).

Pero el verdadero problema no es ni siquiera el de su naturaleza contractual, sino más bien si puede haber otra relación contractual superpuesta, esta vez de carácter laboral. Ello no debiera plantear problemas en aquellos casos en los que el administrador desempeña tan solo las funciones que son inherentes a la condición de administrador no ejecutivo (deliberación, consulta, asistencia, etc., y no poder de control, decisión o mando) y se suscribe con la sociedad un contrato laboral de alta dirección (sometido al RD 1382/1985, de 1 de agosto). No obstante, incluso en estos casos, pueden suscitarse dudas razonables acerca de la posibilidad o conveniencia de acumular esas relaciones contractuales laborales, pues la ley no conoce distinción alguna entre administradores activos y pasivos, ni tampoco se establecen, hoy por hoy, diferencias en cuanto al régimen de responsabilidad de unos y otros.

Con todo, el supuesto más frecuente y más delicado es, precisamente, cuando se trata de suscribir un contrato de alta dirección por parte de quien ya ejerce poderes ejecutivos en el seno del órgano

de administración (por ser administrador único, o consejero delegado). La doctrina mercantilista tradicional resuelve la cuestión afirmando la posibilidad de dicha acumulación, pero no parece posible a tenor de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS (SSTS de 29 de septiembre de 1988, 21 de enero de 1991, 13 de mayo de 1991, 3 de junio de 1991, 18 de junio de 1991, 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, etc.). Y ello porque en tales casos no es factible deslindar las funciones de administrador —capacitado, por regla general, para desarrollar todos los actos de la gestión de la sociedad— y las funciones del contrato de alta dirección, por no hablar de la dificultad para aislar el dato de la dependencia, necesaria en toda relación laboral, aun de naturaleza especial (alta dirección). Para los Tribunales de lo Social, lo que se detecta es el intento de «laboralizar» una relación de administración, con el fin de buscar así ciertos privilegios de los que no cabe disfrutar en tanto que simple administrador (indemnizaciones por despido elevadas que tratarían de conjurar el peligro representado por la existencia del art. 223 LSC y por la libérrima facultad de remoción del puesto de administrador por parte del consejo de administración —si se tratase de consejero delegado— o de la junta general —sin necesidad de que concurra justa causa alguna, «revocación ad nutum»—).

Añádase a ello que no está tampoco clara la licitud de las previsiones estatutarias que contemplasen una posible indemnización por revocación del cargo de administrador, pues los registradores mercantiles ven en ellas una limitación a la facultad de libre separación por la junta general, ex artículo 223 de la LSC. Por el contrario, parece que sí sería lícita la posibilidad de acumular al cargo de administrador un contrato laboral común, en virtud del cual este realice para la sociedad una misión concreta. El artículo 217 de la LSC señala que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos, de modo que en caso contrario el cargo será gratuito. Ha superado este precepto alguno de los defectos de su precedente en la LSA, al señalar que la junta general en la sociedad de responsabilidad limitada, cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, fijará para cada ejercicio por acuerdo, de conformidad con lo previsto en los estatutos, la remuneración de los administradores, aunque nada se dice para los restantes supuestos. No obstante, debe mantenerse que resulta anacrónica la presunción de gratuidad de ejercicio del cargo e injusta, pues se compadece mal con la enorme responsabilidad que tienen los que desempeñan dicho cargo.

Pese a ello y por criticable que resulte, con la ley en la mano, cuando los estatutos guarden silencio sobre el particular, los administradores no tienen derecho a percibir remuneración alguna. En tal sentido, por ejemplo, es impugnabile el acuerdo de la junta general que suponga, de una u otra forma, remunerar al administrador por encima de lo establecido en los estatutos (STS de 26 de marzo de 1996). A fortiori, si los estatutos guardan silencio, ningún órgano puede fijar la remuneración de los administradores. Por ello, para una SA no resultan inscribibles cláusulas a cuyo tenor, «la remuneración de los administradores, en su caso, será fijada por la Junta General» u otras semejantes (Resoluciones DGRN de 18 de febrero y 20 de marzo de 1991 y 23 de febrero de 1993) o el «cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta General» [RDGRN de 15 de octubre de 1998 (NCR002239)]. El sistema de retribución puede pactarse en forma de sueldo, dietas, cantidad anual, participación en cifra de negocios o ventas (como si fuera una comisión) o con relación al beneficio neto de ejercicio; o mediante opciones sobre acciones o retribución referenciada a la cotización de acciones (*stock options*), o a un sistema mixto (que combine cualquiera de los anteriores). Si consiste en cantidad fija más participación en beneficios, es necesario que conste el porcentaje concreto de estos (RDGRN de 6 de mayo de 1997, BOE de 30 de mayo, «Fito i Fills, S.A.»).

Como ya sabemos, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), la retribución que no esté basada en una participación en los beneficios habrá de ser determinada en su cuantía para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General, quedando de este modo excluida toda posibilidad de fijación de la cuantía por vía estatutaria. Los estatutos podrán, sin embargo, establecer un límite máximo para la cuantía de la remuneración y contener previsiones relativas a la distribución desigual de la misma (art. 185.4 RRM). Por lo tanto, los estatutos deben establecer con claridad si los administradores tienen derecho a retribución y el concreto sistema de esta, sea simple o combinado, pero no la fijación de un mínimo y un máximo, ni varios sistemas alternativos entre los que la junta general pueda escoger (Resoluciones de la DGRN de 26 de abril de 1989, 18 y 22 de febrero, 20 y 25 de marzo y 25 y 26 de julio de 1991, y 23 de febrero de 1993), a diferencia del artículo 66 de la LSRL (en este caso, sí parece que puede delegarse en la junta general).

Insistimos, en los estatutos ha de constar el sistema de retribución, no una serie de sistemas entre los cuales pueda elegir alternativamente la junta (Resoluciones DGRN de 20 y 25 de marzo de 1991, aunque esto sí sería posible en una SRL). Ello tampoco impone la determinación exacta de la cuantía de la remuneración cuando se trate de un salario, pues lo contrario equivaldría a la necesidad de tener que modificar los estatutos cada vez que se quisiera aumentar o disminuir esa remuneración. Acreedor de la retribución es cada administrador, por lo que el consejo de administración no puede renunciar a ella por todos sus miembros, al menos si no lo prevén así los estatutos (RDGRN de 27 de abril de 1991, caso «Ronco Ucem Comercial S.A.»).

Por lo tanto, de la doctrina del TS sobre la posible acumulación de una retribución como administrador y otra como trabajador por cuenta ajena-alto directivo, se pueden inferir cuatro objeciones contra la acumulación:

- 1.^a La autocontratación como trabajador, realizada por un administrador único o por un consejero delegado, debe reputarse nula, porque, al contratarse a sí mismo se presume fraudulenta (en aplicación, por analogía, del art. 1.459.2 CC); pero este obstáculo (derivado de la protección de la sociedad, en tanto que sujeto representado) podría salvarse con la autorización del consejo de administración o, en su ausencia, de la junta general. En este sentido, el artículo 220 de la LSC contempla que «En la sociedad de responsabilidad limitada el establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores requerirán acuerdo de la junta general».
- 2.^a La «relación laboral no puede nacer de la sola voluntad del actor, que sería empleador y empleado» (STS de 9 de mayo de 1991), es decir, el conflicto insoluble entre «dirección empresarial» y «ajenidad» en una misma persona (SSTS de 18 de marzo y 16 de diciembre de 1991).
- 3.^a Existe una incompatibilidad sustancial entre la condición de administrador y de alto directivo, por la identidad material de sus funciones (SSTS de 21 de enero, 13 de mayo, 3 de junio, 18 de junio de 1991 y 27 de enero de 1992). Por tanto, parece que solo sería admisible la acumulación de la condición de administrador y de trabajador no directivo, o, como mucho, la de miembro del consejo de administración sin funciones ejecutivas, y la de alto directivo.

- 4.^a La STS de 30 de diciembre de 1992, en el caso «Huarte y Cía, S.A.» señaló que el presidente del consejo no podía ostentar un contrato laboral de director general (prohibición de acumulación) y declaró nula la indemnización fijada en dicho contrato (cláusula de blindaje) para el caso de separación del administrador.

No obstante, todas estas objeciones pueden superarse (según esta misma STS de 30 de diciembre de 1992) si la acumulación estuviera prevista en los estatutos sociales. Para ello debe contemplarse estatutariamente un órgano denominado «Director-Gerente» y admitir y regular su doble retribución, la que corresponda a efectos laborales y la que quepa como administrador, cumpliendo en el segundo caso lo exigido en los artículos 217 y 220 de la LSC. Es decir, fijando el sistema de su retribución (y, en su caso, la indemnización para el caso de su cese por acuerdo de la junta general). En este sentido se pronuncian, sobre todo, las SSTS de 30 de abril de 1971 y 27 de enero de 1992, que lo admiten si los estatutos regulan una gerencia o dirección general subordinada al órgano de administración, y la STS de 20 de octubre de 1998, que admite el cese de los directores generales por la junta general, porque los estatutos sociales los regulaban como órganos sociales. La Resolución de la DGRN de 12 de abril de 2002 (caso «Altadis, S.A.», BOE de 5 de junio) examina un complejo régimen retributivo para los miembros del consejo que ejerzan a la vez funciones ejecutivas de carácter permanente en la empresa, en virtud de relación laboral o mercantil; y admitiendo que los estatutos pueden regularlo, rechaza la cláusula por no respetar la exigencia legal de aprobación por la junta general para el sistema de retribución mediante opciones de compra de acciones.

Como quiera que el tema sigue siendo discutido y admite muchos matices derivados de los silencios o de las propias matizaciones que hace el TS en cada una de sus sentencias, desde el punto de vista práctico, puede ser útil una cláusula estatutaria que regule un órgano denominado «Dirección General» y que permita en el titular del mismo la acumulación de la doble condición de administrador y trabajador, y la doble remuneración. No obstante, el propio TS no se aclara del todo, pues la STS de 20 de octubre de 1998 considera a ese Director-Gerente como órgano de administración cuando el cargo se halle previsto y regulado en los estatutos, así como las SSTS de 29 de octubre de 2001 —extendiendo al director general la doctrina del «factor notorio»—, de 26 de abril de 2002 y de 27 de marzo de 2003.

A diferencia de los administradores que ejercitan las funciones y la representación legalmente atribuidas al órgano de administración (funciones orgánicas), los gerentes o altos cargos son meros apoderados generales que reciben sus poderes de gestión y representación de un acto negocial y voluntario (apoderamiento), que puede tener muy diverso alcance (RDGRN de 12 de abril de 2002 y 27 de febrero de 2003).

Con todo, la jurisprudencia del TS (Sala de lo Social y ahora con Martín Timón y Aguallo Avilés, Sala de lo Contencioso-Administrativo) no ve con buenos ojos la acumulación de ambas tareas en una misma persona (SSTS de 9 de mayo de 2001, 27 de marzo de 2003 y especialmente de 21 de abril de 2005). En el caso de las SRL, la regulación se remite a la LSA, pero se prevé expresamente el supuesto de que, al lado de la función puramente administrativa, uno o varios administradores mantengan personalmente con la sociedad cualquier clase de relación de prestación de servicios o de obra, y para tal supuesto declara que el establecimiento o modificación de esa relación requerirá acuerdo de la junta general. Se trata, pues, de unas relaciones que han de ser conocidas y

consentidas por el órgano en el que reside la expresión de la voluntad social, y al que la ley confía en exclusiva la ponderación del potencial conflicto de intereses que las mismas pudieran entrañar en cada supuesto concreto. En todo caso, el acuerdo de la junta general habrá de adoptarse por la mayoría ordinaria prevista en el artículo 53.1, salvo que los estatutos establezcan una distinta superior (nunca inferior), y la falta de dicho acuerdo determinará la ineficacia –no la nulidad– del correspondiente negocio constitutivo o modificativo de la relación de servicios o de obra, que podrá ser sanada mediante posterior ratificación del negocio por la propia junta general.

Una de las razones más poderosas para defender la dicotomía entre las funciones de administración y otras funciones laborales es que la configuración del órgano de administración en las SRL (la mayoría de la realidad mercantil en nuestro país, y al que apenas se refiere la jurisprudencia del TS) admite tantas variantes (solidaridad, mancomunidad, consejo de administración, única, etc.) que salvo en los casos de administrador único, se producirá una disociación entre la titularidad de las facultades de gestión empresarial y la titularidad de la representación orgánica. Así sucede, por ejemplo, cuando la administración haya sido confiada a varios administradores solidarios, pues mientras el poder de representación corresponde *ex lege* a cada uno de ellos, la propia ley admite una diferente organización de la actividad de gestión por disposición estatutaria o acuerdo de la junta general. Así acontece, igualmente, en el supuesto de administración conjunta, en el que la posibilidad de esa disociación es evidente, al admitirse que mediante previsión estatutaria puedan existir administradores que no tengan atribuido el poder de representación. Y así acaece, en fin, cuando la estructura de la administración sea colegiada (consejo de administración), pues la ley admite la convivencia de esta modalidad de ejercicio para las facultades de gestión con la atribución estatutaria del poder de representación a uno o varios administradores a título individual o conjunto.

Por lo que se refiere a la retribución de los administradores de SRL, la normativa contempla dos modalidades: la consistente en una participación en los beneficios y aquella otra predeterminada y fija por labores de administración. La primera de ellas se ha de prever estatutariamente de modo concreto, sin que en ningún caso pueda ser superior al 10 por 100 de los beneficios repartibles entre los socios (art. 218 LSC). Esto significa que no sea admisible la cláusula estatutaria que establezca un importe máximo y mínimo de la participación dentro del cual la Junta fije anualmente la retribución procedente (RDGRN de 19 de febrero de 1998). Por lo demás, para el cumplimiento de la exigencia legal de concreción de la participación en los beneficios, es suficiente con que los estatutos la determinen global y no individualizadamente para cada administrador, debiendo entenderse (art. 185.4 RRM) que, salvo disposición estatutaria en contrario, esa participación global habrá de distribuirse por igual entre todos los administradores. En lo atinente a la segunda modalidad retributiva, es decir, la que no depende de una participación en los beneficios, habrá de ser determinada en su cuantía para cada ejercicio por acuerdo de la junta general, conforme se deduce de lo dispuesto en el artículo 217.2 de la LSC, quedando de este modo excluida toda posibilidad de fijación de esa cuantía por vía estatutaria. Los estatutos podrán, sin embargo, establecer un límite máximo para la cuantía de la remuneración y contener previsiones relativas a la distribución desigual de la misma (art. 185.4 RRM).

II.6. De forma un tanto incongruente con las consecuencias de lo manifestado en la Nota 1/2012, **la Agencia Tributaria, en su sede electrónica** en el llamado Programa INFORMA, pregunta número 127397, **sigue diciendo literalmente**, lo siguiente:

«127397 -TIPO RETENCIÓN: ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES

Pregunta

¿Qué tipo de retención debe aplicarse a los administradores de sociedades que, al mismo tiempo, están contratados como trabajadores de la sociedad?

Respuesta

Las retribuciones que perciban por la condición de administradores de la sociedad estarán sometidas a un tipo de retención del 35 por 100 (hoy sería el 42%). **Las retribuciones que perciban como trabajadores por cuenta ajena estarán sometidas al procedimiento general de cálculo de retenciones previsto en la normativa vigente, con el mínimo del 15 por 100 si derivan de relación laboral especiales de carácter dependiente, de altos directivos...»**

Esta contestación la sustenta la AEAT haciendo referencia a dos Consultas Vinculantes de la DGT V1238/2005, de 27 de junio (NFC030155) y V1993/2005, de 6 de octubre (NFC021356), y supone reconocer que un administrador que ejerce su cargo gratuitamente, puede ser un directivo que calcula su retención conforme a las reglas generales.

II.7. Ante esta situación, resulta impredecible absolutamente lo que vaya a pensar un concreto órgano de la AEAT con el que tenga que afrontarse una comprobación, pero sinceramente es bastante preocupante, puesto que los órganos administrativos actúan muchas veces de forma un tanto descoordinada y nunca se sabe cómo pueden concluir las comprobaciones.

La idea de incompatibilidad entre las retribuciones como administrador y como personal de alta dirección está plenamente de actualidad, puesto que también es defendida por la jurisprudencia sobre la conclusión de falta de «ajenidad» en la relación del directivo-administrador-socio con la sociedad, trasladando desgraciadamente, una vez más, conclusiones de la jurisdicción laboral al ámbito fiscal. Así por ejemplo podría verse la reciente SAN (NFJ042091) de 23 de febrero de 2011 (rec. núm. 104/2008), *en la que en relación con la retribución a los administradores y consejeros, se recuerda la improcedencia de la deducción porque no se han justificado los servicios personales de los consejeros ni se cumplían los requisitos de los estatutos sociales, al no haberse repartido dividendos a los accionistas. El vínculo del consejero delegado con la sociedad no es de naturaleza laboral, sino mercantil. La condición de consejero delegado, accionista y los poderes de dirección y representación suponen que no se dan los caracteres de ajenidad que posibilitan su condición de alto cargo, por lo que carece de cobertura legal el contrato de trabajo de alta dirección. Y siendo ello así y no existiendo relación de ajenidad, debe rechazarse, a juicio de la Audiencia Nacional, la deducibilidad como gasto de personal en el IS.*

II.8. Por todo lo expuesto anteriormente, resulta conveniente recomendar que **las retribuciones de los administradores, pero también las del resto del personal directivo con participación relevante en el capital de la sociedad, consten expresamente en los estatutos sociales, pues en caso contrario podría resultar inviable la deducción de dicho gasto en el Impuesto sobre Socie-**

dades, evitando así futuros problemas y quebrantos económicos. Asimismo, si es una empresa con recursos y puede asumir los costes, **debe recomendarse**, aunque no compartimos la opinión de la Administración, **que la retribución gerencial se asimile a la de administrador y se le retenga el 42 por 100** (retención evidentemente desproporcionada si la retribución es baja, aunque luego lo pueda recuperar el socio-gerente, vía deducción en el IRPF). Más vale prevenir que curar. Por supuesto, este es un planteamiento de futuro y si la AEAT trata de aplicarlo a ejercicios ya pasados, podría acudir a la antes citada doctrina del TS sobre la no exigencia de retenciones ante situaciones de claro enriquecimiento injusto.

II.9. También parece de justicia defender **la ya mencionada necesidad de una reforma normativa en la que**, prescindiendo de consideraciones de derecho laboral, **se reconozca expresamente**, y sin ningún género de dudas, **que una persona física pueda ser a la vez administrador de una sociedad**, cargo que ejerce gratuitamente, **y también personal de alta dirección de la misma, percibiendo retribuciones sujetas al régimen general de retenciones según las circunstancias salariales y familiares del perceptor y no al 42 por 100; retribuciones que además deberían ser siempre gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades**, en cuanto van a tributar adecuadamente en el IRPF del socio-gerente. La reforma propuesta ayudaría a empresas y a emprendedores en un contexto de seria y prolongada en el tiempo recesión económica. Todo lo demás son paños calientes que no resuelven la cuestión y ahondan en la incertidumbre. De no actuarse de esta manera –y si no al tiempo– son previsibles actuaciones administrativas sobre esta materia que, siguiendo los criterios de la Nota 1/2012, supondrán apretar, aún más si cabe, la soga anudada a la garganta de las empresas.

Los supuestos en que el trabajo del socio no sea gerencial, por ejemplo, cuando consista en conducir un camión si es propietario de una empresa de transporte o en hacer de camarero en el restaurante titularidad de una sociedad en cuyo capital participa, van a ser estudiados a continuación.

III. SOCIOS QUE PRESTAN SERVICIOS A UNA SOCIEDAD ANÓNIMA O DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, DISTINTOS DE LOS PROPIOS DE LOS MIEMBROS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

III.1. El Departamento de Gestión de la AEAT reconoce expresamente en su Nota 1/2012 **la posibilidad de que una misma persona física**, en la que concurre la doble condición de administrador y socio de la entidad, **pueda obtener rendimientos derivados de prestaciones de servicios a su sociedad, al margen de su condición de administrador**. Apenas se ofrecen criterios claros para determinar cuándo el socio está prestando trabajos adicionales a los puros de administración y gestión que le puedan corresponder como administrador de la entidad. En todo caso, sí se deja claro que no bastará con la existencia de un contrato de trabajo, sino que tendrán que analizarse pruebas adicionales. En cuanto a la calificación de esos servicios (excluidos de las funciones de administrador) también señala la Nota 1/2012 que en la normativa del IRPF no existen reglas especiales a tal efecto, por lo que **debe acudir a las definiciones generales de rendimientos del trabajo y de actividades económicas, contenidos respectivamente en los artículos 17.1 y 27.1 de la LIRPF**. Aquí la Agencia Tributaria, como tantas otras veces, se decanta por el análisis *ad casum*, dejando con

ello el camino abierto a posibles comprobaciones. Desgraciadamente, la experiencia demuestra acabadamente que la Administración siempre elige, entre dos interpretaciones posibles, aquella que da lugar a una liquidación tributaria más cuantiosa.

Concretamente para resolver esta cuestión la Nota opta por el análisis de dos aspectos, a los que nos referimos a continuación: la existencia de una ordenación por cuenta propia y de medios de producción en sede del socio.

III.2. Análisis del requisito de existencia de una ordenación por cuenta propia.

La Nota 1/2012 da a entender que las retribuciones que percibe el socio, que es a la vez trabajador de la misma empresa, **solo pueden considerarse rentas del trabajo cuando concurren las notas de dependencia y ajenidad**. El margen de maniobra de los órganos inspectores es muy amplio y también se puede fundamentar en la idea general de que la naturaleza jurídica de las relaciones económicas se define por su propia esencia y contenido, no por el concepto, calificación o denominación que le hayan querido dar las partes contratantes [como ejemplo, se cita la STS de 7 de noviembre de 2007 (NSJ031829)]. Este pronunciamiento del Alto Tribunal también dice: «Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.»

De nuevo apreciamos una contradicción en la Nota 1/2012, puesto que después de haber señalado que la calificación fiscal de una renta como rendimientos del trabajo no se ha de realizar de acuerdo a la normativa laboral, acaba acudiendo a los requisitos que el Derecho del Trabajo exige para que exista una relación laboral, requisitos laborales estos que casan mal con las relaciones económicas que se establecen entre una sociedad y sus socios trabajadores. En la misma sentencia antes citada, el TS menciona **indicios de la existencia de dependencia**:

- Asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este.
- Sometimiento a horario.
- Inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior.
- Ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

Como **indicios de la ajenidad** se señalan los siguientes:

- La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.
- La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender, etc.

- El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.
- El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

De los indicios mencionados hay algunos que es fácil que puedan concurrir y tal vez acreditarse, pero otros muchos encajan mal con los vínculos jurídico-económicos que se establecen entre una sociedad y su socio-trabajador. Es más, la Nota también nos recuerda que la DGT ha señalado en su **Consulta Vinculante V1492/2008 (NFC030726) que la condición de socio se considera como «un indicio significativo de la inexistencia de las notas de dependencia y ajenidad»** (dicha consulta alude incluso a una exigua participación del 4% en el capital social como veremos). A pesar de esta idea general, el Departamento de Gestión admite que es perfectamente posible que un socio de una entidad no lleve a cabo ordenación por cuenta propia alguna [se cita la Consulta V0918/2009 (NFC032716)]. Aunque luego **matiza que a partir de un 50 por 100 de participación en el capital social de la entidad no puede entenderse que concurren las citadas notas de dependencia o ajenidad, por lo que en este último caso sí debe considerarse que existe tal ordenación por cuenta propia** [la AEAT se remite al art. 2.1 c) de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo, a la STS de 20 de octubre de 1998 y a la Consulta Vinculante V0179/2009 (NFC032025)].

En resumen, **según la Nota del Departamento de Gestión de la AEAT, en los casos de socios con porcentajes de participación en el capital social inferiores al 50 por 100, se pueden obtener tanto rendimientos del trabajo como de las actividades económicas. La calificación concreta de las rentas se realizará por el órgano competente, analizando, caso por caso, si concurren las notas de dependencia y ajenidad. Sin embargo, la conclusión es mucho más extrema cuando el socio-trabajador alcanza el 50 por 100 del capital de la sociedad, pues en este último supuesto, la nota parece concluir que la retribución percibida no puede considerarse en ningún caso como renta del trabajo.**

Una primera observación al respecto permite pensar que cuando ese porcentaje de control del 50 por 100 no se alcanza por el socio-trabajador individualmente, pero sí sumando los porcentajes de sus familiares más próximos, sigue siendo posible acreditar la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad. Sin embargo, la duda que se plantea aquí es la siguiente: **¿Quiere decir la AEAT con ello que si el socio participa en el 50 por 100 del capital las rentas recibidas por un trabajo real y demostrado nunca pueden calificarse de rendimientos del trabajo a efectos de IRPF?** ¿Nos hallamos, en consecuencia e indefectiblemente, ante rendimientos de actividades económicas?

Aunque, en principio, determinados párrafos de la Nota parecen decantarse por esa conclusión, luego, como no podría ser de otro modo y veremos a continuación, matiza esta primera y radical conclusión, al valorar la existencia de medios de producción propios en sede del socio.

III.3. Análisis de la existencia de medios de producción en sede del socio.

La Nota también señala que **para que nos encontremos ante rendimientos de actividades económicas, resulta imprescindible la existencia de medios de producción en sede del socio per-**

sona física, insistiendo, una vez más, en el análisis caso por caso. Sin embargo, **el Departamento de Gestión, no se pronuncia con la claridad deseable respecto de aquellos supuestos en los que, tras el análisis individualizado por la AEAT, se concluya que faltan las notas de dependencia y ajenidad** que está exigiendo para que proceda la calificación de las rentas como rendimientos del trabajo (como ya hemos dicho, simplemente porque el socio es titular de un 50% del capital), **pero también se carezca de los medios de producción en sede del socio para considerar que estamos ante rendimientos de actividades económicas**. Es evidente que no es posible un *tertium genus*, así que partiendo de que la retribución se ha cobrado y el trabajo es real, habiéndose prestado efectivamente por el socio a la sociedad, resulta inexcusable decidir si estamos ante rendimientos de actividades económicas o ante rendimientos del trabajo, puesto que no hay más opciones.

III.4. No nos cabe duda, porque la experiencia así lo atestigua elocuentemente, que **la Inspección, en una comprobación, podría poner especial énfasis en aquel aspecto que más le interese para practicar las liquidaciones pretendidas**. Tratando de aproximarnos a situaciones concretas, estamos pensando, por ejemplo, en el caso de una sociedad dedicada a la carpintería, que cuente con dos empleados, también con un local, maquinaria y herramientas, una furgoneta, etc., en la que una misma persona junto con su cónyuge (por simplificar, supongamos que este último no trabaja en la sociedad) es propietario del 100 por 100 del capital social. El propietario, además de administrar gratuitamente la sociedad, trabaja en la carpintería, como sus dos empleados, aunque él trabaja 12 horas al día y sus empleados 8. En principio, como acabamos de ver en apartados anteriores, faltarían las notas de la dependencia y ajenidad, porque controla el 50 por 100 del capital, pero también sucede que el propietario o socio-trabajador no cuenta con ningún medio material propio, ya que todos ellos pertenecen a la sociedad. Por consiguiente, una primera conclusión, que ya adelantamos errónea, podría ser que la retribución que el socio recibe por sus 12 horas de trabajo como carpintero, ante la ausencia de las exigidas notas de dependencia y ajenidad y aun faltando totalmente los medios materiales, debe calificarse de rendimientos de actividades económicas. No podemos olvidar aquí que la LIRPF señala:

«Artículo 27. Rendimientos íntegros de actividades económicas.

1. Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente **la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos**, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios...»

El precepto expuesto solo está exigiendo que se ordenen por cuenta propia uno de ambos (recursos humanos o recursos materiales), por ello, se podría decir que aunque al socio-trabajador-carpintero, que se duda si es empresario, no dispone de medios materiales propios, puesto que pertenecen a la sociedad, sí que tiene medios humanos (sus propias manos) que evidentemente ordena y dirige. No estamos ante ninguna elucubración de laboratorio, pensamos que es un supuesto muy frecuente en las pequeñas empresas españolas, en las que personas físicas que controlan más del 50 por 100 del capital, trabajan también materialmente —y de qué forma!— en la empresa. En este sentido, interpretaciones del tema radicales (no tan infrecuentes como todos sabemos a la hora de cumplir los

santos objetivos recaudatorios) abocarían a una conclusión inmediata: que muchos miles de empresas realizan actuaciones fiscales irregulares a la hora de retribuir a sus propietarios-trabajadores.

Al hablar de una carpintería nos estamos refiriendo también a otros innumerables supuestos, como el de aquellas sociedades que explotan un bar-restaurant, donde el socio trabajador está detrás de la barra sirviendo cafés, como el resto de empleados. Obviamente, este contribuyente tampoco dispone de medios materiales, pues incluso el uniforme que lleva puesto pertenece a la empresa, pero como ya hemos señalado antes, la Administración puede no admitir que tenga rendimientos del trabajo, al faltar las notas de dependencia y ajenidad, pues es cierto que controla el 50 por 100 del capital. **Nadie garantiza que una comprobación administrativa no acabe concluyendo que el socio-trabajador (nuestro carpintero anterior, o este empresario-camarero) tiene una actividad económica independiente, propia y distinta de la realizada por la sociedad, por la que deben darse de alta en el censo de empresarios y repercutir el IVA a su sociedad.**

Frente a este tipo de posibles conclusiones administrativas –que comportarían la exigencia de unas cuotas de IVA no ingresadas pero tampoco repercutidas a la sociedad y deducidas por esta– **obviamente podríamos argumentar que esta persona no ostenta la condición de empresario a efectos del IVA conforme a la antes citada STJUE (Sala Segunda), de 18 de octubre de 2007 (NFJ026440).** También podría argumentarse el contenido de la propia Nota 1/2012, en especial cuando afirma lo que sigue: «resulta esencial analizar en cada caso concreto la presencia o ausencia de las notas de dependencia y ajenidad y la existencia o no de medios de producción en sede del socio, de manera que, existiendo tales medios de producción en sede del socio, solo en ausencia de tales notas cabrá entender que los socios de la entidad ejercen su actividad ordenando los factores productivos por cuenta propia en el sentido del artículo 27 de la LIRPF y por tanto desarrollan una actividad económica. **Por el contrario, la calificación de los mismos será de rendimiento del trabajo cuando existan las citadas notas de dependencia y ajenidad o cuando se carezca de los citados medios de producción.**».

Es decir, **según la Nota, aunque falten los requisitos laborales de dependencia y ajenidad, si también falta la ordenación de medios materiales, no puede existir actividad económica independiente en sede del socio, por lo que solo cabe una única conclusión: las rentas que recibe por su trabajo deben calificarse fiscalmente como rendimientos del trabajo.** Afortunadamente esta parece ser la solución del problema adoptada por el propio Departamento de Gestión de la AEAT. Aunque no con la claridad deseable, esta conclusión se ofrece por la Nota y la entendemos correcta, lo que **nos empuja a pensar que nuestro carpintero o el camarero-empresario, es decir, esos socios-trabajadores que tienen más del 50 por 100 del capital de su sociedad, al no contar con la ordenación de medios materiales, pueden percibir rendimientos del trabajo a efectos de IRPF, que además, y por eso mismo, son deducibles como gasto por la sociedad.**

III.5. Comentando más ampliamente las **consecuencias de lo expuesto en el Impuesto sobre Sociedades**, el apartado 3 del artículo 10 del TRLIS, dispone que en el régimen de estimación directa la base imponible de las sociedades se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esa ley, el resultado contable, determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas. No existiendo reglas fiscales especiales al respecto, nuestra

opinión es que **la retribución satisfecha a una persona física, que trabaja en la empresa, por funciones que no se incluyen en la dirección y administración, aunque además esa misma persona sea administrador, cargo que ejerce gratuitamente, siendo también socio, es gasto fiscalmente deducible en el Impuesto sobre Sociedades de la sociedad**, en cuanto que es gasto contable.

Así ha sucedido desde siempre en muchas pequeñas empresas españolas, por ello no debería existir problema alguno en aceptar que esas retribuciones por tareas distintas de la función de administrar (vgr. jefe de ventas, jefe de contabilidad, encargado de la obra o fontanero) se consideren rentas del trabajo que tributan en el IRPF de la persona física y constituyen gasto deducible para la sociedad. Simplemente **la retribución debe derivar de un trabajo efectivo y demostrable, valorándose a valor de mercado por tratarse de una operación vinculada (art. 16 TRLIS)**, no debiendo calificarse ni de liberalidad, ni de retribución al capital (aunque parezca imposible, conocemos casos reales en que la AEAT ha defendido estas calificaciones) lo que supondría su consideración como gasto fiscalmente no deducible a los efectos de determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Por supuesto, se declararían como clave A en el modelo 190, no siendo necesario que figure dicha retribución en los estatutos de la sociedad, pero sí en el correspondiente contrato de trabajo. Lo expuesto, parte de un presupuesto. En los estatutos figura que el cargo de administrador es gratuito, gratuidad que, por otra parte, se presume en el caso de las SRL, si las previsiones estatutarias guardan silencio al respecto. Como ya dijimos, tradicionalmente se ha admitido por todos (incluimos a la propia Inspección) que la misma persona además de administrador (función que desempeña gratuitamente) puede ser trabajador de la sociedad, percibiendo retribuciones por trabajos distintos de su función de administrador que se califican de rendimientos del trabajo, y a las que deberían aplicarse las retenciones normales, al tipo que corresponda, según la cuantía de las retribuciones y su situación personal y familiar.

En este punto, lo que sí está claro es que **hay que disponer de pruebas acreditativas de que la persona física trabaja efectivamente para la sociedad «a sueldo», vgr. contrato escrito con condiciones claras de trabajo (horario, lugar, funciones, subordinación, etc.)**. En el aspecto de la prueba, por prudencia, **pudiera ser conveniente para evitar futuros problemas, reflejar en los estatutos sociales, además del carácter gratuito del cargo de administrador, que la retribución que esa misma persona va a recibir corresponde a su trabajo por la función específica a desarrollar en su jornada habitual, distinta de la función de administrar**. Por el contrario, en el caso de que las retribuciones se cobren por la función inherente a la administración (lo dicen expresamente los estatutos), también sería renta del trabajo pero con retención del 35 por 100 hasta 2011 y a partir de 2012 de nada menos que el 42 por 100, tal y como hemos señalado en el punto II anterior. Lo expuesto lo consideramos válido, tanto para una SL como para una SA, y obviamente chocaría con la idea de «falta de ajenidad» que impide la existencia de una relación laboral entre la sociedad y su socio con una participación mayoritaria, puesto que en nuestra opinión el ámbito laboral y el fiscal, son distintos o, por lo menos, no tienen que coincidir obligatoriamente.

III.6. Es también destacable que **los criterios expuestos en apartados anteriores son mantenidos abiertamente por la propia Agencia Tributaria** en su página web, donde se puede leer la consulta que reproducimos a continuación:

«TÍTULO: IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES R.D.LEG. 4/2004

CAPÍTULO: BASE IMPONIBLE

SUBCAPÍTULO: BASE IMPONIBLE

REFERENCIA: 126187-RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Pregunta:

¿Las cantidades pagadas a la persona que ocupa el cargo de administrador y que a su vez es socio de una sociedad de responsabilidad limitada, como remuneración del trabajo que realice en la entidad, distinto del propio de administración, son deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades?

Respuesta:

Las cantidades pagadas a la persona que ocupa el cargo de administrador como remuneración del trabajo que realice en la entidad, distinto al propio de su cargo, serán deducibles en la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en la medida en la que cumplan los mismos requisitos exigidos para la deducibilidad de cualquier trabajo o servicio prestado por terceros:

Contabilización en el ejercicio en que se devenguen y justificación del gasto.

Relación con la obtención de los ingresos, que deberá poder probarse por los medios admitidos en derecho.

Acreditación de la obligatoriedad que el pago realizado tiene para la empresa **por la existencia de un vínculo laboral** entre ella y el administrador que realice tales trabajos.

Asimismo, **deberá poder probarse el presupuesto de hecho de partida, que los trabajos o servicios que se retribuyen no son los que el administrador está obligado a prestar por razón de su cargo, por cuanto si se tratase de estos su deducibilidad fiscal está condicionada al acomodo de dicha retribución a lo dispuesto en la normativa mercantil** aplicable que, en el caso de esta entidad será el Artículo 66 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, **donde se establece que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario**, determinando el sistema de retribución, el cual, cuando tenga como base una participación en los beneficios, no podrá exceder del 10 por 100 de los beneficios repartibles a los socios, mientras que cuando sea distinto a aquel, la remuneración de los administradores debe ser fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta General.

Por último, **habrá que tener en cuenta que las operaciones entre una sociedad y sus administradores son vinculadas**, por lo que el gasto por la remuneración de dicho administrador estará

sometida a las reglas de valoración en los términos previstos en el artículo 16 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

NORMATIVA: Artículo 10 TRLIS Real Decreto Legislativo 4/2004, de 05 de marzo de 2004.

Consulta de la D.G.T. 1626-03, de 13 de octubre de 2003

Informe de la D.G.T. 2009-08873, de 12 de marzo de 2009»

III.7. Evidentemente la remisión de la respuesta referencia 126187 del Programa INFORMA, que nos hemos permitido remarcar en negrita, **al «vínculo laboral»**, debe considerarse improcedente porque supone volver a abrir la puerta a interpretaciones absurdas, muy perjudiciales para las empresas. No obstante, el resto de las conclusiones de esta contestación 126187, en general, son acertadas y deberían respetarse siempre por la AEAT.

Sin embargo, la citada exigencia de vínculo laboral hace surgir de nuevo las incertidumbres denunciadas y que la AEAT no resuelve, ni mucho menos, en su Nota, y realmente resulta preocupante que si se declararon rentas del trabajo, pueda suceder que en una comprobación posterior se diga que son rendimientos de actividades económicas para intentar practicar una liquidación por IVA o que se arguya que al faltar el vínculo laboral, el gasto real soportado por la sociedad no es deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

III.8. Pero mucho peor aun es cuando acontece lo contrario. **Supongamos que la persona que trabaja para la sociedad ha considerado que es un empresario autónomo que realiza una actividad económica independiente, prestando, por ejemplo, servicios de transporte con un camión de su propiedad a una sociedad en cuyo capital participa**, cumpliendo los requisitos para tributar en módulos como empresario individual. Pensemos ahora en un pequeño transportista matriculado en el epígrafe 722 que está tributando en estimación objetiva en IRPF y en régimen especial simplificado en IVA, que cuenta con un par de vehículos, tarjetas de transporte, conductores empleados, consumos de combustible y que factura a una sociedad en cuyo capital participa (a veces incluso ni siquiera participa directamente en el capital, si bien la sociedad pertenece a algún familiar próximo).

No es precisamente infrecuente el caso en el que **la Inspección**, ante situaciones como la que acabamos de describir, **niega la existencia de la actividad económica en sede del socio, argumentando directamente que la actividad se ha simulado**, incluso cuando cuenta con medios materiales y también con empleados, **calificando las facturas emitidas por este empresario como «facturas falsas»**, liquidando las cuotas a la sociedad por IVA indebidamente soportados y deducidos, e imponiendo elevadas sanciones, tanto a la sociedad como a los socios por la emisión de esas facturas que se han calificado de presuntamente falsas. Obviamente, como dice la Administración, el análisis se hace caso por caso por los órganos de Inspección (estas comprobaciones son inapropiadas para los órganos de gestión) que deberían valorar si los servicios facturados se han prestado realmente por el empresario que los facturó.

IV. EL PROBLEMA ESPECÍFICO DE LOS SOCIOS-PROFESIONALES EN LAS SOCIEDADES DE PROFESIONALES

IV.1. El tema sobre el que estamos disertando y que ya hemos visto que configura una realidad poliédrica —donde se haga lo que se haga la AEAT puede darle la vuelta en una exégesis interesada— se complica más aún en el caso de las **sociedades de profesionales**, donde se ha generalizando una corriente de opinión proclive a considerar **que el socio-profesional que presta servicios, de forma efectiva y demostrable, a la sociedad en cuyo capital participa, no puede recibir rentas del trabajo de su sociedad, sino que únicamente puede obtener rendimientos de actividades económicas, por lo tanto, sujetos a IVA**, conclusión que como ya dijimos en nuestra opinión contradice abiertamente la jurisprudencia comunitaria.

La Nota del Departamento de Gestión que estamos analizando, apenas dedica su atención al especialmente complejo caso de las sociedades de profesionales, tan frecuente en los despachos de asesoría fiscal como en otras muchas profesiones liberales. Así, y como único comentario específico al respecto, se limita a decir lo siguiente: **«En particular, debe tenerse en cuenta que en el caso de servicios profesionales (abogacía, asesoría, servicios de arquitectura, medicina...) el principal medio de producción reside en el propio socio**, esto es, en la propia capacitación profesional de la persona física que presta los servicios, **—se trata de servicios cuya contratación tiene un marcado carácter "intuitu personae", de manera que los medios materiales necesarios para el desempeño de sus servicios proporcionados por la entidad son de escasa relevancia frente al factor humano».**

Por supuesto, **discrepamos abiertamente de semejante párrafo, más propio del ejercicio de las profesiones liberales del siglo pasado que de la situación o contexto económico actual.** Pensemos, por ejemplo, en el caso de un despacho de asesoría fiscal. Existen empleados que frecuentemente tienen asignados determinados clientes y se necesitan importantes inversiones en locales, mobiliario, equipos y programas informáticos. Para la llevanza de contabilidades y la elaboración de declaraciones tributarias, nóminas, cotizaciones por seguros sociales, etc., **se requieren medios materiales que, aunque la AEAT piense lo contrario, no son precisamente irrelevantes; unos medios que pertenecen a la sociedad y no al socio.** Tampoco todos los servicios a los clientes se prestan por el socio-profesional puesto que en muchas ocasiones dichos servicios también son prestados por empleados no socios. Sin embargo, el Departamento de Gestión de la AEAT parece considerar que todos esos trabajos los hace el socio del despacho de cabeza, sin necesidad de más medios materiales que un lapicero y un empleado que le coja el teléfono.

Estas mismas situaciones también se producen en las otras sociedades de profesionales que menciona la Nota 1/2012, como sociedades de servicios médicos o de ingeniería y arquitectura, que cada vez necesitan elementos técnicos más sofisticados y caros. **No se pueden prestar los servicios solo con los conocimientos del socio, puesto que ese marcado carácter personal («intuitu personae») al que alude el Departamento de Gestión, será un argumento histórico y muy romántico, pero profundamente erróneo en la situación económica actual.** El despropósito de la Nota en este punto resulta tan evidente que no merece ulterior comentario.

IV.2. Desde la desaparición, en 2003, de la antigua transparencia fiscal obligatoria, salvo en cuanto a las reglas de fijación del valor de la retribución a valor de mercado contenidas en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, **no existen reglas fiscales especiales que diferencien a una sociedad dedicada a la asesoría fiscal de una sociedad dedicada, por poner un ejemplo, a la fontanería.** Incluso cuando se aplicaba la transparencia fiscal, el socio trabajador podía percibir retribuciones por el trabajo realizado para su sociedad, retribuciones que tributaban como tales rendimientos del trabajo, aunque luego la base imponible positiva obtenida por la sociedad se imputase obligatoriamente al socio persona física, junto con los impuestos pagados por aquella.

La retribución salarial al socio profesional –siempre calificada como rendimiento del trabajo– se ha utilizado desde tiempos lejanos, reinando una completa paz jurídica al respecto, hasta que en los últimos años la actuación de la Administración ha generado la confusión e incertidumbre antes expuesta.

IV.3. Cuando un profesional ha estructurado su actividad a través de una sociedad, no alcanzamos a comprender el porqué de la imposibilidad de percibir rentas del trabajo por un trabajo real y efectivo que realiza para la empresa societaria, aunque también sea administrador (cargo que ejerce gratuitamente) y socio mayoritario. Así ha sucedido durante muchos años en miles de pequeñas empresas de asesoría y de otras muchas profesiones. Por ello, no debería existir ningún problema en que esas retribuciones por tareas distintas de la función de administrar (por ej., gerente, asesor fiscal a sueldo de la sociedad o conductor de camión si es una pequeña empresa de transporte, ya que no existen las diferencias que la AEAT quiere apreciar entre las sociedades en general y las sociedades de profesionales) se consideren rentas del trabajo en IRPF para la persona física y gasto deducible para la sociedad. **Simplemente esta retribución debe derivar de un trabajo efectivo y demostrable, valorándose a valor de mercado** por tratarse de una operación vinculada (art. 16 TRLIS).

IV.4. Sin embargo, **la conclusión implícita en la Nota, es muy distinta: no existe dependencia y ajenidad en la actuación del socio-profesional y los medios materiales le parecen despreciables** (solo es relevante el cerebro del profesional titular de la actividad) por lo que ese trabajo, que el socio mayoritario hace para la sociedad de profesionales, debe tributar siempre como actividad económica, con las consecuencias implícitas de la obligación de emitir facturas, repercutir y declarar IVA, etc. **Para la AEAT muchos miles de sociedades en España vienen actuando irregularmente, al pagar rentas del trabajo a sus socios-trabajadores.** Por consiguiente, según esta opinión administrativa, **el socio-profesional actúa por cuenta propia y ordena medios de producción (como no los tiene, usará los de la sociedad) y recursos humanos (parece que el medio humano sería él mismo) o uno de ambos, e interviene en el mercado prestando servicios a la sociedad, por lo que su renta debería calificarse siempre de rendimientos de actividades económicas, siendo además una operación vinculada en el sentido del artículo 16 del TRLIS y sujeta a IVA.**

Obviamente **nuestra opinión es radicalmente discrepante**, puesto que si el trabajo material se hace en régimen de dependencia respecto de la sociedad, utilizando los medios de esta, sujeto a un horario, y a unas condiciones de trabajo pactadas, hemos de concluir que el importe satisfecho por la sociedad a esta persona física, debería seguir siendo considerado rendimiento del trabajo, aunque también deba valorarse a valor de mercado. Esta calificación no varía aunque además suceda que esa misma persona sea también administrador –función que ejercerá gratuitamente– y socio con

una participación importante en la sociedad. Por supuesto, y como ya hemos dicho, esa retribución del trabajo es gasto fiscalmente deducible para la sociedad, en cuanto que es a su vez gasto contable de la entidad. Por otro lado, la prestación de trabajo en cuestión no estaría sujeta a IVA, precisamente por ser trabajo y no actividad económica.

Así se ha venido actuando en cientos o miles de empresas (por no decir en casi todas), por ello insistimos en que esas retribuciones por tareas distintas de la función de administrar (vgr. trabajo como el resto de los empleados de la asesoría, del restaurante o de la empresa de transportes) deben considerarse rentas del trabajo para la persona física y gasto deducible para la sociedad. Simplemente esta retribución debe derivar de un trabajo efectivo y demostrable, prestado en régimen de dependencia y por cuenta ajena, valorándose dicha retribución a valor de mercado por tratarse de una operación vinculada (art. 16 TRLIS).

Téngase en cuenta que tampoco consideramos que estemos contradiciendo el contenido del **artículo 16 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades** (RD 1777/2004, de 30 de julio) cuyo apartado 6 dispone:

«6. A efectos de lo dispuesto en el artículo 16.4 de la Ley del Impuesto, el obligado tributario podrá considerar que el valor convenido coincide con el valor normal de mercado cuando se trate de una prestación de servicios por un socio profesional, persona física, a una entidad vinculada y se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que la entidad sea una de las previstas en el artículo 108 de la Ley del Impuesto, más del 75 por ciento de sus ingresos del ejercicio procedan del desarrollo de actividades profesionales, cuente con los medios materiales y humanos adecuados y el resultado del ejercicio previo a la deducción de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios sea positivo.
- b) Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a la totalidad de los socios-profesionales por la prestación de sus servicios a la entidad no sea inferior al 85 por ciento del resultado previo a que se refiere la letra a).
- c) Que la cuantía de las retribuciones correspondientes a cada uno de los socios-profesionales cumplan los siguientes requisitos:
 - 1.º Se determine en función de la contribución efectuada por estos a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario que consten por escrito los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.
 - 2.º No sea inferior a dos veces el salario medio de los asalariados de la sociedad que cumplan funciones análogas a las de los socios profesionales de la entidad. En ausencia de estos últimos, la cuantía de las citadas retribuciones no podrá ser inferior a dos veces el salario medio anual del conjunto de contribuyentes previsto en el artículo 11 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

El incumplimiento del requisito establecido en este número 2.º en relación con alguno de los socios-profesionales, no impedirá la aplicación de lo previsto en este apartado a los restantes socios-profesionales».

En este sentido, **el término «servicios» que emplea el precepto del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades se puede entender que incluye o engloba tanto los servicios que se prestan en el ejercicio de una actividad económica, como los servicios comprendidos en el ámbito de los rendimientos del trabajo.** Ahora bien, y como a continuación se expondrá, incluso percibiendo los socios-profesionales una nómina que represente el 85 por 100 del resultado previo de la empresa y habiendo tributado por ese beneficio en IRPF (prueba elocuente de que los beneficios no se han «remansado» en la sociedad) la Inspección puede seguir apreciando irregularidades en la situación tributaria de la sociedad y sus socios.

Esta es nuestra opinión y así la manifestamos. No obstante, la DGT viene sosteniendo una peligrosa línea interpretativa, errónea y ajena a la realidad de las empresas o sociedades profesionales, tanto más en la grave crisis económica que vivimos, pretendiendo calificar estas relaciones económicas como operaciones realizadas por un profesional titular de una actividad económica distinta de la que realiza la propia sociedad, como si fuera una especie de «subcontratista» de su propia sociedad.

IV.5. A continuación reproducimos una de las consultas de la DGT sobre estas cuestiones, donde la presunción de carencia de ajenidad y dependencia descansa en un exiguo porcentaje del capital social:

NÚM-CONSULTA V1492/2008, de 18 de julio (NFC030726)

«ÓRGANO SG de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas

FECHA-SALIDA 18/07/2008

NORMATIVA Artículo 27 Ley 35/2006; Artículo 4 Ley 37/1992

DESCRIPCIÓN-HECHOS La entidad consultante es una sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto social es la realización de servicios en el ámbito de la asesoría legal y tributaria, y en general la prestación de servicios propios de la abogacía. Asimismo la sociedad presta servicios de toda clase en el campo de la consultoría y de la asesoría de empresas.

Los profesionales que prestan servicios a los clientes de la entidad consultante se dividen en dos categorías, según ostenten o no la condición de socio de la entidad.

Los socios-profesionales (abogados, economistas y profesores mercantiles) suscriben con la entidad consultante un contrato de arrendamiento de servicios en cuya virtud se obligan a prestar servicios con carácter exclusivo a la entidad y a sus clientes. En particular dicho contrato obliga a los socios-profesionales a prestar a los clientes de la sociedad aquellos servicios comprendidos en su objeto social, así como a participar en las funciones de gobierno y administración de la entidad según su capacidad e idoneidad.

Como remuneración de los citados servicios, los socios-profesionales tienen derecho a percibir determinadas retribuciones por parte de la entidad consultante que se articulan mediante la emisión de las correspondientes facturas por el socio-profesional en concepto de anticipos, que son objeto de regularización también mediante la facturación correspondiente (positiva o negativa) a final del ejercicio en función del desempeño realizado por el socio-profesional (cumplimiento del objetivo de ingresos; responsabilidades asumidas; conocimiento del mercado; flexibilidad o movilidad...) y de la actividad profesional de la entidad.

Cada socio-profesional es titular aproximadamente de un 4 por 100 del capital de la entidad. Asimismo, los socios-profesionales están obligados a financiar las operaciones de la entidad mediante el otorgamiento de préstamos personales.

En cuanto al desempeño de sus servicios, los socios-profesionales disponen de gran flexibilidad y autonomía en el cumplimiento del horario de trabajo y en la permanencia en el lugar de trabajo.

El ejercicio de la actividad profesional es competencia exclusiva de los socios-profesionales, y se ejerce de forma que queda garantizada su propia independencia.

CUESTIÓN-PLANTEADA: Si las retribuciones que perciben los socios-profesionales por los servicios prestados a la entidad consultante deben calificarse como rendimientos de actividades económicas.

Si los servicios prestados por los socios-profesionales a la entidad consultante están sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido.

CONTESTACIÓN-COMPLETA

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El artículo 27.1 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 (BOE del 29 de noviembre), –en lo sucesivo LIRPF–, dispone lo siguiente:

"1. Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas".

Por su parte, artículo 17.1 de la LIRPF establece que "se considerarán rendimientos íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas.

(...)"

En el supuesto planteado, en el que bajo la denominación de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales, los socios-profesionales prestan con carácter exclusivo a una única entidad, que además, según parece desprenderse del escrito de consulta, pone a disposición de los profesionales los medios materiales necesarios para que estos puedan prestar sus servicios, es preciso analizar la relación que une a los profesionales con la entidad para calificar los rendimientos que estos obtengan.

Según reiterada jurisprudencia sobre esta materia, (se cita por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2007) tratándose de servicios profesionales, la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto. De acuerdo con la citada sentencia, "en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un 'precio' o remuneración de los servicios. En el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Así, pues, cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral."

De acuerdo con la sentencia anteriormente citada, "los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a horario. También se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones."

Asimismo, existe reiterada jurisprudencia que ha considerado la condición de socio como un indicio significativo de la inexistencia de las notas de dependencia y ajenidad, resultando ilustrativa

la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de Febrero de 2004, que al analizar la relación entre un abogado, socio de una entidad, y la propia entidad, señala expresamente que "Un dato de trascendencia en la litis, evidenciado por el Juez 'a quo', es la condición de socio del actor, con una participación del 2,1723% del capital social, siendo titular de 382 participaciones, que contrariamente a lo señalado por el actor, no es una mera apariencia formal"».

Aunque no corresponde a este Centro Directivo calificar la naturaleza laboral o civil de la relación que une a los socios-profesionales con la entidad consultante, sí cabe analizar los rasgos definitorios de dicha relación y a la vista de los mismos determinar cuál es la calificación que procede en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de tal modo que en ausencia de las notas de dependencia y ajenidad que caracterizan la obtención de rendimientos del trabajo, cabe entender que los socios-profesionales ejercen su actividad ordenando los factores productivos por cuenta propia en el sentido del artículo 27 de la LIRPF y por tanto desarrollan una actividad económica, aunque los medios materiales necesarios para el desempeño de sus servicios sean proporcionados por la entidad.

Al analizar las características de la relación existente entre la entidad consultante y los socios-profesionales que figuran en los hechos descritos, resulta especialmente relevante la condición de socio de los profesionales por cuanto a través de ella participan en las decisiones sobre la organización de la actividad desarrollada por la entidad y asumen riesgos, diluyendo de esta forma las notas de dependencia y ajenidad que pudieran existir. Lógicamente este indicio no sería relevante en caso de que el grado de participación en la entidad fuera puramente testimonial, o una "mera apariencia formal", circunstancia esta que no se produce en el caso planteado.

En consecuencia, a la vista de las características de la relación que une a los socios-profesionales con la entidad, se aprecia que no concurren las notas de dependencia y ajenidad propias de la obtención de rendimientos del trabajo, y por tanto procede calificar las retribuciones percibidas por los socios-profesionales de la entidad consultante como rendimientos de actividades económicas.

Impuesto sobre el Valor Añadido

1. El artículo 4, apartado uno, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (Boletín Oficial del Estado del 29), dispone que estarán sujetas al Impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen.

Por su parte, el artículo 5, apartado uno, letra a) de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que, a los efectos de lo dispuesto en dicha Ley, se reputarán empresarios o profesionales a las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de dicho artículo.

El artículo 5, apartado dos, de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, preceptúa lo siguiente:

"Dos. Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas."

Asimismo, el artículo 11, apartado dos 1.º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que, en particular, se consideran prestación de servicios, el ejercicio independiente de una profesión, arte u oficio.

2. El artículo 7, número 5.º de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido dispone que no estarán sujetos al citado tributo los servicios prestados por personas físicas en régimen de dependencia derivado de relaciones administrativas o laborales, incluidas en estas últimas las de carácter especial.

Dado que en la relación que une a los socios-profesionales con la entidad no se aprecia la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad anteriormente analizadas, notas que resultan esenciales en un contrato de trabajo sometido a la legislación laboral, esta relación no cabe encuadrarla en el artículo 7, apartado 5.º de la Ley 37/1992.

En consecuencia, **las prestaciones de servicios derivadas de un contrato de arrendamiento de servicios en los términos descritos en la consulta presentada están sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido...**"

Para la valoración a mercado de los servicios profesionales prestados a la sociedad también deberían tenerse en cuenta lo dispuesto en el 16.6 del RIS...»

Remedando a un famoso personaje de la Galia, podríamos exclamar: «Ils sont fous ces romains».

IV.6. Aunque imputar una retribución del trabajo a valor de mercado creemos que es lo correcto, podría convenir optar por seguir una línea prudente, **para tratar de evitar futuros conflictos con la AEAT, y se podría recomendar que los profesionales socios principales de las sociedades profesionales, se dieran todos de alta en una actividad económica y facturaran con IVA a sus sociedades, aplicando el tipo de retención de profesionales del 15 por 100.** Ingresar este IVA en Hacienda por los socios personas físicas, prescindiendo de posibles costes financieros por retrasos en la obtención de hipotéticas devoluciones en la sociedad, en principio no sería un problema grave, pues la sociedad lo deduciría. Como decimos, **dada la línea argumental de las consultas de la DGT y de la jurisprudencia, esta sería la actuación más prudente.**

Por supuesto, esta sería una idea para organizarse así en el futuro, pero el posible riesgo por ejercicios pasados no prescritos seguiría latente. Aunque de todas formas las posibles cuotas de IVA que se liquidasen al socio deberían poderse deducir por la sociedad, en cuanto consideramos que la situación es tan dudosa y compleja que la falta de ingreso de esas cuotas no debería sancionarse, por lo que estaríamos en uno de los casos de las típicas actuaciones comprobadoras de «efecto neutro»,

toda vez que lo que se exige por un lado se devuelve por otro. Lo que no parece, todo sea dicho, que sea una forma eficiente de luchar contra el fraude fiscal, sino más bien la de levantar liquidaciones cuyo fin único es la mera consecución formal de los objetivos cuantitativos de la AEAT respecto a deuda tributaria descubierta y liquidada.

Ahora bien, ¿quién nos garantiza que dentro de unos años, en una comprobación a la mercantil en cuestión, la Inspección no llegue a la conclusión de que esas cuotas repercutidas e ingresadas en Hacienda por el socio resultan de imposible deducción por la sociedad que las ha soportado, porque no existe una actividad independiente de aquel, al valorarse que en ese caso concreto (como ya hemos reiterado, el análisis siempre es caso por caso y con amplio margen de maniobra, pues aunque se invoque la Consulta V1492/2008, de 18 de julio, la AEAT siempre puede apreciar que los hechos son distintos) falta la ordenación de medios humanos y materiales y la supuesta actividad independiente se ha «simulado», por lo que estaríamos, por ejemplo, ante una retribución del trabajo, o lo que aun es peor, ante una retribución a los fondos propios? Por desgracia, como en tantas otras ocasiones, la seguridad jurídica que puede otorgar la Nota 1/2012 brilla por su ausencia.

V. OTROS SUPUESTOS: SOCIOS TRABAJADORES DE COOPERATIVAS Y SOCIOS PROFESIONALES DE SOCIEDADES CIVILES PROFESIONALES

La parte final de la Nota 1/2012 que se incluye en el **punto 3, «Otros supuestos distintos de los anteriores»** es la que merece un juicio más positivo. No ofrece dudas la conclusión de que, a efectos del IRPF, los rendimientos derivados de los trabajos realizados por los **socios trabajadores de las cooperativas** de trabajo asociado, en su condición de socios-trabajadores, tienen la naturaleza de rendimientos del trabajo. Obviamente, aunque la Nota no lo diga, por su visión parcial y limitada de unos temas en los que la claridad solo se puede conseguir con un estudio conjunto, estos servicios tampoco estarán sujetos a IVA (art. 7.6.º LIVA).

En cuanto a los **socios profesionales** de las sociedades civiles de profesionales, comunidades de bienes o resto **de entidades en régimen de atribución de rentas**, la remuneración que recibe el socio por su trabajo efectivo en la entidad no puede calificarse de rendimientos del trabajo, sino que se integran en su base imponible del IRPF dentro del apartado de los regímenes especiales, como rentas derivadas del régimen de atribución de rentas, constituyendo para el socio «renta atribuida» por la entidad y que conserva la naturaleza de su origen o fuente de procedencia. Es decir, conservan la calificación de rendimientos de actividades económicas en atención a la naturaleza de rentas de actividades económicas de los ingresos percibidos por la entidad, debiendo esta última informar a Hacienda con esta calificación a través de la declaración informativa modelo 184.

Por último recordar que **estas remuneraciones que recibe el socio de la entidad en atribución de rentas no se sujetan a IVA**, en cuanto este participe de la entidad no ostenta la condición de empresario, condición que corresponde exclusivamente a la entidad en atribución de rentas que será la obligada a repercutir e ingresar en el Tesoro Público el IVA que se devengue por los servicios prestados a sus clientes.

LA ANALOGÍA EN DERECHO TRIBUTARIO: TÓPICOS, CONTROVERSIAS Y ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Extracto:

LA admisión de la analogía en el Derecho tributario es uno de esos temas recurrentes que nunca terminan de recibir una respuesta acabada: cuestiones como la posibilidad del razonamiento analógico en esta parcela del ordenamiento o la del fundamento y ámbito de las restricciones que se establezcan a su utilización han sido y son objeto de continua controversia entre los que se dedican a esta disciplina.

Alguna de las controversias que suscita la aplicación de esta figura en Derecho tributario traen causa de la concepción de la analogía en la teoría general del Derecho; en la falta de unanimidad doctrinal sobre su naturaleza y en el carácter problemático que ofrece su punto de arranque metodológico: la existencia de lagunas en el Derecho. Otras, en cambio, traen causa de problemas particulares del ordenamiento tributario: la influencia que en esta parcela del Derecho tiene el principio de legalidad y los efectos que este puede tener en la existencia de lagunas, las dificultades de determinar las finalidades de las normas tributarias con fines fiscales que habiliten un razonamiento analógico y el fundamento de las restricciones al razonamiento analógico en esta parcela del ordenamiento jurídico.

En las líneas que siguen, partiendo del concepto, requisitos y naturaleza de esta institución, nos proponemos revisar críticamente los tópicos y las controversias que se han suscitado en torno a las restricciones al razonamiento analógico en materia tributaria para poder ofrecer algunas reflexiones sobre si y en qué ámbito deben esas restricciones desplegar sus efectos.

Palabras clave: analogía, Derecho tributario, reserva de ley y principio de legalidad tributaria.

ANALOGY IN TAX LAW: TOPICS, CONTROVERSIES AND SOME CRITICAL REFLECTIONS

GLORIA MARÍN BENÍTEZ

Abogada. Uría Menéndez

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Gabriel CASADO OLLERO, don José Manuel CALDERÓN CARRERO, don Diego MARÍN BARNUEVO FABO, don Juan Manuel MORAL CALVO y don Eduardo RAMÍREZ MEDINA.

Abstract:

THE permissibility of analogous reasoning in tax law is among those recurring topics that never seem to be answered definitively. The legitimacy of reasoning by analogy in tax law and the justification and scope of the limits on its use have been the object of continuous debate among those devoting their academic and professional lives to tax law.

Some controversies surrounding the applicability of analogy in tax law result from the concept of an analogy itself: the inability to reach a unanimous stance on its nature and the problematic character of the methodology's starting point, the existence of legal gaps. In contrast, other problems derive from the special features of tax law: the influence of the rule of law in tax law and the effects it may have in ascertaining whether or not a legal gap exists, the difficulties determining the purpose and spirit of tax rules, and the justification underlying the restrictions on analogical reasoning in tax law.

Following a review of the concept, requirements, and nature of analogical reasoning, we provide a critical review of the topics and controversies concerning the restrictions on the use of analogy in tax law in order to offer some reflections on whether such restrictions should be applicable and, if so, to what extent.

Keywords: analogy, tax law and rule of law.

Sumario

1. Concepto y requisitos.
 - 1.1. Vacío normativo.
 - 1.2. Disposición análoga: analogía *legis* vs. analogía *iuris*.
 - 1.3. Identidad de razón.
2. Naturaleza.
 - 2.1. El carácter innovador de la analogía.
 - 2.2. Analogía e interpretación extensiva.
3. Límites al uso de la analogía en Derecho tributario.
 - 3.1. Límites internos.
 - 3.2. Límites externos.
4. Conclusiones.

Bibliografía.

1. CONCEPTO Y REQUISITOS

La analogía es normalmente definida como la aplicación, a un caso que no aparece contemplado por ninguna norma jurídica, la consecuencia jurídica prevista para un caso distinto con el que guarda una relación de semejanza. Así, se ha definido ¹ como un «procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un determinado caso, a otro distinto, no regulado por el ordenamiento jurídico, pero que se asemeja al primero en cuanto que comparte con aquel ciertas características esenciales o bien la misma razón» ² o como «procedimiento que consiste en la aplicación de los principios ordenadores extraídos de un determinado supuesto regulado en la ley a otro supuesto esencialmente igual, pero distinto en los accidentes, que no aparece expresamente contemplado por ella» ³.

De esta forma es lugar común que son requisitos de aplicación del razonamiento analógico ⁴ la inexistencia de norma que contemple el caso de forma directa, la existencia de norma que contemple un caso distinto y la semejanza o similitud entre el caso a resolver y el supuesto de hecho normativo de esa otra norma.

1.1. Vacío normativo

Se entiende con carácter general que la analogía exige la constatación de la ausencia de una norma jurídica positiva y vigente con la que calificar un supuesto de hecho sobre el que el aplicador del Derecho tenga que decidir ⁵. Y esta cuestión se pone en relación con el postulado de la plenitud

¹ Cfr. M. Atienza: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de un análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 29.

² Nos referimos así a la analogía como argumento o posible razonamiento utilizado por los aplicadores del Derecho para fundamentar sus decisiones y que presupone la existencia de analogía en alguno de los otros dos siguientes sentidos: como concepto o como juicio. La analogía se predica de los conceptos cuando el campo de aplicación de estos no se puede definir de manera precisa ya que consta de objetos o entidades de naturaleza distinta pero que guardan entre sí una cierta similitud, esto es, tienen algún elemento en común. La analogía como juicio hace referencia a la relación entre dos pares de conceptos; se predica de la conexión existente entre distintos términos o relaciones como, por ejemplo, cuando se afirma que «lo obligatorio es a lo permitido lo que lo necesario a lo posible». O como cuando se afirma que la analogía es a la interpretación lo que el fraude de ley a la calificación. *Vid.* M. ATIENZA, *op. cit.*, págs. 32-34 y M. SIOTA ÁLVAREZ, *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, Marcial Pons, 2010, págs. 36-37.

³ E. GONZÁLEZ GARCÍA: «La admisión de la analogía en los ordenamientos italiano y alemán», *HPE* n.º 86 (1984), pág. 290.

⁴ L. Díez PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel Ensayo, 2.ª reimpresión de la 3.ª edición, Barcelona 2008, pág. 279.

⁵ M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación en Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 39; M. SALGUEIRO: *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, 2002, pág. 31.

del sistema jurídico y, por tanto, con la posición que se adopte sobre la posible existencia de lagunas en una determinada rama del ordenamiento.

1.1.1. El problema de las lagunas en Derecho tributario

En las parcelas del ordenamiento jurídico regidas por el principio de legalidad (como es el caso del Derecho tributario), suele predicarse la existencia de una regla de clausura, entendiendo por tal aquella que permitiría calificar deónticamente (como prohibida, permitida, obligatoria o facultativa) todas aquellas acciones que no estuvieran ya calificadas por el sistema en cuestión ⁶. La existencia de una regla de clausura en un determinado ordenamiento jurídico lleva implícita la negación de la existencia de lagunas normativas, entendiendo por tales la situación que se produce cuando para un caso concreto no existe una norma jurídica general aplicable ⁷. Por ejemplo, los juristas entienden intuitivamente que la regla *nullum crimen sine lege* es un prototipo de regla de clausura que tiene por objeto clausurar el ordenamiento jurídico penal convirtiéndolo en un sistema cerrado donde todo lo que no está penalmente prohibido es porque está (penalmente) permitido ⁸.

Se ha entendido en ocasiones que la regla *nullum tributum sine lege* desempeña esta función de clausura en el ordenamiento tributario. Si la regla de clausura del ordenamiento jurídico en general se ha identificado con el «principio de prohibición» (*i. e.*, todo lo que no está prohibido está permitido) ⁹, la regla de clausura en el ordenamiento tributario sería entonces el «principio de imposición», que toma como punto de partida el origen legal del tributo: su carácter *ex lege*. En esta tesis, el Derecho tributario sería un sistema jurídico completo: si una laguna es la ausencia de regulación en un supuesto de hecho que es merecedor de ser disciplinado, la existencia de lagunas en el ordenamiento tributario puede ser cuestionada ya que la obligación tributaria se anuda a la realización de los presupuestos determinados por el legislador, sin que haya hechos que por naturaleza o *ab origine* sean merecedores de configurarse como presupuestos de un tributo ¹⁰. De esta forma, si el orden jurídico tributario no estatuye ninguna obligación tributaria a cargo de un individuo es porque esa obligación no existe.

El problema de esta tesis reside en la imposibilidad de extraer conclusiones metodológicas claras de la eventual función de clausura de la regla *nullum tributum sine lege* en el ordenamiento tributario.

Por dos razones:

- En primer lugar, como la regla de clausura solo entra en juego cuando no se infiere del sistema el carácter deóntico de una acción, su uso presupone la existencia de un procedimiento de decisión para identificar las consecuencias normativas de un determinado sistema ¹¹.

⁶ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 190.

⁷ H. Kelsen: *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 2009, pág. 255.

⁸ Sobre las posibles funciones de la regla *nullum crimen sine lege* y su configuración como regla de clausura, *vid.* C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *loc. cit.*

⁹ *Vid.* C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *ibidem*.

¹⁰ C. GARCÍA NOVOA: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid, pág. 102; págs. 128-129.

¹¹ C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN: *Introducción a la metodología...*, *op. cit.*

Si dentro de un determinado ordenamiento no existe acuerdo sobre ese procedimiento, la aplicabilidad de la regla de clausura se hace sumamente problemática pues no puede determinarse con certeza si el caso a resolver carece de solución en ese ordenamiento (con lo que procedería la aplicación de la regla de clausura) o se trata de un caso que tiene una solución que el intérprete no ha sabido hallar.

- En segundo lugar, aun cuando se admita la vocación de clausura de la máxima *nullum tributum sine lege*, existe la dificultad adicional de determinar el propio alcance que tiene esta regla en el ordenamiento tributario. Dado que el *nullum tributum sine lege* afecta solo a los elementos esenciales del tributo y a su creación *ex novo*, la regla de clausura en el mejor de los casos solo operaría respecto de estos elementos y no con relación a otras cuestiones que también puedan incidir en la obligación tributaria. Respecto de esas otras cuestiones no podría predicarse la completitud o carácter cerrado del ordenamiento tributario y sería plenamente admisible la existencia de lagunas normativas.

No es posible afirmar con certeza, por tanto, que el ordenamiento tributario sea un sistema cerrado en el que el uso de la analogía no sea posible.

1.1.2. La relación bidireccional entre lagunas y analogía y la analogía como método de integración de lagunas no normativas

Aunque la admisibilidad de la analogía en una rama del ordenamiento se vincule a la existencia de lagunas en el Derecho en esa parcela, también se ha afirmado que no es que primero se constate la existencia de una laguna y después, para integrarla, se busque la disposición idónea para la aplicación analógica sino que en ocasiones se afirma la existencia de laguna porque previamente se ha razonado por analogía ¹².

Un ejemplo nos permitirá ilustrar lo acertado de esta apreciación. Con la Ley 61/1978, no existía en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (IS) sobre ninguna restricción a la deducibilidad de la dotación a la provisión por depreciación de cartera por razón de que la sociedad participada estuviera acogida al viejo régimen de la transparencia fiscal interna. No obstante, esa deducibilidad fue puesta en entredicho cuando la Ley 48/1985, de 27 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) modificó, entre otros aspectos del régimen de transparencia fiscal, el artículo 19 de la Ley 61/1978 que pasó desde entonces a prohibir la imputación directa de las bases imponibles negativas obtenidas por sociedades transparentes. Partiendo de esa prohibición expresa de imputación de bases imponibles negativas la Administración, primero, y los tribunales de justicia, después, concluyeron en la imposibilidad de deducir la provisión por depreciación de cartera dotada por el socio –persona jurídica– de la sociedad transparente que incurre en pérdidas. Se argüía –en un razonamiento claramente analógico– que si la deducción de cartera puede producir en el socio –persona jurídica– el mismo efecto que la imputación de las bases imponibles negativas, al haber quedado prohibida la segunda por ley debía entenderse asimismo prohibida la primera.

¹² K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, 2001, pág. 396. Vid. M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., pág. 40 y M. SALGUERO: *Argumentación por analogía...*, op. cit., pág. 44.

En este caso, la analogía sirvió, por tanto, tanto para encontrar la laguna como para, al mismo tiempo, integrarla. Y es que, en palabras de PALAO TABOADA, «descubrimiento de la laguna y justificación de la analogía son el mismo proceso de pensamiento»¹³.

Esta apreciación enlaza con la afirmación de que la existencia de laguna normativa no siempre es un presupuesto indispensable para la aplicación analógica en la medida en que el método analógico también se utiliza para el descubrimiento e integración de lagunas axiológicas. Recordemos que, frente al concepto de laguna normativa (que se presenta cuando un determinado sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa, siendo así que el balance entre los principios jurídicos de ese sistema jurídico exigiría la existencia de tal regla), el concepto de laguna axiológica se presenta cuando el sistema sí contiene una regla que soluciona el caso pero dicha regla no considera como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, debería serlo y recibir por ello una solución normativa diferente a la expresada en la regla¹⁴.

Por tanto, el razonamiento analógico no siempre parte de la inexistencia de solución normativa para un caso concreto: a veces la solución existe pero es rechazada por el aplicador del Derecho que prefiere aplicar la solución prevista en otra norma con la que el caso planteado guarda una relación de semejanza¹⁵. Así, en el ejemplo anterior, no existía en sentido estricto laguna normativa alguna dado que el artículo 72 del Reglamento del Impuesto regulaba con carácter general la deducción de la provisión por depreciación de la participación en filiales y podía ser perfectamente aplicada al caso en que la filial fuera una sociedad transparente. La laguna en tal caso no era normativa, sino axiológica.

1.2. Disposición análoga: analogía *legis* vs. analogía *iuris*

El segundo requisito para el recurso a la analogía es el de existencia de una norma cuyo presupuesto aplicativo guarde identidad de razón con el no regulado, de forma que sea susceptible de extensión por vía analógica. En este sentido, algunas veces se recurre a una única norma (analogía *legis*) mientras que en otros casos es preciso acudir a varias normas positivas para extraer los principios que permitan regular el caso (analogía *iuris*).

¹³ C. PALAO TABOADA: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias», en *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 36.

¹⁴ J. RUIZ MANERO: «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas» en AA.VV. *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 123.

¹⁵ Así lo han puesto de manifiesto M. ATIENZA [«Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho», *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 2 (1985), pág. 226] o M. SALGUERO (*Argumentación jurídica por analogía*, op. cit., pág. 67). En contra, sin embargo de la posibilidad de utilizar la analogía para la integración de lagunas valorativas o axiológicas, M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, págs. 108-109 o K.H. FRIAUF: «Posibilidades y límites del perfeccionamiento jurídico en el derecho tributario», *HPE*, n.º 86 (1984), pág. 346. Debe hacerse notar, no obstante, que la imposibilidad a la que se refieren estos autores es en sentido deontológico y no en sentido ontológico; esto es, entienden que en casos de lagunas axiológicas es el legislador y no el aplicador del Derecho el que debería llevar a cabo la integración. Pero esta es, en nuestra opinión, una cuestión distinta, cuya respuesta depende de la existencia de límites a la integración en determinadas áreas del Derecho. *Vid.*, en este sentido, epígrafe 3 posterior.

La analogía *legis* surge así cuando una cierta regla tiene un presupuesto aplicativo menor que el que reclaman los principios que constituyen su justificación subyacente ¹⁶; son los principios subyacentes los que exigen que el mandato establecido en la regla se extienda también a otra conducta que no resulta de entrada o *prima facie* subsumible en ella. Por ello la analogía *legis* toma como premisa mayor o punto de partida una única norma jurídica ¹⁷. El caso a decidir no es igual al supuesto de hecho normativo, pero es semejante a él por cuanto la justificación subyacente a la solución normativa adoptada en la regla exige su aplicación a ambos casos.

Por el contrario, la analogía *iuris* no exige la existencia de una norma con un presupuesto aplicativo más reducido que el que reclama su justificación subyacente; en la analogía *iuris* lo que surge del balance de los principios relevantes es una nueva regla prohibitiva que normalmente viene a limitar el ámbito de una regla diferente que abarcaba más casos de los que exigían esos principios relevantes ¹⁸. Por ello, la analogía *iuris* toma como punto de partida una serie de normas de las cuales induce un principio general. El caso a decidir no es igual a ninguno de los supuestos normativos de ninguna de las normas tomadas en consideración, pero es igual al supuesto de hecho del principio general inducido de las normas.

Nótese que el tipo de laguna que encontramos cuando utilizamos la analogía *legis* puede ser normalmente calificado de laguna normativa (existe una norma pero esta no relaciona el caso planteado con la solución normativa en ella establecida), mientras que en los casos de analogía *iuris* responden normalmente a lagunas axiológicas (existe una norma que abarca el supuesto planteado cuando el aplicador, por una propiedad que considera relevante para anudar a ese supuesto la solución normativa prevista en la norma y que no ha sido, en cambio, tenida en cuenta por el legislador, entiende que debería quedar excluida del presupuesto aplicativo de la norma) ¹⁹.

1.3. Identidad de razón

1.3.1. La argumentación a pari y a contrario

El requisito esencial y más característico de la analogía es el de la identidad de razón o *eadem ratio* entre el caso regulado y el que no lo está.

El hecho de que un caso (o una propiedad relevante, si nos encontramos ante una laguna axiológica) no se encuentre contenido en una norma puede habilitar al intérprete, bien a proceder analógicamente y aplicar la norma similar (argumento *a pari* o *a simili*), bien a entender que la inclusión

¹⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (*Ilícitos atípicos*, op. cit., págs. 28-29) utilizan la expresión de «reglas infraincluyentes».

¹⁷ L. Díez PICAZO: *Experiencia jurídicas...*, op. cit., pág. 281.

¹⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (*Ilícitos atípicos*, op. cit., págs. 28-29) se refieren a este caso con el de «reglas supraincluyentes».

¹⁹ Un caso especial se plantea en el de normas de exención que se consideran infraincluyentes. Ahí, en puridad, no existe laguna normativa, dado que el caso que no es regulado en la exención queda incluido en la norma general. En estos casos, en cambio, sí podría existir una laguna axiológica que, sin embargo, podría integrarse mediante analogía *legis* y no *iuris*.

de un supuesto en la norma entraña la exclusión de todos los demás (argumento *a contrario*)²⁰. Se afirma así que la aplicación del argumento *a pari* y *a contrario* son excluyentes y siempre que se razona por analogía aparece la posibilidad de hacerlo a contrario, y viceversa²¹. La dificultad del argumento analógico reside, entonces, en identificar la justificación que permita elegir entre uno y otro argumento porque no cabe emplear ambos respecto a un mismo supuesto de hecho²².

El fundamento que normalmente se aduce para justificar el argumento *a pari* es el de considerar que tanto el hecho previsto en la norma como el que no están incluidos en una misma razón de derecho (*ratio iuris* o *ratio legis*)²³. Existiendo una misma razón de derecho, debe existir también una misma disposición concreta: *ubi eadem ratio legi est, ibi eadem iuris dispositio*²⁴. Por el contrario, cuando la identidad de razón no se encuentra, en lugar del argumento *a pari* procede el argumento *a contrario*: *inclusio unius, exclusio alterius*.

Delimitar este requisito (identidad de razón, *eadem ratio*) no es nada fácil. María José FALCÓN Y TELLA²⁵ considera que «identidad de razón» puede entenderse de alguna de las siguientes posibles formas: (i) como finalidad de la ley ya en sentido subjetivo (*voluntas legislatoris*) ya en sentido objetivo (*voluntas legis*), (ii) como principio que sirve de fundamento a la ley o (iii) como objeto o contenido de la ley.

1.3.2. La tesis de la ineptitud de las normas tributarias para la analogía

1.3.2.1. Formulación

La dificultad para identificar la *ratio legis* en las normas tributarias ha llevado a algunos autores a postular la ineptitud de estas normas para el razonamiento analógico.

Esta tesis toma como doble punto de partida el carácter *ex lege* e instrumental del tributo:

- Como obligación *ex lege* se entiende, en la expresión de Werner FLUME, que el tributo tiene su origen en un momento de vinculación positivista (*ein positivistisches Anknüpfungsmo-*

²⁰ L. Díez PICAZO: *Experiencias jurídicas...*, *op. cit.*, pág. 282.

²¹ M. ATIENZA: «Algunas tesis...», *op. cit.*, pág. 226; *Sobre la analogía...*, *op. cit.*, pág. 182. En realidad, como señala J.A. GARCÍA AMADO («Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», *Doxa*, n.º 24, 2001) el argumento a contrario funciona cuando la falta de regulación expresa en una norma no puede considerarse falta de regulación (laguna normativa) del supuesto de hecho no mencionado, ya que su regulación (implícita) se deduce de la norma. Para ello hay que determinar si la norma puede ser formulada como un bicondicional (si y solo si A, entonces B) lo que requiere llevar a cabo una labor interpretativa previa de la norma.

²² M. ATIENZA, *loc. op. cit.* Para E. GONZÁLEZ GARCÍA («La admisión de la analogía...», *op. cit.*, pág. 291) el determinar en cada caso lo que debe entenderse por igualdad en lo esencial y diversidad en lo accidental constituye el «centro de gravedad» de la definición de analogía y, simultáneamente, su «punto más problemático».

²³ J.M. LETE DEL RÍO: «Reflexiones sobre la analogía», *AC*, n.º 4, 2003, pág. 106.

²⁴ Como establece el artículo 4.1 del Código Civil cuando admite la utilización de la analogía en la aplicación de las normas cuando «estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

²⁵ M.J. FALCÓN Y TELLA: *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas, 1991, págs. 89-90.

ment) sin que nada haya en la naturaleza de las cosas que determine su existencia ²⁶. Como la naturaleza de las cosas es el elemento que, según KAUFMANN ²⁷, constituye el sentido, *ratio* o fin de la norma y que habilita su interpretación teleológica o su aplicación por analogía, la ausencia en el ordenamiento tributario de una exigencia interna de regulación basada en la «naturaleza de las cosas» determinaría la imposibilidad de una aplicación de las normas tributarias basada en la analogía o en su fin.

- Como obligación instrumental, se entiende que la finalidad preferente de allegar recursos para el sostenimiento del gasto público impide el desarrollo de criterios teleológico-objetivos en el ordenamiento tributario, a diferencia de lo que ocurre con otras normas e instituciones del Derecho administrativo general, que están orientadas a finalidades concretas y últimas ²⁸.

Esta tesis de la ineptitud ha sido especialmente desarrollada en la doctrina alemana por el profesor KRUSE y sus discípulos ²⁹. Para KRUSE, las leyes tributarias se proponen distribuir las cargas financieras entre los ciudadanos. No pretenden configurar, regular o dirigir y, por ello, no tienen fin sino motivos: la necesidad de obtención de ingresos ³⁰.

1.3.2.2. Ámbito de aplicación

La tesis de la ineptitud, con todo, no se predica del ordenamiento tributario en su conjunto: las normas extrafiscales, de simplificación y las procedimentales quedan excluidas de esta tesis en la medida en que respecto de ellas puede identificarse fácilmente una finalidad o razón de ser determinada. Así, ninguna objeción encuentran los partidarios de la tesis de la ineptitud a la interpretación teleológica o la aplicación analógica de las normas extrafiscales. En estas normas, en cuanto tienen por finalidad primordial incentivar o desincentivar determinadas conductas de los sujetos pasivos para alcanzar ciertos fines de interés social, es relativamente sencillo (al menos desde un punto de vista teórico-abstracto) determinar cuál es el sentido de la norma y cuál es la conducta que se acomoda o se aparta a lo que en ella se pretende ³¹.

²⁶ Tomamos la cita y la traducción de C. PALAO TABOADA: «Tipicidad y aplicación en la aplicación de las normas tributarias (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)», en *La interpretación de la norma tributaria...*, op. cit., pág. 74.

²⁷ A. KAUFMANN: *Analogie und «Natur der Sache»*, 2.ª ed., R.v.Decker&C.F. Müller, Heidelberg/Hamburg, 1982, pág. 44; la cita está tomada de C. PALAO TABOADA: «Tipicidad y aplicación...», op. cit., en *La interpretación de la norma tributaria...*, op. cit., pág. 74.

²⁸ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 99.

²⁹ Referencias en A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., pág. 98, nota al pie 196.

³⁰ Citado por C. PALAO TABOADA: «Tipicidad y aplicación...», op. cit., pág. 74.

³¹ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., pág. 100; V. RUIZ ALMENDRAL: *El fraude a la ley tributaria a examen...*, op. cit., pág. 63; V. RUIZ ALMENDRAL y G. SEITZ: «El fraude a la ley tributaria...», op. cit., pág. 48. Esa finalidad, con todo, no siempre es tan evidente. A veces la finalidad extrafiscal aparente puede verse cuestionada desde el análisis de la norma a aplicar con otros criterios de interpretación (lógico, sistemático e histórico). En este sentido, y por ejemplo, discrepamos con la interpretación realizada por la DGT sobre la posibilidad de materializar los compromisos de reinversión mediante la adquisición de participaciones en el capital de sociedades antes de la reforma del artículo 42 del TRLIS llevada a término por la LIRPF/2006, cuando condicionaba dicha posibilidad a la existencia de una razón económica, denegándola si la transmisión no respondía a tal razón «sino más bien a conseguir un ahorro fiscal al margen de cualquier efecto jurídico o económico relevante». (Vid. entre otras, contestaciones de la DGT a Consultas números 2180/2004, 0005/2005, 0032/2005 o V0532/2005).

La tesis de la ineptitud se circunscribe, por tanto, a las normas tributarias con fines fiscales o recaudatorios. Y ello porque se entiende que el fin primordial de este tipo de normas (allegar recursos para la financiación del gasto público) no constituye una finalidad operativa para la aplicación del razonamiento analógico: si esa genérica finalidad recaudatoria es la que el aplicador del Derecho debe en todo caso tomar como referencia para determinar el sentido de las normas tributarias con fines fiscales, se corre el riesgo de exceder realmente la voluntad del legislador cuando anudó una determinada consecuencia fiscal a un supuesto de hecho dado y no a otro. Esto es, se asume el riesgo de adoptar posiciones apriorísticas en la interpretación de las normas ya que, si se toma como fin de la norma tributaria fiscal su sentido instrumental recaudatorio, una interpretación de la norma conforme a dicha finalidad sería precisamente aquella que implique un mayor nivel de recaudación, lo que nos llevaría al clásico (y superado) *in dubio pro fisco* ³².

La adopción de posiciones apriorísticas en la interpretación es algo en sí mismo rechazable. VANONI ³³ señalaba al respecto que «las normas tributarias, como todas las otras normas, deben interpretarse con el fin de atribuir al precepto jurídico el valor que le es propio en la regulación de las relaciones de la vida social que constituyen su objeto: toda apriorística inclinación de la labor interpretativa en favor del fisco o en favor del contribuyente constituye una inadmisibile limitación del proceso lógico representado por la interpretación de las leyes».

1.3.2.3. Crítica y reformulación

En sus críticas a la tesis de la ineptitud, nuestra doctrina ha cuestionado la visión del tributo como obligación *ex lege* desapegada de la naturaleza de la cosa que mantienen sus defensores y ha apuntado, asimismo, a la posible existencia de otras finalidades, distintas a la puramente recaudatoria, que pueden servir de fundamento a una aplicación analógica de las normas tributarias con fines fiscales.

Así, en cuanto a la consideración del tributo como un momento de vinculación positivista, PALAO TABOADA ³⁴ ha afirmado que la tesis de la ineptitud exagera la importancia del elemento objetivo, derivado de «la naturaleza de las cosas», en otras ramas del Derecho. Y apunta, en tal sentido, que también en otras ramas del Derecho, incluyendo el Derecho penal en el que el peso de la realidad (óntico) ha sido especialmente destacado, existe una amplia zona sujeta a la libre decisión del legis-

Y ello porque, teniendo en cuenta que los beneficios fiscales a la reinversión han tratado tradicionalmente de evitar que la fiscalidad suponga un impedimento a la renovación de equipos empresariales afectados por fenómenos de obsolescencia, parece evidente que cuando se aplican esos incentivos a la venta o adquisición de inmovilizado financiero el fin extrafiscal, de haberlo, no puede ser el mismo. Dicho esto y teniendo en cuenta, además, que: (i) la extensión de las ventajas fiscales a la reinversión a las transmisiones el inmovilizado financiero se llevó a cabo cuando se introdujo en el IRPF el tipo reducido para la tributación de las ganancias de patrimonio; (ii) que en ese momento la reinversión del precio obtenido en la transmisión de determinados activos por sujetos pasivos del IS habilitaba la tributación de las rentas obtenidas al mismo tipo que el de las ganancias en el IRPF; y (iii) que el IS en esa fecha, anterior a la introducción del impuesto dual en el IRPF, estaba configurado como impuesto anticipado del IRPF, cabría preguntarse si, en realidad, la intención del legislador no sería la de, simplemente, facilitar la tributación de las ganancias en el IS al tipo reducido establecido en el IRPF para el mismo tipo de rentas.

³² A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., pág. 99, pág. 104.

³³ E. VANONI: *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, trad. de Juan Martín Queralt, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1973, pág. 217.

³⁴ C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», op. cit., en *La aplicación de las normas tributarias...*, op. cit., pág. 75.

lador. Pero ha de hacerse notar que el acierto de esta crítica reside en la admisibilidad que pueda darse en esas otras parcelas del Derecho, en las que también existen ámbitos abiertos a la libre decisión del legislador, al razonamiento analógico. Y no parece que justamente el Derecho penal sea un buen ejemplo para ello. En tal sentido, más que su invalidez, lo que viene esta crítica a poner de manifiesto es que la tesis de la ineptitud no encuentra un sólido fundamento en la apelación a la realidad de las cosas. Y que, en cualquier caso, el hecho de que en otras áreas del Derecho el peso de la naturaleza de las cosas sea mayor o menor no invalida la afirmación del tributo como obligación *ex lege* y la inicial libertad del legislador en la elección de los hechos que juzgue merecedores de imposición.

El profesor BÁEZ MORENO³⁵ también ha criticado el postulado de la inexistencia de una lógica objetiva de vinculación al impuesto. Para este autor, los partidarios de la tesis de la ineptitud tienen una concepción del principio de igualdad demasiado formalista de la que, entiende, derivan dos consecuencias lógicas: «que no existe prácticamente ningún hecho que no puede ser gravado» y que, de igual modo, «tampoco puede encontrarse alguno que deba serlo».

Sin embargo, puede aceptarse la validez del postulado de la inexistencia de una lógica objetiva de vinculación al impuesto y rechazar la de alguna de estas dos derivaciones lógicas que no son, a nuestro juicio, igualmente válidas. No es correcto, en particular, que prácticamente cualquier hecho pueda ser gravado dado que, al menos cuando nos referimos a los impuestos, solo aquellos que son reveladores de una cierta capacidad económica pueden ser sometidos a imposición. Como señala FRIAUF³⁶ no es posible que el establecimiento de los hechos impositivos se lleve a cabo en lo esencial de modo arbitrario ya que dicho establecimiento «está encuadrado en el marco de criterios metodológicos de justicia y de equidad basado en el Derecho constitucional».

Pero esta constatación no resta validez a las posturas de KRUSE y FLUME cuando concluyen que «no hay deberes tributarios per se». Y en este sentido, la afirmación de que no hay ningún elemento de la realidad que per se deba ser gravado es plenamente consistente, en nuestra opinión, no solo con el postulado de la inexistencia de una lógica objetiva de vinculación al impuesto, sino también con el principio de capacidad económica entendido como lo que es: un mandato al legislador para que busque la riqueza allí donde la riqueza se encuentre, pero no un principio que, por sí solo y sin mediación del legislador, pueda imponer obligaciones a cargo de los administrados.

Por eso, FRIAUF afirmaba que aunque una laguna relevante desde el punto de vista jurídico es posible allí donde el principio de igualdad exige una equiparación, incluso entonces puede plantearse cómo habría de establecerse la igualdad: si mediante la extensión del deber de tributación a hechos hasta ahora no incluidos en la tributación, o, por el contrario, mediante una corrección en los supuestos fácticos regulados hasta ahora³⁷. El principio de igualdad tiene una naturaleza negativa, tanto en la tesis de LEIBHOLZ, que proscribía las desigualdades de trato que sean arbitrarias, como en una tesis más fuerte (la del profesor TIPKE a la que se adscribe HERRERA MOLINA), que exige que la desigualdad del trato a una misma capacidad económica tenga una justificación razonable y proporcionada para evitar su proscripción. Y ello significa que la eliminación de una discriminación implica el cese

³⁵ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pág. 98.

³⁶ K.H. FRIAUF: «Posibilidades y límites...», *op. cit.*, pág. 351.

³⁷ K.H. FRIAUF: *Ibidem*, pág. 351.

del trato desfavorable a quien se ve discriminado y no la extensión de dicho trato desfavorable a los que, encontrándose en la misma posición, se ven favorecidos por la discriminación.

En cuanto a la crítica sobre el fin de las normas tributarias, BÁEZ MORENO afirma que en la tesis de la ineptitud «subyace un error de enfoque» dado que «considerando una finalidad de la norma recaudatoria de una manera tan amplia» —se refiere a la finalidad genérica de allegar recursos para financiar el gasto público— «la solución no podría ser distinta»³⁸. BÁEZ MORENO, por tanto, supera la tesis de la ineptitud señalando la existencia en las normas tributarias fiscales de otras finalidades secundarias, distintas a las puramente recaudatorias.

En sentido similar, el profesor PALAO TABOADA afirma que «los distintos impuestos y el sistema tributario en su conjunto, por imperfectos que sean técnicamente, se inspiran en principios que pueden servir perfectamente de criterio objetivo para el razonamiento por analogía» y ofrecer una finalidad útil para orientar la actividad aplicativa.

También RUIZ ALMENDRAL apunta a la existencia de otras posibles finalidades (además de la recaudatoria) en las normas tributarias con fines fiscales cuando señala la frecuencia con que, en sistemas tributarios cada vez más complejos, la norma tributaria genera «una especie de efectos secundarios que en muchos casos derivará de que la finalidad de la norma no es clara, o de que (...) ningún impuesto —ni siquiera el más *puramente* fiscal— puede ser totalmente neutral, pues todos ellos sin excepción producen otros efectos, además de la recaudación de impuestos»³⁹. Y la profesora COMBARROS VILLANUEVA⁴⁰ descarta la identificación de la finalidad de las normas a efectos interpretativos con el objetivo recaudatorio común a todos los tributos con fines fiscales. Es más, esta autora recuerda⁴¹ que en la doctrina alemana «la interpretación de la ley con arreglo a su finalidad no se entiende con carácter general como una finalidad recaudatoria».

Por tanto, pensamos que la tesis de la ineptitud de las normas tributarias fiscales para el razonamiento analógico no es correcta y que, en nuestra opinión, la tesis de la ineptitud de las normas tributarias para una interpretación teleológica o una aplicación por analogía debería quedar reformulada como la tesis de la ineptitud de la finalidad recaudatoria de las normas tributarias fiscales para orientar la labor del jurista en la aplicación por analogía del Derecho tributario.

La cuestión a dilucidar es cuáles son, entonces, esas otras finalidades secundarias, distintas a las puramente recaudatorias, que pueden orientar la actividad aplicativa del jurista en el ámbito tributario cuando se trata de la aplicación de normas tributarias con fines fiscales.

³⁸ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, op. cit., pág. 104; «Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario», en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 459.

³⁹ V. RUIZ ALMENDRAL: «El fraude de la Ley Tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario», Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 44; V. RUIZ ALMENDRAL y G. SEITZ: «El fraude a la Ley Tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)», RCyT. CEF, núms. 257-258, 53/2004, pág. 48. Cursivas en el original.

⁴⁰ V.E. COMBARROS VILLANUEVA: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de "propiedad económica" en el Impuesto sobre el Patrimonio)», REDFC, n.º 44, 1984, pág. 504.

⁴¹ Loc. cit. nota al pie 61.

1.3.3. La ratio legis y las finalidades secundarias de las normas tributarias con fines fiscales

La decisión jurídica, también cuando se basa en el razonamiento analógico, no puede determinarse según la apreciación subjetiva del intérprete sino que ha de tenerse en cuenta la teleología legal y la valoración expresada en ella ⁴². Por ello se afirma comúnmente que el razonamiento analógico basado en el argumento *a pari* solo es posible cuando el hecho reglado y el que no lo está se asemejan en lo esencial a la luz de lo pretendido por la ley, de su principio subyacente (de la *ratio legis*, en suma); por el contrario, cuando a la luz de esa misma *ratio legis*, las semejanzas se centran en lo accidental y las diferencias en lo sustancial, deberá actuar el argumento *a contrario* ⁴³.

Esto obliga a investigar en qué reside la *ratio legis* que habilita el razonamiento analógico.

SALGUERO ⁴⁴ identifica la *eadem ratio* con el elemento común al supuesto de hecho regulado y al que no lo está en la medida que «constituye la razón suficiente por la que al supuesto de hecho regulado se le ha atribuido precisamente esa y no otra consecuencia jurídica» lo que le lleva también a afirmar que «hay que identificar la *ratio legis* con el motivo o fin por el cual se dispuso la norma». En igual sentido se pronuncia BOBBIO ⁴⁵, para quien la *ratio legis* es el motivo necesario y suficiente en el que la norma encuentra la justificación de su existencia ⁴⁶. GONZÁLEZ GARCÍA recuerda que en la doctrina escolástica el centro de analogía se sitúa en la *eadem ratio*, donde lo que importa no es la semejanza de los supuestos de hecho, sino la razón reguladora o el principio inspirador de la norma ⁴⁷. Y para ATIENZA y RUIZ MANERO la razón de derecho que habilita la utilización del argumento *a pari* se encuentra en los principios inmanentes en las reglas del sistema ⁴⁸, de forma que el razonamiento analógico bus-

⁴² K. LARENZ: *Metodología de la Ciencia...*, op. cit., pág. 384.

⁴³ M.J. FALCÓN Y TELLA: *El argumento analógico...*, op. cit., pág. 175.

⁴⁴ M. SALGUERO: *Argumentación jurídica...*, op. cit., pág. 87.

⁴⁵ N. BOBBIO: «Intorno al fundamento del procedimento per analogia», *Giurisprudenza italiana*, 1951, págs. 3-9, citado por M. ATIENZA: *Sobre la analogía...*, op. cit., pág. 52, nota 13.

⁴⁶ Lo que nos lleva a entender, en el ejemplo antes puesto de la provisión por depreciación de participaciones en sociedades transparentes que la argumentación (analógica) realizada por la Administración, en primer término, y confirmada, después, por los tribunales de justicia, no es correcta. De la prohibición por la Ley 48/1985 de la imputación de las bases imponibles negativas obtenidas por sociedades transparentes no debía haberse extraído la conclusión de que se prohiba igualmente la deducción de la provisión por depreciación de la inversión en sociedades transparentes porque, analizados los antecedentes de la norma y su sentido, puede constatar que: (i) la prohibición de imputar las bases imponibles negativas introducidas por la Ley 48/1985 tuvo su razón de ser en la reacción a una práctica abusiva de socios personas físicas de sociedades transparentes (no así de socios personas jurídicas) y la provisión por depreciación solo la pueden dotar socios sujetos al IS; (ii) la provisión por depreciación no comunica al socio que la dota la base imponible negativa obtenida por la sociedad participada sino, simplemente, la pérdida de valor de su inversión; (iii) la reforma de la Ley 48/1985 consistió simplemente en equiparar el régimen de las pérdidas incurridas por sociedades transparentes al régimen general, y (iv) la única razón por la que la prohibición se formula expresamente (mientras que para el resto de sociedades la misma prohibición existe sin estar formulada) es porque antes esa imputación de bases imponibles negativas sí que estaba permitida. Por tanto, de la prohibición de imputar bases imponibles negativas no debía haberse inferido que el tratamiento de las pérdidas incurridas por una sociedad transparente debía ser, para su socio persona jurídica, más restrictivo de lo que hubiera sido si la sociedad no estuviera en régimen de transparencia fiscal. Esto es, no se aprecia una *ratio legis* común que justifique una igual restricción en esos dos órdenes distintos.

⁴⁷ E. GONZÁLEZ GARCÍA: *La interpretación de la norma...*, op. cit., pág. 53.

⁴⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO: *Ilícitos atípicos*, Trotta, 2000, pág. 28.

ca la justificación subyacente en las reglas para dilucidar si el presupuesto de hecho de las reglas abarca más o menos que los que exige esa justificación.

La identidad de razón, entendida como finalidad o principio subyacente a las reglas del sistema permite concluir si procede la aplicación del argumento *a pari* o, en cambio, que existe ya una regulación implícita en la regla que se manifiesta lógicamente bajo el argumento a contrario. Pero ese razonamiento solo puede hacerse a partir de la finalidad concreta de las normas (reglas) interpretadas. No es posible por ello acudir con carácter general al principio de capacidad económica como ratio *legis* que habilite a la aplicación analógica de todas las normas (reglas) de Derecho tributario, porque no todas las disposiciones concretas e individuales del Derecho tributario encuentran su razón de ser, su motivo, su justificación subyacente, en este principio.

En este sentido, el profesor PALAO TABOADA, en su crítica a la tesis de la ineptitud, hace referencia a la distinción introducida por KAMM entre los «valores y principios del Derecho» y los «principios sistemáticos del Derecho tributario» o «de cada ley tributaria» que son los que, a juicio del profesor, podrían ofrecer una finalidad útil para orientar la actividad aplicativa. Entendemos, no obstante, aunque no sea muy concluyente en este lugar, que el profesor PALAO TABOADA no identifica esos principios con el de capacidad económica por cuanto en otros trabajos ha afirmado que desde una perspectiva estrictamente jurídica «el principio de capacidad tiene, a nuestro juicio, la función relativamente modesta de límite al legislador; una función, por tanto, esencialmente negativa de resistencia frente al poder»⁴⁹, que «la búsqueda de la ordenación más justa, en nuestro caso, del sistema tributario más justo –o más modesta y realísticamente, de un mejor sistema tributario– es misión de la política, con ayuda de la Ciencia de la Hacienda y, en su ámbito, del Derecho tributario como disciplina científica. Exigir otra cosa del principio de capacidad contributiva [distinta de la de eliminar las discriminaciones injustas] es pedirle demasiado»⁵⁰, o que «la noción de capacidad contributiva (...) tolera como concepto jurídico un grado de indeterminación que la pone a salvo de las objeciones que desde esta perspectiva se le hacen desde el campo de la ciencia económica»⁵¹.

Entendemos asimismo que el profesor BÁEZ MORENO tampoco se refiere al principio de capacidad económica cuando identifica la finalidad secundaria de las normas tributarias con fines fiscales con los criterios de reparto de las cargas públicas. Y ello pese a que el principio de capacidad económica represente, a la postre, el principal criterio de reparto en cuanto que constituye la concreción en materia tributaria de la medida para dar un trato igual a iguales situaciones y para hacer posible así el ideal de la justicia distributiva aristotélica. Entendemos que el profesor BÁEZ MORENO no equipara «los criterios de reparto de las cargas públicas» a los principios de justicia tributaria del artículo 31.1 de la CE por dos razones. La primera, por la crítica que hace a la posición de BIRK (y a la de la profesora RUIZ ALMENDRAL cuando se adscribe a ella⁵²) por sustituir la búsqueda de la finalidad de la nor-

⁴⁹ C. PALAO TABOADA: «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero Civitas* 124 (2004), pág. 769.

⁵⁰ C. PALAO TABOADA: *Ibidem*, loc. cit.

⁵¹ C. PALAO TABOADA: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en VV.AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro (II)*, Tecnos, 1976, op. cit., pág. 423.

⁵² Vid. V. RUIZ ALMENDRAL (*El fraude a la ley tributaria a examen...*, op. cit., pág. 44) cuando concluye que «la única solución para interpretar las normas tributarias con fines fiscales es realizar una interpretación conforme a la Constitución, y en concreto con apoyo en el principio de igualdad en la capacidad económica». También V. RUIZ ALMENDRAL y G. SEITZ: «El fraude a la ley tributaria...», op. cit., pág. 19.

ma por la de una solución justa dentro del tenor literal de la norma y que le lleva a concluir⁵³ que «sustituir determinadas finalidades de las normas tributarias –en ocasiones muy claras– por la concepción de justicia que ostenta el aplicador de dicha norma no parece reportar beneficio o ventaja alguna». La segunda, porque en el ejemplo que pone para ilustrar la posibilidad de finalidades secundarias en las normas fiscales (*i.e.*, la interpretación de la expresión «terrenos en curso de urbanización» del art. 20.Uno.20.º de la LIVA) no acude al principio constitucional de capacidad económica para orientar su labor hermenéutica sino a la concreta finalidad que, en el puzle que componen las distintas normas sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), vislumbra para la norma interpretada: la del gravamen del valor añadido que se produce en cada una de las fases del proceso de edificación⁵⁴.

No parece, por tanto, que el principio de capacidad económica habilite la aplicación del razonamiento analógico. Y es que, para que la aplicación de las normas resulte medianamente previsible para los destinatarios de las mismas, el espíritu y finalidad de las normas tributarias concretas (que son las que son objeto de aplicación) no pueden, o al menos no con carácter general, identificarse con el principio de capacidad económica como tampoco podían hacerlo con una genérica finalidad recaudatoria.

Tampoco puede identificarse la *ratio legis* de la norma concreta que se pretende aplicar analógicamente con la finalidad de la figura tributaria globalmente considerada. Esta afirmación, empero, no está pacíficamente aceptada en la doctrina. Así, la profesora COMBARROS VILLANUEVA⁵⁵ considera esencial determinar cuál es la finalidad del impuesto a la hora de la interpretación de sus normas reguladoras e identifica esa finalidad con el objeto del tributo entendiendo por tal el concepto jurídico que describe la realidad sobre la que recae el impuesto que hace referencia a la concreta manifestación de riqueza descrita por el legislador para un tributo en particular. Y cita en este sentido las palabras de

⁵³ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pág. 112.

⁵⁴ *Id.* A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, págs. 108-110. Recordemos que la disyuntiva que en la interpretación de este precepto se había planteado radicaba en si era necesario o no que se hubiera iniciado la transformación física del terreno (las obras físicas de urbanización) para poder considerar que los terrenos se encontraban «en curso de urbanización». A. BÁEZ MORENO entiende que en la medida en que la generación de valor añadido se inicia antes de la transformación física de los terrenos (puesto que «la mera incorporación del terreno al proceso urbanizador –desde una perspectiva jurídica– ya implica esa creación») es el concepto formal de terrenos en curso de urbanización el que mejor se cohonesto con la finalidad de la norma. A igual conclusión llegamos nosotros (G. MARÍN BENÍTEZ: «Los particulares y el proceso urbanizador: Asimetrías en la consideración empresarial de los urbanizadores de terrenos a efectos del IVA y del IRPF», *RCyT. CEF*, n.º 283, 2006) teniendo en cuenta los antecedentes legislativos de la norma [arts. 4.3 b) y 13.B h) de la Sexta Directiva] que hacen referencia a las entregas de terrenos «edificables». Y también teniendo en cuenta la finalidad que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) [Sentencia de 28 de marzo de 1996 *Gemeente Emmen v. Belastingdienst Grote Ondernemingen*, C-468/93 (NFJ004366)] atribuyó al precepto que no se expresa, curiosamente, como la del gravamen del valor añadido sino, de una forma mucho más precisa, como «la de eximir del pago del impuesto únicamente las entregas de terrenos no edificados *que no estén destinados a la construcción*» (las cursivas son nuestras). En la misma sentencia, el TJCE aclara, además, que «para esta disposición son *indiferentes* las transformaciones que puedan haber sufrido los terrenos de que se trate» (la cursiva también nuestra). Que sea el destino previsible del terreno y no el inicio de las obras el que marque la diferencia es consistente, además, con la vocación de neutralidad fiscal del IVA y con su pretensión de generalidad vertical que justamente quebraría si la primera fase del proceso de edificación (el aprovisionamiento del suelo) quedara excluido de tributación para someterse al concepto Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD) que, como sabemos, nada tiene de neutral. Por todo ello, entendemos que no es acertada la interpretación que hasta ahora ha prevalecido en el TS (*vid.* SSTs de 11 de octubre y 8 de noviembre de 2004 –NFJ018545 y NFJ019302–, 29 de noviembre de 2006 –NFJ034842–, 22 de octubre y 23 de diciembre de 2009 –NFJ037389 y NFJ037386– y, recientemente, para descartar el argumento comunitario en la Sentencia de 24 de octubre de 2011) sobre el concepto en curso de urbanización en cuanto considera indispensable a tal efecto la existencia de obras de preparación física y material del terreno.

⁵⁵ V.E. COMBARROS VILLANUEVA: «La interpretación económica como criterio...», *op. cit.*, pág. 505.

TIPKE ⁵⁶ cuando afirmaba que si en la interpretación de las normas penales se pregunta por el bien jurídico protegido, en las normas impositivas hay que cuestionarse la especial capacidad que, como bien impositivo, quiere someterse a gravamen. También RUIZ ALMENDRAL se detiene en esta perspectiva del dato teleológico cuando afirma que «la finalidad de las normas tributarias se encuentra, no en el objetivo recaudatorio sino en la manera en que someten a imposición determinados hechos, teniendo en cuenta que las normas tributarias acotan una parte de la realidad económica o riqueza susceptible de ser gravada (...) y a partir de ahí se construye su hecho imponible. En suma, cada tributo cumpliría una *función* dentro del sistema tributario, a partir de la cual puede deducirse sus fines» ⁵⁷.

En nuestra opinión, sin embargo, la finalidad del tributo podría resultar útil para la interpretación de las normas tributarias que delimitan el ámbito material del hecho imponible, en cuanto que el hecho imponible es, precisamente, revelador de la capacidad económica que el legislador pretende someter a gravamen. Puede ser útil, también, para la interpretación de las normas reguladoras del elemento personal del hecho imponible, en cuanto estas regulen la relación entre el obligado al pago del impuesto y la capacidad económica que pretende ser gravada. Menos utilidad ofrece, en nuestra opinión, la finalidad genérica del tributo como figura impositiva y la función que este desempeña en el sistema tributario en la interpretación de las muchas otras normas, distintas a las delimitadoras del ámbito material hecho imponible, que son necesarias para determinar la obligación tributaria: base imponible, tipos, normas de imputación temporal, criterios de sujeción, etc.

Por ello, sin perjuicio de que los principios de justicia tributaria y la función que desempeña el tributo en el sistema tributario puedan tener un carácter auxiliar en las labores de interpretación, la finalidad a la que debe atenderse en la aplicación de las normas tributarias es, a nuestro juicio, la concreta de cada una de ellas que se deriva de la función que desarrollan en el complicado andamiaje del Derecho tributario. Así, GASSNER afirmaba que la finalidad debe estar fundamentada en la propia disposición y que el «método teleológico trata de la finalidad especial de la disposición *individual*» ⁵⁸. Y la propia profesora COMBARROS VILLANUEVA entiende que «se trata de descubrir el fin de la *concreta* disposición normativa, es decir, las valoraciones que han fundamentado la norma *concreta*» ⁵⁹.

1.3.4. Las dificultades del método analógico en Derecho tributario

Precisamente, si la utilización de la analogía supone identificar reglas cuyo presupuesto de hecho abarca menos (analogía *legis*) o más (analogía *iuris*) en relación con su principio justificativo, o el motivo necesario y suficiente de la existencia de esa regla, la dificultad de utilizar este método de integración en Derecho tributario radica en el hecho de que no siempre es posible identificar esos principios justificativos o motivos necesarios y suficientes en reglas concretas. Sobre todo en determinados ámbitos en los que la exhaustividad y complejidad de las reglas dificulta, si no imposibilita, cualquier intento de encontrar una explicación coherente para cada una de ellas.

⁵⁶ En *Steurrecht*, págs. 92 y 126.

⁵⁷ Cursiva en el original. *Vid.* V. RUIZ ALMENDRAL: *El fraude a la ley tributaria a examen...*, *op. cit.*, págs. 44-45 y V. RUIZ ALMENDRAL y G. SEITZ: «El fraude a la ley tributaria...», *op. cit.*, pág. 20.

⁵⁸ Cursivas añadidas. Tomamos la referencia y la traducción de V.E. COMBARROS VILLANUEVA: «La interpretación económica como criterio...», *op. cit.*, pág. 498, nota 49.

⁵⁹ V.E. COMBARROS VILLANUEVA: «La interpretación económica como criterio...», pág. 504. Las cursivas son nuestras.

En esta línea, CALVO ORTEGA ⁶⁰ ha señalado que la posibilidad de aplicación analógica de una norma está necesariamente condicionada por su estructura; a medida que la determinación y concreción de la regla se incrementa, la posibilidad y el sentido de su extensión a otro supuesto no previsto en ella se va haciendo menor hasta tornarse imposible. Y GONZÁLEZ GARCÍA⁶¹, tras apuntar que la analogía solo puede admitirse cuando el presupuesto de la norma así lo permite, afirma que esto no es demasiado fácil en los ordenamientos tributarios actuales, cada vez más casuísticos y donde la *ratio legis* se agota en la propia disposición.

La tipificación cuidadosa, a través de concreciones sucesivas, que las leyes tributarias hacen de los distintos elementos esenciales del hecho imponible dificulta la utilización del procedimiento analógico en su interpretación e integración. La excesiva minuciosidad de la norma se opone a la claridad del mandato que en ella se encierra y a la coherencia del conjunto en que esa norma se integra ⁶². Riesgos de los que ya daba cuenta el Informe Carter cuando afirmaba que «las disposiciones demasiado minuciosas de una ley acaban por velar la voluntad del legislador, a la vez que deja sin respuesta todos o al menos la mayoría de los problemas que tales disposiciones sugieren» ⁶³.

Estas dificultades no deben llevar a concluir que el argumento *a simili* sea impracticable en materia tributaria pero sí a postular la necesidad de identificar con claridad el principio subyacente de las reglas que se pretenden aplicar analógicamente cuando se utiliza la analogía en Derecho tributario. Por ello, hasta autores que son claramente favorables a la aplicación del método analógico en Derecho tributario recomiendan prudencia en su aplicación. Así, TIPKE, firme partidario del recurso a la analogía como medio para garantizar la igualdad y, por tanto, la justicia impositiva, termina concluyendo que la «seguridad jurídica exige que la analogía solo sea admisible cuando la laguna y el principio susceptible de aplicación analógica sean reconocibles con seguridad» ⁶⁴.

2. NATURALEZA

2.1. El carácter innovador de la analogía

Se ha discutido si la analogía es un modo de aplicación o de producción de Derecho y, relacionado con esto, si el razonamiento analógico puede predicarse del proceso de interpretación jurí-

⁶⁰ CALVO ORTEGA: *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario, Parte General*, Civitas, 2007, pág. 57.

⁶¹ E. GONZÁLEZ GARCÍA: «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, vol. I, Edersa, Madrid, 1982, pág. 200.

⁶² J.J. FERREIRO LAPATZA: «El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo», *Crónica Tributaria* n.º 68/1993, pág. 51.

⁶³ Informe de la Real Comisión de Investigación sobre la Fiscalidad, tomo 2, pág. 140. La cita está tomada de J.J. FERREIRO LAPATZA: «El principio de seguridad jurídica...», *op. cit.*, pág. 49.

⁶⁴ K. TIPKE: «Límites a la integración en el Derecho Tributario. Reunión de la Asociación Alemana de Derecho Tributario (Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft) y resultados de la misma», trad. de C. PALAO TABOADA, *Civitas REDF* n.º 34 (1982), pág. 184.

dica o debe calificarse en todo caso más propiamente como integración, que excede de los límites de aquella, al presentarse necesariamente en caso de insuficiencia de una norma ya interpretada.

Es lugar común la afirmación de que la interpretación es un proceso lógico por medio del cual se trata de determinar cuál es la voluntad del legislador expresada a través de una norma dada, mientras que la analogía consiste en un proceso lógico por el cual se trata de determinar cuál hubiera sido la voluntad del legislador si hubiera previsto un caso que no ha tenido en cuenta⁶⁵. Así, se afirma, la interpretación tiene por fin revelar el sentido de aquello que el legislador realmente quería y pensaba, mientras que la analogía se aplica a casos que el legislador no ha pensado, y en los que se encuentra una norma nueva inspirándose en la reglamentación de casos semejantes⁶⁶.

Pero ambas operaciones, interpretación e integración, forman parte, tanto estructural como funcionalmente, de un proceso unitario: el de aplicación del Derecho. Y en este sentido, aunque a priori parece que los presupuestos de aplicación de uno y otro proceso son contrarios (existencia de la norma en la interpretación e inexistencia en la integración) en realidad la analogía toma como punto de partida, junto con la existencia de una laguna a integrar, de una norma que se debe interpretar precisamente para la integración de aquella. De ahí que se haya afirmado también que el procedimiento analógico es una técnica integrativa de las lagunas de la ley que opera a través de la interpretación⁶⁷.

Por ello, puede entenderse que el razonamiento analógico constituye una actividad creadora de carácter parcial: la norma existe pero el hecho semejante al que se va a extender estaba fuera de su ámbito de aplicación⁶⁸. Con todo, es evidente que la faceta creadora del razonamiento analógico no es comparable a la del acto de creación legislativa: la «creación» de normas por analogía no supone una creación *ex nihilo* sino que tiene su origen en otras normas⁶⁹. Por ello se ha afirmado también que con el procedimiento analógico solo se hace patente algo que ya formaba parte del ordenamiento jurídico⁷⁰ y esto impide la consideración de la analogía como fuente de Derecho.

Se ha entendido que la norma o principio (la «máxima de decisión», en expresión de María José FALCÓN Y TELLA⁷¹) que surge a través del razonamiento analógico no puede ser fuente de Derecho porque al ser de creación judicial tiene necesariamente «carácter individual quedando limitada al ámbito de la singular decisión sobre el caso controvertido», mientras que las fuentes del derecho son «el fundamento de una norma jurídica que pretende validez normativa vinculante» y de carácter «universal, por cuanto tienden a disciplinarse una multiplicidad de casos iguales en modo igual»⁷².

⁶⁵ F. PÉREZ ROYO: «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria», en: (AA.VV.): *Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, volumen i, madrid, Ief, 1991, pág. 369. m. SIOTA ÁLVAREZ: *analogía e interpretación...*, op. cit., pág. 52.

⁶⁶ J.M. LETE DEL RÍO: «Reflexiones sobre la analogía», *AC*, n.º 4, 20 al 26 de enero de 2003, pág. 108.

⁶⁷ M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., pág. 52.

⁶⁸ CALVO ORTEGA: *Curso de Derecho Financiero*, op. cit., pág. 57.

⁶⁹ M.S. GIANNINI: «La interpretación y la integración de las leyes tributarias», *Hacienda Pública Española*, n.º 86, 1984, pág. 344.

⁷⁰ E. SIMÓN ACOSTA: *El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, págs. 366-368. *Vid.* también, con mayores referencias, M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., págs. 55-56.

⁷¹ M.J. FALCÓN Y TELLA: *El argumento analógico...*, op. cit., pág. 84.

⁷² *Vid.* M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., págs. 56-58.

Es verdad que la norma analógica no tiene validez normativa ya que los órganos aplicativos del Derecho podrían apartarse de esa máxima de decisión si entendieran que el razonamiento analógico del que surge no es correcto. Y en este sentido, únicamente una reiterada aplicación de una máxima de decisión analógica por el Tribunal Supremo (TS) podría, al sentar jurisprudencia, convertirse en fuente real de Derecho dentro de las limitaciones, eso sí, que tiene la jurisprudencia a estos efectos. La máxima de decisión que surge del razonamiento analógico solo tendrá pretensión de validez vinculante y universal respecto de otros órganos aplicativos cuando reúna los requisitos de la jurisprudencia.

Ahora bien, dejando al margen ese aspecto indiscutible de la eficacia de la máxima de decisión que surge por analogía, entendemos que cuando se afirma su carácter creador es porque se entiende que su proyección (su validez material) no se circunscribe al caso individual, caracterizado por unas determinadas circunstancias de tiempo y lugar, sino al caso genérico ⁷³.

La analogía no es fuente formal de Derecho como tampoco lo son los criterios de interpretación que suministran reglas o máximas de decisión a partir de la ley ⁷⁴. Pero la validez material de la máxima de decisión que surge del razonamiento analógico se proyecta más allá del caso individual para cuya resolución esa máxima es formulada; se proyecta sobre el caso genérico que presente las mismas propiedades relevantes que se tuvieron en consideración para la elaboración del razonamiento analógico en el caso individual. Es en este sentido en el que, pensamos, puede afirmarse la faceta creadora del procedimiento analógico de aplicación del Derecho.

2.2. Analogía e interpretación extensiva

La analogía es, por tanto, un procedimiento intermedio entre interpretación y producción del Derecho ⁷⁵. Y puede afirmarse que se acerca más a aquella la analogía *legis* y a esta la analogía *iuris* dado que, en efecto, la analogía *iuris* crea realmente una nueva regla que no era aplicable mientras que en la analogía *legis* la regla existe ya solo que, por resultar sus términos infraincluyentes con relación a sus justificaciones subyacentes, se amplía su ámbito de aplicación para abarcar casos no previstos en sus términos pero sí en su justificación. De esta forma la analogía *legis* es frecuentemente confundida con la interpretación extensiva y se afirma de forma generalizada (ATIENZA ⁷⁶, BOBBIO ⁷⁷, FALCÓN Y

⁷³ M. ATIENZA: «Algunas tesis...», *op. cit.*, pág. 227; *Sobre la analogía...*, *op. cit.*, pág. 184.

⁷⁴ Y que, sin embargo, también pueden perfeccionar el ordenamiento. Sobre la faceta creadora de la interpretación *vid.* K.H. FRIAU: «Posibilidades y límites...», *op. cit.*, págs. 346-347.

⁷⁵ E. GONZÁLEZ GARCÍA («La admisión de la analogía...», *op. cit.*, pág. 291) afirmaba sobre el problema de la naturaleza interpretativa o creadora de la analogía que esta es «una de esas cuestiones tan frecuentes, por otra parte, en el mundo del derecho, en la que, bien por no habernos puesto previamente de acuerdo en el significado de las palabras, o bien por involucrar en la discusión varios temas diferentes, el hecho cierto es que nos encontramos muchas veces... con afirmaciones formalmente antagónicas, que, sin embargo, no responden a planteamientos sustancialmente distintos».

⁷⁶ M. ATIENZA: «Algunas tesis sobre la analogía...», *op. cit.*, pág. 227, afirma así que entre la interpretación extensiva y la analogía «existe un continuo que se prolonga hacia arriba hasta la creación arbitraria del Derecho, y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa».

⁷⁷ N. BOBBIO: «L'analogia nella logica del diritto», en *Memorie dell'istituto giuridico dell'Università di Torino*, Turín, 1938, págs. 144-149. Cita tomada de MOSCHETTI: «Las exenciones fiscales como "normas-límite" susceptibles de interpretación analógica», *Hacienda Pública Española*, n.º 86 (1984), pág. 332, nota 25.

TELLA M.J.⁷⁸, FRIAUF⁷⁹, GONZÁLEZ GARCÍA⁸⁰, HERRERA MOLINA⁸¹, LARENZ⁸², MOSCHETTI⁸³, PALAO TABOADA⁸⁴, SIOTA ÁLVAREZ⁸⁵) que entre ellas solo existe una diferencia de grado.

SIMÓN ACOSTA⁸⁶ definió la interpretación extensiva como aquella que nos conduce a pensar que la voluntad de la ley va más allá del texto literal de sus palabras. Aunque en sentido propio, el calificativo «extensivo» solo puede predicarse del resultado del proceso interpretativo y no del proceso en sí: la interpretación tiene como único objetivo declarar cuál es el mandato contenido en la norma, vaya este más allá de lo que la norma dice (interpretación extensiva) o quede más acá de lo que en ella se parece ordenar (interpretación restrictiva). Pero no constituyen formas distintas de razonar: en ambas se pretende desvelar cuál es el sentido de la norma que se esconde detrás de una determinada formulación lingüística con independencia de que se concluya que la norma *minus dixit quam volit* (interpretación extensiva) o, contrariamente, *plus dixit quam volit* (interpretación restrictiva)⁸⁷.

La distinción entre interpretación extensiva e integración (forzada desde el punto de vista dogmático) parece obligada en el ámbito tributario por cuanto el artículo 14 de la Ley General Tributaria (LGT) 2003 dispone la prohibición de utilizar la analogía para «extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales» y es común el entendimiento de que dicha prohibición solo afecta a la integración analógica; no así a la interpretación extensiva. Así, existe un amplio consenso doctrinal en el sentido de que, si bien pueden existir en Derecho tributario restricciones a la integración analógica, esas restricciones no resultan aplicables a la interpretación extensiva⁸⁸. Y ello, en principio, obliga ineludiblemente a distinguir entre una y otra⁸⁹.

⁷⁸ M.J. FALCÓN Y TELLA: *El argumento analógico...*, *op. cit.*, pág. 129.

⁷⁹ K.H. FRIAUF («Posibilidades y límites...», pág. 349) se refiere de forma expresiva a la confusión de los ámbitos «de lo que es (todavía) interpretación y lo que es (ya) analogía».

⁸⁰ E. GONZÁLEZ GARCÍA: «La admisión de la analogía...», pág. 294; *La interpretación de las normas...*, *op. cit.*, pág. 51.

⁸¹ P.M. HERRERA MOLINA: «Metodología del Derecho Financiero y Tributario», *Doc IEF*, n.º 26, 2003, págs. 25-26.

⁸² K. LARENZ: *Metodología...*, *op. cit.*, págs. 359-360.

⁸³ F. MOSCHETTI: «Las exenciones fiscales como "normas límite" ...», *op. cit.*, pág. 332. Señala el autor que la jurisprudencia italiana admite «interpretar extensivamente la norma que establece beneficios fiscales si ello es acorde con la ratio legis de la misma. En estos casos, la interpretación "extensiva" se refiere a la "extensión" a casos análogos. Pues bien, ¿qué es la extensión a casos análogos justificada por la identidad de sus respectiva ratio sino una interpretación analógica?».

⁸⁴ C. PALAO TABOADA: «Tipicidad...», *op. cit.*, pág. 72, págs. 77-78. A esta opinión se unen J. MARTÍN FERNÁNDEZ y P.M. HERRERA MOLINA: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho español» en la obra colectiva dirigida por M.T. SOLER ROCH y F. SERRANO ANTÓN: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pág. 32.

⁸⁵ M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 139.

⁸⁶ E. SIMÓN ACOSTA: *El Derecho Financiero y la Ciencia...*, *op. cit.*, pág. 365.

⁸⁷ E. VANONI: *Naturaleza e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 335.

⁸⁸ En este sentido, el Informe de la Comisión para el estudio del Borrador del Anteproyecto de la nueva LGT, 2003, pág. 16, señalaba que la «prohibición de analogía no impide una interpretación extensiva, cuando proceda, de las normas tributarias». Para mayores referencias *vid.* V. RUIZ ALMENDRAL y J. ZORNOZA PÉREZ: «Interpretación, calificación, integración y medidas anti-elusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en VV.AA.: «Estudios de Derecho judicial. La reforma de la Ley General Tributaria», CGPJ, Madrid, 2004, págs. 34-35; T. ROSEMBUJ: *El fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 110.

⁸⁹ E. GONZÁLEZ GARCÍA («La admisión de la analogía...», *op. cit.*, pág. 294) se refiere así a la «atormentada distinción entre interpretación extensiva e integración analógica» y M.L. CARRASQUER CLARÍ (*El problema del fraude a la ley en el Dere-*

En el criterio de delimitación formulado por LARENZ ⁹⁰ la interpretación supone un proceso que se mantiene dentro de los límites del sentido posible de las palabras de la ley, mientras que la integración está especialmente destinada a rellenar las lagunas de la ley rebasando dichos límites ⁹¹. Partiendo de la distinción entre expresión literal (*Wortlaut*) y sentido posible de la expresión literal (*Wortsinn*) y del hecho incontestable de que a una misma expresión literal (*Wortlaut*) pueden corresponderle varios sentidos posibles (*möglichen Wortsinns*) entiende LARENZ que la expresión literal tiene una doble misión: la de ser punto de partida para la averiguación del sentido de la norma y la de trazar los límites de la actividad interpretativa del aplicador del Derecho ⁹².

Esta distinción entre interpretación extensiva e integración analógica basada en el sentido posible de la expresión literal reduce considerablemente el ámbito de la primera a favor de la segunda y ha sido, quizá por ello, criticada por PALAO TABOADA que considera este criterio de delimitación difícil de precisar y cargado de positivismo ⁹³. En realidad, el sentido posible de las palabras solo puede ser un límite claro entre interpretación e integración si por sentido posible de las palabras de la ley se entiende cualquiera de los sentidos que admite su interpretación literal. La distinción se torna nebulosa, hasta resultar totalmente ineficaz como criterio delimitador entre uno y otro mecanismo de aplicación del Derecho, cuando «sentido posible de las palabras de la ley» se identifica con sentido posible de la norma (o del mandato) que se encuentra detrás de la formulación lingüística. Así, se afirma que «la integración solo es posible más allá del sentido posible de las palabras (*möglichen Wortsinns*)», mientras que la interpretación naturalmente se circunscribe a este», de forma que mediante la analogía «puede ampliarse el ámbito de aplicación de la norma, extendiéndolo a supuestos no incluidos en su dicción literal, pero sí en su finalidad» o puede, en su modalidad de reducción teleológica, operar en sentido contrario: «de acuerdo con el significado y sentido de la norma en cuestión (*Wortsinn*), se reduce el ámbito de aplicación que resulta de su significado literal» ⁹⁴. Pero si determinar a partir de la finalidad de las normas cuál es su sentido, resulte este extensivo o restrictivo, se enmarca dentro de la aplicación analógica de la ley ¿cuál es entonces el ámbito que se deja a la interpretación extensiva o restrictiva en cuanto que algo diferente a la integración o reducción analógica? Quizá por ello algunos autores partidarios del «sentido posible de las palabras» como límite de la actividad interpretativa acaban concluyendo que «los conceptos de interpretación extensiva o restrictiva carecen de cualquier utilidad» ⁹⁵.

cho tributario, Tirant lo Blanch, Monografias n.º 213, Valencia, 2002, págs. 80 y ss.) subraya la necesidad de no confundirlas en ordenamientos, como el tributario, en el que una está permitida y la otra prohibida.

⁹⁰ K. LARENZ: *Metodología...*, *op. cit.*, págs. 422 y ss.

⁹¹ Se muestran partidarios de este criterio de delimitación E. GONZÁLEZ GARCÍA: *La interpretación...*, *op. cit.*, pág. 25; K.H. FRIAUF: «Posibilidades y límites...», *op. cit.*, pág. 349.

⁹² K. LARENZ: *Metodología...*, *op. cit.*, pág. 318 (haciéndose eco de la expresión de MEIER-HAYOZ en *Der Richter als Gesetzgeber*, pág. 42) y en pág. 341.

⁹³ C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», *op. cit.*, pág. 78.

⁹⁴ V. RUIZ ALMENDRAL: *El fraude a la ley tributaria a examen...*, *op. cit.*, pág. 60. Nótese como aquí se utiliza ya el término alemán *Wortsinn* tanto como para referirse al sentido de las palabras (y por tanto límite de la actividad interpretativa) como para referirse al sentido de la norma (que habilitaría a la integración).

⁹⁵ A. BÁEZ MORENO: *Los negocios fiduciarios...*, *op. cit.*, pág. 117. Es muy revelador de su entendimiento el siguiente párrafo: «Obviamente, este par de conceptos [integración/interpretación] adquieren una relevancia muy distinta si se desvinculan del supuesto sentido literal o, con mayor corrección, del sentido posible de las palabras. En este sentido, sería interpretación extensiva aquella que, conforme a la finalidad de la norma, abarcara más supuestos que el sentido posible

Para algunos autores ⁹⁶ la diferencia reside en el carácter innovador de la integración analógica: mientras que la interpretación (extensiva o restrictiva) pretende determinar cuál es el sentido del mandato contenido en la norma, a la analogía se recurre cuando no hay norma que regule la situación; el proceso no tiene por objeto establecer el sentido de la norma que regula el caso semejante sino, una vez establecido, proyectar su solución sobre otro caso. En la interpretación, por tanto, no se da entrada a ningún elemento normativo nuevo, mientras que sí se produce esta cierta innovación en la integración analógica.

Por último, hay autores que, partiendo de la identidad sustancial del razonamiento analógico en la interpretación extensiva y en la integración analógica, entienden que la delimitación se encuentra en el distinto ámbito en el que despliegan sus efectos. En este sentido, Díez PICAZO entiende que la interpretación extensiva despliega sus efectos en el ámbito de una misma institución, mientras que en la analogía *legis*, la regla se aplica a una institución distinta ⁹⁷. El mismo razonamiento ha sido utilizado por MORILLO MÉNDEZ ⁹⁸ cuando entiende que la diferencia radica en que en la interpretación extensiva «los casos se refieran al mismo instituto jurídico, es decir, el mismo concepto o figura estructural o básica», mientras que la «analogía desenvuelve sus efectos cuando en un campo de cuestiones o concepto estructural (por ejemplo, la base de un tributo) no existe regulación de un supuesto que se plantea, debiendo recurrirse por ello a los principios reguladores de casos semejantes (por ejemplo, las que se deducen de la regulación de la base de otro tributo distinto del anterior)».

Como razonaremos más adelante, la necesidad de esta delimitación entre interpretación extensiva e interpretación analógica en Derecho tributario debe ser revisitada.

3. LÍMITES AL USO DE LA ANALOGÍA EN DERECHO TRIBUTARIO

Los límites a la aplicación analógica en una determinada parcela del ordenamiento pueden clasificarse en dos grandes tipos: los internos, que derivan de las dificultades para apreciar los requisitos de la lógica interna del razonamiento *a simili* en ciertos tipos de normas, y los externos, que derivan de límites específicos, bien por una prohibición expresa contenida en una norma, bien por una prohibición tácita derivada de la acción de ciertos principios constitucionales en esa parcela del ordenamiento ⁹⁹.

de las palabras más amplio atribuible a la expresión literal de la ley... Pero obviamente, esta actividad, al quedar al margen del sentido propio de las palabras, no merecería el calificativo de interpretativa sino que se trataría más bien de una operación de integración analógica (...).

⁹⁶ E. SIMÓN ACOSTA: *El Derecho Financiero y la Ciencia...*, *op. cit.*, pág. 366. En similar sentido, J. MARTÍN FERNÁNDEZ y P.M. HERRERA MOLINA entienden que con el más amplio sentido de las palabras no se alude a una interpretación al pie de la letra sino al sentido de las palabras correspondientes a la finalidad de la norma y a su control de forma que nos encontramos en el marco de la interpretación cuando se trata de averiguar el sentido de una norma, mientras que la analogía pretende ir más allá cuando tal sentido resulta involuntariamente contradictorio con el plan de un instituto jurídico (J. MARTÍN FERNÁNDEZ y P. M. HERRERA MOLINA: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho español», *op. cit.*, pág. 32).

⁹⁷ L. Díez PICAZO: *Experiencias jurídicas...*, *op. cit.*, pág. 280.

⁹⁸ A. MORILLO MÉNDEZ: «La analogía en la aplicación de las normas tributarias», *Impuestos*, tomo II, 1996, pág. 1.006.

⁹⁹ *Vid.* M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 206.

3.1. Límites internos

3.1.1. El artículo 4.2 del Código Civil y la naturaleza de las normas tributarias

El artículo 4.2 del Código Civil (CC) prohíbe la utilización de la analogía (o, más exactamente, la aplicación a supuestos o en momentos distintos a los expresamente previstos en su presupuesto de hecho) de las normas penales, excepcionales y temporales. Aunque esta restricción a la analogía puede verse como un límite externo (por cuanto aparece expresamente recogida en una norma del ordenamiento), es lugar común que la interdicción del uso de la analogía en las normas penales, excepcionales y temporales encuentra su fundamento en la propia naturaleza de este tipo de normas que impide el desarrollo del razonamiento analógico.

Así, en las leyes penales es la propia naturaleza del derecho regulador del *ius puniendi* del Estado, caracterizado por los principios de tipicidad y legalidad y por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en una parcela del ordenamiento que incide directamente en la libertad personal, la que excluye el razonamiento analógico cuando la analogía es *in malam partem*¹⁰⁰. En las leyes excepcionales, en cuanto estas suponen una derogación del Derecho general para determinadas materias, se entiende que faltan los requisitos para admitir el recurso a la analogía: es discutible, por un lado, la existencia de laguna (dado que lo no expresamente integrado en la norma excepcional debe quedar atendido por la norma general) y puede cuestionarse, por otro, la existencia de *eadem ratio* con casos no regulados ya que la finalidad de las normas se agota en ellas mismas. Y por último, en las leyes temporales, la excepcionalidad de su delimitación temporal impide la aplicación en otros momentos aunque, en este caso, la cuestión es más propiamente de vigencia de las normas que de analogía.

Pero las normas tributarias no son excepcionales, ni penales, ni temporales. Tampoco hay nada en la naturaleza de las normas tributarias que permita postular una aplicación del artículo 4.2 del CC a este tipo de normas, siquiera por analogía¹⁰¹.

En este sentido, si la ordinariedad y la juridicidad del Derecho tributaria está, desde VANONI y su *Naturaleza e interpretación de las normas tributarias*, pacíficamente admitida, ello no es óbice para mantener que el Derecho tributario sea, como el Derecho penal, un derecho de injerencia: la norma tributaria no *ataca*¹⁰² la libertad ni el patrimonio individual pero sí impone obligaciones que les afectan; si *injiere*¹⁰³ en esos ámbitos¹⁰⁴. Ahora bien, que las normas tributarias compartan con el Derecho penal la circunstancia de que se trate en ambos casos de derechos de injerencia, de la inje-

¹⁰⁰ En sentido crítico, no obstante, con la posibilidad de utilizar la analogía *in bonam partem* en Derecho penal, *vid.* J. GÓMEZ LANZ: *La interpretación de la expresión* en perjuicio de *en el Código Penal*, Dykinson, 2006.

¹⁰¹ En todo caso M.J. FALCÓN Y TELLA (*El argumento analógico...*, *op. cit.*, págs. 111-113) entiende que el artículo 4.2 del CC no es susceptible de aplicación analógica porque constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 4.1 del CC y ello, según el propio artículo 4.2 del CC debería llevar a concluir en su carácter excepcional que no puede extenderse a supuestos distintos a los expresamente contenidos en él.

¹⁰² DRAE: Atacar: 1. Acometer, embestir con ánimo de causar daño (...). 3. Actuar contra algo para destruirlo. 4. Perjudicar, dañar o destruir...

¹⁰³ DRAE: Injerir: ... 2. Meter una cosa en otra... 4. pñl. Entremeterse, introducirse en una dependencia o negocio.

¹⁰⁴ En igual sentido, E. SIMÓN ACOSTA: «Del fraude de ley al conflicto...», *op. cit.*, pág. 832 y, con especial contundencia, en «Reflexiones sobre los fundamentos de la legalidad...», *op. cit.*, pág. 300, nota al pie 2.

rencia que el tributo supone en la esfera de propiedad no cabe deducir el carácter odioso de la norma tributaria en la medida en que esa injerencia se fundamenta en la función social que el derecho de propiedad debe cumplir en un Estado Social del Derecho y en el hecho de que el resultado de esa injerencia (la contribución a los gastos comunes) está encaminada al bien común.

Por otro lado, atribuir carácter excepcional a las normas tributarias es insostenible cuando estas no se fundan en principios propios o específicos que se separan de los del resto del ordenamiento sino que, antes bien, se basan en principios ordinarios a los cuales se añaden, además, algunos principios propios¹⁰⁵.

Las normas tributarias no son, por tanto, ni excepcionales ni odiosas, y por ello se puede utilizar para su aplicación los mismos criterios y métodos que se usan en el resto de las normas¹⁰⁶.

3.1.2. *Los fines de las normas tributarias*

Tampoco es correcta, como hemos apuntado previamente, la tesis de la ineptitud de la norma tributaria para la analogía fundada en el carácter *ex lege* del tributo y en la pretendida ausencia de criterios teleológicos operativos que habiliten la aplicación de las normas tributarias en atención a su finalidad. Las normas tributarias tienen fines que permiten llevar a cabo un razonamiento analógico. En algunos casos (normas extrafiscales, procedimentales o de simplificación) esa finalidad puede ser fácilmente discernible y el razonamiento analógico, en ausencia de un límite externo, no debería plantear mayor dificultad. Más problemático resulta el recurso a la analogía en las normas con fines fiscales en las que no sea identificable una finalidad secundaria. En estos casos, en los que el único principio subyacente que podría habilitar una interpretación analógica sería el principio de capacidad contributiva, además de verificar que no existen restricciones externas al recurso a la analogía sería preciso justificar que la finalidad recaudatoria inherente a las normas fiscales permite el argumento *a simili* y no *a contrario* en la norma aplicada.

3.2. Límites externos

3.2.1. *La prohibición del artículo 14 de la LGT/2003*

3.2.1.1. Distinción entre analogía e interpretación extensiva a efectos de la prohibición

En algunos ordenamientos tributarios la analogía en materia tributaria se prohíbe expresamente. En el ordenamiento español, como hemos ya apuntado, el artículo 14 de la LGT/2003 dispone que

¹⁰⁵ Vid. M.S. GIANNINI: «La interpretación y la integración...», *op. cit.*, pág. 336.

¹⁰⁶ Cuestión esta que quedó despejada con E. VANONI y su *Naturaleza e interpretación de las normas tributarias* y que está pacífica y unánimemente aceptado en la doctrina. Cfr. M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 201; F. PÉREZ ROYO: «Comentarios al artículo 24...», *op. cit.*, pág. 371; E. GONZÁLEZ GARCÍA: *La interpretación de las normas tributarias*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 13.

«no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales»¹⁰⁷. Hemos ya señalado que es lugar común en la doctrina la afirmación de que este precepto prohíbe el recurso a la analogía respecto de las normas reguladoras del hecho imponible, exenciones y beneficios fiscales para extender el ámbito de aplicación de estas normas más allá de sus términos estrictos, pero que no impide que el resultado de la interpretación de la norma sea justamente ese: la extensión del ámbito de dichas normas más allá de sus términos estrictos.

Dado el tenor literal de la norma, la posibilidad de que el artículo 14 de la LGT/2003 prohibiera tanto la integración como la interpretación extensiva fue planteada por algunos autores con la redacción original del artículo 24 de la LGT/1963¹⁰⁸. Pero esta primera posición fue pronto superada y de forma mayoritaria se entendió que lo que la LGT impedía era la utilización del argumento analógico y no la de la interpretación extensiva¹⁰⁹.

Para alcanzar esta conclusión se afirmaba¹¹⁰, en primer lugar, que cuando el legislador prohíbe «extender más allá de sus términos estrictos» está haciendo referencia a una actividad que solo puede llevarse a cabo a través de la integración analógica. Pero esta crítica, más que llevar a admitir la posibilidad, al amparo del artículo 14 de la LGT/2003, de un resultado extensivo en la interpretación de las normas reguladoras del hecho imponible, exenciones y beneficios fiscales lo que viene a señalar es que el proceso lógico que lleva a ese resultado debería calificarse de integración analógica y quedar, por tanto, incluido en la prohibición establecida en el precepto.

En segundo lugar, también se afirmaba que cuando el legislador prohíbe el recurso a la analogía sabe que «analogía» no es lo mismo que «interpretación extensiva» y, por tanto, debe entender que la prohibición no abarca a esta última. No obstante, la admisión de una interpretación extensiva fundamentada en la pretendida claridad dogmática de la distinción entre interpretación y analogía no parece convincente cuando dicha claridad, como hemos podido constatar, dista mucho de ser tal, no existe un mínimo acuerdo doctrinal sobre cuál es el criterio de delimitación adecuado y la mayoría de la doctrina apunta a que la diferencia es tan solo de grado¹¹¹.

Y en tercer y último lugar, se ha apuntado que la interpretación no puede ser restrictiva o extensiva; lo será el resultado de dicha interpretación y una vez que se admite la posibilidad de interpretar las normas en un ordenamiento jurídico, no puede vedarse uno de sus resultados¹¹². Sobre este último argumento para defender la distinción entre interpretación extensiva e integración analógica a los

¹⁰⁷ Esta prohibición aparecía ya en la redacción original del artículo 24.1 de la LGT/1963; de ahí se traslada al artículo 23.3, en la reforma introducida por la Ley 25/1995.

¹⁰⁸ A. MORILLO MÉNDEZ: «La analogía en la aplicación...», *op. cit.*, pág. 1.009.

¹⁰⁹ Cfr. J.J. FERREIRO LAPATZA: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *QF (Aranzadi)*, n.º 8 (2001), pág. 9; F. PÉREZ ROYO: *Derecho Financiero y Tributario*, pág. 97; E. GONZÁLEZ GARCÍA: «Comentarios al artículo 23 LGT», *op. cit.*, pág. 196; F. SAINZ DE BUJANDA: *Lecciones de Derecho Financiero*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1993, 8.ª edición, pág. 71.

¹¹⁰ Para una exposición detallada, *vid.* M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 141.

¹¹¹ Así, M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, pág. 331.

¹¹² En este sentido, con especial contundencia: E. GONZÁLEZ GARCÍA: *La interpretación de las normas...*, *op. cit.*, págs. 47-49.

efectos del artículo 14 de la LGT/2003, que es el que juzgamos más convincente de los tres considerados, es preciso realizar no obstante algunas observaciones.

Por un lado, la afirmación de que el legislador no puede prohibir un resultado extensivo en la interpretación de las normas debería estar más sólidamente justificada cuando no hay acuerdo ni doctrinal ni jurisprudencial sobre cuándo ese resultado extensivo es meramente interpretativo y cuándo adquiere carácter integrativo. En este sentido, se ha afirmado que el procedimiento lógico que subyace tanto en la interpretación extensiva como en la integración analógica es el mismo y lo que cambia es la función: en un caso se interpreta y en otro se integra ¹¹³.

Por otro lado, no vemos ningún impedimento lógico a que el legislador quiera evitar un resultado extensivo del ámbito estricto de aplicación de las normas reguladoras de ciertas materias (se llegue mediante un proceso calificado como interpretación o sea alcance mediante otro proceso —muy parecido— que se califica de integración) si existen razones que justifiquen esa *voluntas legislatoris*. Y en este sentido, resulta ineludible preguntarse por la razón por la que el legislador (o la ley) quiere prohibir el recurso a la analogía respecto de las normas referidas en el presupuesto de hecho del artículo 14 de la LGT/2003. Pues bien, sobre la validez del razonamiento analógico, BOBBIO señalaba que aunque el argumento por analogía es lógicamente válido y proporciona conclusiones ciertas (no meramente probables o plausibles), la certeza de su conclusión depende de la mayor o menor posibilidad de fijar la razón suficiente (la *ratio legis*) del precepto, que habilita todo el razonamiento analógico ¹¹⁴.

Entendemos por ello que la razón que justifica la prohibición del recurso a la analogía en ciertos tipos de normas tributarias se encuentra en la dificultad de discernir respecto de ellas su *ratio legis*. Y cuando se prohíbe ese recurso no tiene mucho sentido limitar la prohibición a los casos en los que la analogía desempeñe una función integradora, ya que no es posible establecer una distinción nítida entre ambos tipos de funciones ¹¹⁵. En nuestra opinión, la otra alternativa lógicamente aceptable (concluir en la relatividad de la distinción) no es acertado cuando no se da al intérprete ningún criterio para orientar cuándo esa prohibición relativa puede ser enervada y cuándo no.

En el carácter relativo de la distinción acaba concluyendo SIOTA ÁLVAREZ cuando, tomando como punto de partida que «en nuestro ordenamiento, al tiempo que se prohíbe la analogía está permitida la interpretación extensiva, y dado que los límites entre ambas figuras son inevitablemente fluidos, es imposible delimitar con exactitud dónde termina la una y empieza la otra», afirma que «si la Administración o los Tribunales de justicia quisieran "evitar" la prohibición de integración analógica de un determinado elemento tributario, bastaría con que "justificasen" que han realizado una interpretación extensiva» ¹¹⁶. En similar sentido se pronunciaba GONZÁLEZ GARCÍA (*La interpretación de las normas...*, op. cit., pág. 51) cuando afirmaba que «como la línea divisoria [entre interpretación

¹¹³ Cfr. M. ATIENZA: *Sobre la analogía...*, op. cit., pág. 60.

¹¹⁴ Cfr. M. ATIENZA: *Sobre la analogía...*, op. cit., pág. 58.

¹¹⁵ A igual conclusión llega M. ATIENZA (*Sobre la analogía...*, op. cit., pág. 184) en relación con la prohibición de la analogía en Derecho penal.

¹¹⁶ Así, M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., pág. 331.

extensiva e integración analógica] es difícil, el intérprete siempre estará tentado a decir que estamos ante una interpretación extensiva o analógica, según le convenga en cada caso»¹¹⁷. Lo que puesto negro sobre blanco significaría que la distinción entre interpretación extensiva y analogía a los efectos del artículo 14 de la LGT/2003 no tiene más objeto que el de eludir la prohibición establecida en este precepto, conclusión parecida a la que llegó N. BOBBIO cuando afirmó que «la distinción entre interpretación extensiva y analogía no es más que un sofisma verbal mediante el cual la lógica artificial de la técnica jurídica ha tratado de obviar los inconvenientes generales del artículo 4 de la disposición preliminar del Código Civil», que prohíbe en el ordenamiento jurídico italiano el recurso a la analogía para las normas restrictivas del libre ejercicio de los derechos y excepcionales¹¹⁸.

3.2.1.2. Justificación de la prohibición y de su aplicación a la interpretación extensiva

a) Respecto de las normas reguladoras del hecho imponible

Cuando se trata del hecho imponible, las dificultades para discernir una finalidad en la norma de sujeción diferente a la general recaudatoria, unido al hecho de que es justo en este ámbito donde el momento de vinculación positivista que supone el tributo se manifiesta de forma más genuina, pueden aconsejar una interpretación apegada a lo que el legislador dijo y no a lo que se supone que quiso decir. En este sentido, COMBARROS VILLANUEVA afirmaba que para determinar la finalidad de la ley «no es lógico, a mi juicio, distinguir entre lo que el legislador *quiere* gravar y lo que *efectivamente* grava, si no se quiere poner en duda la congruencia de la actividad legislativa; la finalidad hay que buscarla en la propia ley, que por lo demás es el objeto de la interpretación, y no en otras consideraciones ajenas a la misma»¹¹⁹. Este mismo razonamiento puede predicarse de las normas que delimitan en sentido negativo el hecho imponible (se trate de normas de no sujeción o de normas de exención técnica).

En realidad, en nuestra opinión, definidas las lagunas normativas como conflictos de intereses jurídicamente relevantes que no están resueltos normativamente, bien por ausencia total de regulación, bien por contradicción de disposiciones jurídicas que se anulan mutuamente, la existencia de laguna normativa puede plantearse en el ordenamiento tributario más sobre los elementos de cuantificación de la obligación tributaria que sobre el hecho imponible. En este sentido, la relevancia del conflicto de interés es imprescindible para la existencia de una laguna normativa, ya que es lo que permite distinguir este tipo de lagunas de los espacios jurídicos vacíos, irrelevantes para el Derecho. En la clásica definición de CANARIS, esa relevancia viene determinada por el «plan del legislador». Adoptando este criterio, y sin perjuicio de las incertidumbres que introduce la remisión a un concepto tan impreciso¹²⁰, podríamos señalar que si el tributo es un momento de vinculación positivista, ese momento se manifiesta con especial intensidad en la decisión de someter a gravamen una determinada manifestación de capacidad económica: en la definición del hecho imponible. Por ello, puede argumentarse que la ausencia de regu-

¹¹⁷ E. GONZÁLEZ GARCÍA: *La interpretación de las normas...*, op. cit., pág. 51.

¹¹⁸ N. BOBBIO: «L'analogia nella logica del diritto», en *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino*, Turín, 1938, pág. 150; la cita está tomada de F. MOSCHETTI: «Las exenciones fiscales como "normas-límite"..., op. cit., pág. 332, nota 29.

¹¹⁹ V.E. COMBARROS VILLANUEVA: «La interpretación económica como criterio...», op. cit., pág. 510.

¹²⁰ Vid. P.M. HERRERA MOLINA y J. MARTÍN FERNÁNDEZ: «El fraude a la ley tributaria...», op. cit., pág. 30.

lación en este ámbito encaja dentro del plan legislativo y se sitúa en el espacio jurídico vacío, lo que impediría su integración mediante analogía. En cambio, si una vez definido el hecho imponible encontramos que algunos de los elementos necesarios para su cuantificación no han sido regulados, podríamos concluir que esa falta de regulación es contradictoria con el propio plan del legislador y, con ello, afirmar con contundencia que en ese punto existe un vacío normativo ¹²¹.

b) Respecto de las normas reguladoras de incentivos fiscales

Menos justificada en esos términos parece la prohibición del razonamiento analógico cuando se trata de normas de exención o de incentivo con fines extrafiscales ya que, respecto de estas, debería ser más fácil discernir la finalidad de la norma que permita identificar el sentido del mandato escondido detrás de su formulación lingüística y debería, por tanto, resultar más clara la extensión de ese mandato a casos cubiertos por la misma ratio *legis* por exigencias del principio de igualdad. Así, hay autores que se han mostrado favorables no ya a una interpretación extensiva (que entienden admitida *lege lata*) sino a una integración analógica (que se propone *lege ferenda*) de las normas que establecen exenciones e incentivos fiscales ¹²².

La razón de la prohibición del argumento analógico en las normas que establecen exenciones o incentivos fiscales no se justifica, por tanto, por la dificultad de encontrar la finalidad de la norma que oriente la interpretación sino porque, con frecuencia, la regulación que hace el legislador de esos incentivos fiscales es tan minuciosa y detallista que dificulta sobremanera la utilización por el aplicador de la norma del argumento *a simili*, sea en el marco de una actividad meramente interpretativa, sea en el ámbito de una actividad integradora. En estos casos de regulación minuciosa podrá argumentarse, como señalaba M.S. GIANNINI ¹²³, que se trata de normas con un supuesto de hecho exclusivo, que reflejan una situación de hecho bien determinada y una cualificación característica y exclusiva y en los que, por tanto, la propia estructura de su presupuesto de hecho excluye el razonamiento analógico.

3.2.1.3. Alcance de la prohibición en la jurisprudencia y doctrina administrativa

En cualquier caso, aunque la admisión de la interpretación extensiva a efectos del artículo 14 de la LGT/2003 es pacífica en la doctrina científica, la jurisprudencia y la doctrina administrativa

¹²¹ En igual sentido parece concluir A. BÁEZ MORENO: «Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario», en *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, Aranzadi, Pamplona, 2010, tomo I, págs. 464-466.

¹²² En este sentido, F. MOSCHETTI («Las exenciones fiscales como "normas-límite"...», *op. cit.*, págs. 327-328) afirma que una norma de exención puede no ser susceptible de interpretación analógica cuando combine limitaciones temporales, espaciales y en cuanto a su objeto, pero no porque se trate de una norma que establece un beneficio fiscal sino porque contiene esas limitaciones y solo por ello. F. MOSCHETTI entiende que las normas que establecen beneficios fiscales no son normas que derogan un principio general sino de disposiciones que complementan ese principio constituyendo con él un todo armónico. El principio general en Derecho tributario no es «el sometimiento a gravamen de todas las manifestaciones de capacidad contributiva» sino «el sometimiento a gravamen de todas aquellas que no tengan ciertas características cualitativas o cuantitativas» (ib. pág. 329). La norma de exención viene, por tanto, a delimitar negativamente el principio, como la norma de sujeción la delimita positivamente.

¹²³ M.S. GIANNINI: «La interpretación y la integración...», *op. cit.*, pág. 336.

suelen negar la extensión del ámbito de las normas referidas en el artículo 14 de la LGT/2003 más allá de sus términos estrictos.

Así, niegan la posibilidad de realizar una interpretación extensiva «o analógica» de las exenciones y bonificaciones fiscales las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña 348/2010, de 12 de abril (NFJ0399926)¹²⁴, del TSJ de Extremadura 80/2010, de 28 de enero (NFJ038369)¹²⁵, del TSJ de Madrid 2307/2008, de 30 de diciembre (NFJ032997)¹²⁶, del TSJ de Cataluña 268/2006, de 16 de marzo (NFJ024472)¹²⁷, o del TS de 25 de octubre de 2007 (NFJ027424)¹²⁸. Y niegan la posibilidad de realizar una interpretación extensiva del hecho imponible las Sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana números 4283/2006, de 1 de octubre, y 1560/2007, de 14 de diciembre (NFJ0317105 y NFJ028665, respectivamente)¹²⁹ y del TSJ del Principado de Asturias de 29 de noviembre de 2000 (NFJ011972)¹³⁰. La equiparación de la interpretación extensiva a la analógica a efectos del artículo 14 de la LGT/2003 también se encuentra en las Sentencias del TSJ de Canarias 106/2010, de 24 de junio

¹²⁴ FJ 3, donde concluye en la imposibilidad de excluir a efectos del cómputo del origen de los rendimientos establecido en el artículo 4.Ocho.Dos de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, los rendimientos de actividades profesionales que pudieran considerarse exentos con arreglo al artículo 4.Ocho.Uno puesto que «los beneficios fiscales se producen *ex lege*, por lo que no es posible modificar las condiciones legales que permiten su reconocimiento ni cabe una interpretación extensiva de las exenciones o bonificaciones fiscales».

¹²⁵ Que afirma la imposibilidad de aplicar la exención en Operaciones Societarias a aportaciones no dinerarias realizadas por personas físicas al amparo del artículo 108 de la LIS con el argumento (*vid.* FJ 4) de que «estamos ante la aplicación de una exención que debe interpretarse según los términos redactados por la norma vigente en el momento de devengarse el tributo, sin que sea posible una interpretación extensiva o analógica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley 230/1963». En igual sentido SSTSJ de Extremadura 20637/2008, de 30 de septiembre (NFJ034954), 20697/2008, de 29 de octubre (NFJ032424) y 988/2008, de 17 de noviembre (NFJ033092).

¹²⁶ Que concluye que la bonificación establecida en el ICIO para unas obras de rehabilitación no puede extenderse a obras de sustitución (en las que se derriba una edificación para construir una obra nueva) y afirma (FJ 3) que «el hecho de que el Ayuntamiento de Madrid haya reconocido en otros casos la indicada bonificación ello no permite una interpretación extensiva de las normas... Por otra parte, tal como así también declara la sentencia impugnada en materia tributaria está expresamente prohibida la analogía por el artículo 14 de la LGT según el cual «no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

¹²⁷ Que niega la exención en Operaciones Societarias a una ampliación de capital realizada mediante canje de valores incluso cuando su finalidad fuera la fusión porque (*vid.* FJ 4) «no cabe tampoco acudir a criterios extensivos o analógicos en la aplicación de la exención, en la medida que está proscrita por el (antes 24.1) de la Ley General Tributaria».

¹²⁸ Que excluye de la exención del artículo 9 de la Ley 18/1991 la pensión extraordinaria por fallecimiento en acto de servicio del causante con el argumento de que existe un tratamiento especial y diferenciado para las pensiones y que hacer una interpretación extensiva desvirtuaría el sistema de exenciones establecido por ley. En igual sentido, SSTSJ de Galicia 1195/2005, de 26 de julio (NFJ 021455) y del TSJ de Andalucía 93/2005, de 9 de febrero (NFJ020628).

¹²⁹ Se trata de determinar en estas sentencias la tributación por la cuota cameral de no residentes por cuanto el artículo 12 de la Ley 3/1993 establecía el recurso como un porcentaje de la cuota líquida del IS (y no del IRNR aplicable a no residentes). La primera de las sentencias citadas afirma (FJ 2) lo siguiente: «Mas realmente, la norma no dice lo que dice la Administración, sino todo lo contrario, y la interpretación de la Administración no se desprende, ni de su tenor, ni de su teleología, siendo así que es perfectamente lógico en su redacción, no pudiéndose extender los supuestos a circunstancias no contempladas por la misma, por ser la analogía un instituto prohibido en el cambio del tributo. Es decir, donde la norma, en una interpretación literal, prevé una consecuencia clara, no cabe una interpretación extensiva que lleve a una consecuencia diferente». En igual sentido, SSTSJ de Madrid 20697/2008, de 29 de octubre (NFJ032424) y 20637/2008, de 30 de septiembre (NFJ034954).

¹³⁰ En la que se afirma que «un local que alberga las oficinas administrativas de la Gerencia Territorial del Catastro no es un establecimiento comercial, industrial ni dedicado a actividades profesionales, únicos tres casos en que la Ordenanza reguladora de las tasas por licencia de apertura considera surgido el hecho imponible, salvo que se quiera dar a la normativa una interpretación extensiva que no autoriza su literalidad y que viene proscrita por el artículo 23.2 de la LGT».

(NFJ041412)¹³¹, de la AN de 18 de diciembre de 2007 (NFJ036216)¹³² o del TSJ de La Rioja 259/2006, de 4 de julio (NFJ030270).

En cuanto a la doctrina administrativa, la Dirección General de Tributos (DGT) en contestación a Consulta vinculante número V2811/2010, de 27 de diciembre (NFC040042), ha afirmado que «la redacción de la norma no permite interpretación extensiva ni tampoco la aplicación de la analogía, prohibida en la concesión de beneficios fiscales a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 58/2003»¹³³. Parecida manifestación se encuentra en la contestación a Consulta vinculante V0098/2005, de 28 de enero (NFC024460). Aunque de forma más general, la DGT no califica (como interpretación o como integración) el proceso que lleva a extender más allá de sus términos estrictos el hecho imponible o los beneficios fiscales y se limita a señalar que la analogía no puede aplicarse en Derecho tributario «ni para gravar supuestos de hecho no recogidos expresamente en la ley (extensión del hecho imponible), ni para aplicar exenciones, reducciones y bonificaciones de la base imponible, deducciones y bonificaciones de la cuota u otros incentivos fiscales no regulados expresamente (extensión de beneficios fiscales)»¹³⁴. Igual proceder se aprecia en las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que versan sobre esta cuestión¹³⁵.

Por ello, en el estado de la cuestión en la jurisprudencia y en la doctrina administrativa, podría igualmente concluirse que la prohibición contenida en el artículo 14 de la LGT/2003 consiste en la extensión más allá de sus términos estrictos del presupuesto de hecho de las normas que regulan el hecho imponible, las exenciones e incentivos fiscales, deba calificarse dicho procedimiento como análogo o puramente interpretativo. Y que nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa no permiten corregir los casos en los que la norma *minus dixit quam volit*, cuando se trata de normas reguladoras del hecho imponible o de un beneficio fiscal, ya que califican de forma sistemática esa corrección de recurso a una analogía prohibida.

¹³¹ FJ 5 en el que se afirma que «la Sala estima como el juzgado que la investigación entra dentro del concepto de educación..., sin que esta interpretación y la del juzgador a quo supongan una interpretación extensiva o análoga del término contenido en el artículo 62 del TRLHL».

¹³² FJ 4 donde se afirma que «no estamos ante una interpretación extensiva o análoga del concepto cánones para aplicarlo a casos o situaciones que no guardan relación con tales cánones, sino ante una interpretación integradora (sic), lógica y sistemática de esta idea, que incorpora manifestaciones nuevas (sic) de la utilización de la propia imagen como fuente económica de ingresos lo que determina la necesidad de integrar (sic) las normas contenidas en el Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio entre el Estado Español y Suiza». Parece que la propia sentencia admite que está realizando una aplicación análoga (extensiva e integradora de la norma) si bien esta interpretación no estaría prohibida porque, en palabras de la Audiencia Nacional «la propia naturaleza del Convenio como instrumento de concertación entre naciones para evitar la doble imposición excluye que pueda hablarse de prohibición de la analogía cuando de lo que se trata, no es extender supuestos previstos en el Convenio a otros casos no susceptibles de gravamen, sino de la determinación de cuál de los dos Estados con puntos de conexión (la residencia o el territorio de obtención) puede someter a gravamen fiscal determinados rendimientos».

¹³³ Se planteaba en la consulta si, para la aplicación del artículo 108.1 a) de la Ley del Mercado de Valores y a efectos del cómputo del 50 por 100 del activo, podía computarse el valor real del fondo de comercio (y no su valor contable), teniendo en cuenta que la norma establece que «para realizar el cómputo del activo, los valores netos contables de todos los bienes se sustituirán por sus respectivos valores reales determinados en la fecha en que tenga lugar la transmisión o adquisición».

¹³⁴ Vid. entre otras, contestaciones a Consultas vinculantes números V1318/2005 (NFC021091), de 4 de julio, y V0105/2006 (NFC021761), de 19 de enero.

¹³⁵ Vid. por ejemplo, Resolución del TEAC de 14 de abril de 2009 (NFJ033603) en la que se concluye que exigir el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a documentos inscribibles en el Registro de Bienes Muebles antes del 1 de enero de 2003, que es la fecha en que se incluye el Registro de Bienes Muebles en el presupuesto de hecho del artículo 31.2 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, constituiría analogía prohibida por ampliación del hecho imponible.

3.2.1.4. Conclusiones sobre el alcance del artículo 14 de la LGT/2003

Todo lo anterior lleva a concluir (i) que el artículo 14 de la LGT/2003 puede encontrar su fundamento en la dificultad de discernir, en las normas reguladoras del hecho imponible, una finalidad secundaria distinta a la general recaudatoria, (ii) que en la aplicación que nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa hacen del artículo 14 de la LGT/2003 es el sentido posible de los términos utilizados en el presupuesto de hecho de las normas que regulan el hecho imponible, las exenciones y beneficios fiscales el que marca la delimitación entre lo permitido y lo prohibido en la aplicación de las normas a efectos del artículo 14 de la LGT/2003, (iii) que con el sentido literal posible como criterio de delimitación entre interpretación e integración no tiene sentido diferenciar entre interpretación extensiva e integración analógica y (iv) que, por tanto, el tópico de que el artículo 14 de la LGT/2003 prohíbe la integración analógica pero no la interpretación extensiva debería ser revisitado.

Pero esta equiparación de interpretación extensiva y analogía a efectos del artículo 14 de la LGT/2003 no significa necesariamente que el recurso a la analogía esté prohibido para todo el Derecho tributario. En este sentido, entendemos que las anteriores conclusiones sobre el tipo de procesos prohibidos en el artículo 14 de la LGT/2003 deben influir en la determinación de las normas que se vean afectadas por la prohibición. Porque si la aplicación que se hace del artículo 14 de la LGT/2003 implica, en la práctica, que el sentido posible de las palabras es el que marca los límites entre lo prohibido y lo permitido en la aplicación de las normas a que se refiere, debe rechazar una interpretación maximalista del precepto que convierta al Derecho tributario (otra vez) en una isla de la interpretación literal.

Este eventual resultado sería insatisfactorio incluso bajo la tesis de que la expresión literal puede admitir distintas interpretaciones y que, dentro de esa diversidad, habrá algunas más acordes que otras con la finalidad de la norma. Esto es, si el sentido posible de las palabras como límite a la actividad permitida al aplicador del Derecho conduce, como agudamente observaba PALAO TABOADA¹³⁶, a realizar interpretaciones teleológicas dentro de una interpretación literal de la norma, entendemos que ese modo tan limitado de aplicación del Derecho puede estar justificado cuando se trata de aplicar las normas reguladoras del elemento material del hecho imponible, menos justificado (pero ahí *lege lata* la restricción es clara) cuando se trata de exenciones y beneficios fiscales y absolutamente carente de justificación si pretende extenderse a todo el aspecto material del Derecho tributario, negando la posibilidad, en esos ámbitos, de interpretaciones teleológicas correctoras del sentido literal.

Por ello, entendemos que el artículo 14 de la LGT/2003 debe limitar su aplicación al ámbito material del hecho imponible y, al menos *lege lata*, al ámbito de las exenciones y otros beneficios fiscales. Y que al margen del artículo 14 de la LGT/2003 hay que analizar si existen otras restricciones externas (derivadas esta vez de principios constitucionales y no de una norma positivizada) que limiten la utilización del razonamiento analógico en el ordenamiento tributario.

¹³⁶ C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», *op. cit.*, pág. 80.

3.2.2. La prohibición derivada del principio de reserva de ley: crítica

La prohibición del artículo 14 de la LGT/2003 hace referencia, exclusivamente, a las normas reguladoras del hecho imponible, de las exenciones y de las bonificaciones. Cabe plantearse si existen restricciones de carácter externo a la aplicación analógica de normas tributarias distintas a estas.

La doctrina tradicional se ha opuesto a la admisión de la analogía en Derecho tributario basándose en el principio de reserva de ley. El razonamiento que se hace, resumido –aunque no compartido– por PÉREZ ROYO¹³⁷, es el siguiente: «El principio constitucional de la reserva de ley establece que únicamente por un acto del poder legislativo puede crearse un nuevo impuesto o regularse los elementos del mismo. La analogía –y en general, la integración– supone la creación de una nueva norma, para un supuesto que previamente no estaba regulado, creación que se produce por obra del intérprete o del que aplica la norma, que evidentemente no es el poder legislativo. Luego, la aplicación analógica constituye una violación del principio de legalidad».

En la medida en que la analogía supone la extensión de una norma a un caso que estaba fuera de sus supuestos de aplicación, la analogía tiene una faceta creadora que puede ser incompatible con la necesidad de que determinados aspectos del tributo sean regulados por ley. El principio de reserva de ley, se dice, impide que el tributo se aplique a hechos no queridos o contemplados por el legislador, esto es, no previstos en la ley¹³⁸. Por ello SAINZ DE BUJANDA¹³⁹ entendía que la analogía no cabe en materias reservadas a la ley dado que «el elenco de hechos imposables ha de ser determinado con certeza por las normas tributarias no solo –como a veces se supone– en garantía del contribuyente, sino también en garantía del interés de la colectividad (...). En el ámbito financiero, el rigor de la ley –sustentado en una inteligente interpretación de sus mandatos– es requisito ineludible para que el imperio del Derecho no quede suplantado por una devastadora discrecionalidad». En igual sentido, VILLAR EZCURRA¹⁴⁰ excluía «la aplicación analógica a situaciones de hecho no amparadas por el principio de reserva de ley, que cubre no solo el aspecto material del hecho imponible, sino también su ámbito temporal, espacial, subjetivo y cuantitativo» y CALVO ORTEGA¹⁴¹ afirmaba que «la integración analógica como actividad parcialmente creativa es contraria al principio de reserva de ley».

Nótese que en esta tesis la prohibición de la analogía se justifica desde el doble entendimiento de que, por un lado, la analogía es un modo de producción de normas jurídicas y, por otro, esa producción no pasa por el Parlamento.

Ambas justificaciones no están exentas de crítica.

¹³⁷ F. PÉREZ ROYO: «Comentario al artículo 24...», *op. cit.*, pág. 370.

¹³⁸ Esta es la tesis de F. SAINZ DE BUJANDA: *Lecciones de Derecho Financiero*, *op. cit.*, pág. 72; pág. 137; E. SIMÓN ACOSTA: *El Derecho Financiero...*, *op. cit.*, pág. 368; C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», *op. cit.*, pág. 67, págs. 70-71; K.H. FRIAU: «Posibilidades y límites...», *op. cit.*, págs. 350-351; CALVO ORTEGA: *Curso de Derecho Financiero...*, *op. cit.*, pág. 53.

¹³⁹ F. SAINZ DE BUJANDA: *Lecciones de Derecho Financiero*, *op. cit.* pág. 72.

¹⁴⁰ M. VILLAR EZCURRA: «La analogía en la interpretación de las normas tributarias», *BICAM*, n.º 16, 3.ª época, septiembre 2000, pág. 26.

¹⁴¹ CALVO ORTEGA, R.: *Curso de Derecho Financiero*, *op. cit.*, pág. 119.

En cuanto a la consideración de la analogía como fuente de Derecho, hemos señalado ya que la máxima de decisión analógica nunca constituye una creación normativa *ex nihilo*, sino que lo que hace es impulsar el pensamiento del legislador más allá de los supuestos expresamente regulados pero partiendo, justamente, de ellos ¹⁴². En este sentido, VANONI señalaba que «la analogía no crea una nueva norma jurídica sino que pone de relieve la existencia de una norma, indirectamente contenida en la ley: una norma, pues, que forma parte de la ley, aun cuando no se encuentre abiertamente formulada en toda su extensión» ¹⁴³.

En cuanto al origen no legislativo de la máxima de decisión generada analógicamente, se entiende que precisamente la analogía lo que persigue es realizar la voluntad del legislador y que, en tal sentido, no es contraria a los principios democráticos y de autoimposición para garantizar una injerencia no arbitraria en la esfera de propiedad que se encuentra detrás de la reserva de ley. En este sentido, TIPKE rechaza que la prohibición de la analogía en Derecho tributario se encuentre en la raíz democrática de la reserva de ley, dado que la cobertura de lagunas mediante analogía persigue precisamente la realización de la voluntad del legislador. El rechazo a la reserva de ley como fundamento a eventuales restricciones a la utilización de la analogía también es compartido por RUIZ ALMENDRAL ¹⁴⁴ y por SIOTA ÁLVAREZ ¹⁴⁵ que han puesto de manifiesto que el problema de la integración analógica de las lagunas se sitúa en la fase de aplicación y no de producción del Derecho y que, aun admitiendo la faceta parcialmente creadora del razonamiento analógico, consideran que la creación jurídica que supone la analogía es cualitativamente diversa a la creación normativa originaria propia de las fuentes del Derecho.

Este rechazo al principio democrático como fundamento de la exclusión de la analogía en Derecho tributario también se encuentra en PÉREZ ROYO quien apunta, además, que esta falta de contrariedad de la analogía con la reserva de ley explica que en muchos ordenamientos la prohibición afecte no solo a la analogía en contra del contribuyente (sobre la norma de sujeción) sino también a la analogía favorable (sobre la norma de exención). Si se entiende que el fundamento remoto de la reserva de ley se encuentra en la necesidad de garantizar una injerencia no arbitraria en la esfera de la propiedad, podría pensarse que la analogía prohibida debe ser la desfavorable al contribuyente, pero que no existe razón alguna para prohibir la analogía favorable. Y ello haría difícil explicar por qué las normas de derecho positivo (por ejemplo, el art. 14 de la LGT/2003) prohíben la analogía en ambos sentidos ¹⁴⁶.

3.2.3. *La prohibición derivada del principio de tipicidad como garantía de seguridad jurídica y su conexión al principio de legalidad*

El método analógico no es contrario a la reserva de ley entendida como reserva de parlamento para garantizar una injerencia no arbitraria en la esfera de la propiedad. Pensamos, en cambio, que

¹⁴² M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, pág. 217.

¹⁴³ E. VANONI: *Naturaleza e interpretación...*, pág. 218.

¹⁴⁴ V. RUIZ ALMENDRAL: *El fraude a la ley tributaria a examen...*, *op. cit.*, págs. 61-62.

¹⁴⁵ M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, *op. cit.*, págs. 216-225.

¹⁴⁶ F. PÉREZ ROYO: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, págs. 123-124. En realidad, esta aparente paradoja halla su explicación teórica en la moderna concepción de la exención como delimitación negativa de la norma de sujeción: es la norma de sujeción, junto con la norma de exención, la que determina la injerencia del tributo en la esfera de la propiedad y por ello la prohibición de analogía ha de afectar a ambas normas.

sí puede serlo a la vertiente garantista de la seguridad jurídica que también se encuentra detrás del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad en la imposición. De esta forma, existe un cierto consenso sobre el hecho de que son razones de seguridad jurídica las que limitan la utilización de la analogía en el ámbito tributario y donde no hay acuerdo doctrinal es en la vinculación que puede existir entre este principio (la seguridad jurídica) con el de legalidad.

Así, por ejemplo, SIOTA ÁLVAREZ reconoce «la estrecha vinculación que se produce entre la seguridad jurídica y la legalidad»¹⁴⁷ y concluye que es la seguridad jurídica el verdadero fundamento de la restricción de la analogía en Derecho tributario. Para PAPIER ese fundamento se halla en los principios de determinación normativa y protección de la confianza encaminados a garantizar la seguridad jurídica y ello le lleva a concluir que la prohibición de la analogía solo debería aplicarse a las normas de gravamen o injerencia y no a las favorables¹⁴⁸. Para PÉREZ ROYO es el principio de tipicidad, que tiende a garantizar la certeza en la aplicación de las leyes y que el profesor distingue de la reserva de ley, el que fundamenta la prohibición de analogía. GARCÍA NOVOA¹⁴⁹ entiende que la tipicidad caracteriza al ordenamiento tributario como «un sistema tasado de creación de obligaciones públicas de dar, donde no hay más obligaciones que las previstas por el ordenamiento». Y ello permite cuestionar, además de la existencia de lagunas, la posibilidad de que los aplicadores del Derecho «creen Derecho en ámbitos reservados a la ley, sujetos al principio de tipicidad». Considera el profesor GARCÍA NOVOA que la analogía, como medio de integración, puede conculcar el derecho a la certeza del contribuyente respecto al contenido de sus obligaciones tributarias. También PALAO TABOADA entiende que la tipicidad es, junto con el principio de reserva de ley, el fundamento para la prohibición de la analogía en el ámbito tributario¹⁵⁰. Y el Informe de la Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la reforma de la LGT señalaba que «la prohibición de la analogía, que en realidad supone consagrar un principio de tipicidad en relación con el hecho imponible y las exenciones, reviste la máxima importancia en un sector del ordenamiento en que la seguridad jurídica es fundamental».

Admitido, por tanto, que el principio de tipicidad y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en la aplicación de las normas tributarias son las justificaciones subyacentes a la restricción del razonamiento analógico en materia tributaria, se plantea la cuestión de si ese principio de tipicidad se encuentra de alguna forma relacionado con la reserva de ley. Dilucidar esto es necesario para concluir sobre la existencia de límites extrínsecos a la utilización del método analógico en Derecho tributario distintos a los derivados de su prohibición expresa en el artículo 14 de la LGT/2003.

Pues bien, PÉREZ ROYO entiende que no debe confundirse el principio de reserva de ley y el principio de tipicidad, como se hace cuando se traslada la máxima del Derecho penal *nullum crimen, nulla poena, sine lege* al Derecho tributario: *nullum tributum sine lege*. Los dos principios, dice el profesor PÉREZ ROYO, tienen fundamentos distintos y han de mantenerse separados. La reserva de ley supone «la exigencia de una ley, en cuanto acto propio de la representación nacional» y tiene como finalidad

¹⁴⁷ M. SIOTA ÁLVAREZ: *Analogía e interpretación...*, op. cit., pág. 251.

¹⁴⁸ H.J. PAPIER: «Die finanzrechtlichen Gesetzesverhalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip», Duncker & Humblot, Berlín, 1973, págs. 156 y ss.; la cita está tomada de C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», op. cit., pág. 65.

¹⁴⁹ GARCÍA NOVOA: *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 83 y 85. También, en *El principio de seguridad jurídica...*, op. cit., pág. 262.

¹⁵⁰ C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», op. cit., pág. 81.

«la de eliminar la injerencia del poder reglamentario» en la materia tributaria reservada a la ley; la tipicidad, en cambio, en cuanto «exigencia de que determinados supuestos de hecho estén previamente definidos en un texto positivo expreso, tiene como finalidad la certeza en la aplicación de las leyes y la de eliminar el arbitrio judicial». Para PÉREZ ROYO, la exigencia de certeza y seguridad jurídica en materia tributaria, siendo indiscutible, no despliega sin embargo sus efectos con la intensidad con que lo hace en materia penal. Y eso le lleva a concluir que no es posible fundar en este principio la prohibición de analogía en Derecho tributario y que, por ello, el único límite que, en principio, se presenta para la aplicación analógica de esas normas es el mismo que se presenta para cualquier norma jurídica, o sea el límite de carácter puramente lógico de la estructura de su presupuesto de hecho ¹⁵¹.

PALAO TABOADA, sin embargo, admitiendo la distinción entre los principios de reserva de ley y tipicidad y que la exigencia de certeza sea menos rigurosa en materia tributaria que en penal, considera que no puede negarse la necesidad de separar con la mayor seguridad posible los hechos sometidos a tributación de los que no lo están ¹⁵².

A nuestro juicio, la legalidad tiene dos vertientes: una formal, expresada en la exigencia de que sea una ley formal ¹⁵³ la que regule los aspectos esenciales (el *an* y el *quantum*) de los tributos como garantía de los principios democráticos y de autoimposición; y una material, expresada en la exigencia de que la obligación tributaria se derive de una norma positiva (ley entendida no ya tanto en su sentido formal como norma emanada del poder legislativo, sino como norma escrita, en el sentido del art. 1.1 del CC) como garantía de los principios de seguridad jurídica y certeza en la aplicación del Derecho. Porque no puede olvidarse que la positividad del Derecho es un ingrediente básico de la seguridad jurídica y que el Derecho positivo surge, precisamente, para garantizar esa seguridad. Pues bien, la primera vertiente de la legalidad (la formal) es la que recoge el principio de reserva de ley, mientras que la segunda (la material) se refleja en el principio de tipicidad. Pero ambas están conectadas con el principio de legalidad entendido en sentido amplio.

De esta forma, es posible que en Derecho tributario no exista un principio de estricta legalidad que exija una tipificación tasada de cada uno de los elementos que determinan la cuantía de la deuda tributaria, pero sí es indiscutible que en materia tributaria existe un principio de mera legalidad, entendido como la necesidad de que las normas que determinan el *an* y el *quantum* de la obligación tributaria estén expresadas en reglas y no en meros principios ¹⁵⁴.

Poniendo esto en relación con el tema que nos ocupa, que es el del uso admisible de la analogía en Derecho tributario, entendemos que es necesario distinguir los casos en los que el razonamien-

¹⁵¹ F. PÉREZ ROYO: «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria» en AA.VV.: *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro homenaje al profesor Sainz de Bujanda*, op. cit., pág. 380.

¹⁵² C. PALAO TABOADA: «Tipicidad e igualdad...», op. cit., pág. 71.

¹⁵³ Si no una ley «votada en Cortes» al menos sí una norma con rango de ley y con las particularidades que las normas con rango de ley no votadas en Cortes tienen respecto de la creación de obligaciones tributarias. Vid. FALCÓN Y TELLA, R.: «El Decreto-Ley en materia tributaria», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 10 (1984) o F. PÉREZ ROYO: «Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 13 (1985).

¹⁵⁴ Sobre la distinción entre mera legalidad y estricta legalidad y la relación de este último concepto con la noción de tipicidad, vid. M. ATIENZA Y J. RUIZ MANERO: *Ilícitos atípicos*, op. cit., pág. 26.

to analógico lleve a la creación de una nueva máxima de decisión (analogía *iuris*) de los casos en los que lo que se hace es extender el ámbito de aplicación de una máxima ya existente (analogía *legis*).

En la analogía *legis* no hay una nueva manifestación de voluntad (una nueva regla) sino la aplicación de una norma existente en virtud de la semejanza con su ratio *legis* lo que permite extender el plan del instituto jurídico ¹⁵⁵.

En la analogía *iuris*, en cambio, el jurista extrae una nueva regla o máxima de decisión de otras normas del sistema (o de principios jurídicos) para restringir el supuesto de hecho de una norma preexistente que abarca más de lo que reclaman esos principios extraídos de otras normas del ordenamiento. En los casos de analogía *iuris* la faceta innovadora de la analogía se manifiesta más intensamente porque se desarrollan principios jurídicos para romper la relación existente entre el supuesto aplicativo y la solución normativa contenida en una norma de ese sistema. Por ello, cuando se trata de analogía *iuris*, dado que la analogía crea verdaderamente una nueva máxima de decisión en un caso, además, en el que la laguna podría calificarse de axiológica en lugar de normativa, entendemos que el razonamiento analógico debería estar prohibido para los elementos cubiertos por el principio de legalidad tributaria (*i. e.*, para aquellos que determinan el *an* y el *quantum* de la obligación tributaria). Debe tenerse en cuenta que si la máxima de decisión que surge del razonamiento analógico resultara positivizada por el legislador y este pretendiera otorgarle eficacia retroactiva, con los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para admitir la retroactividad de las normas tributarias es probable que se concluyera que, por afectar a hechos consumados, esa retroactividad en grado máximo no es admisible porque quebranta los principios de seguridad jurídica y capacidad económica. Pues bien, en el entendimiento de que no se puede permitir al aplicador del Derecho lo que está vedado al legislador ¹⁵⁶, esa misma seguridad jurídica que impediría dotar de retroactividad a la norma que viniera a integrar la laguna (normalmente axiológica y no normativa) debería llevarnos a concluir en la inadmisibilidad de la analogía *iuris* en estos casos ¹⁵⁷.

4. CONCLUSIONES

1. En la analogía como forma de razonamiento basada en el principio de igualdad puede distinguirse la analogía *legis* (que partiendo de la ratio *legis* de una norma concreta que abarca menos que lo que reclama su justificación subyacente extiende el mandato de esa norma a otras situaciones no incluidas en su presupuesto aplicativo) y la analogía *iuris* (que partiendo de varias normas induce un principio general que utiliza luego para restringir el mandato de otra norma que abarca más que lo que reclaman esos principios inherentes a otras normas del sistema).

¹⁵⁵ J. MARTÍN FERNÁNDEZ y P.M. HERRERA MOLINA: «El fraude a la ley tributaria...», *op. cit.*, pág. 33.

¹⁵⁶ En este sentido, K.H. FRIAUF («Posibilidades y límites...», *op. cit.*, pág. 346) afirmaba que el perfeccionamiento del derecho tributario realizado por la Administración fiscal y por los Tribunales fiscales como tiene como frontera superior el hecho de que «no puede conseguir nada que no pudiera conseguir igualmente el legislador, tiene que atenerse (por lo menos) a los límites constitucionales a que está sometida también la jurisprudencia».

¹⁵⁷ En igual sentido K.H. FRIAUF («Posibilidades y límites...», *op. cit.*, págs. 22-23) si bien para el argumento analógico en general (sin distinguir entre analogía *legis* y analogía *iuris*).

2. Aunque las dos suponen un desenvolvimiento del Derecho partiendo de la ley, la analogía *iuris* crea una nueva máxima de decisión mientras que la analogía *legis* extiende el ámbito de aplicación de una regla ya existente. Por ello la analogía *iuris* es contraria al principio de legalidad en su vertiente de tipicidad en la imposición, sobre todo en los casos en los que el propio legislador no podría dar eficacia retroactiva a esa máxima de decisión que surge del razonamiento analógico si quisiera positivizarla.

En cambio, la analogía *legis* no plantea objeciones desde las exigencias de seguridad jurídica que se encuentran detrás del principio de tipicidad en la imposición con lo que cabría admitir la utilización del razonamiento analógico en la aplicación de las normas tributarias siempre que:

- Se pueda concluir de forma no arbitraria con los criterios de interpretación jurídica que la finalidad de la norma concreta y su justificación subyacente reclaman una igualdad de tratamiento para el caso no regulado por presentar ambos una misma ratio *legis* suficiente.
 - No se trate de las normas referidas en el artículo 14 de la LGT/2003.
3. La prohibición contenida en el artículo 14 de la LGT/2003, en lo que se refiere al hecho imponible (entendiendo por tal la referencia a las normas reguladoras de su elemento material), encuentra su justificación en que, por un lado, es en este ámbito donde la libertad del legislador, al decidir qué manifestaciones de capacidad contributiva desea someter a imposición, es más amplia y en que, por otro lado, es difícil dilucidar en estas normas una finalidad secundaria distinta a la general contributiva o a la genérica función que desempeña el tributo de que se trate en el ordenamiento tributario. Cuando se trata de normas reguladoras de exenciones e incentivos fiscales, la prohibición contenida en el artículo 14 de la LGT/2003 puede encontrar su razón de ser en el hecho de que, con frecuencia, se trata de normas con un presupuesto de hecho exclusivo, cuya finalidad se agota en la propia disposición.
 4. La prohibición del recurso a la analogía en el artículo 14 de la LGT/2003, así justificada, se extiende tanto a los casos en los que la labor aplicativa se desarrolla dentro de los límites de la interpretación, como a los casos en que excedidos dichos límites, se enmarca en un proceso de integración, si es que es posible delimitar ambos procesos.

Bibliografía

- AA.VV. [2002]: «I Jornada metodológica "Jaime García Añoveros" sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario», *IEF Documentos* n.º 11.
- [2005]: *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. [1979]: *Derecho Financiero y Tributario*, Madrid, Escuela de Inspección financiera y tributaria.
- ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E. [1987]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- AMATUCCI, A. [1984]: «La aplicación analógica de la norma de Derecho financiero», *HPE*, n.º 86.
- ASOREY, R.O. [1990]: «El principio de seguridad jurídica en el Derecho tributario», *REDFC*, n.º 66.
- ATALIBA, G. [1988]: «Seguridad jurídica», *REDFC*, n.º 59, julio-septiembre.
- ATIENZA, M. [1985]: «Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.º 2, págs. 223-229, disponible en la Biblioteca Virtual de Miguel de Cervantes.
- [1986]: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. [2000]: *Ilícitos atípicos*, Trotta.
- BÁEZ MORENO, A. [2009]: «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Crónica Tributaria*, n.º 133.
- [2009]: *Los negocios fiduciarios en la imposición sobre la renta*, Aranzadi, Pamplona.
- [2010]: «Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario», en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, tomo I, Aranzadi, Pamplona.
- CALVO ORTEGA, R. [2007]: *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario, Parte General*, 11.ª ed., Thomson Reuters-Civitas.
- CARRASQUER CLARÍ, M.L. [2002]: *El problema del fraude a la ley en el Derecho tributario*, Tirant lo Blanch, Monografías, n.º 213, Valencia.
- CASADO OLLERO, G. [2000]: «Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración fiscal», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 16, 3.ª época, septiembre.
- CERVERA TORREJÓN, F. [1976]: «La retroactividad de la norma tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero* Civitas, n.º 10, abril-junio.
- COMBARROS VILLANUEVA, V.E. [1984]: «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de propiedad económica en el Impuesto sobre el Patrimonio)», *CREDF*, n.º 44, octubre-diciembre.
- DÍEZ PICAZO, L. [1999]: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel S.A., Editorial-Ensayo, 3.ª edición.
- FALCÓN Y TELLA, M.J. [1991]: *El argumento analógico en el Derecho*, Civitas.
- FALCÓN Y TELLA, R. [1984]: «El Decreto-ley en materia tributaria», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 10.
- [1993]: «Interpretación económica y seguridad jurídica», *Crónica Tributaria*, n.º 68.

- «El fraude de ley como técnica para gravar determinadas economías de opción (I): su radical diferencia con los supuestos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil», editorial *Quincena Fiscal*, Aranzadi, n.º 17.
 - «El fraude de ley como técnica para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura», editorial *Quincena Fiscal* (Aranzadi), n.º 18.
 - [1999]: «Un principio fundamental del Derecho tributario: la reserva de ley», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 104.
- FALCÓN Y TELLA, R. y ZORNOZA PÉREZ, J. [1984]: «La retroactividad de las normas tributarias; especial referencia a las normas interpretativas», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 43.
- FERREIRO LAPATZA, J.J. [1993]: «El principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo», *Crónica Tributaria*, n.º 68.
- [1995]: «Reflexiones sobre derecho tributario y técnica jurídica», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 85.
 - [2001]: «Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal», *Quincena Fiscal* (Aranzadi), n.º 8.
 - [2003]: «El abuso de la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria», *Quincena Fiscal* (Aranzadi), n.º 11.
 - [2006]: *Curso de Derecho Financiero Español. Instituciones*, Marcial Pons, 25.ª edición.
- FRIAUF, K.H. [1984]: «Posibilidades y límites del perfeccionamiento jurídico en el derecho tributario», *Hacienda Pública Española*, n.º 86.
- GARCÍA AMADO, J.A. [2001]: «Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho», *Doxa*, n.º 24.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [1984]: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas.
- GARCÍA FRÍAS, A. [2010]: «La retroactividad de la Ley Tributaria y sus límites constitucionales», en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, tomo I, Aranzadi, Pamplona.
- GARCÍA NOVOA, C. [2000]: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- [2004]: *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- GIANNINI, M.S. [1984]: «La interpretación y la integración de las leyes tributarias», *HPE*, n.º 86.
- GÓMEZ LANZ, J. [2006]: *La interpretación de la expresión en perjuicio de en el Código Penal*, Dykinson.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. [1982]: «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria», en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*, vol. I, Edersa, Madrid.
- [1984]: «La admisión de la analogía en los Derechos tributarios italiano y alemán», *Hacienda Pública Española*, n.º 86.
 - [1997]: *La interpretación de las normas tributarias*, Aranzadi, Pamplona.
 - [2001]: *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ TOBARRA, P. y JIMÉNEZ CARBAJO, J.R. [2009]: «El principio de legalidad: los principios de reserva de ley, irretroactividad y tipicidad» en AA.VV. *Manual de Derecho administrativo sancionador, T. I. Parte General*, Aranzadi, Pamplona.
- HELSEN, A. [2005]: *Derecho Tributario*, traducción y Estudio Preliminar por Andrés BÁEZ MORENO, María Luisa GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y Enrique ORTIZ CALLE, Marcial Pons.
- HERRERA MOLINA, P. M. y MARTÍN FERNÁNDEZ, J. [2002]: «El fraude a la ley tributaria en el Derecho español» en la obra colectiva SOLER ROCH, M.T. y SERRANO ANTÓN, F. (dir.).

- HERRERA MOLINA, P. M. [2003]: «Metodología del Derecho Financiero y Tributario», *IEF Doc*, n.º 26.
- JIMÉNEZ COMPAIRE, I. [1997]: «Seguridad jurídica y retroactividad de las normas tributarias: una primera declaración de inconstitucionalidad», *Quincena Fiscal*, n.º 8, abril.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A. [1994]: «La Ley de Presupuestos: seguridad jurídica y principios de relación entre normas», *CREDF*, n.º 82, abril-junio.
- KELSEN, H. [2009]: *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México.
- LARENZ, K. [2001]: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel.
- LARRAZ ESCOBAR, J.A. [1952]: «Metodología aplicativa del Derecho tributario», *Revista de Derecho Privado*.
- LETE DEL RÍO, J.M. [2003]: «Reflexiones sobre la analogía», *La Ley, AC*, n.º 4, 20 al 26 de enero.
- MARÍN BENÍTEZ, G. [2006]: «Los particulares y el proceso urbanizador: asimetrías en la consideración empresarial de los urbanizadores de terrenos a efectos del IVA y del IRPF», *RCyT. CEF*, n.º 283.
- MORILLO MÉNDEZ, M. [1996]: «La analogía en la aplicación de las normas tributarias», *Impuestos*, Tomo II, pág. 1.006.
- MOSCHETTI, F. [1984]: «Las exenciones fiscales como "normas-límite" susceptibles de interpretación analógica», *Hacienda Pública Española*, n.º 86.
- PALAO TABOADA, C. [1976]: «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en VV.AA.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro (II)*, Tecnos, págs. 375-426.
- [1988]: «Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 88.
 - [1995]: «Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias», *Crónica Tributaria*, n.º 73.
 - [1997]: «Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1.
 - [2004]: «Nueva visita al principio de capacidad contributiva», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 124.
 - [2009]: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Lex Nova, Valladolid.
- PÉREZ ROYO, F. [1985]: «Principio de legalidad, deber de contribuir y Decretos-leyes en materia tributaria», *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 13.
- [1991]: «Comentario al artículo 24 de la Ley General Tributaria», en: (AA.VV.): *Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*, vol. I, Madrid, IEF.
 - [2008]: *Manual de Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Civitas, Pamplona.
- ROSEMBUJ, T. [1996]: *La simulación y el fraude de ley en la nueva Ley General Tributaria*, Marcial Pons, Madrid.
- [1999]: *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, 2.ª ed., Madrid.
- RUIZ ALMENDRAL, V. [2006]: «El fraude de la Ley Tributaria a examen. Los problemas de la aplicación práctica de la norma general anti-fraude del artículo 15 de la LGT a los ámbitos nacional y comunitario», Aranzadi, Navarra.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y SEITZ, G. [2004]: «El fraude a la Ley Tributaria (Análisis de la norma española con ayuda de la experiencia alemana)», *RCyT. CEF*, 257-258, n.º 53.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y ZORNOZA PÉREZ, J. [2005]: «Interpretación, calificación, integración y medidas anti-elusión en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en VV.AA.: «La reforma de la Ley General Tributaria», CGPJ, págs. 11-84.

- SAINZ DE BUJANDA, F. [1993]: *Lecciones de Derecho Financiero*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 8.ª edición.
- SAINZ MORENO, F. [1976]: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.
- SALGUERO, M. [2002]: *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid.
- SÁNCHEZ PINO [2001]: «Exigencias de la seguridad jurídica en materia tributaria», *CREDF*, n.º 109-110.
- SERRANO ANTÓN, F. y SOLER ROCH, M.T. (dir.) [2002]: *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SIMÓN ACOSTA, E. [1985]: *El Derecho Financiero y la Ciencia Jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- [2010]: «Reflexiones sobre los fundamentos de la legalidad y la reserva de ley en el Derecho Tributario», en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, tomo I, Aranzadi, Pamplona.
- SIOTA ÁLVAREZ, M. [2008]: «Analogía y fraude a la ley tributaria», *Revista Española de Derecho Financiero*, Civitas, n.º 139.
- [2010]: *Analogía e interpretación en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid.
- TIPKE, K. [1982]: «Límites a la integración en el Derecho Tributario. Reunión de la Asociación Alemana de Derecho Tributario (Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft) y resultados de la misma», trad. de C. PALAO TABOADA, Civitas, *REDF*, n.º 34.
- VANONI, E. [1973]: *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, trad. de Juan Martín Queralt, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- VILLAR EZCURRA, M. [2000]: «La analogía en la interpretación de las normas tributarias», *BICAM*, n.º 16, 3.ª época, septiembre 2000.
- [2010]: «La analogía en la aplicación de las normas tributarias», en la obra colectiva *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. Tomo I*. Aranzadi, Pamplona.

NOVEDADES EN ASISTENCIA MUTUA: LA DIRECTIVA 2010/24/UE Y EL REAL DECRETO-LEY 20/2011

JAVIER BAS SORIA

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

EN el siguiente trabajo, el autor realiza un estudio de las principales novedades introducidas en la asistencia mutua en materia de recaudación por la Directiva 2010/24/UE, que debía ser objeto de incorporación en sus legislaciones por los Estados miembros antes del 1 de enero de 2012, así como las particularidades de la transposición realizada en nuestro país por el Real Decreto-Ley 20/2011.

Este estudio supone por tanto un análisis del fundamento y alcance de las modificaciones operadas en la Ley General Tributaria como consecuencia de la inclusión en la misma de los aspectos fundamentales de la asistencia mutua en materia de recaudación.

Palabras clave: asistencia mutua, recaudación, medidas cautelares y actuaciones conjuntas.

INNOVATIONS IN MUTUAL ASSISTANCE: THE DIRECTIVE 2010/24/EU AND THE REAL DECRETO-LEY 20/2011

JAVIER BAS SORIA

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

In the following paper, the author makes a study of the main novelties introduced by Directive 2010/24/EU Mutual Assistance in tax collection, that should be object of incorporation in their national legislation by the Member States before 1st January 2012, as well as the particularities of the transposition carried out in our country by Real Decreto-Ley 20/2011, that should be object of incorporation in their national legislation by the Member States before 1 January 2012, as well as the particularities of the transposition carried out in our country by Real Decreto-Ley 20/2011.

This study is an analysis of the basis and scope of the changes operated in the General Tax Law as a result of the inclusion in it of the fundamental aspects of mutual assistance in tax collection.

Keywords: mutual assistance, tax collection, precautionary measures and joint actions.

Sumario

1. El marco de la asistencia mutua en materia de recaudación.
2. Disposiciones generales en materia de asistencia mutua.
3. Intercambio de información.
 - 3.1. Solicitudes de información.
 - 3.2. Presencia y participación en las investigaciones administrativas: las actuaciones conjuntas.
4. Asistencia para la notificación de documentos.
5. Medidas de cobro.
 - 5.1. Peticiones de cobros.
 - 5.2. Instrumento uniforme de ejecución.
 - 5.3. Litigios en las peticiones de cobro.
 - 5.4. Medidas cautelares.
 - 5.5. Terminación del procedimiento de asistencia en el cobro de créditos.
6. Conclusiones.

1. EL MARCO DE LA ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA DE RECAUDACIÓN

Las libertades fundamentales comunitarias permiten a los ciudadanos comunitarios desplazarse por los Estados miembros a los efectos de ejercer actividades económicas (libertad de establecimiento) o trabajos dependientes (libre circulación de trabajadores); la libertad comunitaria de circulación de capitales permite desplazar los capitales propios entre los Estados miembros; y la libre prestación de servicios permite a empresarios y profesionales comunitarios ofrecer y prestar servicios en todo el ámbito territorial de la comunidad sin necesidad de establecerse en territorios distintos de aquel donde tienen su sede.

Todas estas libertades son fuente potencial de problemas tributarios: los ciudadanos comunitarios pueden incurrir en deudas tributarias en Estados distintos de aquellos donde están radicados, incluso, con malicia, pueden usar estas libertades para sustraerse a la acción recaudatoria de las Administraciones.

También, la existencia de unos recursos tributarios propios comunitarios, que deben ser percibidos por los Estados miembros, o de otros tributos, armonizados a nivel comunitario, son razones que apoyan la necesidad de una mayor colaboración entre los Estados miembros para percibir los ingresos tributarios liquidados por uno de ellos.

Ciertamente, esta es una preocupación de un ámbito más amplio que el comunitario, como pone de manifiesto la existencia de convenios multilaterales en otros ámbitos (Convenio OCDE de asistencia mutua en materia de recaudación) y aun la introducción de una cláusula específica de colaboración en materia de recaudación en el modelo de Convenio OCDE para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio (art. 27 del Convenio), aunque los avances en el ámbito comunitario son más relevantes.

La primera materialización de la asistencia mutua en materia de recaudación en el ámbito comunitario, restringida a los recursos propios tradicionales, fue la Directiva 76/308/CEE. Esta Directiva fue extendiendo su ámbito de aplicación, sucesivamente, al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (Directiva 79/1071/CEE) y a los Impuestos Especiales (I.E.E.) (Directiva 92/12/CEE y Directiva 92/108/CEE). Fue también objeto de varias modificaciones, que aconsejaron su refundición en un nuevo texto, constituido por la Directiva 2008/55/CE.

La Directiva 76/308/CEE estuvo acompañada de una Directiva de desarrollo dictada por la Comisión (Directiva 77/794/CEE) en la que se establecían las modalidades prácticas para la aplicación de la misma. Considerando la Comisión que este instrumento no era el más adecuado para el

desarrollo, al precisar la aplicación práctica de la asistencia mutua una mayor homogeneidad de la que proporciona una Directiva, se decidió sustituir la misma por un reglamento, que fue el Reglamento (CE) n.º 1179/2008, ya que esta norma es objeto de aplicación directa en todos los Estados miembros sin necesidad de transposición por los Estados miembros. El contenido de este reglamento se centra, de forma especial, en los requisitos procedimentales de las peticiones de asistencia mutua, como son, la formulación de todas las peticiones por vía electrónica, la obligatoriedad de remitir acuses de recibo por la autoridad requerida y los plazos para ello, los plazos para llevar a cabo la actuación solicitada, así como información que se debe ofrecer sobre el curso del procedimiento, otros informes que deben emitir las Administraciones sobre las incidencias en el procedimiento, etc.

El marco constituido por la Directiva 2008/55/CE, todo y su utilidad, necesitaba de determinadas reformas tendentes a la ampliación de su ámbito de aplicación. Se pretendía así alcanzar la totalidad del sistema tributario y de los diferentes conceptos que pueden exigirse en relación con los tributos, como intereses, recargos o sanciones, y fomentar medidas más efectivas de colaboración, como actuaciones conjuntas. Todo ello ha sido plasmado en la Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

La transposición de esta norma a nuestro ordenamiento nacional se ha efectuado, fundamentalmente, mediante la introducción de un nuevo Capítulo VI, relativo a la asistencia mutua, en el Título III, «La aplicación de los tributos», de la Ley General Tributaria (LGT). Este capítulo se abre con el artículo 167 bis que ahora examinamos.

La primera cuestión que llama la atención es la forma elegida para la transposición. Hasta el momento, la asistencia mutua en materia de recaudación era un asunto codificado en normas independientes y de rango reglamentario. Así, su texto fundamental era el Real Decreto 704/2002, de 19 de julio, por el que se incorporan las modificaciones de determinadas Directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación. Su desarrollo normativo, asociado a la Directiva de desarrollo, por tanto, prácticamente innecesario tras la sustitución de esta por el Reglamento (CE) n.º 1179/2008, era la Orden HAC/2324/2003, de 31 de julio, por la que se establecen normas detalladas para la aplicación de las disposiciones referentes a asistencia mutua en materia de recaudación, en desarrollo del Real Decreto 704/2002, de 19 de julio. La transposición de la nueva Directiva 2010/24/UE se ha realizado, fundamentalmente, mediante la incorporación de un capítulo en la LGT, lo que supone elevar el rango normativo de la transposición. Pero además, frente al texto independiente, la transposición se integra dentro del contenido de la LGT; así, aunque la parte fundamental esté constituida por el mencionado Capítulo VI del Título III de la LGT, se incorporan a todo lo largo de esta otras normas que sirven para la completa transposición. Además, esta transposición pasa a cubrir un campo más amplio que el de la propia norma comunitaria, ya que no será, exclusivamente, la asistencia mutua comunitaria la que se va a atender mediante estos procedimientos, también la asistencia derivada de los convenios bilaterales de doble imposición o la prevista en otros convenios multilaterales que se puedan suscribir será atendida por el procedimiento previsto en esta norma. No obstante, en aquello que no prevé la propia LGT, que, como veremos, hace un relativo abandono de determinadas cuestiones, como las peticiones de asistencia que dirige la Administración española a otros Estados miembros, seguirá aplicándose el Real Decreto 704/2002.

2. DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE ASISTENCIA MUTUA

El artículo 177 bis de la LGT supone la incorporación al ordenamiento nacional de las disposiciones generales contempladas en el artículo 1 de la Directiva. También recoge de forma detallada el contenido fundamental de la asistencia mutua que, ausente en el artículo 1 de la Directiva, se desarrolla en preceptos posteriores de esta: el intercambio de información y la recaudación de créditos, incluyendo dentro de esta finalidad recaudatoria la posibilidad de adoptar medidas cautelares (como veremos, olvida de esta enumeración las peticiones de notificación de documentos, que también es contenido de la asistencia mutua) aunque también se incluye una mención a «otros fines previstos en la normativa reguladora de dicha asistencia» que permitiría incluir nuevas actividades que se previeran en el marco de la asistencia mutua. Pero también se recoge que la asistencia mutua es un camino de doble vía: la asistencia mutua sirve tanto para solicitar el auxilio o colaboración de otros Estados miembros en la recaudación de las propias, como para que las deudas de otros Estados sean cobradas por la Administración española en asistencia mutua.

Añade, como medida puramente nacional, que la asistencia mutua es materia de aplicación de los tributos, lo que resulta indudable, ya que se define esta por oposición a la de resolución de recursos y reclamaciones. No obstante, la asistencia mutua adquiere una sustantividad propia. Tradicionalmente se ha considerado un mero apartado dentro de las funciones de recaudación, y ahora se incluye como un capítulo independiente en el Título III de la LGT, al mismo nivel que las actuaciones de gestión (Capítulo III del Título III), recaudación (Capítulo V del Título III) e inspección (Capítulo IV del Título III). Ahora bien, esta sustantividad propia no tiene que suponer, a nuestro juicio, la atribución de las funciones de asistencia mutua a un orden independiente de órganos, como ocurre con gestión, recaudación e inspección. Así se deriva del apartado 3 del artículo 5 del Reglamento General de Recaudación (RGR) que dispone que «La gestión recaudatoria que deba realizarse por el Estado español a favor de otros Estados o de otras entidades internacionales o supranacionales, en virtud de normas sobre asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea o en el marco de los convenios para evitar la doble imposición o de otros convenios internacionales, se llevará a cabo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria». Encuentra ahora mismo base legal este precepto en el apartado 3 del artículo 5 de la LGT, introducido por el Real Decreto-Ley 20/2011, y que señala que «corresponden a la Agencia Estatal de Administración Tributaria las competencias en materia de aplicación de los tributos derivadas o atribuidas por la normativa sobre asistencia mutua».

En cuanto a la forma de realizar las actuaciones y procedimientos que deban seguirse por la Administración española como consecuencia de las peticiones de asistencia mutua recibida, dispone este artículo que, salvo las especialidades que contempla el propio Capítulo VI, se aplicarán las normas generales contenidas en los restantes capítulos del Título III. Así, por ejemplo, la obtención de información se regirá, además de por los artículos 177 ter, quáter y quinquies, por los artículos 93, 94, 95, 142 y 162 de la LGT.

Por otra parte, se destaca que esta remisión no supone que puedan usarse todas las facultades que el ordenamiento le concede a la Administración nacional para satisfacer los requerimientos de asistencia mutua, sino que dentro de las facultades que se conceden a los órganos administrativos, se emplearán únicamente aquellas que exigen las obligaciones que se asumen por asistencia mutua; es

decir, que no estará la Administración española dispuesta a realizar nada más allá de lo que proceda con arreglo al convenio o norma que sirva de base (debemos recordar que la asistencia mutua que se contempla en este capítulo puede tener su origen en normas sobre asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea o en el marco de los convenios para evitar la doble imposición o de otros convenios internacionales, cada una de ellas con un alcance potencialmente distinto), aunque la norma española le permita realizar más. Otra cosa distinta es, a nuestro juicio, que cuando se actúe más allá de aquello a lo que se está obligado con arreglo a las normas internacionales que sirvan de base, pero dentro del ámbito de competencias propias según la norma nacional del órgano actuante, pueda considerarse que existe algún vicio que pueda invalidar la actuación.

Llama la atención en este capítulo la ausencia de una enumeración de los créditos incluidos en el ámbito de la asistencia mutua, lo que siempre ha sido una de las cuestiones esenciales de la normativa comunitaria y nacional. Se debe esta ausencia, en primer lugar, al cambio de criterio de la normativa comunitaria, que tradicionalmente seguía el sistema de lista, recogiendo la Directiva de base una enumeración de los tributos para los que se podía solicitar la asistencia mutua. La Directiva 2010/24/UE frente a este sistema utiliza una definición de carácter general de los conceptos para los que se puede solicitar asistencia mutua:

- Impuestos y derechos de todo tipo recaudados por un Estado miembro, sus subdivisiones territoriales o administrativas, comprendidos los entes locales, o en su nombre, o por cuenta de la Unión.
- Las devoluciones, intervenciones y otras medidas que formen parte del sistema de financiación total o parcial del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), incluidos los importes que hayan de recaudarse en el marco de estas acciones.
- Las exacciones y otros derechos previstos en la organización común de mercado del sector del azúcar.

Para estos impuestos y derechos se permite, además, que la asistencia cubra no solo el importe de la cuota tributaria, sino otros conceptos conexos (formen o no parte de la deuda tributaria), como los intereses y gastos conexos y las sanciones administrativas, multas, tasas y recargos conexos a los créditos, liquidados por las autoridades administrativas competentes para la comprobación, investigación o recaudación de los impuestos o por órganos administrativos o judiciales a petición de estas autoridades administrativas.

Se completa esta enumeración con una lista de conceptos que no quedan cubiertos por la asistencia mutua:

- Las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social pagaderas al Estado miembro o a una subdivisión del Estado miembro o a las instituciones de la Seguridad Social de derecho público.
- Las tasas.

- Las deudas de carácter contractual como el pago de servicios públicos.
- Las sanciones penales impuestas sobre la base de una actuación del ministerio público.

La norma nacional ha decidido no realizar una transposición expresa de estas previsiones, aunque se contiene la esencia de este precepto en el artículo 1 de la LGT, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 20/2011, que dispone: «Esta ley establece, asimismo, los principios y las normas jurídicas generales que regulan las actuaciones de la Administración tributaria por aplicación en España de la normativa sobre asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea o en el marco de los convenios para evitar la doble imposición o de otros convenios internacionales. A los efectos de esta ley, se entenderá por asistencia mutua el conjunto de acciones de asistencia, colaboración, cooperación y otras de naturaleza análoga que el Estado español preste, reciba o desarrolle con la Unión Europea y otras entidades internacionales o supranacionales, y con otros Estados en virtud de la normativa sobre asistencia mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea o en el marco de los convenios para evitar la doble imposición o de otros convenios internacionales. La asistencia mutua podrá comprender la realización de actuaciones ante obligados tributarios. La asistencia mutua a la que se refiere este apartado participa de la naturaleza jurídica de las relaciones internacionales a las que se refiere el artículo 149.1.3.^a de la Constitución.»

Ciertamente la LGT no contiene, más allá de la previsión del apartado 1 del artículo 1, una enumeración de los recursos del sistema tributario a los que resulta de aplicación. Se establece, eso sí, que se trata de una norma de carácter básico y que se aplica al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales (sin perjuicio de las especialidades propias que puedan existir en estos ámbitos). Se desarrolla en la propia LGT los conceptos conexos, intereses, recargos y sanciones, que pueden exigirse junto con las cuotas tributarias y como consecuencia de la aplicación de los tributos. Finalmente se señala expresamente que la LGT no resulta de aplicación a los recursos públicos de la Seguridad Social (disp. adic. segunda). En conjunto, resulta claro que este ámbito de aplicación es el propio de la asistencia mutua, por lo que la mera mención incluida en el apartado segundo del artículo 1 de la LGT supone, a nuestro juicio, una transposición de esta previsión.

El artículo 3 de la Directiva recoge una serie de definiciones para la aplicación de la Directiva. Se definen, en primer lugar, los conceptos de autoridad requirente y de autoridad requerida, que serán los órganos que están habilitados por las respectivas administraciones para cursar y recibir las solicitudes de asistencia mutua. Es una decisión de la normativa comunitaria, razonable por otra parte, que no todos los órganos de recaudación nacional que estén siguiendo una actuación tributaria y que precisen de la asistencia de las autoridades de otro Estado miembro puedan dirigirse a la Administración de otro Estado miembro para solicitar su intervención. Resulta lógico que se arbitre una autoridad nacional única para cursar y recibir las peticiones, tanto porque esto simplifica el procedimiento, permitiendo que todas las autoridades nacionales sepan quién es su interlocutor en la otra Administración, como por razones de eficacia y eficiencia, ya que se trata de un procedimiento formal, con una serie de documentos normalizados y procedimientos de relación, y la autoridad nacional competente está más acostumbrada a «lidiar» con este procedimiento y a verificar que los documentos remitidos o recibidos para la asistencia mutua se ajustan a los modelos previstos, sin perjuicio de que después las actuaciones materiales se lleven a cabo por otros órganos administrativos.

Este precepto no ha sido objeto de transposición expresa en la LGT. Es lógico, ya que se trata de una mera cuestión de organización administrativa, que no es contenido propio de la LGT; y, además, ya se encuentra vigente un conjunto normativo que, en lo que no se oponga a la propia LGT, debe seguir aplicándose. Así, en el artículo 4 del Real Decreto 704/2002 dispone que el órgano competente para formular peticiones de asistencia o para recibirlas es el Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Esta competencia, como sabemos, no supone que las actuaciones materiales se lleven a cabo por el propio Departamento; añade el citado precepto que el Departamento remitirá a los órganos competentes para llevarla a cabo que se encargarán de su ejecución material. En este sentido, cabe recordar que el artículo 177 bis de la LGT dispone que en lo no previsto de forma expresa en materia de asistencia mutua, serán de aplicación las restantes normas de la LGT (y sus normas de desarrollo) que regulan la forma y procedimiento de las actuaciones que deban llevarse a cabo; lo que sirve como remisión a las normas competenciales dictadas en desarrollo de la LGT para determinar el órgano competente para realizar cada actuación material procedente.

También se incluye en el artículo 3 de la Directiva 2010/24/UE la definición de «persona», término que se utiliza para identificar a los sujetos a los que se referirá la solicitud de asistencia mutua. La novedad que introduce este concepto en la norma comunitaria es que, además de a personas físicas o jurídicas, las solicitudes pueden referirse a determinadas asociaciones de personas a las que el ordenamiento respectivo reconozca capacidad para realizar actos jurídicos, aun careciendo de personalidad jurídica, o a cualquier otro ente, tanto si tiene personalidad jurídica como si no, que posea o que administre activos que, incluida la renta derivada de los mismos, esté sujeto a cualquiera de los impuestos contemplados por la Directiva.

Esta cuestión es, en nuestro ordenamiento nacional, un tema clásico. El artículo 35.4 de la LGT prevé que «tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición». Nuestro ordenamiento recoge, por tanto, una previsión muy similar que permite atribuir, en función del cumplimiento de unos requisitos bastante amplios, la condición de obligado tributario. Las entidades más frecuentes son, sin duda, las que menos problemas dan, ya que tienen mención específica en el precepto que hace indudable su inclusión en el mismo: comunidades de bienes y herencias yacentes. Para las restantes entidades se predicen atributos generales y equiparables a los del precepto comunitario: unidad económica o patrimonio separado y susceptibilidad de imposición. La práctica nos demuestra que, aunque en principio cualquier figura susceptible de tener cabida en la figura ha sido objeto de gravamen, no ha sido esta la solución adoptada en todos los casos. Así, figuras extrañas, aunque encuadrables en esta expresión general, como el contrato de cuentas en participación, han sido excluidas de su tratamiento como entidad, quedando reflejadas como una mera relación obligacional entre los empresarios participantes [a título de ejemplo, podemos citar la Consulta de la Dirección General de Tributos V0295/2006, de 17 de febrero de 2006 (NFC022192)].

El contenido de este artículo 35.4 de la LGT es mucho más amplio que la mera atribución de la condición de sujeto pasivo, pues se trata de convertir en obligados tributarios, que deben, por tanto, cumplir con cualquier obligación tributaria que establezcan las leyes. En este sentido, el Real Decreto-Ley 20/2011 ha previsto expresamente que «También tendrán la consideración de obligados tribu-

tarios aquellos a los que se pueda imponer obligaciones tributarias conforme a la normativa sobre asistencia mutua», mención que indudablemente incluye a los entes sin personalidad citados en el artículo 35.4 de la LGT al que antes nos hemos referido. Se completa la transposición de este precepto con la introducción de un nuevo artículo 29 bis en la LGT que prevé que son obligaciones tributarias aquellas que deriven de la normativa sobre asistencia mutua. Añade este precepto que en el caso de su incumplimiento por los obligados tributarios de estas obligaciones, podrán imponerse las sanciones tributarias establecidas en la LGT.

Se cierra el artículo 3 de la Directiva 2010/24/UE, relativo a las definiciones, con las de medios electrónicos, conceptuados como aquellos medios que recurran a equipo electrónico para el tratamiento, incluida la compresión numérica y el almacenamiento de datos y que utilicen cables, transmisión por radio, tecnologías ópticas u otros medios electromagnéticos; y de «red RCC», que es la plataforma común basada en una red común de comunicaciones (RCC) creada por la Unión para todas las transmisiones por medios electrónicos entre las autoridades competentes en el ámbito aduanero y de la fiscalidad.

Estas dos definiciones atienden al hecho de que las relaciones entre las Administraciones en materia de asistencia mutua se realizarán por estas vías con carácter general. Puede utilizarse la transmisión por correo normal, aunque queda esta posibilidad para los casos en los que no sea posible por razones técnicas la utilización de los medios telemáticos (debemos destacar que la preferencia que contemplaba por esta vía el Reglamento 1179/2008 –art. 21– ha sido sustituida por una obligatoriedad, salvo imposibilidad justificada, de usar el medio electrónico en la Directiva 2010/24/UE –art. 21–).

Se transpone esta obligación por el artículo 177 septies de la LGT. Debe destacarse que su ámbito de aplicación es, como ya hemos tenido ocasión de examinar, más amplio que la mera transposición del citado precepto, pues la asistencia mutua se refiere, además de a la propia comunitaria, a la resultante de los convenios de doble imposición suscritos con dicha cláusula y a otros tratados multilaterales en los que se pueda prever la misma. Siguiendo el mismo principio que la Directiva, se establece una preferencia por los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, sin perjuicio de reconocer que cuando estén previstos otros medios en la normativa que regule la asistencia en cada caso, se seguirán, lógicamente, dichos medios.

3. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

3.1. Solicitudes de información

El primero de los auxilios posibles entre las Administraciones por la asistencia mutua es el denominado «intercambio de información». El intercambio de información permite a la autoridad requirente solicitar de la autoridad requerida datos que le sean útiles con la finalidad de obtener el cobro de un crédito tributario.

Ni la Directiva 2008/55/CE, ni el acto que la sustituye, la Directiva 2010/24/UE, señalan cuál es el contenido de la información que se puede solicitar al amparo de la asistencia mutua. Ambas pre-

fieren, en vez de una referencia a datos concretos que deben suministrarse, hacer referencia al procedimiento de captación. Así, la primera de las Directivas mencionadas establecía que para procurarse estas informaciones la autoridad requerida debía ejercer los poderes previstos por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas aplicables al cobro de créditos similares en el propio Estado. La Directiva 2010/24/UE parece haber querido subrayar esta obligación, aunque realmente no haya variado el contenido de la obligación. Así, se destaca la obligación de realizar una captación de la información, aunque no dispusiera de la misma por las necesidades de gestión propia de los créditos tributarios («A fin de proporcionar la citada información, la autoridad requerida dispondrá la realización de cuantas investigaciones administrativas se precisen para obtenerla») y se enuncian las excepciones que no podrán oponerse para la captación de la información: secreto bancario, secreto de instituciones financieras, condición de fiduciario (para comprender esta mención, debemos tener presente la importancia de estas figuras de fiducia en derechos basados en el sistema anglosajón, cuestión que nos es extraña a los Derechos continentales) o derecho a la propiedad de un tercero.

No obstante, después de todas estas precisiones, se prevé una limitación principal a la captación de información: la autoridad requerida no estará obligada a transmitir datos que no estuviere en condiciones de obtener para el cobro de créditos similares nacidos en el Estado miembro donde tenga su sede. Se establecen, además de la anterior, otras dos limitaciones en la Directiva 2010/24/UE al intercambio de información: que los datos revelen un secreto comercial, industrial o profesional o que su comunicación pudiere perjudicar la seguridad o el orden público de este Estado.

La falta de competencias para captar un dato es una cuestión bastante objetiva; sin embargo, las otras dos limitaciones (secreto comercial o afectación a la seguridad) son conceptos mucho más abiertos, casi conceptos jurídicos indeterminados, que pueden perjudicar en gran medida el correcto funcionamiento de la asistencia mutua. Quizá por una áspera experiencia cuando se invocan estas causas, el legislador comunitario en la Directiva 2010/24/UE ha querido subrayar que no deben invocarse estas causas a la ligera, estableciendo la obligación de informar a la autoridad requirente de los motivos por los que se opongan a atender a una petición de información.

El artículo 177 ter de la LGT constituye la transposición de cuanto acabamos de ver. El objeto del intercambio de información, según señala este precepto, son los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración en ejercicio de sus funciones. El tenor literal de este precepto nos remite al artículo 93 de la LGT, que permite a la Administración la genérica obtención de información, que se concreta en «datos, informes, antecedentes o justificantes». La única diferencia entre ambos preceptos es la referencia a los justificantes, que en este caso entendemos motivada en el hecho de que, al tratarse de un requerimiento de asistencia de otro Estado, no existe nada que justificar ante la Administración española, convirtiéndose por esta razón lo que pueden ser justificantes ante la Administración requirente en meros datos, informes o antecedentes para la Administración española. De esta forma, debemos entender que, tal y como exige la Directiva 2010/24/UE, la norma nacional de transposición prevé la obtención de información, a solicitud de otro Estado miembro, en las mismas condiciones en las que se permite su obtención en nuestro país, que son las condiciones previstas en el artículo 93 de la LGT.

El citado artículo 93 de la LGT exige que la información tenga trascendencia tributaria, lo que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe ser interpretado de forma amplia, siendo

posible la trascendencia indirecta e hipotética, lo que ocurrirá siempre que el dato requerido pueda servir a la aplicación de los tributos. Para mayor detalle, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 1994 (NFJ003556), que dispone que «El concepto de trascendencia tributaria ya fue precisado por esta Sección (Sentencia de 16 de mayo de 1990), considerando como tal la cualidad de aquellos hechos o actos que puedan ser útiles a la Administración para, con respeto a los derechos fundamentales, y de acuerdo con la ley, averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Constitución de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, y poder, en caso contrario, obrar en consecuencia». La naturaleza de la asistencia mutua, en la que la Administración española está actuando al requerimiento y en auxilio de otra Administración, obliga a precisar que la información podrá recabarse, tal y como señala la LGT, «incluso cuando la información solicitada no sea precisa para la determinación de sus tributos internos», lo que debemos entender como una trascendencia tributaria matizada: la aplicación de los tributos que requiere la información no es solo la nacional, sino la de otros Estados miembros.

En cuanto a la forma de obtener la información, el precepto, en línea con lo que establece la Directiva 2010/24/UE, señala que la Administración tributaria realizará las actuaciones que se precisen para obtenerla, siendo posible que la Administración utilice cualquiera de los mecanismos de obtención de información regulados en la LGT, que, como sabemos, son el suministro o la captación.

La Directiva añade que no serán razones oponibles a la solicitud de información que la misma obre en posesión de un banco, otra entidad financiera, una persona designada o que actúe como agente o fiduciario o porque afecte a los intereses de propiedad de una persona. Como sabemos, el artículo 93 de la LGT establece una obligación de información que alcanza a todas las personas públicas y privadas, que no permite excusarse invocando el secreto bancario, y que no conoce más excepción que el secreto del contenido de la correspondencia; el secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística; y el secreto del protocolo notarial, con excepción de los referentes al régimen económico de la sociedad conyugal. Es decir, no cabe duda de que la remisión tácita al artículo 93 de la LGT cubre sobradamente la exigencia de la Directiva.

Como sabemos, el artículo 93 de la LGT tiene el acompañamiento del artículo 95 de la LGT, sin el cual pierde su sentido. La información con trascendencia tributaria obtenida no puede utilizarse para otro fin que la aplicación de los tributos y no podrá ser utilizada ni cedida fuera de los supuestos establecidos en la propia LGT. En el caso de la información obtenida por vía de asistencia mutua y de la cedida a otros Estados miembros en asistencia mutua, se prevé, con carácter general, la misma limitación, tanto de forma general, por el motivo que ampara la petición recogido en el artículo 5 de la Directiva 2010/24/UE (la información debe ser «previsiblemente pertinente para la autoridad requirente a efectos del cobro de los créditos»), como de forma específica en el artículo 23 de citada Directiva («La información comunicada en cualquier forma con arreglo a la presente Directiva quedará cubierta por el secreto oficial y gozará de la protección otorgada a este tipo de información con arreglo al ordenamiento nacional de los Estados miembros que la reciban. La información podrá utilizarse a efectos de la aplicación de medidas de ejecución o de medidas cautelares en relación con créditos contemplados en la presente Directiva. Asimismo podrá utilizarse para el cálculo y aplicación de las cotizaciones obligatorias a la seguridad social»). Estas medidas garantizan, a nuestro juicio, el respeto a restricciones equiparables a las previstas en el citado artículo 95 de la LGT para la cesión de información.

Prevé, no obstante, la Directiva un supuesto particular de cesión de la información, también en el artículo 23, antes citado: «Cuando la autoridad requirente o la autoridad requerida considere que la información obtenida en aplicación de la presente Directiva pueda resultar de utilidad, a los efectos contemplados en el apartado 1, a un tercer Estado miembro, podrá remitir dicha información a dicho tercer Estado, siempre que la transmisión se realice de conformidad con las normas y procedimientos que se establecen en la presente Directiva». Se prevé, además, que en estos casos el Estado miembro de origen de la información sea informado de la cesión prevista, pudiendo oponerse a ello dentro de un plazo de diez días laborables a partir de la fecha en que haya sido informado de la intención de ceder la información. Estos extremos están igualmente previstos en el artículo 177 ter de la LGT, que prevé que España se oponga o ceda, en los términos previstos en la normativa de asistencia mutua, a la cesión de la información a un tercer Estado o a Organizaciones Internacionales, así como que se solicite autorización para la cesión a terceros al Estado origen de la información, de acuerdo con lo que hemos expuesto.

Debe subrayarse que, sin embargo, la información podrá cederse a terceros, dentro del territorio nacional, en las condiciones previstas en el artículo 95 de la LGT, sin necesidad de recabar autorización del Estado origen de la información. Es particularmente relevante esta matización si tenemos presente que la asistencia mutua puede solicitarse por las subdivisiones del Estado (CC.AA., EE.LL.) para la aplicación de sus tributos, aunque en todo caso se requerirá a través de la Administración del Estado, que es la única autoridad reconocida como requirente según el artículo 5 de la LGT.

3.2. Presencia y participación en las investigaciones administrativas: las actuaciones conjuntas

El cambio más relevante de la Directiva 2010/24/UE frente a su precedente (la Directiva 2008/55/CE) es la posibilidad de presencia o participación en las actuaciones administrativas que se desarrollen en un Estado miembro de funcionarios de otro Estado miembro, con el objeto de obtener información relevante para la percepción de créditos. Se contempla esta posibilidad en el artículo 7 de la misma. El mencionado precepto establece que tal presencia o participación se realizará en las condiciones previstas por la autoridad requerida, que en este caso es la del Estado donde se vayan a realizar las actuaciones.

Este precepto es objeto de incorporación a nuestro ordenamiento mediante dos preceptos del Capítulo VI del Título III de la LGT, el artículo 177 quáter, controles simultáneos, y el artículo 177 quinquies, presencia en las actuaciones de asistencia y en controles simultáneos.

En una primera lectura, puede parecer que el artículo 177 quinquies de la LGT sea la verdadera transposición del artículo 7 de la Directiva 2010/24/UE, lo que dejaría al artículo 177 quáter un tanto desubicado. Pero, como hemos mencionado anteriormente, la Directiva contempla que la presencia o la participación se produzca en determinadas ocasiones; el artículo 177 quáter de la LGT es el que fija tales condiciones en el ordenamiento nacional: para que pueda existir presencia o participación de funcionarios de otros Estados miembros, debe existir un control simultáneo, que es aquel en el que se pretende obtener información que es de interés para ambos Estados, es decir, que otros Estados pueden solicitar información en asistencia mutua, pero para que puedan participar, esa infor-

mación no solo debe juzgarse relevante para el Estado requirente, sino que debe ser también relevante para la Administración española.

Más dudosa resulta la previsión del segundo párrafo de este artículo 177 quáter de la LGT, que establece la posibilidad de que exista presencia o participación de funcionarios españoles en otros Estados miembros, cuando existan controles simultáneos en otros Estados. Como hemos reseñado, es el Estado requerido, esto es, aquel en el que se desarrollan las actuaciones, el que debe fijar las condiciones en las que pueden participar los funcionarios del Estado requirente. Esas condiciones, en España, son que exista una actuación de las que se han denominado «controles simultáneos»; pero el Estado requerido por España no tiene por qué haber establecido las mismas condiciones. Debemos entender, por tanto, este precepto como una mera voluntad de solicitar la participación de funcionarios españoles cuando se den las circunstancias para considerar que el control a desarrollar es un control simultáneo, aunque para que se haga efectiva tal participación, será necesario que el Estado requerido, en función de sus circunstancias particulares, permita que así sea.

El mencionado artículo 7 de la Directiva 2010/24/UE establece hasta cuatro posibilidades de presencia y actuación de los funcionarios de otros Estados miembros en las actuaciones para la obtención de información:

- Presencia en las oficinas donde desempeñen las funciones las autoridades administrativas del Estado requerido.
- Presencia en las investigaciones administrativas realizadas en el territorio del Estado miembro requerido.
- Presencia en las actuaciones judiciales que se realicen en el Estado miembro requerido.
- Posibilidad de entrevistar a personas y examinar registros en dichas actuaciones.

En todo caso, como sabemos, estas posibilidades de actuación se deben realizar en las condiciones que determine el Estado miembro requerido.

A nuestro juicio, los rasgos distintivos de estas posibilidades de actuación son los que a continuación se expondrán, utilizando como criterio principal para la exégesis de cuanto vamos a exponer que la finalidad de esta presencia es la obtención de información para hacer efectivos créditos nacionales. La presencia en las oficinas debe así traducirse como la posibilidad de utilizar los antecedentes y datos que la Administración requerida tenga a su disposición en las oficinas administrativas, sin necesidad de una actuación cerca de los contribuyentes. La presencia en los controles permite auxiliar y participar en las actuaciones que se realicen cerca de los obligados tributarios, con cualquier finalidad, por los órganos administrativos. La presencia en las actuaciones judiciales es de más complicada inteligencia en nuestro ordenamiento, en el que la Administración goza de un poder de autotutela administrativa; por el contrario, en otros sistemas jurídicos, la Administración no goza de tales privilegios, por lo que la ejecución de sus créditos debe seguirse ante jueces y tribunales, al igual que ocurre con la ejecución de cualquier otro ciudadano. A nuestro juicio, en este marco debe entenderse la presencia ante los órganos judiciales, al ser estos los que llevan a cabo las acciones para

la percepción del crédito tributario y es en ese marco donde se puede arbitrar la asistencia mutua. Finalmente, la referencia a la posibilidad de entrevistar y examinar registros permite concluir que, con carácter general, la presencia será de carácter «pasivo», término que debemos entender como una relación exclusiva con los funcionarios. Cuando se autorice esta posibilidad, se otorga un nuevo paso en la asistencia, ya que en las actuaciones con los contribuyentes podrán tener una conducta «activa», de relación directa con el contribuyente o con los documentos.

El artículo 177 quinquies realiza una incorporación que podemos calificar de «pobre» de este precepto, ya que únicamente recoge la posibilidad de presencia en las actuaciones de asistencia a otros Estados miembros. Sin perjuicio de una precisión posterior que pueda ofrecer la práctica, este precepto supone que el legislador ha optado por recoger solo la posibilidad de asistencia pasiva de los funcionarios de otros Estados miembros.

También se recoge la posibilidad de que se trasladen funcionarios en el marco de solicitudes de asistencia. Lógicamente con lo que hemos expuesto, la LGT no contiene mención sobre el contenido de estas actuaciones en las que podrán participar, ya que será la legislación del Estado requerido la que deberá precisar las posibilidades de actuación de los funcionarios españoles.

4. ASISTENCIA PARA LA NOTIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

La segunda de las colaboraciones típicas en la asistencia mutua es la solicitud de notificación de documentos, que se regula en el Capítulo III de la Directiva 2010/24/UE. Su contenido típico es la solicitud, formulada por las autoridades de un Estado, a otro Estado miembro, para que se notifiquen al destinatario todos los documentos, comprendidos los judiciales, que emanen del Estado requirente y se refieran a créditos tributarios o a su cobro. En este punto, el actual artículo 8 de la Directiva no difiere del artículo 5 de la precedente Directiva 2008/55/CE.

Tampoco ha variado sustancialmente de la Directiva 2008/55/CE a la Directiva 2010/24/UE, aunque se haya sistematizado, la documentación que se debe acompañar a la petición de notificación, ya que es esencialmente la misma.

Por el contrario hay varias cuestiones novedosas. La primera atiende a una de las preocupaciones que ha subyacido en el procedimiento de asistencia mutua. La petición de asistencia en la notificación debe cursarse únicamente en caso de que se sea incapaz de realizar la notificación en el Estado miembro requirente, o cuando la notificación conlleve dificultades desproporcionadas. Era una queja velada, pero recurrente, de determinados Estados que, otros, tan pronto como se encontraban ante un obligado de otro Estado miembro, se desentendían de sus funciones y acudían a la asistencia mutua, que les entregaba el trabajo hecho sin esfuerzo alguno, sin haber agotado previamente las posibilidades propias de actuación. El legislador comunitario ha querido llamar la atención sobre esta forma de comportamiento desviada del objetivo de la asistencia; aunque, con algo de suspicacia, no creemos que vaya a significar demasiado este aviso, pues no va acompañado de medidas para verificar que, efectivamente, se cumpla este requerimiento (curiosamente, y como nota para abrir los

ojos a algún lector malpensado y cargado de prejuicios, la queja la manifestaban muchos Estados del sur de Europa contra los Estados del norte, que eran los que formulaban alegremente solicitudes de asistencia mutua; España, por ejemplo, es un receptor habitual de solicitudes y tiene un alto grado de efectividad en el cumplimiento de estas).

Tampoco indicaba la Directiva 2008/55/CE la forma en la que debía realizarse la notificación. El artículo 9.1 de la Directiva 2010/24/UE indica claramente que la notificación se efectuará con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias y a las prácticas administrativas nacionales en vigor en el Estado miembro requerido. Solventa la duda sobre las posibilidades de impugnación de tal notificación el artículo 14 de la Directiva 2010/24/UE, que somete estas cuestiones a los órganos de impugnación del Estado requerido. Es la única alternativa lógica, ya que difícilmente podría dirigirse y ganarse una impugnación en el Estado requirente basada en el quebrantamiento de las formas que rigen la notificación en el Estado requerido, si este certifica que la notificación ha sido correcta.

Finalmente, la solicitud de asistencia mutua en la notificación no impide a las autoridades del Estado requirente intentar la notificación por su propia cuenta y aun cuando la notificación deba practicarse en el territorio del Estado miembro requerido. Particularmente, se prevé que la notificación pueda realizarse en dicho territorio por correo certificado o por vía electrónica.

El artículo 177 sexies de la LGT transpone al ordenamiento nacional estos preceptos comunitarios. El apartado primero del artículo prevé que la notificación de los actos tributarios dictados por la Administración española se puedan notificar por asistencia mutua en otros Estados. En estos casos, tal y como resulta de la Directiva, la única formalidad que exige la LGT para que se considere válidamente notificado el acto es la comunicación de la autoridad competente del Estado que haya notificado en la que se haga constar esta. Como sabemos, cualquier impugnación por el quebrantamiento en las formalidades locales de la notificación, se ventilará ante los órganos de impugnación del Estado donde se esté practicando esta.

Establece este apartado además una importante medida de carácter puramente nacional que permite completar la notificación. Si en el plazo de dos meses desde la solicitud no se ha recibido la comunicación del Estado requerido confirmando la notificación, la Administración española podrá notificar por comparecencia el acto en cuestión; es decir, la solicitud de asistencia mutua para la notificación y el transcurso del plazo de dos meses se equiparan, a los efectos de la aplicación del artículo 112 de la LGT, a los dos intentos válidos de notificación (o uno, en el caso de desconocidos en su domicilio), que habilitan a la publicación del anuncio, en la sede electrónica o en los boletines, para la comparecencia del contribuyente.

Evidentemente, puede producirse en este caso una doble notificación, si la comunicación del Estado miembro en cuestión llegara con posterioridad al plazo de dos meses marcado por la LGT para iniciar el trámite de notificación por comparecencia. Para este supuesto, la LGT prescribe que surtirá efectos la primera de las dos notificaciones efectuadas.

El apartado segundo se ocupa de las peticiones de notificación recibidas por la Administración española. Con carácter general, se remite a los artículos 109 a 112 de la propia LGT para determinar la forma en la que se practicará la notificación.

Se establecen tres disposiciones particulares. La primera prevé que, además de en los lugares determinados en el artículo 110 de la LGT (en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, en el lugar señalado a tal efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, en el domicilio fiscal de uno u otro; en los procedimientos iniciados de oficio, en el domicilio fiscal del obligado tributario o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin), la notificación se podrá practicar también en el lugar indicado por la Administración requirente. Debemos tener presente que, aunque el artículo 8.1 a) de la Directiva 2010/24/UE obliga a identificar en la petición que se curse el domicilio del destinatario de la notificación, dicho domicilio puede no coincidir con el que el mismo obligado hubiera declarado a la Administración española, siendo posible que tal divergencia se ampare en las distintas normas nacionales para fijar el domicilio o por la mera declaración intencionada del obligado. No se trata, a nuestro juicio, de un lugar sustitutivo para la notificación, sino que es un lugar alternativo, con la misma validez que el domicilio fiscal.

También se contempla que los documentos a notificar serán los recibidos de la Administración requirente, en la lengua en la que se remitan. Aunque no deja de ser lógica esta previsión, pues se está asistiendo a la notificación de documentos procedentes de otro Estado, constituye una excepción a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 30/1992, que dispone que la lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado será el castellano.

La última especialidad es que se permite la notificación por comparecencia de estos documentos, cuando tras los intentos, efectuados en el domicilio fiscal o en el domicilio indicado por la Administración requirente (debemos recordar que son lugares alternativos), los intentos sean válidos pero infructuosos. Es decir, la precisión es que el lugar señalado por la Administración requirente es lugar válido para la notificación y para realizar intentos válidos de notificación; a diferencia de lo que ocurre en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado, lugares contemplados en el artículo 110 de la LGT, donde se puede notificar, pero donde los intentos no surten efectos para la notificación por comparecencia.

Echamos en falta que hubiera una previsión específica sobre la impugnabilidad de esta notificación. Como ya hemos comentado, esta es una cuestión que el artículo 14 de la Directiva somete a los órganos de revisión españoles. No obstante, el artículo 227 de la LGT prevé que solo sean recurribles actos administrativos definitivos y los de trámite que decidan, directa o indirectamente, el fondo del asunto, y la notificación, en sí misma, sin un acto dictado por la Administración española, es un mero trámite que difícilmente encuentra cabida en estas categorías. Así, aunque la ley ha revestido de grandes garantías la notificación y la jurisprudencia las exige con extremada minuciosidad, en los casos de asistencia mutua, estas garantías no podrán salvaguardarse, ya que el mero acto de la notificación no es impugnabile independientemente de la impugnación del acto notificado, y en el Estado que formula el requerimiento, con la mera comunicación administrativa en la que se certifique la notificación, esta surtirá plenos efectos. La solución, inspirada en el principio de primacía del Derecho comunitario, debe venir por una interpretación amplia del concepto de los actos de trámite recurribles, incluyendo entre los mismos, por la exigencia del artículo 14 de la Directiva 2010/24/UE, las notificaciones a requerimiento de otro Estado miembro.

5. MEDIDAS DE COBRO

5.1. Peticiones de cobros

El tercero de los contenidos típicos de la asistencia mutua es el procedimiento de recaudación seguido a instancias de otros Estados miembros. De hecho, es, a nuestro juicio, el fundamental de sus contenidos, pues tanto la obtención de información como la notificación son actividades instrumentales para la recaudación, mientras que el procedimiento recaudatorio es un fin en sí mismo, ya que completa el ciclo de los ingresos tributarios con su percepción.

El artículo 10 de la Directiva 2010/24/UE enuncia esta facultad de asistencia mutua, recogiendo que cualquier Estado miembro procederá al cobro de los créditos a requerimiento de otro Estado miembro. El título habilitante para ese cobro será el instrumento uniforme que permite la ejecución, contemplado en el artículo 12 de la Directiva 2010/24/UE, al que después nos referiremos. Junto al mismo, que consiste en el contenido mínimo necesario de la petición para que se proceda al cobro, el Estado requirente deberá remitir también toda la restante documentación que pueda resultar útil para el cobro del crédito. Aunque no se establezca una lista de aquello que puede o debe contener esta, «tonto» sería el Estado que, solicitando el cobro de un crédito propio, no acompañara otros datos que puedan ayudar a cobrarlo a aquel Estado que debe hacerlo efectivo por su cuenta. En todo caso, debemos tener presente que la información que se pueda haber obtenido por asistencia mutua se conservará, indudablemente, por la Administración requirente, aunque en la Administración requerida y más concretamente en el órgano competente para la ejecución de las acciones recaudatorias por asistencia mutua, dicha información puede no constar, ya sea porque no la conservara después de obtenerla en asistencia mutua, ya sea porque la obtuviera un órgano distinto del actuante en el procedimiento de recaudación de la misma Administración, o sea porque esa información proceda de un tercer Estado.

El artículo 11 de la Directiva 2010/24/UE contempla que las peticiones de cobro por asistencia mutua sean una facultad subsidiaria, que se ejercite como mecanismo residual cuando no haya podido ser hecho efectivo el crédito por los medios previstos en su legislación nacional y tras haberse desarrollado las actuaciones recaudatorias procedentes. Como ya comentamos al analizar el artículo 8.2 de la Directiva 2010/24/UE, en relación con las solicitudes de notificación, existe una preocupación en el seno de la Unión Europea para que la asistencia mutua no se utilice para llenar los huecos dejados por la desidia de las autoridades nacionales o para aprovechar las facultades exorbitantes que determinados sistemas tributarios ofrecen a la Administración frente a la situación paritaria que dispone la Administración en otros. Se establecen, como excepción a esta exigencia de agotamiento de la vía nacional, los supuestos de inexistencia de bienes sobre los que ejercitar la acción de cobro o la insuficiencia manifiesta de estos para hacer efectivo el crédito y aquellos otros en los que el recurso a dicho medios para hacer efectivo el crédito dé lugar a dificultades desproporcionadas.

Desde una perspectiva internacional, como ya indicábamos en relación con las solicitudes de notificación, existe una vocación de dirigir la aplicación del procedimiento con esta previsión; aunque no existe ninguna garantía que asegure que todos los Estados sean igualmente respetuosos con esta. Desde una perspectiva nacional, podemos plantearnos si, para que sea lícito acudir a este proce-

dimiento de asistencia en el cobro, será preciso que previamente se haya dictado una declaración de fallido del contribuyente, como diligencia que deja constancia en el expediente de la inexistencia de bienes conocidos por la Administración con los que hacer efectivo el crédito. A nuestro juicio, no debe ser así, pues el artículo 61 del RGR señala que «se considerarán fallidos aquellos obligados al pago respecto de los cuales se ignore la existencia de bienes o derechos embargables o realizables para el cobro del débito», y en los casos de solicitudes de asistencia en la recaudación, no se ignora la existencia de bienes realizables para hacer efectivo el crédito tributario; se conoce o al menos se intuye esta existencia, aunque no puedan hacerse efectivos por encontrarse en otro Estado miembro y ser precisa la asistencia mutua para hacerlo efectivo. En conclusión, no debe ser este un motivo de oposición que quepa oponer a la formulación de requerimientos de asistencia mutua.

El artículo 177 octies de la LGT realiza una transposición limitada de los preceptos que acabamos de estudiar. Así señala que la recaudación de los créditos para los que se haya solicitado la asistencia mutua se realizará en los términos previstos en los artículos 160 a 177 de la LGT, relativos al procedimiento de recaudación. No obstante, no realiza referencia alguna a las solicitudes de asistencia en la recaudación que realice la Administración española, que en tanto no se modifique, seguirán rigiéndose por tanto por el Real Decreto 704/2002, que contempla los requisitos básicos de la petición, en aquello que no se oponga a la LGT o la Directiva 2010/24/UE.

Se completa esta transposición con la referencia a dos importantes cuestiones de ámbito estrictamente nacional. La primera es el plazo que debe concederse para el ingreso de la deuda tras la notificación en España del instrumento de ejecución comunicado por otro Estado miembro. Ante el silencio de la Directiva y de las normas de transposición, existían serias dudas sobre si debía concederse algún plazo al obligado tributario para el ingreso de la deuda tras la notificación del instrumento de ejecución, y en ese caso, si el citado plazo debía ser el propio del artículo 62.2 de la LGT, por ser el primer documento relativo a la existencia de la deuda notificado en España, o si, por el contrario, era el del artículo 62.5 de la LGT, al ser el instrumento de ejecución algo similar a la providencia de apremio. El artículo 177 octies de la LGT se inclina por esta segunda posición, pues, como se verá, equipara al instrumento de ejecución con la providencia de apremio, sin necesidad de reconocimiento alguno por la Administración nacional, y el plazo de ingreso se contempla en un nuevo apartado 6 del artículo 62 de la LGT, aunque con idéntica duración al plazo previsto para el ingreso de las providencias de apremio:

- Si la notificación del instrumento de ejecución se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, el pago se deberá realizar desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 de dicho mes o, si este no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.
- Si la notificación del instrumento de ejecución se realiza entre los días 16 y último de cada mes, el pago se deberá realizar desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del mes siguiente o, si este no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

Se exceptúan los supuestos en los que la norma reguladora de la asistencia mutua permita desarrollar actuaciones recaudatorias desde la recepción de la solicitud de cobro; en estos casos, la Administración tributaria podrá realizar actuaciones ejecutivas sin necesidad de que haya concluido el plazo al que se refiere el mencionado 62.6 de la LGT.

La segunda de las disposiciones nacionales es la previsión de que se concedan aplazamientos y fraccionamientos, en las mismas condiciones previstas en la normativa nacional, para las deudas cuya recaudación se haya solicitado por asistencia mutua. La Directiva 2008/55/CE preveía la posibilidad de conceder periodos de pago o pagos fraccionados al obligado, siempre que tal posibilidad se encontrara prevista en la normativa del Estado que debe llevar a cabo el cobro, y previa consulta al Estado requirente. El Real Decreto 704/2002 transponía esta posibilidad, estableciendo la facultad de conceder aplazamientos y fraccionamientos, a solicitud del deudor, y previa consulta al Estado requirente.

La Directiva 2010/24/UE ha contemplado, en su artículo 13.4, la posibilidad de que se concedan aplazamientos y fraccionamientos si lo prevé la normativa del Estado requerido; suprimiendo además la necesidad de consulta previa al Estado requirente, sustituyéndose por la información a este del aplazamiento o fraccionamiento concedido.

La regulación legal en España de los aplazamientos y fraccionamientos se encuentra en el artículo 65 de la LGT, en el que se suscitan los requisitos esenciales para su aplicación: en primer lugar, se contempla una única causa habilitante para la concesión de los mismos, la situación de dificultad transitoria de tesorería del obligado al pago, discrecionalmente apreciada por la Administración; en segundo lugar, se condiciona a la formalización de una garantía específica, disciplinando, incluso, los tipos de garantías y sus requisitos específicos, así como la posibilidad de dispensa de la misma; y, finalmente, se excluyen determinados créditos, salvo que concurren circunstancias especiales, de la posibilidad de aplazar su pago. El apartado 6 del artículo 65 de la LGT, incluido por el Real Decreto-Ley 20/2011, incluye una mención a los aplazamientos y fraccionamientos sobre deudas cuya gestión derive de solicitudes de asistencia mutua, indicando que a estos será de aplicación las mismas previsiones nacionales para aplazamientos y fraccionamientos.

5.2. Instrumento uniforme de ejecución

El artículo 12 de la Directiva 2010/24/UE establece que la petición de cobro de un Estado miembro a otro irá acompañada de un «instrumento uniforme», que debe permitir la ejecución del crédito tributario en el Estado de destino de la petición. La base de tal «instrumento uniforme» debe ser el instrumento inicial que permita la ejecución en el Estado requirente, sin que sea preciso el reconocimiento de tal instrumento, la adición de documentación nacional alguna o la sustitución de este título por otro expedido por las autoridades del Estado requerido.

Se establece, además, una información mínima que debe contener dicho instrumento:

- La identificación del instrumento inicial que permita la ejecución.
- Descripción del crédito, incluyendo su naturaleza, el periodo de referencia del crédito, las fechas pertinentes para el proceso de ejecución, así como el importe del crédito y sus diferentes componentes, tales como principal, intereses acumulados, etc.
- El nombre y demás datos pertinentes para la identificación del deudor.

- El nombre, la dirección y otros datos de contacto de la oficina responsable de la liquidación del crédito y, si fuera diferente, la oficina en la que puede obtenerse información adicional en relación con el crédito o las posibilidades de impugnar la obligación de pago.

Ahora bien, el citado instrumento constituye un mínimo de remisión, que puede ser incrementado con la remisión de otros documentos referentes al crédito y expedidos en el Estado miembro requirente que se estimen pertinentes.

La transposición de este precepto se contiene en el artículo 177 *nonies* de la LGT, reconociendo los principios que hemos tenido ocasión de comentar. Así, el instrumento de ejecución habilitará para el ejercicio de las actuaciones recaudatorias en España. Será considerado título suficiente para iniciar el procedimiento de recaudación, sin que sea necesario acto alguno de reconocimiento, adición o sustitución por parte de la Administración tributaria española.

El legislador no puede renunciar a una equiparación, aunque sea en un nivel conceptual, con el título que habilita para la ejecución administrativa en nuestro ordenamiento: la providencia de apremio. Así, este precepto establece que tiene la misma fuerza ejecutiva que la providencia de apremio y que, al igual que esta, habilita para proceder contra los bienes y derechos de los obligados al pago. No obstante, esta equiparación es relativa, pues, como veremos, el artículo 177 *decies* de la LGT remite a su propio mecanismo de oposición, sin que sea aplicable el propio de las providencias de apremio.

El artículo 22 de la Directiva 2010/24/UE, relativo al régimen lingüístico de las solicitudes de asistencia mutua, establece la obligación de remitir, traducidos a la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro requerido, las solicitudes de asistencia, los modelos normalizados para la notificación y los instrumentos uniformes que permitan la ejecución. Por el contrario, cuando se trate de otros documentos distintos que acompañen a la solicitud, la autoridad requerida podrá, en su caso, exigir a la autoridad requirente la traducción a la lengua oficial, o a una de las lenguas oficiales del Estado requerido o a cualquier otra lengua acordada bilateralmente entre los Estados afectados.

El artículo 177 *decies* de la LGT no establece previsión en relación con las mencionadas solicitudes de asistencia, los modelos normalizados para la notificación y los instrumentos uniformes que permitan la ejecución, que por imperativo de la normativa expresada deberán remitirse en castellano o en cualquiera de las restantes lenguas cooficiales. No obstante, cuando se trate de otros documentos que acompañen al instrumento de ejecución, España renuncia a imponer la traducción, aunque en contrapartida se recoge en el mencionado 177 *decies* de la LGT que serán remitidos al destinatario en la lengua en la que sean recibidos por la Administración tributaria.

La LGT no menciona el instrumento inicial de ejecución que debe remitirse por la Administración española. Tampoco ayuda mucho el artículo 32 del Real Decreto 704/2002, que únicamente menciona la obligación de remitir el título de ejecución, sin concretar cuál debe ser este. Evidentemente, aunque no exista mención alguna al respecto, en las peticiones que se cursen de asistencia mutua por la Administración española el instrumento inicial de ejecución será la providencia de apremio.

5.3. Litigios en las peticiones de cobro

El artículo 14 de la Directiva 2010/24/UE establece una distribución en el régimen de impugnaciones en materia de asistencia mutua. Así, se someten determinadas cuestiones a los órganos revisores de los Estados requirentes y otras a los de los Estados requeridos, siendo el criterio de distribución que inspira esta división, quien es el órgano que adopta el acto o decisión impugnada y la normativa que, en consecuencia, debe regirlo. De acuerdo con estos principios se establece el siguiente cuadro de competencias:

- Corresponde al Estado miembro requirente el conocimiento de las impugnaciones en relación con:
 - El crédito, sea su cuantía o procedencia.
 - El instrumento inicial de ejecución emitido en el Estado miembro requirente.
 - El instrumento uniforme expedido con arreglo a la Directiva y que permite la ejecución en el Estado miembro requerido.

Si cualquiera de estos extremos fuera objeto de impugnación ante los órganos de revisión del Estado miembro requerido, se informará al interesado de la obligación de dirigir dicha impugnación ante los órganos competentes del Estado.

- Corresponde al Estado requerido el conocimiento de las impugnaciones sobre los actos de ejecución de una petición de cobro (es decir, los actos del procedimiento recaudatorio seguido como consecuencia de tal petición) o la validez de una notificación efectuada por una autoridad competente de este.

La transposición de este precepto se realiza en los artículos 177 decies, undecies y duodecies de la LGT.

El artículo 177 duodecies traslada los aspectos fundamentales de esta distribución de competencias, estableciendo que la impugnación del instrumento de ejecución se llevará a cabo por la autoridad requirente, mientras que la de las diligencias de embargo y demás actuaciones llevadas a cabo para la ejecución de una solicitud de cobro recibida se llevarán a cabo por los órganos revisores nacionales y de acuerdo con los procedimientos de la LGT.

Consecuentemente con esta distribución de competencias, el artículo 177 decies aclara que, a pesar de la equiparación, a la que hemos calificado como «intelectual» o por su naturaleza jurídica, del instrumento uniforme con la providencia de apremio, no se podrá invocar frente a este los motivos de impugnación contemplados en el artículo 167.3 de la LGT. Realmente, más que no poder invocarse dichos motivos, lo que ocurre es que la invocación de los motivos de oposición se realizará ante la autoridad que ha requerido la acción de cobro y que ha emitido el instrumento uniforme para dar curso a la petición, y los motivos de oposición serán los previstos en su normativa específica.

Nada dice este artículo sobre la impugnación de los instrumentos uniformes emitidos por las autoridades españolas en las peticiones de cobro que dirija a otros Estados miembros. Tales documentos se basarán en providencias de apremio que constituirán los instrumentos iniciales de ejecución que las amparan. Frente a las providencias de apremio se admitirán los motivos de impugnación previstos en el artículo 167.3 de la LGT, que, como sabemos, son la extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago, la solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación; la falta de notificación de la liquidación, la anulación de la liquidación y el error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada. Las impugnaciones contra los instrumentos uniformes que emita la Administración española, de acuerdo con lo determinado por la propia Directiva, deberán dirigirse a la Administración española, que no las conocerá como título independiente, sino que se deberán tramitar como impugnación de la providencia de apremio previa que sirve de título habilitante.

El artículo 177 undecies de la LGT completa esta regulación con el detalle sobre la competencia para la impugnación de las diligencias de embargo y de las restantes actuaciones realizadas por la Administración española en ejecución de una solicitud de cobro. De acuerdo con el criterio expuesto, compete esta a la Administración española.

Como sabemos, el legislador español ha querido limitar la posibilidad de impugnación contra las diligencias de embargo (al igual que contra las providencias de apremio) para impedir que sea una nueva ocasión en la que discutir nuevamente la regularidad del crédito o defectos en la tramitación del procedimiento; para ello, se establecen unos motivos tasados de impugnación, previstos en el artículo 170.3 de la LGT, y que son los siguientes:

- Extinción de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.
- Falta de notificación de la providencia de apremio.
- Incumplimiento de las normas reguladoras del embargo.
- Suspensión del procedimiento de recaudación.

Como sabemos, la normativa reguladora del embargo y de las demás medidas de recaudación que se adopten es la española, y la impugnación basada en el quebrantamiento de sus formalidades se sustanciará ante los órganos de revisión nacionales, lo que no parece levantar ningún problema adicional a los que plantea cualquier impugnación.

Por el contrario, cuando se invoque frente a la diligencia de embargo la extinción de la deuda, la prescripción del derecho a exigir el pago, la falta de notificación de la providencia de apremio (evidentemente, la providencia de apremio es un título español, debemos entender en este caso la falta de notificación de los instrumentos iniciales de ejecución previstos en la normativa del Estado requirente) o la suspensión del procedimiento recaudatorio, son cuestiones que no constan en España y que, sin embargo, deben ventilarse ante el órgano revisor español.

Dos opciones, claramente, se abrían ante el legislador. Una sería negar la posibilidad de conocer estos motivos de impugnación, pues al fin y al cabo se amparan, en última medida, en vicios del crédito o del instrumento inicial de ejecución, cuya revisión compete al Estado requirente. La otra sería entrar a conocer de estos motivos, y en esta, a su vez, cabrían también dos posibilidades: que la revisión fuera completa, examinando la regularidad de todos los actos a la luz de nuestra normativa (podría parecer que se está invadiendo la competencia del Estado requirente, aunque es indudable que el reparto de competencias establecido ampara la posibilidad de conocer las medidas de cobro como medidas propias nacionales), o simplemente entrar a conocer solicitando al Estado requirente que acredite la corrección, de acuerdo con su legislación nacional, de lo actuado y la improcedencia, en consecuencia, de tal motivo de impugnación. El legislador nacional ha adoptado esta última opción, que, a nuestro juicio, cabe dentro del reparto de competencias descrito y que parece más respetuosa con el espíritu que subyace en tal reparto de competencias. Así señala el artículo 177 undecies de la LGT que cuando el motivo de oposición se fundamente en medios de prueba obtenidos en actuaciones ante instancias administrativas o judiciales de otro Estado se deberá solicitar por el órgano competente la debida acreditación de los mismos. Se abre, no obstante, una pequeña ventana al conocimiento por los órganos revisores de la regularidad de los mismos, cuando señala que la información remitida tendrá el valor probatorio que proceda en derecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.2 de la LGT. No obstante, en el punto que estudiamos ahora, esta valoración parece difícil, ya que el pago, la prescripción o la falta de notificación del instrumento inicial de ejecución, de acuerdo con la normativa de los respectivos países requirentes, son, para la Administración española, cuestiones cuasi-objetivas.

Los apartados 3 y 4 del artículo 14 de la Directiva 2010/24/UE recogen las consecuencias que tiene en una petición de cobro la impugnación en el Estado requirente del crédito o del instrumento inicial de ejecución, de acuerdo con el reparto de competencias que examinábamos al estudiar los apartados 1 y 2 de este mismo artículo y su transposición contenida en los artículos 177 decies, undecies y duodecies de la LGT.

Así, cuando se promueva una impugnación ante los órganos competentes del Estado requirente, se deberá informar de ello al Estado requerido, indicándole, en su caso, la parte del crédito que no sea objeto de impugnación. Salvo solicitud en contrario de la autoridad requirente, que deberá ampararse en sus disposiciones normativas o en la práctica administrativa que permita la continuación de la ejecución aun estando pendiente la impugnación, la consecuencia que tiene la interposición de la reclamación es la suspensión del procedimiento de ejecución, en lo que respecta a la parte del crédito objeto de impugnación, y hasta la resolución del órgano competente del Estado requirente que permita continuar con la ejecución.

Cuando no se haya producido la suspensión y la resolución que se obtenga en el Estado requirente sea favorable al contribuyente que impugnaba el crédito o el instrumento inicial de ejecución, la autoridad requirente que haya solicitado la continuación del procedimiento deberá hacerse cargo de la devolución de todo importe cobrado, además de las eventuales indemnizaciones que, con arreglo a las disposiciones vigentes en el Estado miembro requerido, procedieran (como, por ejemplo, la devolución de los intereses de demora en nuestro ordenamiento).

Como contrapartida a esta suspensión, se permite que, a petición de la autoridad requirente, se puedan adoptar medidas cautelares para garantizar el cobro, siempre que las disposiciones vigentes en el Estado requerido lo permitan.

Incorpora estas previsiones a nuestro ordenamiento el artículo 177 terdecies de la LGT. Comienza el citado precepto sentando el mismo principio general que hemos tenido ocasión de examinar: se acordará la suspensión de oficio del procedimiento de recaudación seguido como consecuencia de una petición de cobro por la comunicación de la existencia de un litigio en el Estado requirente que pudiera afectar al crédito. Añade una previsión adicional, para el caso en que el Estado requirente incumpla con su obligación de comunicación: también se producirá la suspensión cuando sea el interesado el que comunique y acredite fehacientemente la existencia del litigio.

Cuando la impugnación no afecte a la totalidad del crédito, la suspensión alcanzará únicamente a aquella parte del mismo que pueda verse afectada por esta.

Se prevé, al igual que establece la Directiva, que la suspensión no se acordará o quedará sin efecto, si se hubiera acordado, cuando el Estado requirente manifieste su voluntad de que continúe la ejecución. Hace, por tanto, un abandono el legislador de la facultad de exigir una motivación específica para dicha solicitud, aunque de acuerdo con la Directiva se tendrá que producir la petición motivada.

Finalmente, se contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares, bien a petición de la autoridad requirente, bien, en una compleja redacción, a instancia de los propios órganos de recaudación, o así lo interpretamos cuando se contempla en la norma la posibilidad de proseguir la ejecución cuando existan indicios racionales que, en otro caso, el cobro del créditos se vaya a ver seriamente dificultado o impedido, continuación de la ejecución que, no habiendo sido requerida, consideramos que debe limitarse a la adopción de medidas cautelares.

5.4. Medidas cautelares

El Real Decreto-Ley 20/2011 ha reformado el artículo 81 de la LGT para recoger en el mismo la posibilidad de adoptar medidas cautelares a petición de otro Estado miembro en el marco de la asistencia mutua.

Sirve de base a esta posibilidad el artículo 16 de la Directiva 2010/24/UE, que contempla que un Estado miembro (Estado requirente) pueda solicitar a otro (Estado requerido) la adopción de medidas cautelares, cuando exista una impugnación contra el crédito o el instrumento original de ejecución, que es el documento nacional que sirve de base a una petición de cobro en el marco de asistencia mutua (en nuestro caso, la providencia de apremio), ya que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 de la Directiva y 177 terdecies de la LGT, tal impugnación suspende, con carácter general, la ejecución del procedimiento de cobro, o cuando no exista aun un instrumento de ejecución en el Estado requirente que permita realizar una petición de cobro.

La condición para que se pueda formular la solicitud de adopción de medidas cautelares es doble: que en el Estado desde el que se requiera se permita su adopción para el caso en cuestión y que en el Estado al que se formula el requerimiento se permita, en supuestos similares y por deudas propias, su adopción.

La solicitud de adopción de medidas cautelares se formulará acompañada de un instrumento que en el Estado requirente permita la adopción de las medidas cautelares. Dicho documento será aceptado por el Estado requerido, sin que sea preciso acto de reconocimiento alguno. A este documento de adopción de medidas cautelares, se podrá acompañar otros documentos relativos al crédito expedidos en el Estado requirente.

El apartado 1 del artículo 81 de la LGT ha modificado su redacción para permitir que las medidas cautelares aseguren el cobro no solo de las deudas tributarias (es decir, de las deudas por los tributos establecidos en nuestro ordenamiento) sino también otras deudas para cuya recaudación sea competente la Administración, dando cabida a las deudas por asistencia mutua, cuya gestión atribuye a la AEAT el artículo 5 de la LGT.

La ubicación de esta mención resulta fundamental, pues la principal duda que existía en relación con las solicitudes de adopción de medidas cautelares con carácter previo a la Directiva 2010/24/UE era si debían cumplir con los requerimientos nacionales a los que se condicionaba su adopción. Como sabemos, las medidas cautelares a adoptar en el ordenamiento tributario nacional deben respetar los principios de legalidad, motivación, proporcionalidad, apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), riesgo de infructuosidad del procedimiento de no adoptarse las medidas cautelares (*periculum in mora*) y la fianza; estableciéndose además unos momentos temporales concretos para su adopción: en el ámbito tributario, el momento procesal que permite la adopción de las medidas cautelares es aquel en el que se realiza una cuantificación exacta o muy aproximada del importe de la deuda tributaria, marcado este momento por la propuesta de liquidación, a partir de la cual se concede el trámite de audiencia o alegaciones conclusivas al interesado; excepcionalmente, en aquellos casos en los que se trate de tributos de obligada repercusión o sometidos a la obligación de retener, la adopción de las medidas cautelares se podrá realizar, una vez iniciado el procedimiento, en cualquier momento de este.

La inclusión de las medidas cautelares adoptadas en asistencia mutua en este primer apartado del artículo 81 de la LGT supone que les son aplicables los mismos requerimientos que a las medidas cautelares nacionales, y que por tanto deberán cumplir con todos los principios que acabamos de enunciar. Ratifica esta interpretación el artículo 16 de la Directiva 2010/24/UE, que antes analizábamos, y que dispone que la adopción de medidas cautelares solo será posible cuando en el Estado miembro se puedan adoptar en supuestos similares a los que se soliciten en asistencia mutua.

En el apartado 2 de este mismo artículo se contempla que las solicitudes de adopción de medidas cautelares no requerirán de ningún acto nacional de reconocimiento, adición o sustitución. A nuestro juicio, a pesar de esta mención literal, si no se produce un acto nacional en el que, a la vista de la solicitud, se constate el cumplimiento de todos los requisitos previstos en este artículo para la adopción de la medidas (es decir, un acto virtualmente idéntico al nacional de adopción de medidas cautelares) resultará muy probable que cualquier impugnación de la solicitud prospere.

Debemos tener presente además que, tal y como prevé el artículo 106.2 de la LGT, también redactado por el Real Decreto-Ley 20/2011, «Las pruebas o informaciones suministradas por otros Estados o entidades internacionales o supranacionales en el marco de la asistencia mutua podrán incorporarse, con el valor probatorio que proceda conforme al apartado anterior, al procedimiento que corresponda». Como hemos visto, junto con la solicitud de adopción de medidas cautelares, el artículo 16 de la Directiva 2010/24/UE prevé que puedan remitirse otros documentos relativos al crédito, y a los que, como ahora destacamos, podrá darse el valor probatorio que proceda según el artículo 106 de la LGT.

5.5. Terminación del procedimiento de asistencia en el cobro de créditos

El artículo 15 de la Directiva 2010/24/UE contempla la posibilidad de modificar o retirar la petición de cobro. En estos casos, el Estado requirente asume la obligación de informar, inmediatamente, de la modificación efectuada o de la retirada de su petición.

Cuando la modificación derive del resultado de una impugnación, junto con la modificación de la petición, se remitirán la resolución y un instrumento uniforme revisado que permita la ejecución en el Estado requerido. La autoridad requerida proseguirá entonces el procedimiento de cobro sobre la base del instrumento revisado.

Contempla además este precepto la posibilidad de que conserven su validez las medidas de cobro o cautelares que se hubieran adoptado sobre la base del instrumento uniforme original, salvo que la modificación de la solicitud se deba a la invalidez del instrumento inicial.

El artículo 177 quaterdecies de la LGT transpone este precepto al ordenamiento nacional. Al haber contemplado la recaudación en asistencia mutua como un procedimiento autónomo, distinto del procedimiento general de recaudación (aunque sea remitiéndose de forma sustancial al mismo) se recoge en este precepto las formas de finalización del citado procedimiento. Como sabemos, el procedimiento recaudatorio no está sometido a plazo, pudiendo seguirse siempre y cuando no haya prescrito el derecho al cobro. La finalización del procedimiento recaudatorio seguido en vía de apremio se produce por las circunstancias previstas en el artículo 173 de la LGT: con el pago, la declaración del crédito total o parcialmente incobrable, una vez declarados fallidos todos los obligados al pago, o con el acuerdo de haber quedado extinguida la deuda por cualquier otra causa. A las citadas causas añade el artículo 177 quaterdecies de la LGT la modificación o retirada de la petición de cobro. Lógicamente, si el procedimiento de recaudación seguido se ha instado por otro Estado miembro, cuando este retire la petición se pondrá fin al procedimiento.

No existe, por el contrario, disposición específica sobre el mantenimiento de validez de las medidas cautelares o de cobro adoptadas sobre un título original que ha resultado modificado. No obstante, la remisión que contiene el artículo 177 octies de la LGT al procedimiento de recaudación en todo lo no expresamente previsto para las solicitudes de cobro en asistencia mutua permite invocar en estos supuestos de modificación de la petición el artículo 166 de la LGT, relativo a la conser-

vacación de actuaciones, que permite la conservación de las actuaciones del procedimiento de apremio no afectadas por causa de la nulidad, cuando se hubiere declarado la nulidad de otras actuaciones dentro de dicho procedimiento o de partes del crédito.

6. CONCLUSIONES

1. El marco comunitario en materia de asistencia mutua, construido por la Directiva 2008/55/CE, ha sido modificado, fundamentalmente, con la finalidad de alcanzar la totalidad del sistema tributario, superando el tradicional sistema de lista de tributos, y de incluir medidas más profundas de colaboración, como las actuaciones conjuntas, y clarificando, en fin, determinadas cuestiones pendientes en las actuaciones previas. Todo ello ha sido recogido en la Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

La transposición de esta norma a nuestro ordenamiento nacional se ha efectuado mediante la introducción de un nuevo Capítulo VI, relativo a la asistencia mutua, en el Título III, «La aplicación de los tributos», de la LGT. No obstante, también hay otras disposiciones relevantes en materia de asistencia mutua que se han incorporado en el propio texto de la LGT fuera de este capítulo, como la posibilidad de adoptar medidas cautelares a solicitud de otro Estado miembro (art. 81 LGT), la concesión de aplazamientos y fraccionamientos en las peticiones de cobro (art. 65 LGT) o el plazo de ingreso de las deudas al notificarse el instrumento de cobro recibido de otro Estado miembro (art. 62 LGT). También sigue vigente, en las cuestiones no contempladas en la LGT y en tanto no la contradiga, el Real Decreto 704/2002, de 19 de julio, por el que se incorporan las modificaciones de determinadas Directivas comunitarias sobre asistencia mutua en materia de recaudación.

2. La asistencia mutua se define en la LGT como una materia independiente en la aplicación de los tributos, frente a su ubicación tradicional como parte de la recaudación. No obstante, no supone este hecho ni que se atribuya a unos órganos independientes (se atribuye al Departamento de Recaudación) ni que siga unos procedimientos propios e independientes: salvo las especialidades que contempla el propio Capítulo VI, se aplicarán las normas generales contenidas en los restantes capítulos del Título III de la LGT.
3. Como hemos destacado, la Directiva 2010/24/UE ha superado el sistema de listas, incluyendo una definición de carácter general de los conceptos para los que se puede solicitar asistencia mutua, en la que se incluyen, como elemento esencial, los impuestos y derechos de todo tipo recaudados por un Estado miembro, sus subdivisiones territoriales o administrativas, comprendidos los entes locales, o en su nombre, o por cuenta de la Unión. La LGT ha recogido este ámbito de aplicación ampliado mediante la inclusión de la mención a la asistencia mutua en su artículo 1, relativo al objeto y ámbito de aplicación de la ley.
4. Otra novedad destacable de la Directiva es que las solicitudes de asistencia mutua se podrán referir a personas físicas, jurídicas o a determinadas asociaciones de personas a las que el

ordenamiento respectivo reconozca capacidad para realizar actos jurídicos. No ha precisado esta novedad de ningún giro copernicano en nuestro ordenamiento, ya que, como sabemos, el artículo 35.4 de la LGT permite considerar como obligados tributarios a estos entes sin personalidad jurídica.

5. La Directiva también establece una preferencia acusada por los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las comunicaciones entre Estados, recibida en nuestro ordenamiento por el artículo 177 septies de la LGT.
6. La primera de las modalidades de asistencia es el intercambio de información. Quizá es en la que se producen las modificaciones más destacadas por la Directiva 2010/24/UE. Así, se establece la obligación de obtener la información solicitada, aunque la Administración requerida no dispusiera de la misma por las necesidades de gestión propia de los créditos tributarios y se excluye que se pueda exonerar de la obtención de la información mediante la invocación del secreto bancario, secreto de instituciones financieras, o la condición de fiduciario del tenedor de la información.

Con todo, la novedad más importante es la posibilidad de presencia o participación de funcionarios de un Estado miembro en las actuaciones administrativas que se desarrollen en otro Estado miembro, con el objeto de obtener información relevante para la percepción de créditos. Los artículos 177 quáter, controles simultáneos, y 177 quinquies, presencia en las actuaciones de asistencia y en controles simultáneos, incorporan tanto la posibilidad de recibir como la de enviar funcionarios para participar en estas actividades.

7. La segunda de las modalidades de asistencia mutua es la solicitud de notificación de documentos. La principal circunstancia a destacar en esta es la Directiva 2010/24/UE es que las notificaciones se efectuarán con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias y a las prácticas administrativas nacionales en vigor en el Estado que practica la notificación.

La transposición nacional ha recogido varias novedades destacables. Se prevé que, además de en los lugares determinados en el artículo 110 de la LGT, la notificación pueda practicarse en el lugar indicado por la Administración requirente en su solicitud. Tras dos intentos válidos en este, podrá acudir a la notificación por comparecencia. También se contempla que los documentos a notificar serán los recibidos de la Administración requirente, en la lengua en la que se remitan.

La más relevante de estas novedades nacionales es la posibilidad de notificar por comparecencia cuando se haya solicitado a otro Estado miembro la notificación, si en el plazo de dos meses desde la solicitud no se ha recibido la comunicación del Estado requerido confirmando la notificación.

8. El tercero de los contenidos típicos de la asistencia mutua es la petición de cobro. Todo y ser el más relevante, o quizá precisamente por ello, la Directiva 2010/24/UE no presenta, a nuestro juicio, cambios radicales.

Quizá lo más interesante sea la distribución de las competencias en materia de revisión de los actos entre el Estado requirente y el Estado requerido, que se recogen en los artículos 177

decies, undecies y duodecies de la LGT. El artículo 177 duodecies traslada los aspectos fundamentales de esta distribución de competencias, estableciendo que la impugnación del instrumento de ejecución se llevará a cabo por la autoridad requirente, mientras que la de las diligencias de embargo y demás actuaciones llevadas a cabo para la ejecución de una solicitud de cobro recibida se llevarán a cabo por los órganos revisores nacionales y de acuerdo con los procedimientos de la LGT.

9. La transposición nacional ha incluido dos importantes aclaraciones, como son el establecimiento de un plazo de ingreso tras la notificación del instrumento uniforme para la ejecución, que se contempla en un nuevo apartado 6 del artículo 62 de la LGT, con idéntica duración al plazo previsto para el ingreso de las providencias de apremio; y la previsión de que se concedan aplazamientos y fraccionamientos, en las mismas condiciones previstas en la normativa nacional, para las deudas cuya recaudación se haya solicitado por asistencia mutua.
10. Finalmente, la posibilidad de adoptar medidas cautelares a petición de otro Estado miembro en el marco de la asistencia mutua se ha contemplado dentro del artículo 81 de la LGT, dejando claro con ello, a nuestro juicio, que las medidas cautelares solicitadas deben cumplir con todos los requerimientos nacionales a los que se somete su adopción.

UNA ADECUADA EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 150.5 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA

[Análisis de la STS de 24 de junio de 2011, rec. núm. 1908/2008] *

JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

*Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional*

Extracto:

ESTE trabajo es un completo estudio sobre el artículo 150.5 de la Ley General Tributaria. Intenta recoger todos los temas que este precepto plantea. Para ello he examinado del debate parlamentario las resoluciones de los Tribunales, hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2011. Es una importante resolución, porque hace una correcta interrupción de ese precepto, siguiendo las contribuciones doctrinales sobre estos temas, que igualmente expongo. La más importante conclusión es que este artículo considera que hay actuaciones inspectoras cuando han sido ordenadas en ejecución de una resolución, generalmente después de una previa retroacción de actuaciones, y tienen también, por ello, un plazo de duración.

Palabras clave: actuaciones inspectoras, retroacción de actuaciones, ejecución de resoluciones y plazo de duración.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ044123).

A CORRECT INTERPRETATION FROM ARTICLE 150.5 OF GENERAL TAX LAW

[Review of the Supreme Court Judgment of 24 June, 2011] *

JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

*Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional*

Abstract:

THIS work is a complete study about art.150.5 of General Tax Law. It have tried to collect every issues that this provision raises. For that I 've examined the parliamentary debate, the judgments of the courts, until the Supreme Court ruling of 24 June 2011. It's a very important judgment, because it makes a correct and innovative interpretation of that provision, following contributions doctrinals on these issues, which I also expose. The most important conclusion is that this article found that there are inspections activities when they have been agreed pursuant to a resolution, usually after a previous feedback actions, and have, also, therefore, a term of.

Keywords: inspections activities, feedback actions, enforcement of judgments and term of.

* See the full text of this case in *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ044123).

Sumario

1. El alcance del artículo 150.5 de la Ley 58/2003.
2. La retroacción de actuaciones como presupuesto necesario de la aplicación del artículo 150.5.
3. La relación del artículo 150.5 de la LGT 58/2003 con otros preceptos tributarios.
4. La nueva doctrina del TS en la Sentencia de 24 de junio de 2011. Jurisprudencia en torno al artículo 150.5 de la LGT 58/2003.

El objeto del presente trabajo viene dado por la obligada necesidad de proporcionar una adecuada exégesis de un precepto de la nueva Ley General Tributaria (LGT) 58/2003, que, a mi modo de ver, ha tenido una importancia trascendental por su carácter novedoso, y que, sin embargo, ha dado origen a una Jurisprudencia vacilante por parte de los Tribunales, y que la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de junio de 2011, dictada en el recurso de casación n.º 1908/2009, en buena medida ha venido a corregir y a aclarar, por lo que, en modo alguno, debe ser desconocida.

1. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 150.5 DE LA LEY 58/2003

El indicado apartado, ubicado dentro del precepto referido al plazo de duración de las actuaciones inspectoras, que reproduciremos íntegramente para determinar su verdadero alcance, establece:

«Artículo 150. *Plazo de las actuaciones inspectoras.*

1. Las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo. Se entenderá que las actuaciones finalizan en la fecha en que se notifique o se entienda notificado el acto administrativo resultante de las mismas. A efectos de entender cumplida la obligación de notificar y de computar el plazo de resolución serán aplicables las reglas contenidas en el apartado 2 del artículo 104 de esta ley.
2. No obstante, podrá ampliarse dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen, por otro periodo que no podrá exceder de 12 meses, cuando en las actuaciones concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Cuando revistan especial complejidad. Se entenderá que concurre esta circunstancia atendiendo al volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades, su tributación en régimen de consolidación fiscal o en régimen de transparencia fiscal internacional y en aquellos otros supuestos establecidos reglamentariamente.
- b. Cuando en el transcurso de las mismas se descubra que el obligado tributario ha ocultado a la Administración tributaria alguna de las actividades empresariales o profesionales que realice.

Los acuerdos de ampliación del plazo legalmente previsto serán, en todo caso, motivados, con referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

2. La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

- a. No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo.

En estos supuestos, se entenderá interrumpida la prescripción por la reanudación de actuaciones con conocimiento formal del interesado tras la interrupción injustificada o la realización de actuaciones con posterioridad a la finalización del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo. En ambos supuestos, el obligado tributario tendrá derecho a ser informado sobre los conceptos y periodos a que alcanzan las actuaciones que vayan a realizarse.

- b. Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y periodo objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de esta ley.

Tendrán, asimismo, el carácter de espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y periodo objeto de las actuaciones inspectoras.

3. El incumplimiento del plazo de duración al que se refiere el apartado 1 de este artículo determinará que no se exijan intereses de demora desde que se produzca dicho incumplimiento hasta la finalización del procedimiento.
4. Cuando se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 180 de esta

ley, dicho traslado producirá los siguientes efectos respecto al plazo de duración de las actuaciones inspectoras:

Se considerará como un supuesto de interrupción justificada del cómputo del plazo de dichas actuaciones.

Se considerará como causa que posibilita la ampliación de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, en el supuesto de que el procedimiento administrativo debiera continuar por haberse producido alguno de los motivos a los que se refiere el apartado 1 del artículo 180 de esta ley.

5. Cuando una resolución judicial o económico-administrativa ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, estas deberán finalizar en el periodo que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo o en seis meses, si aquel periodo fuera inferior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución.

Lo dispuesto en el párrafo anterior también se aplicará a los procedimientos administrativos en los que, con posterioridad a la ampliación del plazo, se hubiese pasado el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se hubiera remitido el expediente al Ministerio Fiscal y debieran continuar por haberse producido alguno de los motivos a que se refiere el apartado 1 del artículo 180 de esta ley. En este caso, el citado plazo se computará desde la recepción de la resolución judicial o del expediente devuelto por el Ministerio Fiscal por el órgano competente que deba continuar el procedimiento...»

1. De lo expuesto claramente se deduce, como primera y obligada conclusión, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.5 de la vigente LGT 58/2003, cuando opere una retroacción de actuaciones acordada por una resolución judicial o de un Tribunal Económico-Administrativo, Central o Regional, y hayan de tener lugar actuaciones en ejecución de dicha resolución, ese tipo de ejecuciones –ya veremos el ámbito objetivo de las mismas– han de calificarse como actuaciones inspectoras, y no como meras actuaciones dictadas en ejecución, tal como se referían las SSTs de fecha 6 de junio de 2003 (rec. 5328/97) y de 4 de octubre de 2004 [rec. 425/1999 (NFJ019407)], cuyo criterio ha seguido siendo aplicado por algunos Tribunales, pese a la entrada en vigor del artículo 150.5 de la LGT 58/2003, eludiendo, con ello, su contenido.

Esta cuestión queda claramente resuelta en la vigente ley, toda vez que el artículo 150.5 se ubica, precisamente, en el precepto relativo al «plazo de las actuaciones inspectoras». Procede en consecuencia, una *interpretación sistemática* del precepto, para su correcta exégesis, lo cual se ratifica por la remisión al apartado primero, e indirectamente, a través de aquel, al segundo, que se hace en dicho precepto. Obviamente, a distinta conclusión habría de llegarse si lo dispuesto en dicho apartado 5.º del artículo 150 se encontrase fuera del precepto mencionado. Lo que no puede decirse es que por el hecho de que el apartado 5.º del artículo 150 no establezca expresamente el efecto no interruptivo de la prescripción en caso del transcurso del plazo, aquel no pueda jugar, dada la remisión al apartado 1.º, que a su vez se remite al 2.º. *Si se hubiese querido eludir el efecto no interruptivo de la prescripción previsto en el artículo 150.2 a) al*

apartado 5.º expresamente se hubiere tenido que decir. Ello supone, además, desconocer el elemento sistemático, clave en la interpretación del precepto conforme al artículo 3.1 del Código Civil y, sobre todo, la superación en la nueva LGT del obstáculo fundamental que opuso el Tribunal Supremo con la LGT 230/1963: que dichas actuaciones ya no son actuaciones inspectoras, lo que la nueva LGT, lisa y llanamente, rechaza.

Como sabemos, dicho precepto fue objeto únicamente de dos enmiendas en el Senado en su tramitación parlamentaria: la primera, n.º 79 del Grupo Mixto, relativa al apartado primero, y la segunda, n.º 338 del Grupo Popular, relativa a la reordenación de los apartados, que sí prosperó, incluyendo el entonces artículo 150.6 del Proyecto lo que es hoy el vigente apartado quinto, quedando con ello claro la deliberada voluntad del legislador de ubicar dicho apartado dentro del precepto relativo al «plazo de las actuaciones inspectoras».

2. La segunda cuestión de obligado pronunciamiento es que dicho precepto ha de regir cuando las actuaciones en ejecución han sido realizadas una vez que ha entrado en vigor la Ley 58/2003, esto es, después del 1 de julio de 2004, conforme a la disposición final undécima de la mencionada ley. No puede, por tanto, ser de invocación la disposición transitoria tercera en su apartado primero de dicha Ley 58/2003, la cual indica:

«1. Los procedimientos tributarios iniciados antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior a dicha fecha hasta su conclusión salvo lo dispuesto en el apartado siguiente...»

Y ello ha de entenderse así, pues de lo contrario podría tener lugar una aplicación permanente y continuada de la Ley 230/1963, si se produjesen sucesivas retroacciones de actuaciones dando origen a otras tantas actuaciones inspectoras, que habrían de seguir el criterio del Tribunal Supremo sentado en las sentencias anteriormente citadas, en el contexto de la Ley 230/1963. No resulta, por tanto, de aplicación dicha disposición transitoria tercera, ni tampoco la quinta de la LGT 58/2003, referida al ámbito de las reclamaciones económico-administrativas, a las nuevas liquidaciones que se dicten una vez que ha entrado en vigor la Ley 58/2003, aunque sea en ejecución de una resolución de un Tribunal económico-administrativo o judicial dictada antes de la entrada en vigor de dicha ley. Y ello sin olvidar un extendido principio general de Derecho transitorio comúnmente aceptado, como es el de que las disposiciones transitorias deben ser objeto de aplicación de forma restrictiva para los supuestos expresamente contemplados en las mismas, y no de forma extensiva a otros diferentes. Lo contrario hubiese significado dotar de eficacia ultraactiva a la normativa derogada, no siendo tampoco el efecto prevenido por el legislador de 2003.

2. LA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES COMO PRESUPUESTO NECESARIO DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 150.5

Resulta evidente que dicho precepto está pensado en un supuesto de retroacción de actuaciones ordenando por un Tribunal Económico-Administrativo o judicial, pero sin añadir condicionamiento

alguno. Por tanto, la retroacción de actuaciones a que se refiere dicho precepto presenta las siguientes notas características:

1. Se trata de una **retroacción material, no formal**, por lo que no depende de que los Tribunales, judiciales o económico-administrativos, que ordenan dicha retroacción lo digan o no expresamente utilizando la expresión «retrotraer las actuaciones». Esta interpretación ha sido confirmada por la citada STS de 24 de junio de 2011 (NFJ044123), la cual, además, pone de relieve que la mencionada retroacción de actuaciones opera aun cuando literalmente no se ordene, pero se deduce materialmente de la resolución que se trata de ejecutar, como ocurrió con el supuesto de hecho que contempló el TS, en el que se trataba solamente de anular una liquidación para practicar otra por entender no procedente la elevación al íntegro, y la propia Administración admitía que se trataba de un supuesto de retroacción ¹. Por consiguiente, habrá de estarse a la relación existente entre los fundamentos de derecho y fallo de la resolución, como bien dice SOLER ROCH ².
2. Por otro lado, tampoco cabe condicionar la vigencia del precepto citado, artículo 150.5, al hecho de que la retroacción no opere cuando esta sea meramente formal, en el sentido de que se limite a practicar meras actuaciones liquidatorias o aritméticas, pues aparte de que ello supone distinguir donde dicho precepto no distingue, en el supuesto contemplado en la STS de 24 de junio de 2011, se trataba de ejecutar únicamente la cuestión relativa a la elevación al íntegro contenida en el acto originario, lo que puede suponer una mera liquidación matemática; liquidación, por otro lado, que por practicarla la Inspección de Tributos es también actuación inspectora. Por otro lado, esta interpretación restrictiva del 150.5 desconocería el contenido del artículo 239.3 de la LGT 58/2003, que considera como supuesto de retroacción, que no el único, el que tenga lugar por meros defectos formales ³.
3. Ningún obstáculo debe haber para apreciar la aplicación de dicho precepto por el hecho de que la retroacción de actuaciones opere para la práctica de una *tasación pericial contradictoria*, pues al margen de la naturaleza impugnatoria de dicho procedimiento, no creo que el mismo quede condicionado a la existencia de un concreto vicio de ilegalidad, como exigen las Sentencias de 10 y 30 de noviembre de 2011, recursos 468/2010 (NFJ045533) y 469/2010 (NFJ045866), de la Sección 4.ª de la Sala de la Audiencia Nacional ⁴. Por consiguiente, según se deduce de la letra y el espíritu del artículo 150.5, todas las actuaciones que haya que practicar la Inspección de Tributos, como consecuencia de dicha retroacción, cualquie-

¹ En el mismo sentido se expresa FALCÓN TELLA, R.: «El artículo 150.5 de la LGT: la prescripción en los supuestos de retroacción de actuaciones». *Quincena Fiscal*, 2007, n.º 15-16, págs. 5-8.

² SOLER ROCH, M.ª T.: «La ejecución de resoluciones, autonomía y continuidad», Consejo para la Defensa del Contribuyente, Memoria 2007. Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2008, pág. 6.

³ En el mismo sentido se expresa el artículo 66.4 del Reglamento de revisión cuando indica: «4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo del asunto, la resolución ordenará la retroacción de las actuaciones, se anularán todos los actos posteriores que traigan su causa en el anulado y, en su caso, se devolverán las garantías o las cantidades indebidamente ingresadas junto con los correspondientes intereses de demora...»

⁴ Y ello en la medida en que la tasación pericial contradictoria ha de solicitarse en vía de recurso o de reclamación económico-administrativa, por exigirlo el artículo 135.1 de la LGT 58/2003.

ra que sea su entorno procedimental u origen, son actuaciones inspectoras, tal como las definió el TS en Sentencias de fecha 28 de octubre de 1997 [rec. 5622/1996 (NFJ005641)] y de 4 de julio de 2001 (rec. 4170/1996), por todas, en las que se configura a dichas actuaciones por el elemento subjetivo de quien las practica, la Inspección de Tributos, y sobre todo, a la vista del contenido del artículo 141.1 d) de la LGT. Por otro lado, si se hubiere querido inaplicar el artículo 150.5 a los supuestos de tasación pericial contradictoria expresamente se debiera haber indicado en dicho precepto.

4. Más discutible supone, aunque también se ha defendido, la extensión de dicho precepto a los demás procedimientos tributarios y al sancionador ⁵, pues aunque el precepto no tiene por qué ser objeto de interpretación restrictiva se encuentra ubicado dentro de un precepto referido a las *actuaciones inspectoras*, y no de otra índole.

3. LA RELACIÓN DEL ARTÍCULO 150.5 DE LA LGT 58/2003 CON OTROS PRECEPTOS TRIBUTARIOS

Mucho se ha escrito sobre el alcance del mencionado precepto con el conflictivo artículo 66.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, de revisión en vía administrativa, hasta el punto de que en alguna opinión se ha podido mitigar el alcance del artículo 150.5 de la LGT 58/2003, y para otras el precepto reglamentario es contrario a ley ⁶. El citado precepto establece que «Los actos de ejecución no formarán parte del procedimiento en el que tuviese su origen el acto objeto de impugnación».

Pero como muy bien dice SOLER ROCH, ni hay tal contradicción ni el debate sobre la compatibilidad entre ambos preceptos es tan real como parece, tratándose de un debate artificial ⁷. Que las nuevas actuaciones que se practiquen no sean continuidad del anterior no significa que deje de aplicarse una garantía del contribuyente, como es el del plazo de duración de las actuaciones inspectoras precisamente, porque en el supuesto del 150.5 juega una retroacción de actuaciones que no existe en el artículo 66.2 del Real Decreto 520/2005 ⁸. Pero en todo caso, esa falta de continuidad con las actuaciones anteriores no impediría que, por el hecho de transcurrir el plazo de duración de las actuaciones inspectoras aplicable conforme al artículo 150.5, no tuviese lugar la interrupción del plazo de prescripción, conforme al artículo 150.2 de la LGT, y al que se remite indirectamente el apartado 5.º, siendo así que debe entenderse que el plazo que prevé este último precepto no tiene carácter de excepción ⁹.

⁵ Así, ESEVERRI MARTÍNEZ E.: «Sobre la ejecución de resoluciones en materia tributaria», *Quincena Fiscal*, n.º 7, págs. 12 y 14, e igualmente JUAN LOZANO, A.M.ª, «Algunos interrogantes respecto a la identidad del procedimiento de inspección: cuestiones funcionales, temporales y estructurales», dentro de la obra colectiva V Congreso Tributario: cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad», pág. 189.

⁶ *Vid.* DE TORRES ROMO, F. «Ejecución de resoluciones administrativas y judiciales», pág. 2.027 (2006), perteneciente a la obra colectiva *Revisión e impugnación de actuaciones tributarias*, vol. III, Bosch. Barcelona.

⁷ SOLER ROCH, M.ª T.: «La ejecución de resoluciones, autonomía y continuidad», pág. 3.

⁸ En sentido parecido, RUIZ TOLEDANO, J.I.: «La ejecución de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos», *Revista Técnica Tributaria*, n.º 87.

⁹ ESEVERRI MARTÍNEZ, E.: «Sobre la ejecución de resoluciones en materia tributaria». *Quincena Fiscal*, n.º 7, págs. 9-15. Y MARTÍNEZ GINER, L.A.: «La ejecución de las resoluciones administrativas en materia tributaria», *Revista Española de*

También se plantean problemas de compatibilidad entre el primer párrafo del mencionado 66.2 cuando dice «Los actos resultantes de la ejecución de un recurso o reclamación económico-administrativa deberán ser notificados en el plazo de un mes desde que dicha resolución tenga entrada en el registro del órgano competente para su ejecución» y el plazo que contempla el artículo 150.5 de la LGT. SOLER ROCH indica que debe prevalecer este último por su mayor rango y especialidad¹⁰, siendo así que aquel no establece consecuencia alguna en caso de incumplimiento¹¹. En todo caso, es posible una interpretación compatible entre ambos preceptos, entendiendo que el citado artículo 66.2 ha de aplicarse cuando no deriven de retroacción alguna las actuaciones a ejecutar. Lo mismo podría aplicarse al confuso artículo 197.8 del Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, e introducido por Real Decreto 1/2010, de 8 de enero, el cual expresa:

«8. Para la ejecución de las resoluciones administrativas y judiciales, los órganos de inspección podrán desarrollar las actuaciones que sean necesarias pudiendo, en su caso, ejercer las facultades previstas en el artículo 142 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y realizar las actuaciones de obtención de información pertinentes. No obstante, cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.4 del Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, las mencionadas resoluciones hayan ordenado la retroacción de actuaciones, estas se desarrollarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.5 de la citada ley...»¹².

Por otro lado, tampoco existe obstáculo legal en el sentido de que el plazo en que opere la retroacción pueda *ser prorrogado* si existen razones para ello, conforme al artículo 150.1, párrafo 2.º de la Ley 58/2003, e incluso aunque haya habido otro anterior en el inicial procedimiento de inspección anterior a la retroacción acordada, precisamente porque estas segundas actuaciones no son continuación de las anteriores, tal como dice el artículo 66.2 del Reglamento de revisión antes indicado.

4. LA NUEVA DOCTRINA DEL TS EN LA SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 2011. JURISPRUDENCIA EN TORNO AL ARTÍCULO 150.5 DE LA LGT 58/2003

La citada STS de 24 de junio de 2011 (NFJ044123) vino a confirmar la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional de 3 de diciembre de 2007 (NFJ027755), entrando de lleno en el

Derecho Financiero, n.º 140, pág. 823, y SOLER ROCH, ob. cit., pág. 3, consideran que la falta de continuidad de dichas actuaciones no impiden la aplicación del artículo 150.5 citado.

¹⁰ SOLER ROCH, ob. cit., pág. 4.

¹¹ Así SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: *Revisión administrativa en vía tributaria: recursos y reclamaciones con jurisprudencia y ejemplos*. CEF, Madrid, 2006. Y también MARTÍNEZ LAGO, M.A.: «La ejecución de sentencias y resoluciones en materia tributaria», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 38, pág. 22.

¹² Precepto duramente criticado por FALCÓN TELLERÍA, R., en *Quincena Fiscal*, n.º 6, págs. 7-11, por considerar que restringe las garantías del artículo 150.5. «El nuevo apartado 8 del artículo 197 del Reglamento de las actuaciones y procedimientos de gestión e Inspección: un manifiesto intento de vaciar de contenido el plazo máximo aplicable en la retroacción de actuaciones inspectoras».

examen del artículo 150.5 de la LGT ¹³, siendo así que la de la Audiencia Nacional fue a su vez acogida por la Sentencia de la Sección Séptima de esa Sala de fecha 26 de enero de 2009, recurso 491/2006. Sin embargo, la aplicación del citado artículo 150.5 se ha visto en gran medida afectado por la interpretación hecha por la Sección 2.^a de la Sala de la Audiencia Nacional, contenida en Sentencias, entre otras, como las de 6 de octubre de 2011, recurso 416/2008, o de 19 de enero de 2011 [rec. núm. 10/2008 (NFJ041729)], que exigen que la retroacción de actuaciones necesaria para que opere dicho precepto sea expresa u «ordenada» por el propio tribunal judicial, o económico-administrativo, además de distinguir entre ejecución y retroacción de actuaciones ¹⁴. Siendo en abstracto diferenciables ambos conceptos, ejecución y retroacción, lo que no cabe, a mi modo de ver, es restringir el ámbito del precepto citado al socaire de una forzada interpretación, toda vez que una y otra generalmente vienen inseparablemente unidas, tal como nos hemos pronunciado con anterioridad.

Tampoco conviene olvidar que la citada STS de 24 de junio de 2011 rechazó el forzado argumento utilizado por la Abogacía del Estado de pretender distinguir entre ejecución de sentencia y retroacción de actuaciones, argumento que también fue utilizado en la Sentencia de la Sección 2.^a de la Sala de la Audiencia Nacional de fecha 19 de enero de 2011 para eludir la aplicación del artículo 150.5 de la LGT 58/2003, y que, como hemos visto, el fundamento jurídico 5.º de la STS rechaza, indicando que «cuando se completan unas actuaciones anuladas también se cumple la resolución o sentencia dictada», además de considerar que no cabe negar que haya habido retroacción de actuaciones cuando así lo ha entendido la propia Administración. Por otro lado, dicha sentencia rechaza lo que denomina «interpretaciones restrictivas sin soporte legal».

Por último, debe concluirse que el pretendido efecto desmedido que se ha predicado de la no interrupción de la prescripción al que se refiere el artículo 150.5 por el transcurso del plazo de duración para la práctica de las actuaciones objeto de retroacción, no resulta del todo novedoso en el ámbito tributario, pues es el mismo que el que derivaba del artículo 31.4 del Real Decreto 939/1986, de 26 de marzo, del Reglamento General de Inspección, o del artículo 29.3 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de garantías y derechos del contribuyente. Por otro lado, no puede considerarse excesiva la extensión al apartado 5.º del artículo 150 del efecto jurídico no interruptivo de la prescripción previsto en el artículo 150.2 a), y al que hay que concluir por ser dicho efecto derivado del espíritu del propio artículo 150.5, pues el hecho de que las actuaciones en la vía económico-administrativa o judicial no sirvan para interrumpir la prescripción deriva, y es consecuencia obligada, por tanto, del propio precepto, merecedor de una interpretación sistemática y conjunta de todos sus apartados. Y si se considera que tiene lugar el efecto no interruptivo pretendido en el artículo 150.2 a) al que se remite el artículo 150.5, por la vía del apartado 1.º, y el precepto está pensando en una retroacción derivada de resolución judicial o dictada en la vía económico-administrativa, es lisa y llanamente porque las interrupciones en dichas vías no se tienen en cuenta en las nuevas actuaciones inspectoras reali-

¹³ A diferencia de otras sentencias, a las que no se aplica, por razones temporales, dicho precepto. Así STS de 19 de diciembre de 2011, recurso 2376/2010 (NFJ045554), y las Sentencias de 14 de marzo de 2008 (casación para la unificación de doctrina 314/2004, FJ 4.º), 11 de julio de 2008 (casación para la unificación de doctrina 329/2004, FJ 4.º) y 18 de septiembre de 2008 (casación para la unificación de doctrina 410/2004).

¹⁴ En este sentido debemos destacar el comentario del Ilustre Magistrado de la Sección 2.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Ilmo. Sr. D. José Navarro Sanchís, recogida en *El Economista* de 31 de enero de 2011, «Una interpretación del artículo 150.5 de la LGT».

zadas como consecuencia de la retroacción practicada, que se someten, por ello, al específico plazo del apartado 5.º, que será el plazo que reste conforme al artículo 150.1, o en su caso, al de seis meses, si aquel periodo fuera inferior, lo que constituirá la regla general.

Espero, a la vista de este artículo, haber podido aportar algo de interés al lector, sobre una cuestión a mi modo de ver, de gran interés, y que la acertada STS de 24 de junio de 2011 –la primera del Alto Tribunal en la que se enfrenta de lleno a este precepto– ha sabido reconducir a sus justos términos, frente a lo que modestamente, entiendo, forzadas interpretaciones de dicho precepto, contrarias a su letra y espíritu.

UNA APROXIMACIÓN A LA INDUSTRIA DE CALIFICACIÓN CREDITICIA: ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA POLÉMICA?

NATALIA PINEDO GARCÍA

Controller financiera

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Extracto:

LA situación económica y financiera que han vivido la mayoría de países desarrollados en los últimos años ha generado múltiples debates en torno a las agencias de calificación, cuya competencia ha sido puesta en entredicho en numerosas ocasiones a lo largo de este periodo.

En primer lugar, su actuación fue determinante en el origen de la crisis y, desde entonces, han sido objeto de todo tipo de críticas debido a los fallos generalizados que evidenció la crisis *subprime*.

Por otro lado, en la actualidad siguen siendo noticia ya que, cuando muchas economías tratan de recuperarse de la «debacle» financiera que vienen sufriendo desde 2007, las agencias calificadoras las golpean con continuas bajadas de *rating* y anuncios de reducción de perspectivas. Estas actuaciones agravan la situación de las economías ya que tienen un efecto directo sobre el mercado de deuda, tanto pública como privada: las primas de riesgo se disparan, las inversiones extranjeras «huyen» hacia países con un riesgo percibido menor y los índices bursátiles se desploman.

A día de hoy, la importancia del sector es innegable, y por ello lo que se pretende con el siguiente trabajo es que el lector comprenda su funcionamiento y composición.

También se tratará el papel que jugaron las agencias calificadoras en la crisis *subprime*, la regulación a que son sometidas, tanto en Europa como en Estados Unidos y el contenido informativo de los *rating* emitidos.

Palabras clave: agencias de calificación, crisis *subprime*, *rating*, mercado de deuda y regulación.

A FIRST APPROACH TO THE CREDIT RATING AGENCIES: IS THE CONTROVERSY JUSTIFIED?

NATALIA PINEDO GARCÍA

Controller financiera

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Valentín PICH ROSELL, don Mario ALONSO AYALA, don César CAMISÓN ZORNOZA, don José Luis GALLIZO LARRAZ y don Enrique ORTEGA CARBALLO.

Abstract:

THE financial situation most developed countries have been throughout over the last years has reached into multiple debates with **rating agencies** as their main theme, since their competence during this period has been called into question many times.

Firstly, their performance has been decisive during the genesis of the crisis and, since then, they have been criticised due to the big mistakes the **subprime crisis** showed.

Besides this, they are still on the highlight since, when lots of countries are trying to recover from the financial debacle they have been suffering since 2007, their economic stability seems to be threatened because of continuous downgrades and negative outlooks on their **ratings**. This has a direct effect on the **debt market**, both public and private: risk premium rises, foreign investments go to countries with lower risks and stock markets crashes.

Since the significance of this industry nowadays is undeniable, the main aim of this paper is to provide the reader a general idea of how it works and how it is composed, also explaining aspects as **regulation**, informative content of ratings and their role throughout the beginning of the crisis.

Keywords: rating agencies, subprime crisis, rating, debt market and regulation.

Sumario

1. Introducción.
2. Presentación de la industria y de las agencias de *rating*.
 - 2.1. Introducción al *rating*.
 - 2.2. Principales agencias de *rating* y composición de la industria.
 - 2.3. Cómo se calcula una calificación crediticia.
 - 2.4. Financiación de las agencias de *rating*.
3. Controversia en la actualidad.
 - 3.1. Crisis *subprime*.
 - 3.2. Contenido informativo del *rating* y su efecto desestabilizador en las economías.
 - 3.3. Regulación de las agencias de *rating*.
 - 3.4. Principios del FSB para reducir la dependencia de las calificaciones.
4. Conclusión.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La situación económica y financiera en la que se encuentra inmersa la práctica totalidad de los países desarrollados ha generado múltiples debates, en su mayoría relativos al papel que han jugado las agencias de calificación crediticia a lo largo de este periodo. Su actuación fue determinante en el origen de la crisis y, posteriormente, han continuado en el ojo del huracán siendo objeto de todo tipo de críticas por los fallos generalizados que evidenció la crisis *subprime*. En la actualidad, cuando muchas economías tratan de recuperarse de la «debacle» financiera que vienen sufriendo desde el año 2007, las agencias calificadoras las golpean con continuas bajadas de *rating* y reduciendo sus perspectivas.

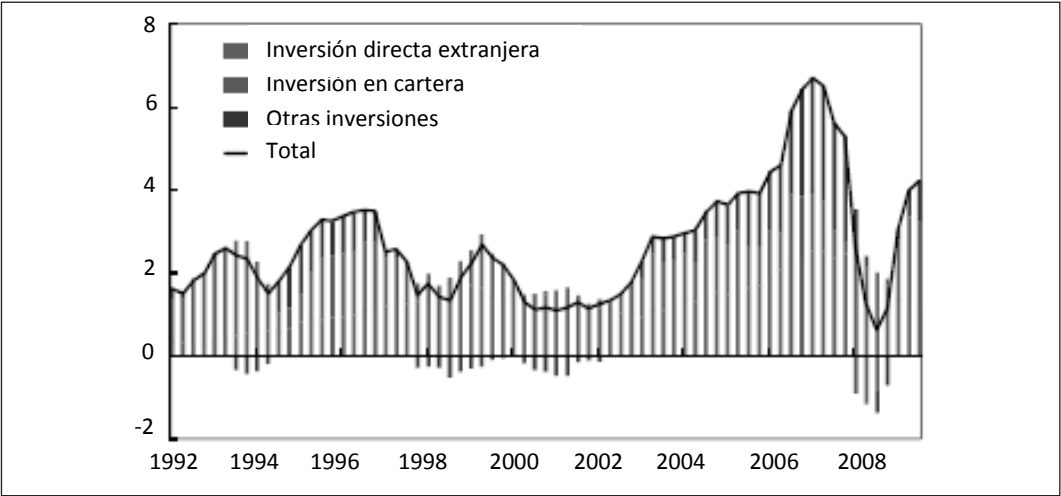
En concreto, las economías europeas están viendo como, con demasiada frecuencia, las agencias de *rating* muestran sus dudas sobre su capacidad de repago de la deuda, el elevado déficit que presentan, aspectos como el desempleo, la reforma del sistema financiero, y un largo etcétera de frentes abiertos que pueda tener cualquier economía de un país desarrollado.

El problema es que cada anuncio u opinión mostrado por las agencias tiene su efecto directo, y muchas veces inmediato, en los mercados. Este efecto se puede comprobar mediante el incremento del *spread* del CDS, la caída de los índices bursátiles de referencia, y el contagio a los países vecinos, empeorando la situación económica de un numeroso grupo de países.

Consecuencia de lo anterior, las naciones tienen que pagar un interés mayor para conseguir colocar su deuda soberana, debido a esa mayor percepción de riesgo en los mercados.

También se produce un efecto totalmente indeseable para la economía de un país, como es la huida de las inversiones hacia otros lugares donde el riesgo percibido sea menor.

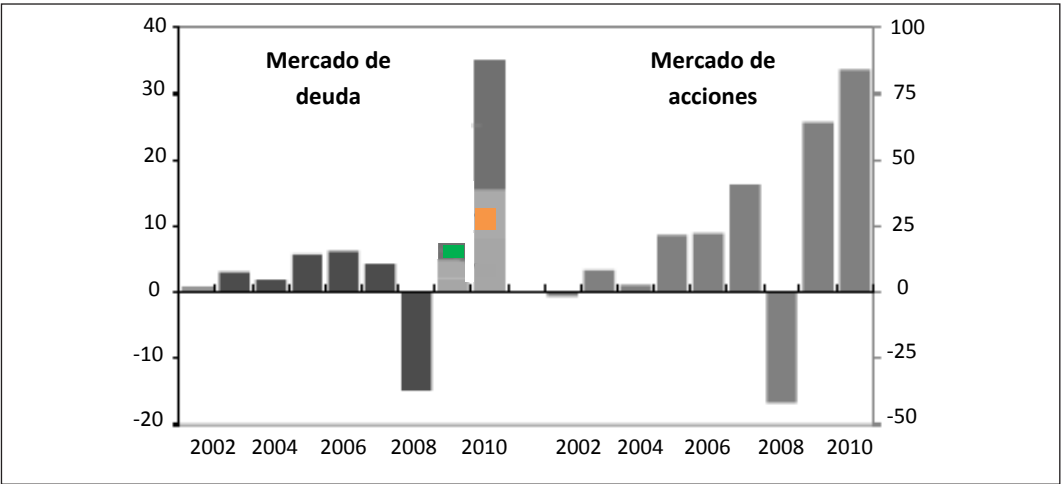
GRÁFICO 1. *Flujos de capital hacia países emergentes (pasivos netos, en porcentaje del PIB).*



FUENTE: FMI.

Así, en los **gráficos 1 y 2** podemos comprobar como desde el año 2009 los flujos de inversión han ido hacia países emergentes, con unas tasas de crecimiento sostenido mayores. Esta tendencia se ha acentuado en el año 2010.

GRÁFICO 2. *Flujos anuales hacia el mercado de deuda y bursátil de países emergentes (en billones de USD).*



FUENTE: FMI.

Uno de los factores fundamentales de esta fuga de capitales es la falta de estabilidad en las economías que se percibe desde el exterior, así como el riesgo de *default* en algo que tradicionalmente se había considerado una inversión segura como es la deuda soberana.

Otro aspecto muy debatido en la actualidad es la necesidad de una reforma en la industria de las agencias de calificación crediticia. Se aboga por un acuerdo de mínimos a nivel internacional, cambiar la actual estructura competitiva, eliminar o al menos minimizar el conflicto de intereses existente, incrementar la transparencia en las metodologías de evaluación crediticia e incrementar la supervisión de la industria en general.

Por todo lo anterior, y dada la innegable importancia de las calificaciones crediticias en el sistema financiero, a lo largo del presente trabajo se realizará un repaso a la industria de *rating*, introduciendo las principales agencias e indicando su origen, funcionamiento y regulación, así como los principales problemas y controversias a que se enfrentan.

Finalmente, se tratará de, a partir de las imperfecciones o fallos que presenta el mercado, extraer una conclusión sobre la posible evolución del sector, analizando las fundamentales propuestas regulatorias, y valorando su actuación desde el inicio, en 2007, de la actual situación económica.

2. PRESENTACIÓN DE LA INDUSTRIA Y DE LAS AGENCIAS DE RATING

2.1. Introducción al *rating*

El *rating* es una escala de calificaciones que se elabora después de analizar varios aspectos de una empresa o un Estado. Las principales agencias utilizan un sistema similar a las del sistema educativo anglosajón basándose en letras, que van desde la AAA, para la mayor calificación, a la C, en el caso de Moody's, o la D, en el caso de Standard & Poor's y Fitch, para la nota más baja.

Evalúa la capacidad y el compromiso jurídico de un emisor para efectuar los pagos de intereses y amortización del principal en el plazo previsto y en las condiciones de la emisión. La calificación también pretende clasificar el nivel de riesgo relativo de cada emisión y cada emisor. Constituye, por tanto, un indicador sencillo, objetivo y rápido del análisis del riesgo crediticio.

La principal función de las calificaciones en los mercados financieros es proporcionar al inversor una medida del riesgo de incumplimiento en el pago de intereses, dividendos o principal, de una inversión determinada. Resulta especialmente útil a nivel internacional, ya que permite obtener una idea suficientemente sólida de la posición tanto de emisores como de emisiones. La calificación reduce la incertidumbre sobre los riesgos de inversión de una gama de productos financieros mucho más amplia de la que los inversores pueden cubrir, ampliando así sus horizontes de inversión.

El *rating* da la posibilidad de diversificar los riesgos de inversión en una cartera de renta fija y de optimizar dichas inversiones al poder seleccionar los valores que más se adecúen a las necesi-

dades. Conviene matizar que no debe sustituir al análisis del inversor, sino que debe ser un complemento al mismo.

También juega una función clave a la hora de fijar precios en títulos de renta fija. Son un indicador de cuánta rentabilidad añadida (denominada *spread* o prima de riesgo) puede pedir el inversor en relación con un valor sin riesgo (deuda pública). A mayor calificación, menor riesgo crediticio y por tanto menor será la rentabilidad adicional.

Por otra parte, alcanzar un determinado *rating* sirve como requisito regulatorio que impide o posibilita la inversión en un activo por parte de inversores institucionales concretos.

- (¹) NP: Not Prime.
- (²) RD: Relative Default.

TABLA 1. *Escala de calificaciones crediticias a corto plazo.*

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
Grado de inversión	Máxima calidad	A-1+	P-1	F1+
		A-1		F1
	Satisfactoria	A-2	P-2	F2
	Adecuada pero vulnerable	A-3	P-3	F3
Grado especulativo	Dudoso y vulnerable	B	NP(¹)	B
	Inadecuado	C		C
	Impago	D	--	RD(²)/D

TABLA 2. *Escala de calificaciones crediticias a largo plazo.*

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
Grado de inversión	Máxima calidad	AAA	Aaa	AAA
	Alta calidad	AA+	Aa1	AA+
		AA	Aa2	AA
		AA-	Aa3	AA-
	Fuerte capacidad de pago	A+	A1	A+
		A	A2	A
		A-	A3	A-
.../...				

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
.../...	Adecuada capacidad de pago	BBB+	Baa1	BBB+
		BBB	Baa2	BBB
		BBB-	Baa3	BBB-
Grado especulativo	Probable incumplimiento	BB+	Ba1	BB+
		BB	Ba2	BB
		BB-	Ba3	BB-
	Elevado riesgo	B+	B1	B+
		B	B2	B
		B-	B3	B-
	Vulnerabilidad al impago	CCC	Caa	CCC
		CC	Ca	CC
		C	C	C
	En impago	D	-	RD/D

FUENTE: *Elaboración propia a partir de información de Standard & Poor's, Moody's y Fitch.*

Cada uno de los signos (+/-) en el caso de Standard & Poor's y Fitch o indicadores numéricos (del 1 al 3) para Moody's son los denominados «**modificadores**», e indican una subcategoría dentro de un nivel previo (BBB por ejemplo).

Cuando se revisa un *rating* y se decide modificarlo, se dice que se ha bajado o subido el *rating* un «**notch**», que es un movimiento dentro de una escala de *rating* (por ejemplo, en el caso de Moody's a la deuda pública española el marzo pasado, de Aa1 a Aa2) o dos «**notches**» (por ejemplo, el caso de S&P a la deuda soberana de Portugal en abril, de A+ a A-).

En la pantalla de Bloomberg que nos muestra el **gráfico 3**, tenemos un ejemplo para Iberdrola. Podemos ver los *ratings* otorgados por las agencias calificadoras para cada una de las emisiones vivas, tanto a largo como a corto plazo, así como la perspectiva en que se encuentran los mismos.

GRÁFICO 3. *Diferentes calificaciones para Iberdrola según emisión y agencia*

<HELP> for explanation. Enter # <G0> for historical ratings.		Corp	CRPR
Related Functions	Company Tree Ratings	Alert	CREDIT PROFILE
Iberdrola SA		Page 1/1	
MOODY'S		Fitch National	
1) Outlook	STABLE	15) Natl Sr Unsecured	AAA(mex)
2) Issuer Rating	A3		
3) Senior Unsecured Debt	A3		
4) Short Term	P-2		
STANDARD & POOR'S			
5) Outlook	STABLE		
6) LT Foreign Issuer Credit	A-		
7) LT Local Issuer Credit	A-		
8) ST Foreign Issuer Credit	A-2		
9) ST Local Issuer Credit	A-2		
FITCH			
10) Outlook	STABLE		
11) LT Issuer Default Rating	A-		
12) Senior Unsecured Debt	A		
13) Short Term	F2		
14) ST Issuer Default Rating	F2		
Australia 61 2 9777 8600 Brazil 5511 3048 4500 Europe 44 20 7330 7500 Germany 49 69 9304 1210 Hong Kong 852 2877 6000 Japan 81 3 3201 8900 Singapore 65 6212 1000 U.S. 1 212 918 2000 Copyright 2009 Bloomberg Finance L.P. SN 976309 6406-1399-3 09-Sep-2009 04:54:48			

FUENTE: *Bloomberg.*

Es importante señalar que cada compañía tiene su propio *rating*, no hay un *rating* mejor o peor sino el que más se adecúe a la estructura y circunstancia de la empresa. Asimismo, estos se revisan periódicamente y se ponen en **perspectiva** (*outlook*) positiva, negativa o estable, que es la holgura que se tiene dentro de una calificación. Tampoco hay que olvidar que hay *ratings* tanto para el emisor como para la emisión, así, una emisión concreta puede tener un mejor o peor *rating* que la compañía emisora.

Las agencias insisten en que las calificaciones no son más que previsiones sobre la solvencia de los diferentes organismos, aunque a menudo determinan el comportamiento financiero de las empresas analizadas. En este sentido, se considera que aquellos que tengan la máxima calificación tienen pocas probabilidades de entrar en suspensión de pagos, sea cual sea su situación financiera, ya que el mercado confiará en ese producto. La quiebra de empresas con la máxima calificación, como Lehman Brothers en 2008, ha hecho tambalear esta creencia, y como consecuencia, que las agencias sufran una importante pérdida de credibilidad.

Por otro lado, no siempre el *rating* de una emisión de deuda es solicitado. Las agencias califican a emisores o emisiones aunque estos no lo hayan solicitado, por lo que no cuentan con información completa y se basan únicamente en información pública. En consecuencia, la calificación otorgada es más baja y por tanto el *spread* es mayor. Estos *ratings* no solicitados se utilizan en muchas ocasiones como medida de presión y, por lo general, la empresa termina contratando el *rating*. Este

rating contratado, en la práctica totalidad de las ocasiones, es mejor que el inicialmente otorgado por la agencia de calificación.

DIFERENTES TIPOS DE RATING

Las agencias de calificación no se limitan a emitir un *rating*, sino que se cuentan con diferentes productos según las necesidades del emisor. Los siguientes ejemplos muestran el catálogo de servicios que ofrece Fitch:

- **Rating público:** se analiza al emisor y se le califica en una escala de *ratings*. La calificación obtenida será objeto de seguimiento constante por parte de los analistas.
- **Rating privado:** a diferencia del público, no se hace extensivo a los medios de comunicación ni al mercado.
- **Credit assessment:** es una evaluación en un momento puntual del tiempo, ya que a un emisor puede interesarle conocer de antemano la calificación que tendría en un momento determinado, sin hacer pública la información. No hay seguimiento por parte de la agencia.
- **Rating assessment service:** muy utilizado para determinar el *rating* que tendría un emisor ante una hipotética situación (operación corporativa, cambio accionarial, venta de activos...). Constituye una evaluación en un momento determinado que se realiza antes de la operación.
- **Shadow rating:** es una opinión que omite características del *rating* completo. Es el caso de cuando se dispone de escasa información o el análisis se hace a petición de terceros.

VENTAJAS Y FUNCIONES DE LAS CALIFICACIONES CREDITICIAS

El *rating* es una **medida de fortaleza financiera** que permite valorar el riesgo de impago. Refleja la capacidad y disposición del emisor de pagar tanto los intereses como el principal en su totalidad y en la fecha acordada. Es un elemento clave en los mercados de capitales ya que constituye una **valoración creíble e independiente de la calidad crediticia** de un emisor o emisión concreta, que permite la comparación a nivel mundial y cuya transparencia favorece la liquidez en los mercados de capitales.

También funciona como **restricción regulatoria**, ya que alcanzar un determinado *rating* sirve a su vez como requisito regulatorio que impide o posibilita la inversión en un activo por parte de determinados inversores institucionales. Por último, se puede decir que **amplía las alternativas de financiación**, ya que el *rating* es la llave para acceder a los mercados de capitales internacionales (colocaciones privadas, eurobonos, programas MTN, ECP...).

En adición a estas ventajas genéricas, existen otras características del *rating* que hacen que sea especialmente favorable para los emisores o para los inversores:

TABLA 3. *Ventajas de las calificaciones crediticias para emisores e inversores.*

Emisores	Inversores
<ul style="list-style-type: none"> • Mejor acceso al mercado. • Mejor aceptación para emisores poco conocidos. • Ayuda a la correcta formación de precios. • Mejora la imagen corporativa. • Permite la afluencia de inversión no residente. 	<ul style="list-style-type: none"> • Complemento del análisis. • Ayuda a la gestión del riesgo de las carteras. • Permite una mayor diversificación. • Ayuda a invertir en otros mercados.

FUENTE: *Elaboración propia.*

2.2. Principales agencias de *rating* y composición de la industria

Las agencias de calificación crediticia más importantes comparten rasgos característicos, como son su origen en Estados Unidos a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX y su carácter privado. Surgen ligadas a la evaluación de obligaciones de las compañías ferroviarias de Estados Unidos. A mediados del siglo pasado, comenzaron a crecer de la mano del imparable desarrollo de los mercados financieros internacionales. Estas principales agencias son tres:

- **Standard & Poor's**, cuyo origen se remonta a 1860, cuando Henry Varnum Poor publica «History of the Railroads and Canals of the United States», el primer informe donde se recaba información financiera y operativa de la industria más intensiva en capital de los Estados Unidos, la industria del ferrocarril. En 1941, Poor's Publishing (originariamente fundada por Henry Varnum Poor y su hijo, Henry William Poor) se fusiona con Standard Statistics, formando Standard & Poor's Co., siendo este su actual estado corporativo. En 1957 se presenta el Índice S&P 500, y en 1962 sus acciones se admiten a cotización en New York Stock Exchange. A lo largo de los años sesenta, desarrolla nuevos servicios relativos a bonos corporativos y municipales, y en 1966 es adquirida por McGraw Hill. Desde los años sesenta hasta la actualidad, gracias al desarrollo de los mercados financieros internacionales, se ha convertido en una empresa con presencia global.
- **Moody's Corporation**, sociedad matriz de Moody's Investors Service, fue fundada por John Moody en 1900, año en que publicó «The Manual of Industrial and Miscellaneous Securities», un manual que contenía información y estadísticas de valores y bonos de instituciones financieras, agencias gubernamentales, empresas manufactureras, mineras, de materias primas y alimentación. Con el *crash* bursátil de 1907, la empresa quebró, pero posteriormente en 1909 John Moody decidió no solo proveer al inversor de información sobre la propiedad, capitalización y gobierno de las compañías, sino también de un análisis de las acciones y bonos emitidos por las empresas, y las conclusiones obtenidas tras dicho análisis sobre la calidad de la inversión. En 1914, Moody's Investors Service se une al negocio y John Moody expande su análisis a los bonos emitidos por ciudades y municipios estadounidenses. Con posterioridad,

Moody's ha ido extendiendo geográficamente su análisis, pasando de cubrir únicamente tres países en 1975, a treinta y tres en 1990 y a más de cien en el año 2000.

- **Fitch Ratings**, agencia de calificación crediticia internacional con doble sede, en Nueva York y Londres. Fue fundada en 1913 por John Knowles Fitch como Fitch Publishing Company. La compañía comenzó publicando estadísticas financieras claves para la comunidad financiera, a través de títulos como «The Fitch Bond Book» y «The Fitch Stock and Bond Manual». En 1924 se introdujo la escala de AAA a D para satisfacer una creciente demanda de análisis de valores financieros. En 1989 Fitch Ratings fue recapitalizada bajo una nueva dirección y a lo largo de los años noventa ha experimentado un considerable crecimiento en todas las áreas. En 1997 se fusionó con IBCA Limited, con sede en Londres, incrementando así su presencia global, prestando servicios a bancos, instituciones financieras y países. Fitch Ratings fue comprada por Fimalac, *holding* francés que previamente había adquirido IBCA en 1992. En 2000, Fitch Ratings adquirió Duff & Phelps Credit Rating Co., así como Thomson BankWatch, con la intención de convertirse en un competidor global al cubrir el sector asegurador, corporativo, de instituciones financieras y de financiaciones estructuradas.

Las tres agencias comenzaron a cargar tasas por sus servicios de análisis y calificación crediticia en los años setenta.

GRÁFICO 4. Logos de las principales agencias de calificación crediticia.



Estas tres agencias dominan la industria de calificación crediticia a nivel mundial, que es prácticamente un duopolio al acaparar Moody's y Standard & Poor's cerca del 80 por 100 del mercado. Fitch Ratings, por su parte, ocupa el tercer lugar con una cuota de mercado aproximada del 15 por 100, pero es líder en el sector de productos estructurados.

Posteriormente, en cada país la cuota de mercado se completa con agencias nacionales o con agencias especializadas en emisiones concretas que operan en varios países, aunque la participación de estas agencias calificadoras en los ingresos totales que genera la industria es muy pequeña.

La estructura de la industria de calificación crediticia permanece prácticamente igual que en sus orígenes, con las dos agencias líderes desde su fundación, a pesar de que en los últimos años la demanda de este tipo de servicios haya experimentado un importante crecimiento. Esto es debido, como veremos más adelante, al gran peso que tiene la reputación en el sector.

Es muy importante que la agencia que emite una calificación tenga la suficiente veracidad y credibilidad como para que el mercado tome ese *rating* como un *input* más a la hora de valorar las distintas alternativas de inversión. Aunque no es el único factor, ya que también influye el regulador de cada país al utilizar los *ratings* como instrumento de protección del inversor minorista, advirtiendo sobre los productos en los que no debe invertir.

Hay que destacar que, especialmente, tras la crisis de las hipotecas *subprime*, desde diversos estamentos se aboga por la creación de una agencia de *rating* europea, para eliminar en la medida que sea posible la subjetividad derivada de que las tres principales agencias de calificación sean anglosajonas.

Cabe mencionar la creación en 2009 de Dagong Global Credit Rating, agencia china con sede en Pekín especializada en emisiones de acciones y bonos, y creada con el objeto de que haya una agencia calificadora oriental capaz de competir con las gigantes estadounidenses.

AGENCIAS NRSRO

En Estados Unidos, las agencias NRSRO (Nationally Recognized Statistical Rating Organization) son las únicas que pueden emitir *ratings* para ser utilizados en la regulación financiera. Esta denominación surge tras la crisis crediticia de los años setenta, cuando se comenzaron a utilizar los *ratings* para determinar los requerimientos de capital para los intermediarios de los mercados de valores y las entidades de crédito. La Securities and Exchange Commission (en adelante SEC) creó un sistema de registro que se realizaba a través de lo que se denominaba *No Action Letter*. Los criterios utilizados para dicho registro no eran plenamente transparentes, sino muy genéricos: los *ratings* de la agencia debían ser fiables, creíbles y de amplio uso por el mercado. Para convertirse en NRSRO, la agencia debía contar con el debido reconocimiento del mercado, y una vez logrado el *status*, la SEC nunca se planteaba retirárselo.

A parte de la SEC, otros reguladores decidieron que únicamente admitirían en sus regulaciones *ratings* provenientes de agencias NRSRO, lo que hacía que contaran con una importante ventaja competitiva con respecto a las demás agencias.

Esto provocó que la industria de *rating* estuviera altamente segmentada. Consecuencia de la ola de fusiones y adquisiciones de los años ochenta, durante la década de los noventa únicamente hubo tres agencias registradas: Moody's, Standard & Poor's y Fitch, que copaban prácticamente la totalidad del mercado (fueron denominadas NRSRO en 1975).

Consecuencia de la Ley Sarbanes Oxley de 2002, se promulgó la Credit Rating Agency Reform Act en 2006 (aunque no entró en vigor hasta enero de 2008), reformando por completo el marco regu-

latorio de las agencias de *rating*. Esta reforma aboga por una mayor supervisión directa de las agencias calificadoras, alejándose así por la autorregulación propuesta por el IOSCO, y modifica los criterios de la SEC a la hora de considerar válidas las agencias calificadoras para emitir *ratings* destinados a usos regulatorios.

Una primera consecuencia de la Credit Rating Agency Reform Act es el aumento de las agencias reconocidas por la SEC, que en abril de 2011 son diez:

- A.M. Best Company, Inc.
- Dominion Bond Rating Service Ltd.
- Egan-Jones Rating Company.
- Fitch, Inc.
- Japan Credit Rating Agency, Ltd.
- Moody's Investors Service, Inc.
- Rating and Investment Information, Inc.
- Realpoint LLC.
- Standard & Poor's Ratings Services.
- LACE Financial Corp./Kroll Bond Rating Agency.

En diciembre de 2009, la agencia china de reciente creación Dagong Global Credit Rating solicitó a la SEC su registro, que fue denegado en abril de 2010 por dos tipos de causas: en primer lugar, por la insuficiente conexión con el comercio interestatal estadounidense y, en segundo lugar, porque teniendo en cuenta los requerimientos de su país de origen, Dagong no podría cumplir con las provisiones exigidas por la regulación del mercado de valores estadounidense.

EL PAPEL DE LA REPUTACIÓN EN LA INDUSTRIA DE CALIFICACIÓN CREDITICIA

La reputación es de vital importancia en una industria como la de *rating*, donde las relaciones entre empresas y proveedores son largas en el tiempo, existen importantes asimetrías informativas, y el cliente no puede verificar *ex-ante* la calidad del producto. La calidad de los *ratings* emitidos únicamente se puede contrastar *ex-post*, comprobando si el número de quiebras producidas en los calificados con el mismo *rating* se corresponde con el número de quiebras que dicho *rating* predice. Al no existir una mejor manera de comprobar la calidad de los *ratings* a priori, los inversores confían en las agencias con una mayor implantación.

Las agencias cargan precios más altos cuanto mayor sea su reputación, ya que con sus calificaciones prácticamente pueden asegurar una bajada en el precio de la colocación.

La importancia de la reputación tiene consecuencias para la competencia en la industria y condiciona su estructura oligopolística, ya que crear una reputación es un proceso laborioso y muy costoso. Es lógico entonces que el mercado en los diferentes países esté constituido por muy pocas empresas, algunas de las cuales como Standard & Poor's y Moody's cuentan con un poder de mercado enorme.

Al ser un oligopolio, existe una competencia en precios que hace que el precio de equilibrio sea muy superior al que se daría de existir un número de agencias más elevado en el mercado. Es por eso que, una vez la calificadoradora está consolidada en el mercado, disfruta de unos beneficios generalmente muy altos.

La reputación es el elemento clave de la industria, y pasa por que las agencias mantengan un alto nivel de calidad en la emisión de sus *ratings*. Si una agencia decidiera bajar la calidad de los *ratings*, disfrutaría de unos beneficios extra hasta que el mercado detecte *ex-post* el cambio, perdiendo así uno de los activos más importantes de este sector, como es la confianza de sus consumidores.

La reputación constituye, por tanto, un garante de la calidad de los *ratings* emitidos por las agencias.

2.3. Cómo se calcula una calificación crediticia

Para formar su opinión de riesgo crediticio, las agencias calificadoras pueden utilizar un equipo de analistas o modelos matemáticos, aunque el uso de uno no excluye al otro, siendo lo habitual la combinación de ambos métodos.

- **Calificaciones realizadas por analistas:** implica asignar un analista, junto con un equipo de especialistas para liderar la evaluación del riesgo crediticio de la entidad o de una emisión concreta. Por lo general, los analistas obtienen la información necesaria de informes públicos, entrevistas y reuniones con el equipo directivo del emisor. La información es utilizada para evaluar la situación financiera de la entidad, su desempeño operativo, políticas y estrategias de administración de riesgo.
- **Calificaciones resultantes de la utilización de modelos:** este método se enfoca casi exclusivamente en el uso de información cuantitativa, la cual se incorpora a un modelo matemático que analiza la calidad de los activos, los fondos de que dispone la entidad y la rentabilidad obtenida por la misma, basándose casi exclusivamente en los datos obtenidos de los estados financieros públicos de la institución y de la información presentada por esta a sus reguladores.

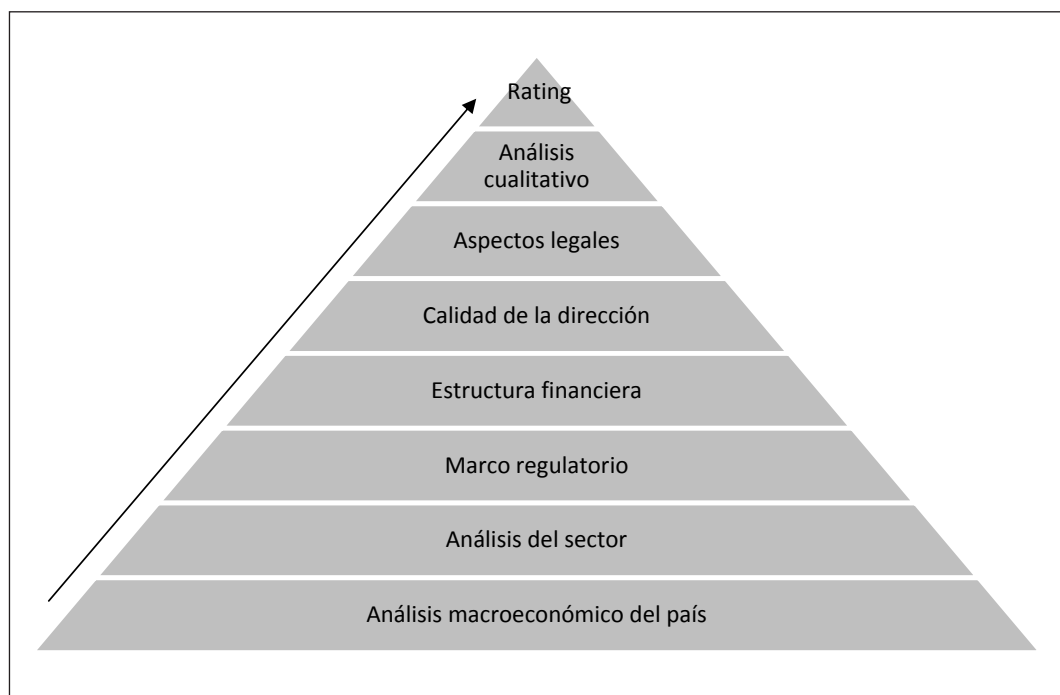
A la hora de hablar de la determinación de un *rating*, hay que diferenciar entre las fases que componen el proceso y los factores analizados para otorgar una determinada calificación, que incluyen variables de carácter cuantitativo y cualitativo.

2.3.1. El proceso de obtención de un rating

El proceso a seguir para determinar un *rating* es similar entre las distintas agencias y plazos. La principal diferencia entre un *rating* a corto plazo y uno a largo es el horizonte temporal del análisis. Mientras que para un *rating* a corto plazo el estudio suele abarcar uno o dos años y se analizan aspectos como acceso a la financiación bancaria, la deuda a corto plazo o el *cash-flow* generado, para un *rating* a largo plazo el periodo analizado se extiende incluso hasta los diez años, sometiéndose la empresa a un análisis profundo de sus estados contables (de los cinco años anteriores como mínimo), presupuestos y *business plan*, que incluye estrategias futuras, inversiones previstas...

El análisis se realiza estudiando en primer lugar el entorno macroeconómico del país, para después centrarse en el sector en que opera la empresa, y finalmente en los datos más detallados. El **gráfico 5** nos indica a rasgos generales el proceso de análisis seguido.

GRÁFICO 5. Proceso de análisis para la elaboración de una calificación crediticia.



FUENTE: *Elaboración propia.*

Las fases que componen la obtención de una opinión sobre el riesgo crediticio de una entidad o emisión son, por lo general, las siguientes:

- **Selección de un asesor de *rating*:** el emisor tiene la intención de solicitar un *rating*, para lo que concierne una reunión informal con una agencia de calificación. En esta reunión, la agencia establece una primera impresión de las principales áreas del emisor que deberá estudiar. Por su parte el emisor se familiariza con la visión y la metodología de análisis de la agencia.
- **Asignación de un equipo de analistas:** si la empresa emisora estima que el resultado potencial de la obtención de un *rating* es positivo y, por tanto, decide continuar con su solicitud de *rating*, la agencia asigna un analista al frente de un equipo de especialistas del sector en el que opera el emisor.
- **Preparación de las reuniones de *rating*:** previamente a la reunión entre el emisor y la agencia, los analistas estudian toda la información con el objeto de conocer en profundidad la empresa emisora. Analizan no solo los estados financieros de los últimos años (el horizonte temporal estudiado depende de si se trata de un *rating* a corto o a largo plazo), es decir, información histórica, sino también estrategias futuras, posibles inversiones y proyecciones financieras. Esta información referente al futuro de la compañía, muchas veces es de carácter estrictamente confidencial y privilegiado, por lo que los analistas operan con acuerdos de confidencialidad durante todo el proceso.
- **Reuniones con la agencia de *rating*:** tras el primer análisis, el equipo de analistas establece un calendario de reuniones con el equipo directivo del solicitante, que normalmente tienen lugar en sus propias oficinas. Estas reuniones por lo general no duran más de uno o dos días y se suelen centrar en aspectos de carácter cualitativo, fundamentales en el proceso de calificación. Estos aspectos son, por ejemplo, la misión, visión y valores de la compañía, su estrategia, posición en el sector, entorno competitivo, cuestiones financieras y competitivas, así como información relativa a Responsabilidad Social Empresarial y Gobierno Corporativo.

Los asistentes a estas reuniones son la dirección ejecutiva, altos cargos de la dirección financiera y de operaciones, e incluso el máximo ejecutivo de la compañía.

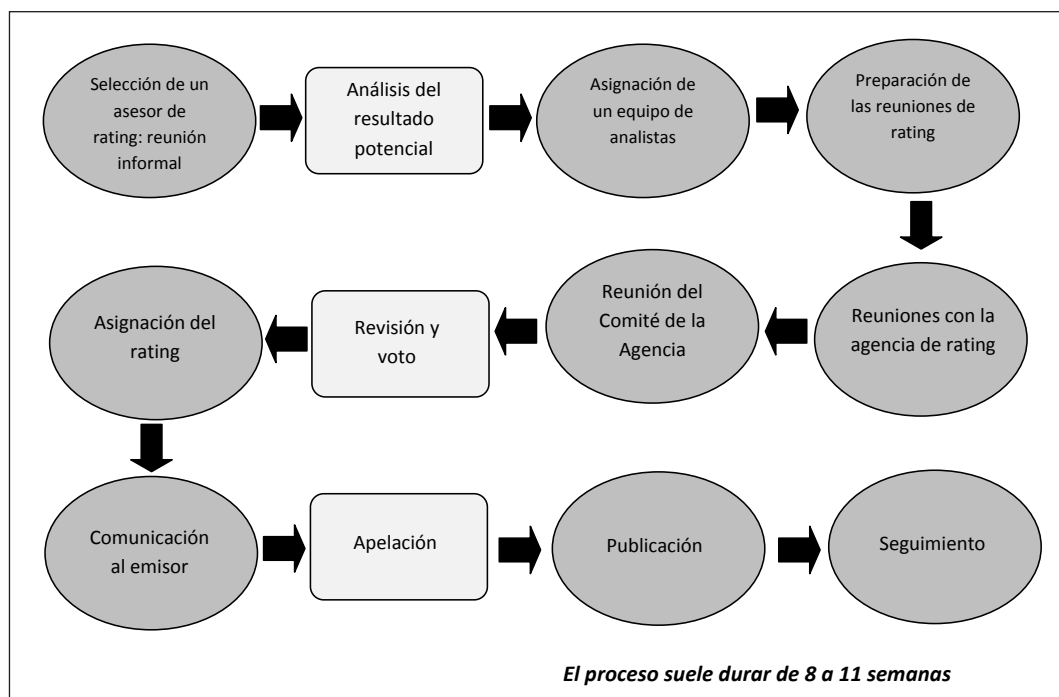
- **Reunión del Comité de Rating y asignación del mismo:** tras las reuniones de trabajo anteriormente descritas, las agencias calificadoras se suelen tomar de cuatro a seis semanas para llegar a una decisión de calificación. El analista que dirige el equipo hace una recomendación acerca del *rating* a otorgar y se reúne con el Comité de Rating, que tomará la decisión final sobre el *rating* a conceder.

El Comité de *Rating* está formado por el equipo asignado al proceso, especialistas en la industria a la que pertenece el solicitante, analistas especializados en el país en el que se ubique la sede social de la empresa y miembros sénior de la agencia calificadora con experiencia en el análisis del riesgo de crédito.

- **Comunicación del *rating* al emisor y publicación:** se comunica el *rating* otorgado, y se exponen los motivos que lo fundamentan al emisor, que puede apelar la calificación antes de que se haga pública. En ese caso, se puede aportar información adicional que será analizada por el Comité y, en función de dicho análisis, se modificará la opinión o se mantendrá.

drá, emitiendo el *rating* definitivo que se hará público salvo que el emisor tenga facultades para impedirlo (si el emisor tiene derechos de publicación o cuando el *rating* se otorga por primera vez haciéndose público solo si el emisor así lo decide).

GRÁFICO 6. *Proceso de elaboración de una calificación crediticia.*



FUENTE: *Elaboración propia.*

A lo largo del proceso de *rating* descrito anteriormente, es muy importante asegurarse de que no existen limitaciones en el tiempo, aunque tampoco hay que dilatarlo innecesariamente. También hay que involucrar a la alta dirección, dado que son los mejores conocedores del funcionamiento de la empresa y en especial de los aspectos cualitativos relativos a la misma. Hay que asegurar que los analistas entienden la cultura de la empresa, y establecer una relación de confianza con los mismos, así como mantener una comunicación regular y ser lo más abierto posible ya que la confidencialidad está garantizada.

SEGUIMIENTO Y VIGILANCIA DE LAS CALIFICACIONES CREDITICIAS

El proceso del *rating* no se acaba cuando este se otorga y publica, sino que las agencias siguen estudiando la evolución del emisor y realizan un seguimiento de todos aquellos factores que puedan afectar al *rating*. Por esto podríamos considerar la última fase del proceso el **seguimiento y vigilancia** de la calificación concedida.

En general, las calificadoras dan seguimiento a todos aquellos acontecimientos que puedan afectar el riesgo crediticio de un emisor o de una emisión específica de deuda sobre la que han asignado una calificación. El objetivo es mantener la calificación actualizada, mediante la identificación de factores que puedan afectar a la calidad crediticia del emisor o emisión calificada, y que puedan resultar en un alza o una baja de la calificación. Estos factores son, por ejemplo, cambios en la estructura de capital, operaciones corporativas, cambios macroeconómicos, regulatorios o en los mercados de crédito. También se presta atención a nuevas tecnologías o aspectos de la competencia que puedan afectar a las ganancias del emisor o a sus ingresos proyectados.

La frecuencia y alcance del seguimiento depende por lo general de las consideraciones específicas de riesgo del emisor o emisión, o incluso para un grupo de entidades calificadas o emisiones de deuda, pero se suele revisar como mínimo una vez al año. En su seguimiento de las calificaciones, se organizan reuniones periódicas con el equipo gestor empresa en las que:

- Se informa a los analistas de la calificadora de cualquier cambio en los planes de la empresa.
- Se analizan los nuevos acontecimientos que podrían afectar sus expectativas previas de riesgo crediticio.
- Se identifican y evalúan los factores o supuestos que podrían afectar la opinión de la calificadora sobre la calidad crediticia del emisor.

Como resultado del seguimiento de que es objeto el emisor, en ocasiones sus nuevas condiciones requieren la reconsideración del *rating*, y por tanto la calificadora puede modificar la calificación de un emisor o emisión para mostrar su opinión sobre un nivel mayor o menor de riesgo crediticio relativo. Cuando esto ocurre, el analista principal lleva a cabo una revisión preliminar que puede desembocar en la inclusión del emisor en las Listas de Vigilancia.

En ese caso, se realiza un análisis más amplio que puede incluir una reunión con la dirección. El Comité hará una evaluación y tomará una decisión que puede consistir en un aumento, disminución o confirmación del *rating*. La decisión tomada se notificará al emisor (que puede apelar). Una vez finalizada la revisión, se da a conocer el *rating*.

El seguimiento y vigilancia del *rating* se seguirá realizando de manera perpetua, en el caso de un emisor, y durante la vida de la emisión.

LAS LISTAS DE VIGILANCIA

Con estas listas, se comunica a los inversores las entidades que pueden ver modificada su calificación próximamente al estar siendo objeto de revisión por la agencia de calificación. El objetivo es mantener a los inversores informados en todo momento de la calidad crediticia de las entidades calificadas. Cada agencia da un nombre distinto a las Listas de Vigilancia. Así, Standard & Poor's las denomina Credit Watch; Moody's, Watchlist, y Fitch, RatingAlert.

Pero no todos los cambios que realizan las agencias son precedidos por la inclusión en las listas, ni todas las empresas en revisión aparecen en ellas, ni tampoco el hecho de estar incluido en la lista quiere decir que el cambio de *rating* sea inevitable.

Las emisiones son colocadas en las listas cuando se produce o se espera que se produzca un acontecimiento que pueda afectar a la calidad crediticia del emisor, siendo entonces necesario disponer de información adicional para tomar una decisión al respecto.

Los *ratings* colocados bajo observación salen de la lista cuando se toma una decisión sobre su modificación o confirmación. El *rating* puede tomar cuatro posibles direcciones:

- Positiva: el *rating* puede ser subido.
- Negativa: el *rating* puede ser bajado.
- En desarrollo o *developing*: se utiliza en situaciones inusuales en las que el efecto de los sucesos es tan incierto que no se sabe si el *rating* va a ser subido, bajado o confirmado.
- Estable o *stable*: utilizado cuando el cambio en el *rating* es improbable. No quiere decir que la situación financiera del emisor permanezca estable.

POR QUÉ CAMBIAN LAS CALIFICACIONES

Las razones de los cambios en las calificaciones varían y pueden relacionarse en un sentido amplio con cambios generales en la economía o en el entorno de negocios, y más particularmente estar centrados en circunstancias que afectan a una industria, entidad o emisión de deuda específicas. En algunos casos, los cambios en el entorno de negocios pueden afectar al riesgo crediticio tanto de emisores como de emisiones. Por ejemplo, cambios en el ambiente competitivo o en tecnologías, más allá de lo que podría haberse esperado en las calificaciones originales, podría afectar la rentabilidad esperada de una empresa, lo que determinaría una o más bajadas de calificación.

También pueden generar cambios de calificación los aumentos o reducciones de deuda, fuertes requerimientos de inversión, y cambios regulatorios. Aunque algunos factores de riesgo tienden a afectar a todos los emisores, como por ejemplo el incremento de la inflación, otros aspectos pueden relacionarse con un grupo reducido de emisores y emisiones de deuda.

Por ejemplo, la calidad crediticia de un estado o municipio puede verse afectada por cambios demográficos o por menores ingresos de los contribuyentes, lo que reduce los ingresos fiscales y la capacidad de repagar deuda.

Los cambios de calificación pueden influir en la percepción que tiene el mercado respecto de un emisor o emisión de deuda en particular. En ocasiones, una bajada de calificación puede modificar la percepción del mercado sobre el riesgo crediticio de un instrumento de deuda, lo que puede conducir a un incremento en su precio. Aunque los cambios en las calificaciones podrían afectar la

percepción del inversor, las calificaciones crediticias constituyen solamente uno de los factores que el mercado debe considerar cuando evalúa instrumentos de deuda.

2.3.2. Factores analizados durante el proceso de rating

En la elaboración de un *rating* no solo se analiza de forma aislada al emisor, sino que también se tienen en cuenta otros aspectos como el riesgo sectorial o el riesgo soberano. Las agencias de *rating* califican emisores de naturaleza muy diferente, como por ejemplo ayuntamientos, comunidades autónomas, Estados, entidades financieras, corporaciones..., por lo que los factores determinantes del *rating* varían en función del tipo de emisor de que se trate. En términos generales, podemos dividir los factores determinantes del *rating* en dos bloques: variables relacionadas con el ámbito en que la entidad opera y variables relacionadas con la propia entidad objeto de análisis.

VARIABLES RELACIONADAS CON EL ENTORNO

Se trata de todas aquellas variables externas a la empresa que influyen en su actividad y resultados, y que por tanto pueden afectar a su calidad crediticia. Vamos a considerar las dos más determinantes, como son el riesgo soberano y el riesgo sectorial y del entorno económico.

- **Riesgo soberano:** es el riesgo de incumplimiento de un deudor soberano, o de entidades garantizadas por ellos. El impago de la deuda soberana puede producirse por la falta de ingresos públicos, por la carencia o insuficiencia de divisas, o porque el gobierno carezca de voluntad de pago por factores políticos de diversa índole.

Constituye una consideración clave en la evaluación de la calidad crediticia de las instituciones financieras y corporaciones debido a que las actuaciones de un gobierno nacional pueden afectar el entorno financiero y operativo de las entidades bajo su jurisdicción. Históricamente, se ha podido comprobar que los incumplimientos de pago de deudores de buena calidad crediticia pueden resultar de incumplimientos de pago soberanos o indirectamente del deterioro del entorno operativo local o del marco regulatorio que suele acompañar a un incumplimiento soberano.

Conviene matizar que el riesgo soberano no es sinónimo de riesgo país, sino que es un componente del mismo. El riesgo país es un concepto muy amplio que puede definirse como el riesgo que aparece respecto a cualquier deudor en la actividad prestamista internacional causada por acontecimientos que están en parte, bajo el control del gobierno del país de que se trate, no bajo el control de empresas privadas. Para su obtención se estudian aspectos como la situación política y macroeconómica, la estructura económica, el sector financiero y el sector exterior. En definitiva, es el riesgo de materialización de pérdidas como consecuencia del contexto político y económico de un país.

Según Standard & Poor's, dos elementos clave forman la base de la evaluación del efecto del riesgo soberano sobre la calidad crediticia de un emisor o una emisión de deuda:

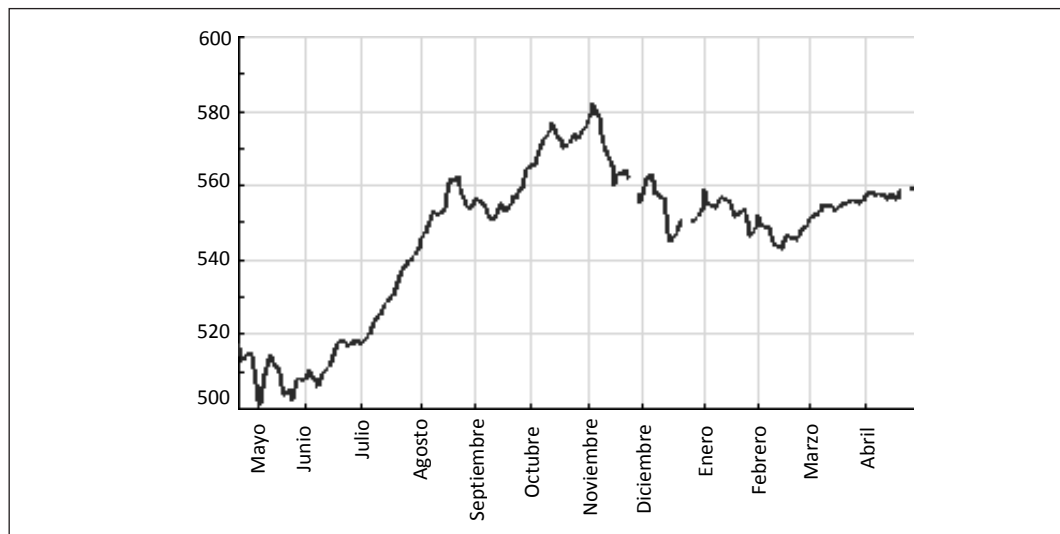
- El entorno económico, de negocios y social que influyen tanto en la propia calificación del gobierno como en las calificaciones de los emisores establecidos en dicho país.
- La forma en que un gobierno puede afectar directa o indirectamente la capacidad de una entidad de cumplir con sus obligaciones de deuda en el exterior, aun si dicha entidad cuenta con suficientes fondos disponibles para el cumplimiento de sus obligaciones.

El riesgo de impago del país se puede medir a través de dos herramientas muy valiosas para las agencias de *rating*:

- **El *spread* soberano:** o diferencial del tipo de interés de la deuda soberana en dólares con respecto al tipo de interés de los bonos del Tesoro norteamericano a 10 años, medido por el índice EMBI (*Emerging Market Bond Index*) de JP Morgan Chase. El índice EMBI+ comenzó a publicarse en julio de 1995, con el objetivo de crear una referencia que reflejara los rendimientos de una cartera de deuda de mercados emergentes. En total, el índice está compuesto por 107 instrumentos de 16 países.

En el **gráfico 7**, vemos la evolución del EMBI+ a lo largo del último año, es decir, de abril de 2010 a abril de 2011. Podemos comprobar el repunte especialmente significativo que se produce de julio a noviembre de 2010, en que el *spread* con respecto a la deuda estadounidense aumenta considerablemente hasta alcanzar los 580 puntos básicos.

GRÁFICO 7. Evolución del índice EMBI+ de abril de 2010 a abril de 2011.



FUENTE: JP Morgan.

Una versión ampliada del EMBI+ es el índice EMBI Global de JP Morgan, que para ser plenamente representativo de los países emergentes en general cubre una gama más amplia de valores de deuda y un mayor número de países, que son los de renta baja o media según el Banco Mundial. En concreto, el EMBI Global incluye 27 países, que son los del EMBI+ más países como Polonia, Malasia, Nigeria, China, Marruecos, Argelia o Chile.

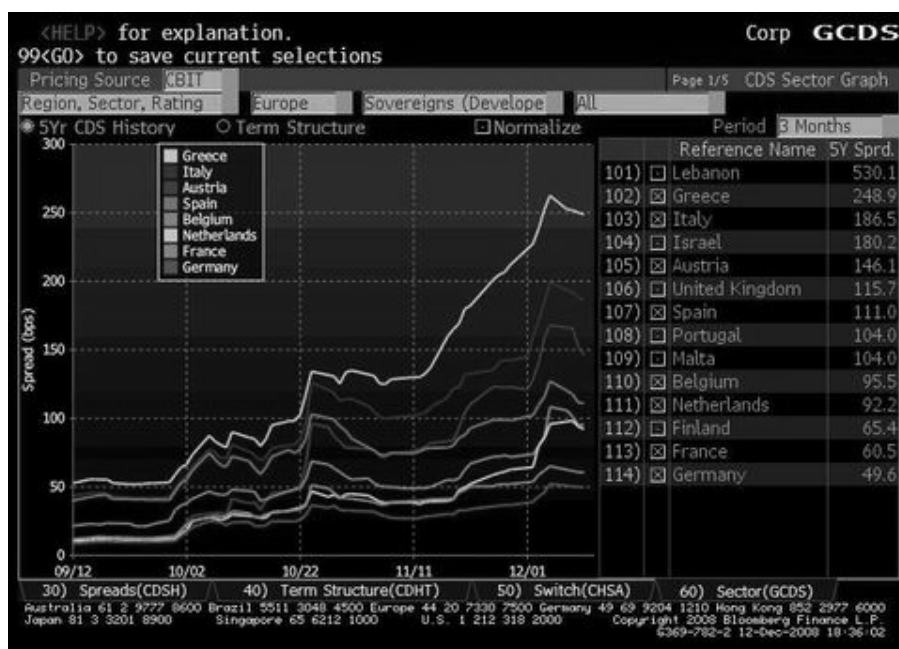
Tanto el EMBI como el EMBI+ han perdido algo de relevancia como indicadores de riesgo de los países emergentes, por lo que en 2005 JP Morgan añadió el Government Bond Index-Emerging Markets (GBI-EM) a su familia de índices de mercados emergentes. Este índice permite el seguimiento de la deuda soberana en moneda local de 19 países emergentes: Argentina, Brasil, Chile, China, Colombia, República Checa, Egipto, Hungría, India, Indonesia, Malasia, México, Perú, Polonia, Rusia, Eslovaquia, Sudáfrica, Tailandia y Turquía.

- **El *spread* del CDS:** el CDS (Credit Default Swap) es un derivado financiero que permite transferir el riesgo de crédito. Se trata de un contrato bilateral OTC (Over The Counter) mediante el cual el comprador de protección transfiere al vendedor de protección el riesgo de que se produzca un «evento de crédito» especificado en el contrato, como quiebra, impago, reestructuración, incumplimiento de obligaciones, etc., por parte de una empresa o emisor soberano (la entidad de referencia del contrato). El comprador de protección paga una prima periódica sobre el nominal, expresada normalmente en tipo anualizado, que se denomina *spread*, hasta el vencimiento del contrato o hasta que se produzca, en su caso, el evento de crédito del que protege el contrato.

Al tratarse de un contrato que permite cubrir el riesgo de crédito, la cuantía de la prima de los CDS proporciona información sobre la calidad crediticia de las entidades de referencia. Los aumentos de los *spreads* indican aumentos del riesgo, mientras que los descensos indican disminución del riesgo.

En el **gráfico 8**, la pantalla de Bloomberg nos muestra el momento en que varios países europeos (Grecia, Italia, Austria, España, Bélgica, Holanda, Francia y Alemania) entran en recesión a finales de 2008 tras la quiebra (y posterior nacionalización en algunos casos) de Lehman Brothers, Bear Stearns, Fannie Mae, Freddie Mac, y un largo etcétera de grandes bancos de inversión e instituciones financieras. El deterioro en sus economías se puede comprobar con el incremento del *spread* que muestra la pantalla: el aumento del precio pagado por los seguros contra el riesgo de impago es una señal inequívoca en el mercado de la probabilidad de que el emisor entre en *default*, es decir, no cumpla.

GRÁFICO 8. Evolución del spread a 5 años de diferentes países europeos al inicio de la crisis.



FUENTE: Bloomberg

- **El riesgo sectorial y del entorno económico:** el análisis de la industria supone una segunda limitación a la calificación máxima de un emisor, siendo la primera el riesgo soberano.

Se evalúan aspectos como la importancia de la industria en el entorno económico, considerando además la probabilidad de intervención del Estado en caso de crisis, el carácter más o menos cíclico del sector (estudiando la madurez de la industria y las expectativas de crecimiento), tendencias de la oferta y demanda tanto a nivel nacional como internacional, el impacto de la regulación en la estrategia competitiva de la empresa, la existencia de barreras de entrada a nuevos competidores, la vulnerabilidad frente a cambios en la tecnología, posibles problemas con relación a las materias primas y las consecuencias de la política monetaria internacional sobre los tipos de cambio y la forma en que pueden afectar a los márgenes operativos de la industria.

VARIABLES RELACIONADAS CON LA PROPIA ENTIDAD CALIFICADA

Con respecto a estas variables, las agencias de *rating* utilizan la metodología americana, que supone estudiar tanto aspectos cuantitativos como cualitativos.

Aspectos cuantitativos: son principalmente variables económico-financieras como la posición competitiva del emisor, su solidez financiera, estructura accionarial y las características de la emisión.

En primer lugar, respecto a la posición competitiva, se analizan principalmente su cuota de mercado, las expectativas de crecimiento de los beneficios, la diversificación geográfica y por línea de negocio, la estructura de costes, la red de distribución, la relación con clientes y proveedores, la orientación estratégica de la empresa, así como la flexibilidad ante cambios en el entorno o de carácter cíclico.

Con respecto a la solidez financiera, se estudian en profundidad los estados financieros y contables del emisor, analizando el resultado operativo, ratio de cobertura de gastos financieros, flexibilidad financiera, rentabilidad, generación de fondos, volumen y naturaleza del capital y de las reservas...

Otro factor a analizar es la estructura accionarial, ya que generalmente la composición del accionariado y la relación con el mismo constituyen elementos muy importantes del proceso de calificación. También se estudia la aplicación del resultado obtenido y la distribución de beneficios.

Por último, la documentación de la emisión es estudiada para entender sus características particulares. Las más analizadas, por su especial relevancia, son:

- Términos y condiciones de la emisión, así como su estructura legal.
- La prioridad (*seniority*) de la emisión respecto de otras emisiones de deuda vivas del emisor y la prioridad de repago en caso de incumplimiento.
- La existencia de respaldo externo o garantías crediticias, como hipotecas, garantías, seguros y garantías respaldadas con activos (colateral). Estas protecciones pueden ofrecer un límite a los riesgos crediticios potenciales asociados a una emisión.

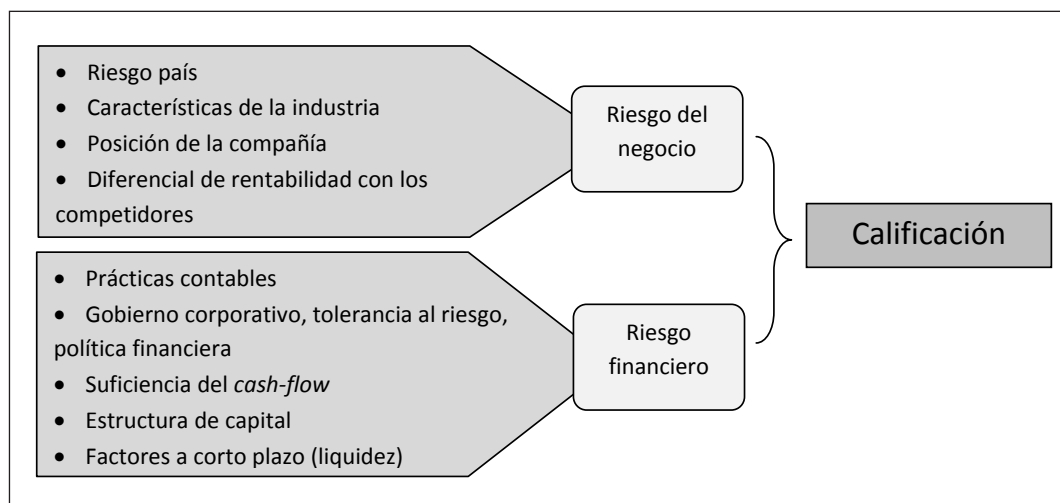
Aspectos cualitativos: fundamentalmente la calidad de la dirección. Las agencias calificadoras consideran que la información contable por sí sola no es capaz de proporcionar a los analistas información acerca de si la empresa puede hacer frente a sus obligaciones de pago en tiempo y forma, sino que también se tiene que tener en cuenta la capacidad de la dirección para hacer frente a sucesos futuros.

La calidad de la dirección es un factor difícil de cuantificar, pero muy importante en la calificación ya que la capacidad de los directivos de reaccionar de forma adecuada ante imprevistos puede asegurar la supervivencia de la empresa.

A este respecto, se estudian aspectos como la dirección estratégica, la filosofía a la hora de invertir, el historial de reacciones frente a sucesos imprevistos, el equilibrio entre planificación a corto y largo plazo, la desviación entre los resultados proyectados y los finalmente logrados, la relación entre la estructura organizativa y las estrategias de dirección, la composición de los principales órganos ejecutivos, la existencia de sistemas de control, aspectos de Responsabilidad Social Corporativa y Gobierno Corporativo...

Los **factores de riesgo** analizados por las agencias calificadoras también se pueden dividir según afecten al negocio de que se trate o propiamente al emisor. Según esto, el **gráfico 9** muestra algunos ejemplos de factores de riesgo.

GRÁFICO 9. Factores de riesgo analizados por las calificadoras.



FUENTE: *Standard & Poor's*.

2.4. Financiación de las agencias de *rating*

Prácticamente la totalidad de calificadoras crediticias comenzaron a cobrar por el servicio que prestaban a mediados de los años setenta. Esta remuneración la obtienen a través de dos vías:

- **Remuneración por el emisor** que solicita la calificación: en este caso, las calificadoras aplican honorarios a los emisores a cambio de entregarles una opinión sobre la calificación. Al realizar su análisis, las agencias utilizan información de los emisores que puede no estar disponible para el público y la incorporan en su opinión de calificación. Dado que la calificadoras no depende exclusivamente de los suscriptores para obtener sus ingresos, puede publicar extensivamente sus calificaciones al público de manera gratuita.
- **Remuneración de los suscriptores** que reciben las calificaciones y los análisis que las soportan: las calificadoras que utilizan un modelo de suscripción, cargan una cuota a todos aquellos participantes del mercado por el acceso a sus calificaciones.

El modelo de financiación de las agencias de *rating* es bastante polémico ya que suscita un claro conflicto de interés: las entidades que pagan por la calificación, bien sean emisores o inverso-

res, pueden tratar de influir en la opinión de la agencia. Además, las agencias que utilicen el modelo de suscripción podrían tener un acceso limitado a información clave de los emisores, que no estarían obligados a facilitársela, siendo su conocimiento de vital importancia.

Por otro lado, las calificaciones solamente están disponibles para los inversores que pagan por las mismas, mayoritariamente inversores institucionales, lo cual excluye a otro tipo de inversores, incluidos los individuales.

Para tratar de limitar el conflicto de interés planteado en el caso de calificaciones pagadas por el emisor, se han establecido ciertas medidas, como son la separación de funciones entre quienes negocian los términos de los contratos y el equipo de analistas asignado, y la intervención del Comité de *Rating*, que limita la influencia que cualquier analista individual pudiera tener sobre la opinión final de *rating* ya que las decisiones son tomadas por el Comité tras realizar una votación, y no por un analista individual. El papel del Comité es principalmente revisar y evaluar la recomendación del analista responsable del equipo asignado, así como proporcionar perspectivas adicionales y controles respecto del seguimiento y vigilancia de una calificación ya otorgada.

3. CONTROVERSIA EN LA ACTUALIDAD

3.1. Crisis *subprime*

La crisis de las hipotecas *subprime* o de alto riesgo es la principal responsable del debate sobre el papel que juegan las agencias de *rating* en los mercados financieros internacionales.

Esta crisis se inició en Estados Unidos en la primavera de 2007, cuando se produjo un incremento en el número de impagos de las hipotecas *subprime*, así como un descenso en el precio de los activos inmobiliarios. En consecuencia, el valor de los instrumentos relacionados con la titulización del mercado hipotecario disminuyó considerablemente, produciendo importantes pérdidas a las entidades que habían invertido en ellos. Pero el problema se agrava al vender gran parte de esas emisiones de titulización de Estados Unidos en los mercados internacionales, provocando así el contagio de la crisis hipotecaria en la práctica totalidad de países desarrollados. A grandes rasgos, las consecuencias más importantes de esta crisis son:

- Drástica reducción del volumen de contratación en el mercado interbancario.
- Reducción de la liquidez en los mercados primarios de renta fija, especialmente en el segmento de los productos estructurados.
- Un aumento significativo de los *spreads* de crédito que pagan las entidades de crédito.
- El denominado *credit crunch*: importante reducción del crédito, que ha afectado tanto a entidades financieras, como a empresas y particulares, limitando el acceso a la financiación ajena.

Los segmentos de emisión y negociación de productos estructurados de crédito son los más afectados por la crisis, al ser la gran mayoría de estos productos titulizaciones respaldadas por hipotecas (Mortgage Backed Securities, en adelante MBS) o incluso titulizaciones respaldadas a su vez por bonos de titulización MBS (CDO –Collateralized Debt Obligation– de MBS). La caída de los precios de los inmuebles en Estados Unidos y el incremento de la morosidad provocaron un significativo aumento en el riesgo de crédito que el mercado percibe para dichos productos.

Este incremento en el riesgo de crédito no se debe solo al deterioro de las hipotecas que lo respaldan, sino que también hay que tener en cuenta que estos productos derivados se crearon sobre tres hipótesis:

- Los datos sobre los prestatarios de las hipotecas que respaldaban los bonos reflejan fielmente su capacidad crediticia.
- Las predicciones de los modelos matemáticos que sirvieron para valorar y diseñar las estructuras representaban fielmente la realidad.
- Las agencias de *rating* realizaban correctamente su labor.

En este contexto, se produjeron descensos en los *ratings* tanto del segmento *prime* como del *subprime*, y en muchas ocasiones no se trataba de un solo *notch*, sino de dos o incluso más.

Aunque los descensos se han producido en ambos sectores, hay diferencias significativas entre ambos, lo que pone de manifiesto la mala calidad de la información relativa a los activos subyacentes que respaldaban las emisiones y las valoraciones poco ajustadas a la realidad que realizaban los modelos matemáticos utilizados por las agencias de *rating*. Esto ha influido de manera considerable en la volatilidad que ha habido en estas calificaciones.

La crisis hipotecaria, que ha terminado contagiándose a nivel mundial y a todos los sectores, ha puesto en evidencia a las agencias de *rating*, cuyos modelos de valoración no fueron lo suficientemente sofisticados frente a los complejos productos estructurados que sirvieron de vehículos para colocar hipotecas de alto riesgo en los mercados. Solo así se explica que las hipotecas *subprime* o «basura» contaran con la máxima calificación crediticia poco antes de colapsar los mercados.

Este fallo de prevención y evaluación del riesgo que suponían estos instrumentos ha puesto a las calificadoras en el punto de mira, siendo objeto de críticas y debates sobre una más que probable reforma de la industria de calificación crediticia.

3.2. Contenido informativo del *rating* y su efecto desestabilizador en las economías

El contenido informativo del *rating* se puede comprobar analizando la reacción del mercado ante cambios o anuncios de cambios en el mismo. Normalmente, si la reacción se produce antes del anuncio de cambio de *rating*, significa que el mercado ya lo había descontado y el precio de la emisión ya ha sido ajustado, por lo que cuando finalmente se realiza el anuncio no se produce variación alguna ya que no se estaría proporcionando información nueva al mercado.

En cambio, si la reacción del mercado tiene lugar después del anuncio, significa que el anuncio o el nuevo *rating* están transmitiendo información nueva para el mercado.

No hay que olvidar que el *rating* se elabora tanto con información pública como con información confidencial que solo conocen la empresa emisora y la calificadoradora, por lo que cualquier cambio en el mismo debería proporcionar al mercado una información más completa que la que ya posee.

En general, si el anuncio supone una bajada del *rating* actual, la reacción del mercado debería ser negativa, mientras que si el cambio supone una mejor calificación que la actual, el mercado debería reaccionar de forma positiva.

Fundamentalmente, las reacciones en el mercado se producen tanto por cambios o anuncios de cambios en un *rating* como por la inclusión de una calificación en una Lista de Vigilancia.

Por lo general, el mercado reacciona de forma más significativa ante bajadas de *rating* que ante subidas. La reacción es más importante cuando se producen cambios de categoría o cuando la disminución supone pasar del Grado de Inversión al Grado Especulativo. En cambio, las subidas de *rating* no producen prácticamente reacción alguna salvo que dicho cambio suponga pasar al Grado de Inversión.

Con respecto a la inclusión en una Lista de Vigilancia, los precios sufren una reacción significativa cuando la empresa se coloca en la Lista para una posible bajada del *rating*. En cambio, esta reacción es muy débil e incluso prácticamente inexistente cuando se coloca para una posible subida en la calificación.

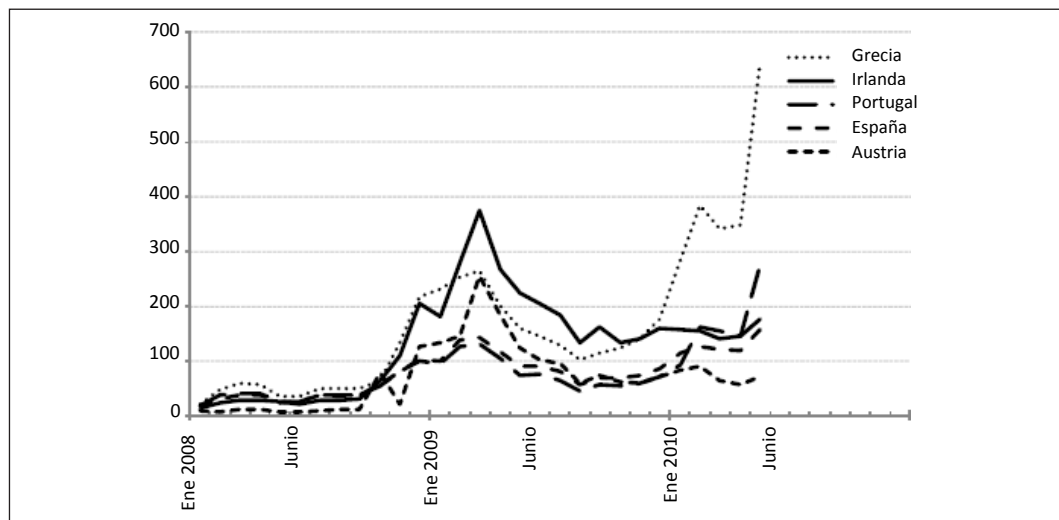
No obstante, la inclusión en una Lista de Vigilancia puede ser una señal algo errónea ya que no significa la necesaria disminución en el *rating* sino que en ocasiones este es confirmado.

Si nos centramos en el mercado de Deuda Soberana, en los últimos años hemos podido comprobar cómo ante un anuncio de una bajada de *rating* por parte de una agencia calificadoradora, la volatilidad en los mercados incrementaba muy significativamente, afectando de forma especial a aquellos países que, a priori, pueden encontrarse en una peor situación como ha sido el caso de Grecia, Irlanda, Portugal y España.

El Fondo Monetario Internacional advierte en su informe «Sovereign Rating News and Financial Markets Spillovers» de que la decisión de una agencia de rebajar el *rating* a un país contribuye a incrementar la inestabilidad financiera no solo del propio país, sino que el efecto contagio hace que la inestabilidad se extienda a través de los mercados y de los países. La magnitud de este efecto contagio depende de varios factores, como son la naturaleza del anuncio, el país al que se le aplica la rebaja y la agencia de *rating* que realiza el anuncio.

Incluso, está demostrado que las bajadas a *ratings* cercanos al Grado Especulativo en economías relativamente importantes provocan contagios a lo largo de prácticamente todos los países de la zona euro. Es el caso de Grecia cuando Fitch bajó su *rating* de A- a BBB+ en diciembre de 2009: en el **gráfico 10**, podemos ver como el *spread* del CDS sobre la deuda griega se dispara tras el anuncio, aumentando también en el resto de países considerados aunque de forma mucho menos violenta.

GRÁFICO 10. Spread del CDS de diversos países europeos de 2008 a 2010 (en puntos básicos).



FUENTE: FMI.

Uno de los canales por los que puede producirse este contagio es la deuda pública en mano de bancos extranjeros. Una disminución en el *rating* de la deuda soberana de un país puede afectar a la rentabilidad de los bancos que han comprado sus bonos. Este es el caso de Europa, donde los bancos participan muy activamente en las subastas de deuda pública europea.

Otra vía de contagio son las participaciones cruzadas entre bancos, lo que hace que unos queden expuestos a los riesgos de otros y viceversa.

Tampoco hay que olvidar la importancia que tiene el momento en que se realiza el anuncio, ya que en ocasiones se han realizado con carácter previo a una subasta, o como el 10 de marzo, cuando Moody's rebajó la nota de España argumentando que el coste de la capitalización del sector financiero sería de 40.000 millones de euros, sin tener en cuenta que, solo unas horas después, el Banco de España haría público un informe que situaba dicha necesidad de capital en 15.000 millones de euros.

El hecho de bajar un *rating* horas antes de una intervención clave de la principal autoridad financiera provocó la caída de la Bolsa española, así como la indignación de la clase política, financiera y de la ciudadanía.

Tanto es así que la Audiencia Nacional ha abierto diligencias contra las agencias de *rating* para investigar si las grandes calificadoras han cometido los delitos que les atribuye la querrela presentada por «alterar el precio de las casas en beneficio propio y en perjuicio del erario público y de los ahorradores.»

Las agencias calificadoras han evitado pronunciarse públicamente, pero se han visto obligadas a defenderse en los tribunales de Estados Unidos y Alemania, donde suman ya al menos cuatro casos

abiertos similares al de España. En todos ellos argumentan que sus informes son meras opiniones que deben quedar al amparo de la libertad de expresión.

En todos estos casos, la intención es tratar de poner coto a la impunidad con que actúan las grandes agencias de calificación.

3.3. Regulación de las agencias de *rating*

Los mercados financieros han cambiado radicalmente en los últimos años, volviéndose más globales, con productos más complejos y sofisticados, e interdependientes. Por otra parte, la crisis financiera ha desatado una serie de dudas sobre la regulación del sistema financiero en general, y más particularmente sobre la regulación de las agencias de *rating*.

La actual estructura regulatoria refleja la fragmentación que ha caracterizado a los mercados desde principios del siglo pasado, cuando las entidades financieras realizaban actividades claramente diferenciadas. En cambio en la actualidad, la gran parte de los productos financieros han convergido, y se han desarrollado productos que se encuentran fuera de la regulación existente.

Por todo esto, las agencias de *rating* necesitan una especial supervisión y regulación, al operar en un sector de vital importancia que vela por la estabilidad de las finanzas internacionales.

En adición, hay dos rasgos básicos de la industria de calificación crediticia que hacen que sea especialmente susceptible de una mayor regulación. Estos rasgos son:

- **Escasa competencia en el sector:** la industria del *rating* está excesivamente concentrada a escala internacional. De hecho, se trata de un oligopolio natural, en el que tan solo tres agencias dominan un mercado que cuenta con unas fuertes barreras a la entrada y en el que la reputación juega un papel fundamental.

Esto conlleva a que los honorarios de las empresas calificadoras estén por encima del nivel en que se encontrarían de haber un número mayor de competidores. La demanda en este mercado es inelástica, ya que un emisor debe pagar el precio requerido por la agencia si quiere obtener un *rating*, lo cual es requisito indispensable para acceder a determinados mercados.

Por otro lado, al tratarse de una industria madura en el que las empresas cuentan con un gran poder de mercado, no se realiza toda la innovación en materia de metodologías de valoración que sería deseable. Esto, en un sector en continua evolución como es el financiero, en el que se desarrollan productos financieros altamente sofisticados y complejos, constituye un problema que solo se puede solventar si las empresas más reputadas y con una mayor cuota de mercado encuentran los incentivos necesarios para desarrollar nuevos métodos de valoración más ajustados a las cambiantes necesidades del mercado financiero actual.

El hecho de que haya tan poca competencia hace que se produzcan **comportamientos de abuso de poder** por parte de las agencias de *rating*, como son:

- **Emisión de *ratings* no solicitados**, descrita con anterioridad en el apartado primero del epígrafe 2, pero que básicamente consiste en que la agencia calificadora, utilizando únicamente la información pública disponible, calcula un *rating* para un emisor. Este *rating*, al contar con información limitada, generalmente es peor que el obtenido si se contase con información completa, por lo que se utiliza como medida de presión para que la empresa termine contratando los servicios de la calificadora.
- ***Notching punitivo***, que consiste en la bajada sistemática de los bonos de finanzas estructuradas que se usan en el activo de una nueva estructura si previamente no han sido calificados por la misma agencia que se encarga de calificar de la nueva estructura. Así se fuerza a los emisores a calificar todas sus estructuras con la misma agencia.
- **Venta en lotes**, mediante el cual la agencia solo emite un *rating* de una emisión si el emisor se compromete a calificar con la misma agencia nuevas emisiones.

Como consecuencia de lo anteriormente descrito, algunos gobiernos europeos se han pronunciado sobre la necesidad de reforzar la competencia en el sector, así como de regular aspectos clave de su funcionamiento.

- **La regulación basada en *ratings***: el objetivo primordial que se persigue cuando se utilizan los *ratings* en la regulación del sistema financiero es la protección del inversor minorista, tratando de que no invierta en productos que superan un riesgo de crédito determinado. Este umbral lo delimita el grado de inversión de las escalas de calificación crediticia, es decir, los valores comprendidos entre AAA y BBB– en el caso de Standard & Poor's y Fitch y Aaa y Baa3 para Moody's.

Uno de los principales objetivos de la regulación financiera es mantener la estabilidad de los mercados, para lo cual es fundamental vigilar la solvencia de las entidades. Los *ratings* son un elemento clave en la determinación del capital regulatorio (también llamado capital económico) exigido a las entidades financieras. A este respecto hay que mencionar el Acuerdo de Basilea II y especialmente Basilea III, en el que se endurecen los requerimientos de capital, en especial del capital regulatorio, de las entidades financieras a fin de asegurar su solvencia y minimizar el riesgo de crédito. En el caso del Acuerdo de Basilea II, firmado en junio de 2004, se introdujo la posibilidad de medir el riesgo de los préstamos que conceden las entidades de crédito a través del *rating*, lo cual supuso un claro ejemplo de la utilización de calificaciones crediticias con fines regulatorios.

Así, a una entidad con una cantidad mayor de activos expuestos al riesgo, y por tanto con *ratings* más bajos, se le exigirá un mayor capital regulatorio que a otra entidad que cuya cantidad de activos ponderados expuestos sea menor.

Pero por otro lado, la regulación excesivamente basada en *ratings* hace que, a largo plazo, su calidad se vea perjudicada ya que el sistema utilizado para designar calificadoras como válidas para emitir *ratings* regulatorios hace que las nuevas agencias que intentan entrar en el mercado necesiten largos periodos de tiempo hasta ser reconocidas, lo que actúa como una barrera de entrada más a un sector que realmente es un oligopolio. Esta pérdida de potenciales competidores hace que la presión competitiva sea menor, y en consecuencia los incenti-

vos para desarrollar nuevas metodologías de valoración, en definitiva, los incentivos a la innovación, sean muy escasos lo que se traduce en una menor calidad de los *ratings* emitidos.

En función de los motivos anteriormente descritos, y sin olvidar que es un sector de especial relevancia para la estabilidad y el adecuado desarrollo de los mercados financieros, la industria de calificación crediticia debe ser objeto de una regulación y supervisión especiales por parte de organismos reguladores tanto nacionales como supranacionales.

3.3.1. *La regulación de las agencias de rating en Europa*

El Parlamento de la Unión Europea requirió en el año 2004 a la Comisión Europea una resolución sobre la regulación de las agencias de *rating*, en la que se clarificase su situación regulatoria indicando si deberían ser reguladas externamente o no. A su vez, la Comisión remitió el estudio al antiguo CESR (Committee of European Securities Regulators, que desde el 1 de enero de 2011 se ha reorganizado bajo el nombre de ESMA), que finalmente emitió un informe técnico a la Comisión en el que, al contrario que el Parlamento Europeo que optaba por la regulación directa de las agencias, abogaba por la autorregulación, esto es, una solución no legislativa. Así, la Unión Europea adoptó el Código de Conducta del IOSCO que se detallará más adelante.

No obstante, a pesar de ese acuerdo de mínimos, algunos países europeos optaron por una regulación más estricta, como Francia con la Loi de Sécurité Financière de 2003, y España con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre el Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Titulización Hipotecaria. Estas leyes remiten al regulador nacional: la AMF (Autorité des Marchés Financiers) para Francia y la CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores) en el caso de España.

En Europa, también hay un sistema de registro de agencias autorizadas para la emisión de *ratings* regulatorios muy similar al de agencias NRSRO estadounidenses descrito anteriormente. Así, la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 establece las normas perceptivas para que las calificaciones emitidas por las agencias sean válidas para usos regulatorios. Estas agencias son denominadas ECAI (External Credit Assessment Institutions).

En este caso, el proceso de registro se lleva a cabo en cada país por la autoridad competente en materia de regulación bancaria y servicios de inversión (en España el Banco de España y la CNMV). Los requerimientos de registro son, al igual que en el caso de las agencias NRSRO, de carácter cualitativo y muy genéricos: la agencia debe ser objetiva e independiente, así como transparente respecto a la metodología utilizada. Con respecto a los *ratings* emitidos por estas agencias, deben considerarse fiables y creíbles por sus usuarios, y gozar de reconocimiento en el mercado.

También son determinantes aspectos como la cuota de mercado con la que cuenta la calificador, los ingresos generados y utilización por parte del mercado de las calificaciones emitidas.

Otro rasgo que comparte el sistema europeo de registro con el estadounidense es que, una vez que la agencia es designada ECAI, es muy difícil que pierda esta condición.

En definitiva, la Unión Europea optó por la autorregulación de la industria de calificación crediticia (en línea con el Código de Conducta del IOSCO), aunque son constantes los esfuerzos por reformar la regulación de las agencias calificadoras, así como por establecer una base de mínimos en esta materia. A este respecto hay que mencionar la labor del ESMA (European Securities and Markets Authority), autoridad financiera europea e independiente que vela por la estabilidad del sistema financiero de la Unión. El ESMA aboga por una convergencia en la supervisión del mercado financiero.

3.3.2. *La regulación de las agencias de rating en Estados Unidos*

A diferencia de Europa, en Estados Unidos la utilización de *ratings* con carácter regulatorio es una práctica muy extendida desde el comienzo de la industria en los años treinta, con el objeto de proteger a los inversores minoritarios en productos de inversión colectiva (fundamentalmente fondos de pensiones e Instituciones de Inversión Colectiva). Así surgió la denominación de Grado de Inversión, ya que BBB– (o Baa3) era el *rating* mínimo que podía tener un producto para ser susceptible de inversión por entidades de crédito.

Posteriormente, en 1975, la SEC instauró el sistema de registro NRSRO detallado anteriormente en el epígrafe 2.2, mediante el cual únicamente las agencias NRSRO podían emitir *ratings* con carácter regulatorio. Los criterios empleados para obtener el registro eran muy poco transparentes, lo cual trajo consigo una segmentación de la industria de *rating* mayor si cabe que la ya existente. Consecuencia de la Ley Sox (Sarbanes-Oxley de 2002), en 2006 se dictó la Credit Rating Agency Reform Act, que cambió radicalmente el método de registro por la SEC y optó por una supervisión directa de las agencias, alejándose así de la propuesta del IOSCO.

3.3.3. *El Código de Conducta del IOSCO*

El IOSCO (International Organization of Securities Commissions) se creó en 1983 con el objetivo de lograr una cooperación global en materia de mercados de valores, estableciendo estándares y regulaciones de aplicación internacional.

En 2004 publicó el «Code of Conduct Fundamentals for Credit Rating Agencies», más conocido como «Código IOSCO», a raíz de los debates sobre las agencias calificadoras y su regulación surgidos como consecuencia de escándalos financieros como los protagonizados por Enron y Parmalat.

El documento refleja una visión global y armonizada de los mecanismos específicos que las agencias de calificación podrán utilizar con el objetivo de proteger su independencia analítica, eliminar o gestionar conflictos de interés y ayudarles a preservar la confidencialidad de determinadas informaciones compartidas con los emisores. También se pretende asegurar la calidad e integridad de los procesos de obtención de *ratings*, así como lograr que las agencias asuman su innegable responsabilidad ante los inversores, procurando la transparencia en procesos y metodologías.

No se trata de un código obligatorio para todas las agencias de calificación, sino de una serie de medidas que el IOSCO pensó que se debían incorporar a los códigos individuales de cada agencia.

Otro aspecto importante del Código es el mecanismo previsto de difusión de información: con el fin de promover la transparencia y mejorar la capacidad de los participantes en el mercado y de las autoridades de supervisión, las agencias de calificación debían informar de la incorporación en sus propios códigos de conducta de cada uno de los principios recogidos en el documento de IOSCO, debiendo, en caso contrario, publicar los motivos.

Una de las principales ventajas del Código es que es lo suficientemente flexible para que pueda ser adoptado por las agencias de calificación de riesgos teniendo en cuenta las diferencias entre los distintos países y sus legislaciones.

3.4. Principios del FSB para reducir la dependencia de las calificaciones

El Financial Stability Board (en adelante FSB) es el organismo sucesor del Financial Stability Forum, cuya finalidad es promover la estabilidad financiera internacional a través del aumento del intercambio de información y de la cooperación en la supervisión financiera.

En octubre de 2010 estableció una serie de principios con el objetivo de reducir la excesiva dependencia tanto de entidades como de mercados financieros internacionales, de las calificaciones crediticias emitidas por las agencias de notación. También pretende incentivar la mejora de la capacidad de realizar evaluaciones independientes del riesgo crediticio tanto de emisores como de emisiones concretas, para así evitar el uso sistemático y masivo de los *ratings*.

Los principios son los siguientes:

I. Reducción de la dependencia de los *ratings* en estándares, leyes y regulaciones.

Los reguladores deberán examinar las referencias a los *ratings* en estándares, normas y regulaciones y, en lo posible, suprimir o sustituir los mismos por estándares alternativos convenientes de solvencia o capacidad crediticia. Para ello es necesario: identificar provisiones alternativas que puedan implementarse en condiciones de seguridad, buscar definiciones alternativas de calidad crediticia y que los participantes en los mercados aumenten su capacidad de gestión del riesgo para que esta resulte apropiada a las nuevas provisiones. La seguridad de este proceso exige sujeción a un periodo transitorio y a un calendario de implementación.

II. Reducción de la dependencia de los *ratings* en los mercados.

Los bancos, participantes en los mercados e inversores institucionales, deberán efectuar sus propias valoraciones del valor crediticio sin depender única o automáticamente de los *ratings*. Para ello, es necesario que estas entidades cuenten con los medios suficientes y experimentados para una valoración y gestión del riesgo al que se exponen; en este contexto podrían utilizar *ratings* de agencias como una información más a la hora de realizar sus propias valoraciones. Las firmas deberán difundir públicamente información acerca de la valoración y sus procesos incluyendo la dependencia o uso, en su caso, de los *ratings* de agencias. Los supervisores y reguladores deberán examinar cuidadosamente la adecuación de los procesos de valoración.

III. Aplicación de los principios básicos a concretas actividades de los mercados financieros.

A continuación se exponen principios específicos para áreas más particulares de las actividades del mercado financiero:

III.1. Operaciones de los bancos centrales.

Los bancos centrales deberán tener valoraciones propias de la solvencia crediticia de los instrumentos financieros que acepten en operaciones de mercados tanto como colaterales como en compras, y deberán evitar, en lo posible, depender de forma mecánica de los *ratings* de agencias de forma que, al modificarse uno varios *ratings* de agencias, no cambie también bruscamente el criterio de selección de instrumentos financieros y el porcentaje de recorte a aplicar en las valoraciones que pudiera exacerbar los efectos procíclicos del cambio de *rating*. Para ello, es necesario que apliquen medidas de control de riesgo (como adicionales recortes) a instrumentos financieros o garantías basadas en una valoración interna o a instrumentos que no han sido valorados internamente.

III.2. Supervisión prudencial de Bancos.

Los bancos no deberán depender de los *ratings* de las agencias para valorar la calidad crediticia de sus activos, para lo cual deberán tener la capacidad de llevar a cabo sus propias valoraciones del valor crediticio de los instrumentos a los que están expuestos, y deberán acreditar convenientemente dicha capacidad ante los supervisores; además, deberán informar al público de las valoraciones y de la proporción de su cartera que no ha sido sometido a valoración interna. Mientras algunos bancos continúen cumpliendo los requerimientos de capital basándose en *ratings* de agencias, estarán sometidos a procesos de supervisión en los que se aseguren del adecuado uso de los *ratings* por los gestores de riesgo del banco.

Si se trata de un banco de gran tamaño o más sofisticado, deberá ser capaz de valorar el riesgo de todos sus activos (adquiridos o en garantía) ya sean para inversión o para negociación para lo cual deberá aumentar su capacidad de valoración interna. Si se trata de un banco más pequeño o menos sofisticado, puede no contar con los medios para llevar a cabo valoraciones internas del crédito pero tampoco deberá depender sin más de los *ratings* de agencias realizando como mínimo una valoración global de su riesgo en el balance y, en todo caso, deberá informar públicamente de sus valoraciones.

III.3. Límites internos y políticas de gestores de inversiones e inversores institucionales.

Los gestores de inversión e inversores institucionales –incluyendo las distintas clases y niveles de sofisticación y, en todo caso, fondos del mercado monetario, fondos de pensiones, fondos de inversión colectiva, compañías de seguros y firmas de valores– tampoco deberán depender automáticamente de los *ratings* de agencias para valorar la capacidad crediticia de sus activos. Los *ratings* no pueden ser sustitutos de los deberes de valoración o auditoría interna (*due diligence*) si bien tienen un útil papel como punto de referencia o comparativo (*benchmark*). La regulación deberá incentivar el uso no mecánico de los *ratings* con medidas como: limitar la proporción de la cartera valorada exclusivamente con *ratings*, supervisar el proceso de valoración de riesgo de crédito, requerir a los consejos y directivos para que revisen periódicamente el uso de *ratings* o requerir información pública de las valoraciones internas y procedimientos incluyendo si se utilizan o no los *ratings* de agencias.

III.4. Requisitos de garantías o márgenes del sector privado.

Los participantes en los mercados y las centrales de contrapartida no podrán, a partir de cambios en los *ratings* de contrapartes o activos entregados como colaterales, solicitar más garantías; si bien la utilización de *ratings* puede ser útil como una referencia para determinar las garantías, las garantías iniciales y diarias se fijarán en base a los cambios de los precios de mercado en los derivados bilaterales, y los derivados estandarizados se liquidarán en una cámara de contrapartida central a la que se entregan las garantías sin necesidad de fijación de garantías bilaterales. Los supervisores deberán evitar que la política de garantías dependa en exceso de los *ratings* de agencias y que el uso de tales *ratings* pueda rebajar los requisitos legales de capital de los participantes en los mercados.

III.5. Requisitos de difusión de información para emisores de valores.

Los emisores deberán difundir información actual y de fácil comprensión para que los inversores puedan tomar sus propias e independientes decisiones de inversión y de valoración del riesgo de crédito. Tratándose de valores admitidos a negociación, la información deberá tener la misma difusión que aquella referente a los valores negociados. El acceso a más y mejor información mejorará la capacidad de los bancos, inversores institucionales y gestores de inversión de llevar a cabo su propia valoración.

IV. Próximos pasos.

El FSB requerirá a las entidades con capacidad de emitir estándares y a las autoridades su opinión sobre qué pasos consideran necesarios para convertir estos principios en acciones más específicas para reducir la excesiva dependencia de los *ratings* en las regulaciones manteniendo, al mismo tiempo, una adecuada consistencia internacional para evitar el arbitraje. Algunas de estas acciones están ya teniendo lugar y el FSB está supervisando el progreso si bien, en general, será necesaria una época de transición en la que los participantes desarrollarán sus capacidades de gestión de riesgo. El FSB informará a los Ministros de Finanzas y a los Gobernadores de los países miembros del G20 a lo largo de 2011.

En opinión del FSB, reduciendo en este sentido la dependencia de las agencias de *rating*, se reducirá la amenaza sobre la estabilidad financiera y también en gran medida el efecto contagio que deriva de los anuncios realizados por las agencias calificadoras. Con estos principios, se pretenden cambios significativos en las prácticas actuales, así como terminar con la dependencia mecánica de los mercados financieros en las agencias de *rating*, estableciendo en su lugar sistemas internos de evaluación de riesgo más potentes.

4. CONCLUSIÓN

La calificación crediticia es un pilar fundamental para la monitorización y el seguimiento de la estabilidad financiera, la fijación de precios y la evaluación de la capacidad crediticia. Pero no deja de ser un mercado, y como tal, presenta fallos. Los más importantes son los que se describen a continuación:

- **Estructura competitiva:** la industria de calificación crediticia está excesivamente concentrada a escala internacional, con tres agencias que dominan el mercado. Se trata de un duo-

polio –del que Fitch participa al ser líder en el sector de finanzas estructuradas– en el que Standard & Poor's y Moody's copan el 80 por 100 del mercado. No hay que olvidar las fuertes barreras a la entrada de nuevos competidores existentes, en las que el mecanismo de la reputación juega un papel destacado.

Esta falta de competencia tiene consecuencias como son el abuso de poder, un precio más elevado que el de equilibrio, y una peligrosa falta de incentivos a la innovación, como se detalló en el apartado tercero del epígrafe 3.

- **Conflicto de intereses:** ya que las agencias son calificadoras y consultoras a la vez. A este respecto, el Código IOSCO recomienda la creación de «murallas chinas» en las agencias de notación, separando las actividades de calificación de las de asesoramiento. El conflicto de intereses también viene dado por el sistema de financiación que utilizan, ya que el emisor paga por obtener una calificación, pudiendo influir en la opinión de la agencia.
- **Fijación de precios:** es uno de los aspectos que precisa intervención, ya que hay una fracción de los honorarios de las agencias que son negociables, lo cual incide sobre la calificación. Así, en ocasiones se produce una distorsión conocida como *rating shopping*, que consiste en la búsqueda de otro *rating* más favorable si el otorgado inicialmente no conviene al emisor.
- **Calidad de los ratings:** es un aspecto de la industria de suma importancia, especialmente si tenemos en cuenta que el *rating* se utiliza en la regulación financiera como un *input* más.

En relación a la calidad y fiabilidad de las calificaciones emitidas, no hay que olvidar la pérdida de credibilidad que han sufrido las agencias de *rating* desde el inicio de la crisis, con las hipotecas *subprime* y la quiebra de Lehman Brothers como principales hechos que evidenciaron los grandes fallos de prevención y evaluación del riesgo a los que las grandes agencias de *rating* no supieron anticiparse.

- **Metodologías de valoración:** los métodos empleados por las agencias para evaluar el riesgo de crédito plantean dos problemáticas. En primer lugar, en muchos casos están obsoletos, dada la rápida evolución de los mercados financieros y la creación de complejas estructuras financieras que, por otra parte, son extremadamente difíciles de valorar.

Por otro lado, estas metodologías son poco transparentes en cuanto a la cantidad de información utilizada y la fiabilidad de la misma, ya que muchas veces no está auditada.

- **La regulación:** la rápida evolución de los mercados financieros internacionales ha hecho necesaria una reforma en la regulación financiera, que garantice la seguridad y solidez del mercado, la transparencia y el trato equitativo, la eficiencia en costes, unos estándares consistentes a nivel internacional y la competencia entre agencias calificadoras.

La necesidad de reforma en las agencias de calificación resulta hoy en día incuestionable. Varios gobiernos europeos ya han manifestado la necesidad de reforzar la competencia en el sector, mediante, por ejemplo, la creación de agencias nacionales que puedan ir adquiriendo la reputación y dimensión necesarias para hacer frente a las tres grandes.

También se debate sobre la creación de una agencia de *rating* europea, e incluso de carácter público, aunque en este último caso no hay que olvidar que, en todo momento, la calificadora debe mantener la independencia e imparcialidad para poder emitir juicios sobre el riesgo crediticio plenamente válidos.

Una posible solución sería la creación de un organismo internacional que estableciera las pautas a seguir por las agencias de *rating*, y que realice un seguimiento de la calidad de los *ratings* otorgados. Este nuevo agente estaría formado por los reguladores, las agencias de calificación, los emisores e incluso los propios inversores.

De este modo se lograría una visión global del sector de calificación crediticia, con los principales actores del mismo involucrados en la creación de un acuerdo de mínimos que posibilite solucionar los principales fallos que presenta el mercado, así como anticiparse a los potenciales escollos que puedan presentarse en el futuro.

Solo así, con el consenso de las partes implicadas, se conseguirá mejorar el funcionamiento de una industria clave en la estabilidad de los mercados, las empresas emisoras, los soberanos, en definitiva, de los mercados financieros internacionales.

Finalmente, respondiendo a la pregunta que plantea el título de este trabajo, en mi opinión, la polémica está sobradamente justificada.

Bibliografía

CONSULTATION PAPERS

European Securities and Markets Authority [2011]: «ESMA Guidelines on the application of the endorsement regime under Article 4 (3) of the Credit Rating Regulation 1060/2009», marzo.

– [2011]: «ESMA's Technical Advice to the Commission on Fees for CRA Supervision», abril.

European Commission [2010]: «Public consultation on Credit Rating Agencies», noviembre.

WORKING PAPERS

AMADOU, N.R. Sy. [2009]: «The Systemic Regulation of Credit Rating Agencies and Rated Markets», junio. IMF Institute.

RABAH AREZKI, Bertrand Candelon y AMADOU, N. R. Sy. [2011]: «Sovereign Rating News and Financial Markets Spillovers: Evidence from the European Debt Crisis», marzo. IMF Institute.

LIBROS

ALONSO GALLO, N. [2009]: «*Rating y Spread de la deuda soberana: un análisis aplicado a Latinoamérica*», *Instituto de Estudios Fiscales*.

VERONA MARTEL, M.C. [2002]: «El *rating* como evaluación de la calidad crediticia de las empresas», *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*.

PÁGINAS WEB

<http://www.iosco.org/>

http://ec.europa.eu/internal_market/securities/cesr/index_en.htm

<http://www.esma.europa.eu/>

<http://www.sec.gov/>

<http://www.financialstabilityboard.org/>

<http://www.understandingratings.com/>

<http://www.aboutcreditratings.com/>

INFORMES Y OTROS ESTUDIOS

Committee of European Securities Regulators [2010]: «CESR Annual report according to article 21 of Regulation (EC) 1060/2009 on Credit Rating Agencies», diciembre.

Financial Stability Board [2009]: «Principles for Reducing Reliance on CRA Ratings», octubre.

International Monetary Fund [2011]: «Global financial stability report: market update».

IRANZO, S. [2008]: «Introducción al riesgo país», Banco de España: Documentos Ocasionales n.º 0802.

Moody's Investors Service [2001]: «Moody's Riskcalc™ para empresas no cotizadas: riskcalc España. Metodología de rating», julio.

LOSADA LÓPEZ, R. [2009]: «Agencias de rating: hacia una nueva regulación», CNMV.

Standard & Poor's Financial Services [2009]: «Guía sobre aspectos fundamentales de las calificaciones crediticias».

- [2010]: «Guide to credit ratings performance».
- [2010]: «Guide to credit ratings criteria».
- [2010]: «Guide to credit ratings essentials».

Standard & Poor's Rating Services [2009]: «Hacia un marco regulatorio global para las calificaciones crediticias», marzo.

US Securities and Exchange Commission [2011]: «Annual Report on Nationally Recognized Statistical Rating Organization», enero.

- [2003]: «Report on the Role and Function of Credit Rating Agencies in the Operation of the Securities Markets», enero.

Diversos artículos publicados en prensa económica.

PLAN GENERAL DE CONTABILIDAD DE ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS (III)

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Extracto:

EN esta tercera parte del trabajo sobre el Plan General de Contabilidad de entidades sin fines lucrativos se realiza el estudio de las cuentas anuales de las entidades sin fines lucrativos, balance y cuentas de resultados. Asimismo, se desarrolla un supuesto completo de dos ejercicios económicos elaborando las cuentas en cada uno de estos ejercicios, prestando importancia a la cuenta de resultados por las diferencias que presenta con respecto al modelo del Plan General de Contabilidad.

Palabras clave: contabilidad, fundaciones, asociaciones y entidades sin fines lucrativos.

ACCOUNTING GENERAL PLAN NON-PROFIT ORGANIZATIONS (III)

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

Abstract:

In this third part of the Accounting General Plan Non-Profit Organizations is carried out to study the annual accounts of non-profit institutions, balance sheet and income statements. It also develops a full course of two fiscal years preparing the accounts in each of these exercises, paying attention to the income statement presented by the differences than the model of Accounting General Plan.

Keywords: accounting, foundations, associations and non-profit entities.

Sumario

6. Documentos que integran las cuentas anuales.
7. Formulación de las cuentas anuales.
8. Modelos normales de las cuentas anuales.
 - 8.1. Balance.
 - 8.2. Cuenta de resultados.
 - 8.3. Memoria.
9. Modelos abreviados de las cuentas anuales.
 - 9.1. Balance abreviado.
 - 9.2. Cuenta de resultados abreviada.
 - 9.3. Memoria abreviada.
10. Supuesto práctico sobre la obtención de las cuentas anuales en una ESFL.
11. El estado de flujos de efectivo.

6. DOCUMENTOS QUE INTEGRAN LAS CUENTAS ANUALES

Las cuentas anuales de las ESFL son:

- Balance.
- Cuenta de resultados.
- Memoria.

En el PGC 2007, además de las anteriores también se consideran cuentas anuales:

- Estado de cambio en el patrimonio neto y
- Estado de flujos de efectivo.

En el PGC ESFL, el estado de cambios en patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo no aparecen como cuentas independientes, aunque están incluidas en las otras. Así las variaciones del patrimonio neto forman parte de la cuenta de resultados y el estado de flujos de efectivo constituye uno de los apartados de la memoria.

Al igual que en el PGC 2007 existen modelos normales y abreviados.

En principio, las cuentas anuales de las ESFL deben adaptarse a los modelos normales, aunque pueden utilizar los modelos abreviados las entidades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes durante dos ejercicios consecutivos:

Conceptos	Balance y memoria	Cuenta de resultados
Activo total neto	< 2.850.000 euros	< 11.400.000 euros
Volumen anual de ingresos	< 5.700.000 euros	< 22.800.000 euros
Número medio de trabajadores	No más de 50 trabajadores	No más de 250 trabajadores

A efectos de volumen anual de ingresos se entenderá los ingresos recogidos en la partida 1. «Ingresos de la entidad por la actividad propia» de la cuenta de resultados que tiene la siguiente composición:

Cuentas	1. Ingresos de la actividad propia
720	a) Cuotas de socios y afiliados
721	b) Aportaciones de usuarios
722, 723	c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones
740, 747, 748	d) Subvenciones, donaciones y legados imputados al excedente del ejercicio
728	e) Reintegro de ayudas y asignaciones

Las ESFL que opten por aplicar –uso que es opcional– el PGC de PYMES aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, elaborarán el balance y la cuenta de resultados ajustándose a los modelos abreviados considerando las precisiones que se indican en estos últimos. Para poder acogerse a la aplicación de este plan deben cumplir, al menos, dos de las tres circunstancias siguientes al cierre de dos ejercicios consecutivos.

Conceptos	Balance
Activo total neto	< 2.850.000 euros
Volumen anual de ingresos	< 5.700.000 euros
Número medio de trabajadores	No más de 50 trabajadores

En el caso de ESFL que opten por la aplicación de los criterios de microentidades, elaborarán el balance y la cuenta de resultados ajustándose a los modelos abreviados considerando las precisiones que la norma indica. Para acogerse a esos criterios deben cumplir al menos dos de los tres siguientes requisitos durante dos ejercicios consecutivos.

	Microentidades
Activo total neto	< 150.000 euros
Volumen anual de ingresos (Actividad propia y mercantil)	< 150.000 euros
Número medio de trabajadores	5 trabajadores

7. FORMULACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES

1. Las cuentas anuales se elaboran con una periodicidad de 12 meses, salvo en los casos de constitución, modificación de fecha de cierre del ejercicio o disolución.

2. Las cuentas anuales deberán ser formuladas por el órgano de gobierno de la entidad, quien responderá de su veracidad. El plazo de formulación y aprobación será como máximo de seis meses, a contar desde el cierre del ejercicio. No obstante, en el caso de que se sometan a auditoría de cuentas anuales, habrán de formularse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio.

3. Las cuentas anuales forman una unidad pero deben estar identificadas (balance, cuenta de resultados y memoria).

8. MODELOS NORMALES DE LAS CUENTAS ANUALES

Como se ha mencionado anteriormente están formadas por el balance, la cuenta de resultado y la memoria. Los modelos que se proponen para el balance y la cuenta de resultados son los siguientes.

8.1. Balance

Número de cuenta	Activo
	A) ACTIVO NO CORRIENTE
	I. INMOVILIZADO INTANGIBLE
201, (2801), (2901)	1. Desarrollo
202, (2802), (2902)	2. Concesiones
203, (2803), (2903)	3. Patentes, licencias, marcas y similares
204	4. Fondo de comercio
206, (2806), (2906)	5. Aplicaciones informáticas
207, (2807), (2907)	6. Derechos sobre activos cedidos en uso
205, 209, (2805), (2830), (2905)	7. Otro inmovilizado intangible
	II. BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO
240, (2990)	1. Bienes inmuebles
241, (2991)	2. Archivos
242, (2992)	3. Bibliotecas
243, (2993)	4. Museos
244, (2994)	5. Bienes muebles
249	6. Anticipos sobre bienes del Patrimonio Histórico
	III. INMOVILIZADO MATERIAL
210, 211, (2811), (2831), (2910), (2911)	1. Terrenos y construcciones
(2813), (2814), (2815), (2816), (2817), (2818), (2819), (2912), (2913), (2914), (2915), (2916), (2917), (2918), (2919)	2. Instalaciones técnicas y otro inmovilizado material
23	3. Inmovilizado en curso y anticipos
	.../...

Número de cuenta	Activo
.../...	
220, (2920)	IV. INVERSIONES INMOBILIARIAS
221, (282), (2921), (2832)	1. Terrenos
	2. Construcciones
	V. INVERSIONES EN ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A LARGO PLAZO
2503, 2504, (2593), (2594), (293),	1. Instrumentos de patrimonio
2523, 2524, (2953), (2954),	2. Créditos a entidades
2513, 2514, (2943), (2944)	3. Valores representativos de deuda
	4. Derivados
	5. Otros activos financieros
	VI. INVERSIONES FINANCIERAS A LARGO PLAZO
2505, (2595), 260, (269)	1. Instrumentos de patrimonio
2525, 262, 263, 264, (2955), (298)	2. Créditos a terceros
2515, 261, (297), (2945)	3. Valores representativos de deuda
265	4. Derivados
268, 27	5. Otros activos financieros
474	VII. ACTIVOS POR IMPUESTOS DIFERIDOS
	B) ACTIVO CORRIENTE
	I. EXISTENCIAS
30, (390)	1. Bienes destinados a la actividad
31, 32, (391), (392)	2. Materias primas y otros aprovisionamientos
33, 34, (393), (394)	3. Productos en curso
35, (395)	4. Productos terminados
36, (396)	5. Subproductos, residuos y materiales recuperados
407	6. Anticipos a proveedores
447, 448, (495)	II. USUARIOS Y OTROS DEUDORES DE LA ACTIVIDAD PROPIA
	III. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A COBRAR
430, 431, 432, 435, 436, (437), (490), (4935)	1. Clientes por ventas y prestaciones de servicios
433, 434, (4933), (4934)	2. Clientes empresas del grupo y asociadas
440, 441, 446, 449, 5531, 5533	3. Deudores varios
	.../...

Número de cuenta	Activo
.../...	
460, 464, 544	4. Personal
4709	5. Activos por impuesto corriente
4700, 4707, 4708, 471, 472	6. Otros créditos con las Administraciones Públicas
558	7. Fundadores por desembolsos exigidos
	IV. INVERSIONES EN ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A CORTO PLAZO
5303, 5304, (5393), (5394), (593)	1. Instrumentos de patrimonio
5323, 5324, 5343, 5344, (5953), (5954)	2. Créditos a entidades
5313, 5314, 5333, 5334, (5943), (5944)	3. Valores representativos de deudas
	4. Derivados
5353, 5354, 5523, 5524	5. Otros activos financieros
	V. INVERSIONES FINANCIERAS A CORTO PLAZO
5305, 540, (5395), (549)	1. Instrumentos de patrimonio
5325, 5345, 542, 543, 547, (5955), (598)	2. Créditos a entidades
5315, 5335, 541, 546, (5945), (597)	3. Valores representativos de deudas
5590, 5593	4. Derivados
5355, 545, 548, 551, 5525, 565, 566	5. Otros activos financieros
480, 567	VI. PERIODIFICACIONES A CORTO PLAZO
	VII. EFECTIVOS Y OTROS ACTIVOS LÍQUIDOS EQUIVALENTES
570, 571, 572, 573, 574, 575	1. Tesorería
576	2. Otros activos líquidos equivalentes
	TOTAL ACTIVO
Número de cuenta	Patrimonio neto y pasivo
	A) PATRIMONIO NETO
	A-1) FONDOS PROPIOS
	I. DOTACIÓN FUNDACIONAL/FONDO SOCIAL
100, 101	1. Dotación fundacional/Fondo social
	.../...

Número de cuenta	Patrimonio neto y pasivo
.../...	
(103), (104)	2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido)
	II. RESERVAS
111	1. Estatutarias
113, 114, 115	2. Otras reservas
	III. EXCEDENTE DE EJERCICIOS ANTERIORES
120	1. Remanente
(121)	2. (Excedentes negativos de ejercicios anteriores)
129	IV. EXCEDENTE DEL EJERCICIO
	A-2) AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR
133	I. Activos financieros disponibles para la venta
1340	II. Operaciones de cobertura
137	III. Otros
	A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS RECIBIDOS
130, 1320	I. Subvenciones
131, 1321	II. Donaciones y legados
	B) PASIVO NO CORRIENTE
	I. PROVISIONES A LARGO PLAZO
140	1. Obligaciones por prestaciones a largo plazo al personal
145	2. Actuaciones medioambientales
146	3. Provisión por reestructuración
141, 142, 143	4. Otras provisiones
	II. DEUDAS A LARGO PLAZO
177, 179	1. Obligaciones y otros valores negociables
1605, 170	2. Deudas con entidades de crédito
1625, 174	3. Acreedores por arrendamiento financiero
176	4. Derivados
1615, 1635, 171, 172, 173, 175, 180, 185, 189	5. Otros pasivos financieros
1603, 1604, 1613, 1614, 1623, 1624, 1633, 1634	III. DEUDAS CON ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A LARGO PLAZO
479	IV. PASIVOS POR IMPUESTO DIFERIDO
181	V. PERIODIFICACIONES A LARGO PLAZO
	C) PASIVO CORRIENTE
	.../...

Número de cuenta	Patrimonio neto y pasivo
499, 529	I. PROVISIONES A CORTO PLAZO
	II. DEUDAS A CORTO PLAZO
500, 505, 506	1. Obligaciones y otros valores negociables
5105, 520, 527	2. Deudas con entidades de crédito
5125, 524	3. Acreedores por arrendamiento financiero
5595, 5598	4. Derivados
509, 5115, 5135, 5145, 521, 522, 523, 525, 528, 5525, 5530, 5532, 555, 5565, 5566, 560, 561, 569	5. Otros pasivos financieros
5103, 5104, 5113, 5114, 5123, 5124, 5133, 5134, 5143, 5144, 5523, 5524, 5563, 5564	III. DEUDAS CON ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A CORTO PLAZO
412	IV. BENEFICIARIOS-ACREEDORES
	V. ACREEDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A PAGAR
400, 401, 405, (406)	1. Proveedores
403, 404	2. Proveedores, entidades del grupo y asociadas
410, 411, 419	3. Acreedores varios
465, 466	4. Personal (Remuneraciones pendientes de pago)
4752	5. Pasivos por impuesto corriente
4750, 4751, 4758, 476, 477	6. Otras deudas con las Administraciones Públicas
438	7. Anticipos de clientes
485, 568	VI. PERIODIFICACIONES A CORTO PLAZO
	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)

8.2. Cuenta de resultados

Número de cuenta	
	A) Excedente del ejercicio
	1. Ingresos de la actividad propia
720	a) Cuotas de asociados y afiliados
721	b) Aportaciones de usuarios
722, 723	c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones
740, 748	d) Subvenciones imputadas al excedente del ejercicio
	.../...

Número de cuenta	
.../...	
747	e) Donaciones y legados imputados al excedente del ejercicio
728	f) Reintegro de ayudas y asignaciones
	2. Gastos por ayudas y otros
(650)	a) Ayudas monetarias
(651)	b) Ayudas no monetarias
(653), (654)	c) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno
(658)	d) Reintegro de subvenciones, donaciones y legados
(6930), 71*, 7930	3. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación
73	4. Trabajos realizados por la entidad para su activo
(600), (601), (602), 6060, 6061, 6080, 6081, 6082, 6090, 6091, 6092, 610*, 611*, 612*, (607), (6931), (6932), (6933), 7931, 7932, 7933	5. Aprovisionamientos
75	6. Otros ingresos de la actividad
	7. Gastos de personal
(640), (641)	a) Sueldos, salarios y asimilados
(642), (643), (649)	b) Cargas sociales
(644), 7950	c) Provisiones
	8. Otros gastos de la actividad
(62)	a) Servicios exteriores
(631), (634), 636, 639	b) Tributos
(655), (694), (695), 794, 7954	c) Pérdida, deterioro y variación de provisiones por operaciones comerciales
(656), (659)	d) Otros gastos de gestión corriente
(68)	9. Amortización de inmovilizado
	10. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados a excedente del ejercicio
745	a) Subvenciones de capital traspasadas al excedente del ejercicio
746	b) Donaciones y legados de capital traspasados al excedente del ejercicio
7951, 7952, 7955, 7956	11. Exceso de provisiones
	12. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado
(690), (691), (692), 770, 771, 772, 790, 791	a) Deterioro y pérdidas
792, (670), (671), (672)	b) Resultados por enajenaciones y otras
	.../...

Número de cuenta	
.../...	
	A.1) EXCEDENTE DE LA ACTIVIDAD (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + 10 + 11 + 12)
	13. Ingresos financieros
	a) De participaciones en instrumentos de patrimonio
7600, 7601	a1) En entidades del grupo y asociadas
7602, 7603	a2) En terceros
	b) De valores negociables y otros instrumentos financieros
7610, 7611, 76200, 76201, 76210, 76211	b1) De entidades del grupo y asociadas
7612, 7613, 76202, 76203, 76212, 76213, 767, 769	b2) De terceros
	14. Gastos financieros
(6610), (6611), (6615), (6616), (6620), (6621), (6650), (6651), (6654), (6655)	a) Por deudas con entidades del grupo y asociadas
(6612), (6613), (6617), (6618), (6622), (6623), (6624), (6652), (6653), (6656), (6657), (669)	b) Por deudas con terceros
(660)	c) Por actualización de provisiones
	15. Variación de valor razonable en instrumentos financieros
(6630), (6631), (6633), 7630, 7631, 7633	a) Cartera de negociación y otros
(6632), 7632	b) Imputación al excedente del ejercicio de activos financieros disponibles para la venta
(668), 768	
	16. Diferencias de cambio
	17. Deterioro y resultado por enajenaciones en instrumentos financieros
(696), (697), (698), (699), 796, 797, 798, 799	a) Deterioros y pérdidas
(666), (667), (673), (675), 766, 773, 775	b) Resultados por enajenaciones y otras
	A.2) EXCEDENTE DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS (13 + 14 + 15 + 16 + 17)
	A.3) EXCEDENTE ANTES DE IMPUESTOS (A1 + A2)
(6300*), 6301*, (633), 638	18. Impuestos sobre beneficios
	A.4) VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO RECONOCIDA EN EXCEDENTE DEL EJERCICIO (A.3 + 18)
	.../...

Número de cuenta	
.../...	
(800), (89), 900, 991, 992	B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto
(810), 910	1. Activos financieros disponibles para la venta
940, 9420	2. Operaciones de coberturas de flujos de efectivo
941, 9421	3. Subvenciones recibidas
(85), 95	4. Donaciones y legados recibidos
(8300)*, 8301, (833), 834, 835, 838	5. Ganancias y pérdidas actuariales y otros ajustes
	6. Efecto impositivo
	B.1) Variación del patrimonio neto por ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6)
	C) Reclasificaciones al excedente del ejercicio
(802), 902, 993, 994	1. Activos financieros disponibles para la venta
(812), 912	2. Operaciones de coberturas de flujos de efectivo
(840), (8420)	3. Subvenciones recibidas
(841), (8421)	4. Donaciones y legados recibidos
8301*, (836), (837)	5. Efecto impositivo
	C.1) Variaciones de patrimonio neto por reclasificaciones al excedente del ejercicio (1 + 2 + 3 + 4 + 5)
	D) Variaciones de patrimonio neto por ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (B.1 + C.1)
	E) Ajustes por cambios de criterio
	F) Ajustes por errores
	G) Variaciones en la dotación fundacional o fondo social
	H) Otras variaciones
	I) RESULTADO TOTAL, VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO EN EL EJERCICIO (A.4. + D + E + F + G + H)
* Su signo puede ser positivo o negativo.	

8.3. Memoria

La memoria amplía y comenta la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales y regula la información mínima a cumplimentar.

El PGC ESFL desarrolla 17 notas para este tipo de entidades que deben aplicarse obligatoriamente, así como las contenidas en el modelo normal de la memoria del PGC 2007, salvo la información sobre operaciones interrumpidas y activos no corrientes y grupos enajenables mantenidos para venta, que no le resultará de aplicación. Las notas desarrolladas son las siguientes:

1. Actividad de la entidad.
2. Excedente del ejercicio.
3. Normas de registro y valoración.
4. Inmovilizado material.
5. Bienes del Patrimonio Histórico.
6. Usuarios y otros deudores de la actividad propia.
7. Beneficiarios-Acreedores.
8. Fondos propios.
9. Existencias.
10. Situación fiscal.
11. Ingresos y Gastos.
12. Fusiones entre entidades no lucrativas y combinaciones de negocios.
13. Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración.
14. Operaciones con partes vinculadas.
15. Otra información.
16. Estado de flujos de efectivo.
17. Inventario.

Además de estos apartados específicos hay que aplicar las siguientes notas del PGC 2007:

6. Inversiones inmobiliarias.
7. Inmovilizado intangible.
8. Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar.
9. Instrumentos financieros.
11. Moneda extranjera.
14. Provisiones y contingencias.
15. Información sobre medio ambiente.
16. Retribuciones a largo plazo al personal.

- 17. Transacciones con pagos basados en instrumentos de patrimonio.
- 18. Subvenciones, donaciones y legados.
- 20. Negocios conjuntos.
- 22. Hechos posteriores al cierre.
- 25. Información segmentada.

9. MODELOS ABREVIADOS DE LAS CUENTAS ANUALES

9.1. Balance abreviado

Número de cuenta	Activo
	A) ACTIVO NO CORRIENTE
20, (280), (2830), (290)	I. INMOVILIZADO INTANGIBLE
240, 241, 242, 243, 244, 249, (299)	II. BIENES DEL PATRIMONIO HISTÓRICO
21, (281), (2831), (291), 23	III. INMOVILIZADO MATERIAL
22, (282), (2832), (292)	IV. INVERSIONES INMOBILIARIAS
2503, 2504, 2513, 2514, 2523, 2524, (2593), (2594), (293), (2943), (2944), (2953), (2954)	V. INVERSIONES EN ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A LARGO PLAZO
2505, 2515, 2525, (2595), 260, 261, 262, 263, 264, 265, 267, 268, (269), 27, (2945), (2955), (297), (298)	VI. INVERSIONES FINANCIERAS A LARGO PLAZO
474	VII. ACTIVOS POR IMPUESTOS DIFERIDOS (✓/)
	B) ACTIVO CORRIENTE
30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, (39), 407	I. EXISTENCIAS
447, 448, (495)	II. USUARIOS Y OTROS DEUDORES DE LA ACTIVIDAD PROPIA
430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, (437), (490), (493), 440, 441, 446, 449, 460, 464, 470, 471, 472, 558, 544	III. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A COBRAR
5303, 5304, 5313, 5314, 5323, 5324, 5333, 5334, 5343, 5344, 5353, 5354, (5393), (5394), 5523, 5524, (593), (5943), (5944), (5953), (5954)	IV. INVERSIONES EN ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A CORTO PLAZO
	.../...

Número de cuenta	Activo
.../...	
5305, 5315, 5325, 5335, 5345, 5355, (5395), 540, 541, 542, 543, 545, 546, 547, 548, (549), 551, 5525, 5590, 5593, 565, 566, (5945), (5955), (597), (598)	V. INVERSIONES FINANCIERAS A CORTO PLAZO
480, 567	VI. PERIODIFICACIONES A CORTO PLAZO
57	VII. EFECTIVO Y OTROS ACTIVOS LÍQUIDOS EQUIVALENTES
	TOTAL ACTIVO (A + B)
Número de cuenta	Patrimonio neto y pasivo
	A) PATRIMONIO NETO
	A-1) FONDOS PROPIOS
	I. Dotación fundacional/Fondo social
100, 101	1. Dotación fundacional/Fondo social
(103), (104)	2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido)
111, 113, 114, 115	II. RESERVAS
120, (121)	III. EXCEDENTES DE EJERCICIOS ANTERIORES
129	IV. EXCEDENTE DEL EJERCICIO
133, 1340, 137	A-2) AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR (√)
130, 131, 132	A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS
	B) PASIVO NO CORRIENTE
14	I. PROVISIONES A LARGO PLAZO
	II. DEUDAS A LARGO PLAZO
1605, 170	1. Deudas con entidades de crédito
1625, 174	2. Acreedores por arrendamiento financiero
1615, 1635, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 179, 180, 185, 189	3. Otras deudas a corto plazo
1603, 1604, 1613, 1614, 1623, 1624, 1633, 1634	III. DEUDAS CON ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A LARGO PLAZO
479	IV. PASIVOS POR IMPUESTO DIFERIDO (√√)
181	V. PERIODIFICACIONES A LARGO PLAZO
	C) PASIVO CORRIENTE
499, 529	I. PROVISIONES A CORTO PLAZO
	II. DEUDAS A LARGO PLAZO
5105, 520, 527	1. Deudas con entidades de crédito
	.../...

Número de cuenta	Patrimonio neto y pasivo
.../...	
5125, 524	2. Acreedores por arrendamiento financiero
500, 505, 506, 509, 5115, 5135, 5145, 521, 522, 523, 525, 528, 551, 5525, 5530, 5532, 555, 5565, 5566, 5595, 5598, 560, 561, 569	3. Otras deudas a corto plazo
5103, 5104, 5113, 5114, 5123, 5124, 5133, 5134, 5143, 5144, 5523, 5524, 5563, 5564	III. DEUDAS CON ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A COR- TO PLAZO
412	IV. BENEFICIARIOS-ACREEDORES
	V. ACREEDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A PAGAR
400, 401, 403, 404, 405, (406)	1. Proveedores
410, 411, 419, 438, 465, 466, 475, 476, 477	2. Otros acreedores
485, 568	VI. PERIODIFICACIONES A CORTO PLAZO
	TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)
Las entidades que opten por aplicar los criterios de registro y valoración incluidos en la segunda parte del PGC de PYMES, aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, elaborarán su balance y cuenta de resultados siguiendo los modelos abreviados, salvo las partidas que lleven el signo (√) que en PGC de PYMES no resultan aplicables. Las entidades que opten por aplicar los criterios aprobados para las microentidades tampoco recogerán la partida señalada con el signo (√√).	

9.2. Cuenta de resultados abreviada

Número de cuenta	
	A) Excedente del ejercicio
	1. Ingresos de la actividad propias
720	a) Cuotas de asociados y afiliados
721	b) Aportaciones de usuarios
722, 723	c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones
740, 747, 748	d) Subvenciones, donaciones y legados imputados al excedente del ejercicio
728	e) Reintegro de ayudas y asignaciones
	2. Gastos por ayudas y otros
(650)	a) Ayudas monetarias
(651)	b) Ayudas no monetarias
	.../...

Número de cuenta	
.../...	
(653), (654)	c) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno
(658)	d) Reintegro de subvenciones, donaciones y legados
(6930), 71*, 7930	3. Variación de existencias de productos terminados y en curso de fabricación
73	4. Trabajos realizados por la entidad para su activo
(600), (601), (602), 6060, 6061, 6080, 6081, 6082, 6090, 6091, 6092, 610*, 611*, 612*, (607), (6931), (6932), (6933), 7931, 7932, 7933	5. Aprovisionamientos
75	6. Otros ingresos de la actividad
(640), (641), (642), (643), (644), (649), 7950	7. Gastos de personal
(62), (631), (634), 636, 639, (655), (694), (695), 794, 7954, (656), (659)	8. Otros gastos de la actividad
(68)	9. Amortización de inmovilizado
745, 746	10. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados a excedente del ejercicio
7951, 7952, 7955, 7956	11. Exceso de provisiones
(690), (691), (692), 770, 771, 772, 790, 791, 792, (670), (671), (672)	12. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado
760, 761, 762, 767, 769	A.1) EXCEDENTE DE LA ACTIVIDAD (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + 10 + 11 + 12)
(660), (661), (662), (664), (665), (669)	13. Ingresos financieros
(663), 763	14. Gastos financieros
(668), 768	15. Variación de valor razonable en instrumentos financieros
(666), (667), (673), (675), (696), (697), (698), (699), 766, 773, 775, 796, 797, 798, 799	16. Diferencias de cambio
(6300*), 6301*, (633), 638	17. Deterioro y resultado por enajenaciones en instrumentos financieros
	A.2) EXCEDENTE DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS (13 + 14 + 15 + 16 + 17)
	A.3) EXCEDENTE ANTES DE IMPUESTOS (A1 + A2)
	18 Impuestos sobre beneficios
	A.4) VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO RECONOCIDA EN EXCEDENTE DEL EJERCICIO (A.3 + 18)
	.../...

Número de cuenta	
.../...	
940, 9420	B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto
941, 9421	1. Subvenciones recibidas
(800), (89), 900, 991, 992, (810), 910, (85), 95	2. Donaciones y legados recibidos
(8300)*, 8301*, (833), 834, 835, 838	3. Otros ingresos y gastos
	4. Efecto impositivo
	B.1) Variación del patrimonio neto por ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto (1 + 2 + 3 + 4)
	C) Reclasificaciones al excedente del ejercicio
(840), (8420)	1. Subvenciones recibidas
(841), (8421)	2. Donaciones y legados recibidos
(802), 902, 993, 994, (812), 912	3. Otros ingresos y gastos
8301*, (836), (837)	4. Efecto impositivo
	C.1) Variaciones de patrimonio neto por reclasificaciones al excedente del ejercicio (1 + 2 + 3 + 4)
	D) Variaciones de patrimonio neto por ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (B.1 + C.1)**
	E) Ajustes por cambios de criterio
	F) Ajustes por errores
	G) Variaciones en la dotación fundacional o fondo social
	H) Otras variaciones
	I) RESULTADO TOTAL, VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO EN EL EJERCICIO (A.4. + D + E + F + G + H)
<p>* Su signo puede ser positivo o negativo.</p> <p>** En su caso, para calcular este saldo, las entidades que opten por aplicar los criterios de registro y valoración incluidos en la segunda parte del PGC de PYMES, aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, deberán identificar los aumentos (ingreso y transferencia de pérdidas) y disminuciones (gastos y transferencias de ganancias) en el patrimonio neto originados por las diferentes operaciones contabilizadas en el subgrupo 13.</p>	

9.3. Memoria abreviada

La memoria abreviada se compone de 14 notas que las entidades no lucrativas deberán aplicar obligatoriamente, así como las contenidas en el modelo de memoria abreviada del PGC 2007 o, en su caso, de la memoria incluida en el PGC de PYMES, salvo la información sobre activos no corrientes y grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta, que no les resultará de aplicación.

Las notas son las siguientes:

1. Actividad de la entidad.
2. Excedente del ejercicio.
3. Normas de registro y valoración.
4. Inmovilizado material e intangible.
5. Bienes del Patrimonio Histórico.
6. Usuarios y otros deudores de la actividad propia.
7. Beneficiarios-Acreedores.
8. Fondos propios.
9. Situación fiscal.
10. Ingresos y gastos.
11. Actividades de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración.
12. Operaciones con partes vinculadas.
13. Otra información.
14. Inventario.

10. SUPUESTO PRÁCTICO SOBRE LA OBTENCIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES EN UNA ESFL

ENUNCIADO

OPERACIONES REALIZADAS POR ESFL EN EL AÑO 20X15

La fundación ESFL se constituyó en el año 20X15 con una dotación fundacional de 500.000 u.m., que fueron ingresadas en un 75 por 100 en la cuenta corriente bancaria de la fundación. Al cierre del ejercicio está pendiente de desembolso el 25 por 100 de la dotación fundacional, el cual está previsto que se aporte en el ejercicio siguiente.

Las operaciones que ha realizado la fundación durante el año 20X15 han sido las siguientes:

1. El 1 de julio adquiere equipos informáticos por importe de 40.000 u.m. que son abonadas mediante talón bancario en el acto de la compra.
2. El 1 de octubre adquiere mobiliario por importe de 20.000 u.m. que serán satisfechas a los tres meses mediante un pago de 20.200 u.m. Tipo de interés de mercado para operaciones a tres meses, 4 por 100 anual.

3. Los ingresos de cuotas de asociados han sido de 14.000 u.m. de las que al cierre del ejercicio están pendientes de cobro 6.000 u.m.
4. Los ingresos por promociones para captación de recursos han sido de 8.000 u.m. y los de patrocinio 10.000 u.m. Al cierre de ejercicio ambos están totalmente cobrados.
5. Ha recibido subvenciones para la actividad por 12.000 u.m. de las que están pendientes de cobro el 50 por 100.
6. Los gastos del periodo han sido los siguientes:
 - Compras destinadas a la actividad: 3.000 u.m. pagadas en un 80 por 100 al cierre del ejercicio.
 - Los gastos de personal tienen el siguiente desglose:
 - Sueldos y salarios: 9.000 u.m.
 - Seguridad Social a cargo de la fundación: 3.000 u.m. y de los trabajadores: 500 u.m.
 - Tipo medio de retención de IRPF: 15 por 100.
 - Todos los gastos están pagados excepto el 20 por 100 de las cantidades que corresponden a las Administraciones públicas.
 - Ayudas monetarias: 7.000 u.m. pagadas en el 90 por 100.
 - Gastos producidos por voluntarios en las actividades de la sociedad: 3.000 u.m. pendientes de pago en un 10 por 100.
 - Se han reembolsado al órgano de gobierno gastos, debidamente justificados, por importe de 3.500 u.m.
7. Las amortizaciones se realizan linealmente mediante los siguientes porcentajes:

Equipos informáticos	25 por 100
Mobiliario.....	10 por 100
8. El 15 de diciembre de 20X15 se ha recibido la comunicación de la concesión de una subvención del 25 por 100 de los equipos informáticos.

SE PIDE:

1. Contabilizar las operaciones realizadas por la fundación ESFL.
2. Calcular el excedente del ejercicio, sabiendo que todas las operaciones realizadas están exentas del Impuesto sobre Sociedades.
3. Cierre de la contabilidad.

4. Balance de situación.
5. Cuenta de resultados.

SOLUCIÓN Supuesto práctico

1. Contabilidad de las operaciones del año 20X15

Por la constitución de la fundación, teniendo en cuenta que inicialmente se desembolsa el 75 por 100 de la dotación fundacional:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	375.000	
1030	Fundadores, por desembolsos no exigidos	125.000	
100	Dotación fundacional		500.000

Punto 1

Por la adquisición de los equipos informáticos el 1 de julio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	40.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		40.000

Punto 2

El 1 de octubre por la adquisición del mobiliario:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
216	Mobiliario	20.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		20.000

Al 31 de diciembre por los intereses devengados:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	200	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		200

Punto 3

Por los ingresos de las cuotas de usuarios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
447	Usuarios, deudores	6.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	8.000	
720	Cuotas de asociados y afiliados		14.000

Punto 4

Por los ingresos de promociones y de patrocinadores:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	18.000	
722	Promociones para captación de recursos		8.000
723	Ingresos de patrocinadores y colaboraciones		10.000

Punto 5

Por la subvención obtenida para los fines propios de la fundación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	6.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	6.000	
740	Subvenciones a la actividad		12.000

Punto 6

Por las compras para la actividad:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de bienes destinados a la actividad	3.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.400
400	Proveedores		600

Por los gastos de personal:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	9.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	3.000	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores $(3.000 + 500)$		3.500
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas $(9.000 \times 15\%)$		1.350
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		7.150

Por el pago a las Administraciones públicas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas $(1.350 \times 80\%)$	1.080	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores $(3.500 \times 80\%)$	2.800	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.880

Por las ayudas monetarias:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
650	Ayudas monetarias	7.000	
412	Beneficiarios, acreedores		700
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		6.300

Por los gastos de voluntarios:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
653	Compensación de gastos por prestaciones de colaboración	3.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.700
412	Beneficiarios, acreedores		300

Por los gastos de órganos de gobierno:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
654	Reembolsos de gastos al órgano de gobierno	3.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.500

Punto 7

Por las amortizaciones del periodo:

Conceptos	Importe
Equipos informáticos ($40.000 \times 25\% \times 6/12$)	5.000
Mobiliario ($20.000 \times 10\% \times 3/12$)	500
Total	5.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	5.500	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		5.500

Punto 8

Por la comunicación de la recepción de la subvención el 15 de diciembre:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	10.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		10.000

Por el traspaso a resultado en función de la amortización de los equipos informáticos:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital ($10.000 \times 25\% \times 6/12$)	1.250	
745	Subvenciones del capital transferidas al excedente del ejercicio		1.250

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	10.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		1.250
130	Subvenciones oficiales de capital		8.750

2. Calcular el excedente del ejercicio, sabiendo que todas las operaciones realizadas están exentas del Impuesto sobre Sociedades

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Excedente del ejercicio	34.200	
662	Intereses de deudas		200
600	Compras de bienes destinados a la actividad		3.000
640	Sueldos y salarios		9.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa		3.000
650	Ayudas monetarias		7.000
653	Compensación de gastos por prestaciones de colaboración		3.000
654	Reembolsos de gastos al órgano de gobierno		3.500
681	Amortización del inmovilizado material		5.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
720	Cuotas de asociados y afiliados	14.000	
722	Promociones para captación de recursos	8.000	
723	Ingresos de patrocinadores y colaboraciones	10.000	
740	Subvenciones a la actividad	12.000	
745	Subvenciones del capital transferidas al excedente del ejercicio	1.250	
129	Excedente del ejercicio		45.250

Excedente del ejercicio $(45.250 - 34.200) = +11.050$

3. Cierre de la contabilidad

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Dotación fundacional	500.000	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	20.200	
400	Proveedores	600	
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas	270	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	700	
412	Beneficiarios, acreedores	1.000	
.../...			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	5.500	
130	Subvenciones oficiales de capital	8.750	
129	Excedente del ejercicio	11.050	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		341.070
1030	Fundadores, por desembolsos no exigidos		125.000
217	Equipos para procesos de información		40.000
216	Mobiliario		20.000
447	Usuarios, deudores		6.000
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		16.000

4. Balance de situación

Activo	31-12-20X15
A) ACTIVO NO CORRIENTE	54.500
III. INMOVILIZADO MATERIAL	54.500
2. Instalaciones técnicas y otro inmovilizado material	54.500
B) ACTIVO CORRIENTE	363.070
II. USUARIOS Y OTROS DEUDORES DE LA ACTIVIDAD PROPIA	6.000
III. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A COBRAR	16.000
6. Otros créditos con las Administraciones Públicas	16.000
VII. EFECTIVOS Y OTROS ACTIVOS LÍQUIDOS EQUIVALENTES	341.070
1. Tesorería	341.070
TOTAL ACTIVO	417.570
Patrimonio neto y pasivo	31-12-20X15
A) PATRIMONIO NETO	394.800
A-1) FONDOS PROPIOS	386.050
I. DOTACIÓN FUNDACIONAL/FONDO SOCIAL	375.000
1. Dotación fundacional/Fondo social	500.000
2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido)	-125.000
IV. EXCEDENTE DEL EJERCICIO	11.050
.../...	

Patrimonio neto y pasivo	31-12-20X15
.../...	
A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS	8.750
I. Subvenciones	8.750
C) PASIVO NO CORRIENTE	22.770
II. DEUDAS A CORTO PLAZO	20.200
5. Otros pasivos financieros	20.200
IV. BENEFICIARIOS-ACREEDORES	1.000
V. ACREEDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A PAGAR	1.570
1. Proveedores	600
6. Otras deudas con las Administraciones Públicas	970
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)	417.570

5. Cuenta de resultados

	Nota
A) Excedente del ejercicio	
1. Ingresos de la actividad propia	44.000
a) Cuotas de asociados y afiliados	14.000
c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones	18.000
d) Subvenciones imputadas al excedente del ejercicio	12.000
2. Gastos por ayudas y otros	-13.500
a) Ayudas monetarias	-7.000
c) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno	-6.500
5. Aprovisionamientos	-3.000
7. Gastos de personal	-12.000
9. Amortización de inmovilizado	-5.500
10. Subvenciones de capital traspasados a excedente del ejercicio	1.250
A.1) EXCEDENTE DE LA ACTIVIDAD (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + + 10 + + 11 + 12)	11.250
14. Gastos financieros	-200
b) Por deudas con terceros	-200
A.2) EXCEDENTE DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS (13 + 14 + 15 + 16 + 17)	-200
.../...	

	Nota
.../...	
A.3) EXCEDENTE ANTES DE IMPUESTOS (A1 + A2)	11.050
B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto	
3. Subvenciones recibidas	10.000
B.1. Variación del patrimonio neto por ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6)	10.000
C) Reclasificaciones al excedente del ejercicio	
3. Subvenciones recibidas	-1.250
C.1) Variaciones de patrimonio neto por reclasificaciones al excedente del ejercicio (1 + 2 + 3 + 4 + 5)	-1.250
D) Variaciones de patrimonio neto por ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (B.1 + C.1)	8.750
G) Variaciones en la dotación fundacional o fondo social	375.000
I) RESULTADO TOTAL, VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO EN EL EJERCICIO (A.4. + D + E + F + G + H)	394.800

ENUNCIADO

OPERACIONES REALIZADAS POR ESFL EN EL AÑO 20X16

1. Se solicita y desembolsa la parte pendiente de la aportación fundacional. Se cobra la subvención obtenida en el ejercicio anterior.
2. Se cobran y pagan las cantidades que había al inicio del ejercicio de los siguientes débitos y créditos:
 - Proveedores de inmovilizado a corto plazo.
 - Proveedores.
 - Administraciones públicas.
 - Usuarios, deudores.
 - Beneficiarios, acreedores.
3. Se han adquirido 10.000 acciones de la sociedad «TINSA» a 12 u.m./acción, gastos incluidos, los títulos se han clasificado como activos disponibles para la venta siendo su valor razonable al cierre del ejercicio de 15 u.m. por título.

4. El excedente del ejercicio anterior se destinó por mitades a la dotación fundacional y a reservas.
5. Los gastos e ingresos del ejercicio, pagados y cobrados en su totalidad, excepto las compras destinadas a la actividad y la mitad de las cuotas de usuarios y afiliados, han sido los siguientes:

Gastos	Importe	Ingresos	Importe
Compras destinadas a la actividad	6.000	Cuotas de usuarios y afiliados	80.000
Ayudas monetarias	40.000	Promociones captación de recursos	6.000
Ayudas no monetarias	6.000	Subvenciones a la actividad	2.000
Sueldos	18.000	Intereses de cuentas corrientes	500
Seguridad Social empresa	4.000		
Compensación de gastos por prestaciones de colaboración	12.000		
Arrendamientos	9.000		

6. La amortización de los equipos informáticos y del mobiliario se realiza con los mismos criterios que en el ejercicio anterior.
7. La fundación ha recibido asesoramiento de forma gratuita por parte de una empresa sobre sus actividades. El valor razonable de los servicios es de 7.000 u.m.
8. La fundación recibe el 1 de enero de 20X16 un edificio para realizar sus actividades por parte de una empresa para poder utilizarlo gratuitamente de forma indefinida. La estimación anual del valor del derecho, tomada en referencia a precios de mercado para operaciones de arrendamiento similares se estima en 80.000 u.m.
9. La fundación ha adquirido unos terrenos por 10.000 que han sido subvencionados en un 30 por 100. Al cierre del ejercicio el valor en uso de los terrenos es de 9.000 u.m.

SE PIDE:

1. Contabilizar las operaciones realizadas por la fundación ESFL.
2. Calcular el excedente del ejercicio, sabiendo que todas las operaciones realizadas están exentas del Impuesto sobre Sociedades.
3. Cierre de la contabilidad.

- 4. Balance de situación.
- 5. Cuenta de resultados.

SOLUCIÓN Supuesto práctico

1. Contabilizar las operaciones realizadas por la fundación ESFL

Punto 1

Por la solicitud, desembolso del fondo dotacional pendiente y cobro de la subvención obtenida en el ejercicio anterior:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
558	Fundadores y asociados por desembolsos exigidos	125.000	
1030	Fundadores, por desembolsos no exigidos		125.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	125.000	
558	Fundadores y asociados por desembolsos exigidos		125.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	16.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		16.000

Punto 2

Por el pago y cobro de los créditos y débitos del ejercicio anterior:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	20.200	
400	Proveedores	600	
.../...			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas	270	
476	Organismos de la Seguridad Social, acreedores	700	
412	Beneficiarios, acreedores	1.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		22.770

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	6.000	
447	Usuarios, deudores		6.000

Punto 3

Por la adquisición de 10.000 acciones de la sociedad «TINSA» que se incluyen en la categoría de activos financieros disponibles para la venta cuya valoración inicial es la contraprestación entregada más los gastos iniciales.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	120.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		120.000

Al cierre del ejercicio, la valoración de los activos financieros disponibles para la venta es a valor razonable reconociendo las diferencias en el patrimonio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	30.000	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		30.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	30.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		30.000

Punto 4

Por el traspaso del excedente del ejercicio anterior a dotación fundacional y a reservas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Excedente del ejercicio	11.050	
100	Dotación fundacional		5.525
113	Reservas voluntarias		5.525

Punto 5

Por los gastos e ingresos del ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
600	Compras de bienes destinados a la actividad	6.000	
650	Ayudas monetarias	40.000	
651	Ayudas no monetarias	6.000	
640	Sueldos y salarios	18.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	4.000	
653	Compensación de gastos por prestaciones de colaboración	12.000	
621	Arrendamientos y cánones	9.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		89.000
400	Proveedores		6.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
447	Usuarios, deudores	40.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	48.500	
720	Cuotas de asociados y afiliados		80.000
722	Promociones para captación de recursos		6.000
740	Subvenciones a la actividad		2.000
769	Otros ingresos financieros		500

Punto 6

Por las amortizaciones de los equipos informático, mobiliario y el traspaso a resultados de la subvención de capital asociada a los equipos informáticos:

Conceptos	Importe
Equipos informáticos ($40.000 \times 25\%$)	10.000
Mobiliario ($20.000 \times 10\%$)	2.000
Total	12.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	12.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		12.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	2.500	
745	Subvenciones del capital transferidas al excedente del ejercicio		2.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
130	Subvenciones oficiales de capital	2.500	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		2.500

Punto 7

Por el asesoramiento gratuito:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
651	Ayudas no monetarias	7.000	
74-	Donaciones de servicios a la explotación		7.000

Punto 8

Por la cesión del edificio de forma indefinida:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
651	Ayudas no monetarias	80.000	
74-	Cesiones de activos a la explotación		80.000

Punto 9

Por la adquisición de unos terrenos que han sido subvencionados en un 30 por 100:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	3.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital		3.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	3.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		3.000

Al cierre del ejercicio por el reconocimiento del deterioro, la transferencia a resultados de la pérdida y la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	1.000	
291	Deterioro de valor del inmovilizado material		1.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	300	
745	Subvenciones del capital transferidas al excedente del ejercicio		300

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	3.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		300
130	Subvenciones oficiales de capital		2.700

2. Calcular el excedente del ejercicio, sabiendo que todas las operaciones realizadas están exentas del Impuesto sobre Sociedades

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Excedente del ejercicio	195.000	
600	Compras de bienes destinados a la actividad		6.000
.../...			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
650	Ayudas monetarias		40.000
651	Ayudas no monetarias (6.000 + 7.000 + 80.000)		93.000
640	Sueldos y salarios		18.000
642	Seguridad Social a cargo de la empresa		4.000
653	Compensación de gastos por prestaciones de colaboración		12.000
621	Arrendamientos y cánones		9.000
681	Amortización del inmovilizado material		12.000
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material		1.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
720	Cuotas de asociados y afiliados	80.000	
722	Promociones para captación de recursos	6.000	
740	Subvenciones a la actividad	2.000	
769	Otros ingresos financieros	500	
745	Subvenciones del capital transferidas al excedente del ejercicio (2.500 + 300)	2.800	
74-	Donaciones de servicios a la explotación	7.000	
74-	Cesiones de activos a la explotación	80.000	
129	Excedente del ejercicio		178.300

$$\text{Excedente del ejercicio} = 178.300 - 195.000 = -16.700$$

3. Cierre de la contabilidad

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
100	Dotación fundacional	505.525	
113	Reservas voluntarias	5.525	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	17.500	
130	Subvenciones oficiales de capital	8.950	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	30.000	
.../...			

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
.../...			
400	Proveedores	6.000	
291	Deterioro de valor del inmovilizado material	1.000	
129	Excedente del ejercicio		16.700
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		304.800
210	Terrenos y bienes naturales		3.000
216	Mobiliario		20.000
217	Equipos para procesos de información		40.000
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		150.000
447	Usuarios deudores		40.000

4. Balance de situación

Activo	20X16	20X16
A) ACTIVO NO CORRIENTE	194.500	54.500
III. INMOVILIZADO MATERIAL	44.500	54.500
2. Instalaciones técnicas y otro inmovilizado material	44.500	54.500
V. INVERSIONES EN ENTIDADES DEL GRUPO Y ASOCIADAS A LARGO PLAZO	150.000	
1. Instrumentos de patrimonio	150.000	
B) ACTIVO CORRIENTE	344.800	363.070
II. USUARIOS Y OTROS DEUDORES DE LA ACTIVIDAD PROPIA	40.000	6.000
III. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A COBRAR		16.000
6. Otros créditos con las Administraciones Públicas		16.000
VII. EFECTIVOS Y OTROS ACTIVOS LÍQUIDOS EQUIVALENTES	304.800	341.070
1. Tesorería	304.800	341.070
TOTAL ACTIVO	539.300	417.570
Patrimonio neto y pasivo	20X16	20X16
A) PATRIMONIO NETO	533.300	394.800
A-1) FONDOS PROPIOS	494.350	386.050
I. DOTACIÓN FUNDACIONAL/FONDO SOCIAL	505.525	375.000
1. Dotación fundacional/Fondo social	505.525	500.000
.../...		

Patrimonio neto y pasivo	20X16	20X16
2. (Dotación fundacional no exigida/Fondo social no exigido)		-125.000
II. RESERVAS	5.525	
2. Otras reservas	5.525	
IV. EXCEDENTE DEL EJERCICIO	-16.700	11.050
A-2) AJUSTES POR CAMBIOS DE VALOR	30.000	
I. Activos financieros disponibles para la venta	30.000	
A-3) SUBVENCIONES, DONACIONES Y LEGADOS	8.950	8.750
I. Subvenciones	8.950	8.750
C) PASIVO NO CORRIENTE	6.000	22.770
II. DEUDAS A CORTO PLAZO		20.200
5. Otros pasivos financieros		20.200
IV. BENEFICIARIOS-ACREEDORES		1.000
V. ACREEDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS A PAGAR	6.000	1.570
1. Proveedores	6.000	600
6. Otras deudas con las Administraciones Públicas		970
TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO (A + B + C)	539.300	417.570

5. Cuenta de resultados

	20X16	20X15
A) Excedente del ejercicio		
1. Ingresos de la actividad propia	175.000	44.000
a) Cuotas de socios y afiliados	80.000	14.000
c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones	6.000	18.000
d) Subvenciones, donaciones y legados imputados al excedente del ejercicio	89.000	12.000
2. Gastos por ayudas y otros	-145.000	-13.500
a) Ayudas monetarias	-40.000	-7.000
b) Ayudas no monetarias	-93.000	
c) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno	-12.000	-6.500
5. Aprovisionamientos	-6.000	-3.000
7. Gastos de personal	-22.000	-12.000
8. Otros gastos de la actividad	-9.000	
		.../...

	20X16	20X15
.../...		
9. Amortización de inmovilizado	-12.000	-5.500
10. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados a excedente del ejercicio	2.800	1.250
12. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado	-1.000	
A.1) EXCEDENTE DE LA ACTIVIDAD (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6 + 7 + 8 + 9 + 10 + 11 + 12)	-17.200	11.250
13. Ingresos financieros	500	
b) De valores negociables y otros instrumentos financieros	500	
b1) De entidades del grupo y asociadas		
b2) De terceros	500	
14. Gastos financieros		-200
b) Por deudas con terceros		-200
A.2) EXCEDENTE DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS (13 + 14 + 15 + 16 + 17)	500	-200
A.3) EXCEDENTE ANTES DE IMPUESTOS (A1 + A2)	-16.700	11.050
A.4) VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO RECONOCIDA EN EXCEDENTE DEL EJERCICIO (A.3 + 18)	-16.700	11.050
B) Ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto		
1. Activos financieros disponibles para la venta	30.000	
2. Operaciones de coberturas de flujos de efectivo		
3. Subvenciones recibidas	3.000	10.000
B.1. Variación del patrimonio neto por ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto (1 + 2 + 3 + 4 + 5 + 6)	33.000	10.000
C) Reclasificaciones al excedente del ejercicio		
3. Subvenciones recibidas	-2.800	-1.250
C.1) Variaciones de patrimonio neto por reclasificaciones al excedente del ejercicio (1 + 2 + 3 + 4 + 5)	-2.800	-1.250
D) Variaciones de patrimonio neto por ingresos y gastos imputados directamente al patrimonio neto (B.1 + C.1)	30.200	8.750
G) Variaciones en la dotación fundacional o fondo social	130.525	375.000
H) Otras variaciones	-5.525	
I) RESULTADO TOTAL, VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO EN EL EJERCICIO (A.4. + D + E + F + G + H)	138.500	394.800

La variación total del patrimonio neto de 138.500 corresponde a la diferencia que existe entre el patrimonio al inicial del ejercicio 394.800 y el patrimonio al final del ejercicio 533.300.

Este incremento se puede explicar también de la siguiente forma:

Patrimonio 31-12-20X15	394.800
Menos excedente año 20X16	-16.700
Menos distribución excedente año 20X15	-11.050
Más incremento dotacional fundacional distribución excedente 20X15	5.525
Más incremento reserva distribución excedente 20X15	5.525
Más subvenciones de capital obtenidas en el año	3.000
Menos traspaso de subvenciones a resultados	-2.800
Más desembolso dotación fundacional	125.000
Más incremento valor razonable activos financieros disponibles para la venta	30.000
Patrimonio 31-12-20X16	533.300
Diferencia patrimonio final e inicial	138.500

11. EL ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO

En él se describirán el origen y la utilización de los activos monetarios representativos de efectivo y otros activos líquidos equivalentes, clasificando los movimientos por actividades e indicando la variación neta de dicha magnitud en el ejercicio. El PGC ESFL desarrolla un modelo similar al descrito en el PGC 2007 pero adaptado a este tipo de entidades. El efectivo y equivalentes son los descritos en el epígrafe B.VII del activo del balance, que incluye las cuentas del subgrupo 57:

570. Caja, euros

571. Caja, moneda extranjera

572. Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros

573. Bancos e instituciones de crédito c/c vista, moneda extranjera

574. Bancos e instituciones de crédito, cuentas de ahorro, euros

575. Bancos e instituciones de crédito, cuentas de ahorro, moneda extranjera

576. Inversiones a corto plazo de gran liquidez

La cuenta 576 recoge las inversiones financieras convertibles en efectivo, con un vencimiento no superior a tres meses desde la fecha de adquisición, que no tengan riesgos significativos de cambio de valor y que formen parte de la política de gestión normal de la tesorería de la empresa.

El estado de flujos de efectivo solamente es obligatorio para aquellas entidades que deban realizar balance y la memoria normal. Si la entidad presenta los modelos abreviados o está acogida al PGC de PYMES la realización de este estado es voluntaria.

El estado de flujos de efectivo del PGC 2007 clasifica las entradas y salidas de efectivo y equivalentes de efectivo en tres grandes apartados, que se resumen en el siguiente esquema:

A) FLUJOS DE ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN
B) FLUJOS DE ACTIVIDADES DE INVERSIÓN
C) FLUJOS DE ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN

Existe además un cuarto apartado (D) para las VARIACIONES DE LOS TIPOS DE CAMBIO

Lógicamente:

A + B + C + D = AUMENTO O DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES DEL PERIODO

También:

A + B + C + D = AUMENTO O DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES DEL PERIODO
+ EFECTIVO Y EQUIVALENTES INICIALES
= EFECTIVO Y EQUIVALENTES FINALES

El modelo que desarrolla el PGC ESFL es el siguiente:

A) ESTADO DE FLUJOS DE EFECTIVO DE LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN 1. Excedente del ejercicio antes de impuestos 2. Ajustes al resultado a) Amortizaciones del inmovilizado (+) b) Correcciones valorativas por deterioro (+/-) c) Variación de provisiones (+/-) d) Imputación de subvenciones, donaciones y legados (-) e) Resultados por bajas y enajenaciones de inmovilizado (+/-) f) Resultados por bajas y enajenaciones de instrumentos financieros (+/-) g) Ingresos financieros (-)	.../...
--	---------

.../...

- h) Gastos financieros (+)
- i) Diferencias de cambio (+/-)
- j) Variación de valor razonable de instrumentos financieros (+/-)
- k) Otros ingresos y gastos (+/-)

3. Cambios en el capital corriente

- a) Existencias (+/-)
- b) Deudores y otras cuentas a cobrar (+/-)
- c) Otros activos corrientes (+/-)
- d) Acreedores y otras cuentas a pagar (+/-)
- e) Otros pasivos corrientes (+/-)
- f) Otros activos y pasivos no corrientes (+/-)

4. Otros flujos de efectivo de las actividades explotación

- a) Pagos de intereses (-)
- b) Cobros de dividendos (+)
- c) Cobros de intereses (+)
- d) Cobros pagos por impuesto sobre beneficios (+/-)
- e) Otros cobros pagos (+/-)

5. Flujos de las actividades de explotación (1 +/- 2 +/- 3 +/- 4)

B) FLUJOS DE LAS ACTIVIDADES DE INVERSIÓN

6. Pagos por inversiones (-)

- a) Entidades del grupo y asociadas
- b) Inmovilizado intangible
- c) Inmovilizado material
- d) Bienes del Patrimonio Histórico
- e) Inversiones inmobiliarias
- f) Otros activos financieros
- g) Activos no corrientes mantenidos para la venta
- h) Otros activos

7. Cobros por desinversiones (+)

- a) Entidades del grupo y asociadas
- b) Inmovilizado intangible
- c) Inmovilizado material

.../...

.../...	
d) Bienes del Patrimonio Histórico	
e) Inversiones inmobiliarias	
f) Otros activos financieros	
g) Activos no corrientes mantenidos para la venta	
h) Otros activos	
8. Flujos de efectivo de las actividades de inversión (7 – 6)	
C) FLUJOS DE LAS ACTIVIDADES DE FINANCIACIÓN	
9. Cobros y pagos por operaciones de patrimonio	
a) Aportaciones a la dotación fundacional o fondo social (+)	
b) Disminuciones del fondo social (–)	
c) Subvenciones, donaciones y legados recibidos (+)	
10. Cobros y pagos por instrumentos de pasivo financiero	
a) Emisión	
1. Obligaciones y otros valores negociables (+)	
2. Deudas con entidades de crédito (+)	
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (+)	
4. Otras deudas (+)	
b) Devolución y amortización de	
1. Obligaciones y otros valores negociables (–)	
2. Deudas con entidades de crédito (–)	
3. Deudas con empresas del grupo y asociadas (–)	
4. Otras deudas (–)	
11. Flujos de las actividades de financiación (+/-9, +/-10)	
D) Efecto de las variación del tipo de cambio	
E) AUMENTO/DISMINUCIÓN NETA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTES (+/-5 +/-8, +/-11, +/-D)	

La primera parte (A) está formada por los flujos derivados de las actividades de explotación. Recoge los cobros y pagos derivados del resultado de explotación, esto es, cobros de deudores y otros ingresos, y los pagos a proveedores, acreedores, personal, etc., así como los cobros y pagos que resultan de los ingresos y gastos financieros, y por último los pagos relativos al Impuesto sobre Sociedades.

Esta parte del estado financiero, según el modelo del PGC, se realizará por el método indirecto, aunque curiosamente las NIC/NIIF recomiendan el método directo. Ambos métodos se explicarán en el apartado siguiente, aunque básicamente la idea inicial es que en el método indirecto los flujos

de efectivo se calculan a partir de la cuenta de resultados en tanto que en el método directo se calculan a través de las diferencias entre dos fechas de las cuentas de balance.

La segunda parte (B) está formada por los flujos derivados de las actividades de inversión, esto es, los pagos destinados a las adquisiciones de inmovilizado material, intangible y financiero, así como activos no corrientes mantenidos para la venta e inversiones en empresas del grupo. Los cobros provienen de procesos de desinversión en los bienes descritos. Su cálculo se realiza por el método directo.

La tercera parte (C) está destinada a los flujos de actividades de financiación. En ella figuran los cobros derivados de operaciones realizadas con instrumentos de patrimonio: ampliaciones y reducciones de capital, operaciones con la autocartera y los cobros procedentes de subvenciones, donaciones y legados recibidos. También explica los cobros y pagos derivados de las operaciones con instrumentos de pasivo financieros, es decir, los cobros por emisión de obligaciones, deudas con entidades de crédito, deudas con el grupo, etc. Los pagos son los realizados por la amortización de las deudas descritas. También en esta parte figuran los pagos procedentes de los dividendos pagados por la empresa. Al igual que los flujos de las actividades de inversión también se calcula por el método directo.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

CONCEPCIÓN BURGOS GARCÍA

*Profesora de la Universidad a Distancia
de Madrid (Udima)*

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 5. «Instrumentos financieros», NRV 9.ª; Participación en el patrimonio de una Sociedad de Inversión de Capital Variable.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la participación en el patrimonio de una Sociedad de Inversión de Capital Variable (SICAV).

Respuesta:

La consulta versa sobre la clasificación contable y, en consecuencia, los criterios aplicables en la valoración de una participación superior al 20 por 100 en el capital social de una SICAV. El Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, establece en la norma de registro y valoración (NRV) 9.ª «Instrumentos financieros», apartado 2.5, el criterio aplicable para contabilizar las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, tal como estas quedan definidas en la norma de elaboración de cuentas anuales 13.ª del citado PGC, que establece: «13.ª Empresas del grupo, multigrupo y asociadas. A efectos de la presentación de las cuentas anuales de una empresa o sociedad se entenderá que otra empresa forma parte del grupo cuando ambas estén vinculadas por una relación de control, directa o indirecta, análoga a la prevista en el artículo 42 del Código de Comercio para los grupos de sociedades o cuando las empresas estén controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas, que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias. Se entenderá que una empresa es asociada cuando, sin que se trate de una empresa del grupo, en el sentido señalado anteriormente, la empresa o alguna o algunas de las empresas del grupo en caso de existir este, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, ejerzan sobre tal empresa una influencia significativa por tener una participación en ella que, creando con esta una vinculación duradera, esté destinada a

contribuir a su actividad. En este sentido, se entiende que existe influencia significativa en la gestión de otra empresa cuando se cumplan los dos requisitos siguientes: a) La empresa o una o varias empresas del grupo, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, participan en la empresa, y b) Se tenga el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de explotación de la participada, sin llegar a tener el control. Asimismo, la existencia de influencia significativa se podrá evidenciar a través de cualquiera de las siguientes vías: 1. Representación en el consejo de administración u órgano equivalente de dirección de la empresa participada; 2. Participación en los procesos de fijación de políticas; 3. Transacciones de importancia relativa con la participada; 4. Intercambio de personal directivo; o 5. Suministro de información técnica esencial. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe influencia significativa cuando la empresa o una o varias empresas del grupo incluidas las entidades o personas físicas dominantes, posean, al menos, el 20 por 100 de los derechos de voto de otra sociedad. Se entenderá por empresa multigrupo aquella que esté gestionada conjuntamente por la empresa o alguna o algunas de las empresas del grupo en caso de existir este, incluidas las entidades o personas físicas dominantes, y uno o varios terceros ajenos al grupo de empresas». A la vista de estas definiciones una participación superior al 20 por 100 del capital social desencadena la presunción, que admite la prueba en contrario, de que la inversión en la citada sociedad debe calificarse como asociada. Por tanto, en principio, su tratamiento contable será el regulado en la NRV 9.^a, apartado 2.5. Esto supone que la valoración inicial se efectuará al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles. La valoración posterior seguirá efectuándose al coste, menos las correcciones valorativas por deterioro que procedan en sintonía con lo previsto en el apartado 2.5.3 de la mencionada norma.

EJEMPLO:

La sociedad «VINATEA, SA» constituye en junio de 20X16, junto con otros socios, una SICAV siendo su participación del 20 por 100 y abonando por las acciones suscritas 500.000 u.m., participación que no le otorga el control pero sí una influencia notable. Los gastos relacionados con la compra han sido de 1.000 u.m.

Al cierre del año 20X16 el patrimonio neto de la SICAV asciende a 2.200.000 u.m. debido a una caída generalizada de los valores en los mercados.

En junio de 20X17 «VINATEA, SA», por necesidades de tesorería, vende la participación de la SICAV por un importe de 430.000 u.m.

Se pide:

- a) Contabilidad de las operaciones realizadas por la sociedad «VINATEA, SA».
- b) Contabilidad de las operaciones realizadas por la sociedad «VINATEA, SA» suponiendo que la participación no le otorga una influencia notable en la SICAV y que el valor del patrimonio neto a cierre de ejercicio es de 2.405.000 u.m. Tipo impositivo de 30 por 100.

.../...

.../...

Solución:

a) *Contabilidad de las operaciones realizadas por la sociedad «VINATEA, SA».*

Las SICAV son sociedades anónimas acogidas a la legislación sobre instituciones de inversión colectiva (Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva) cuyas características más importantes son:

- Número de accionistas: igual o superior a 100.
- Limitaciones a las inversiones.
- Capital variable entre el mínimo y máximo fijado estatutariamente.

Desde el punto de vista contable, la adquisición de acciones de una SICAV supone la adquisición de un activo financiero al que se aplicará la NRV 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC 2007 incluyendo la inversión en la categoría que corresponda.

En este caso, la compra de las acciones en la constitución de la SICAV se considera como una participación en empresas asociadas ya que otorgan una influencia notable, por lo que se incluyen en la categoría de «Inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas» que inicialmente se valora al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas	501.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.		501.000

La valoración posterior de estas inversiones es por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro.

Al menos al cierre del ejercicio, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable.

El importe de la corrección valorativa será la diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable, entendido este como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y el valor actual de los flujos de efectivo futuros derivados de la inversión. Salvo mejor evidencia del importe recuperable de las inversiones, en la estimación del deterioro de esta clase de activos se tomará en consideración el patrimonio neto de la entidad participada corregido por las plusvalías tácitas existentes en la fecha de la valoración.

Conceptos	Importe
Valor contable	501.000
Importe recuperable de la inversión (2.200.000 × 20%)	440.000
Deterioro	61.000

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6961	Pérdidas por deterioro de participaciones en instrumentos de patrimonio neto a largo plazo, empresas asociadas	61.000	
2934	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en empresas asociadas		61.000

En el ejercicio siguiente por la venta de las acciones de la SICAV:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.	430.000	
2934	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo en empresas asociadas	61.000	
6734	Pérdidas procedentes de participaciones a largo plazo, empresas asociadas	10.000	
2404	Participaciones a largo plazo en empresas asociadas		501.000

b) Contabilidad de las operaciones realizadas por la sociedad «VINATEA, SA» suponiendo que la participación no le otorga una influencia notable en la SICAV.

Si la inversión no le otorga el control ni una influencia notable, y como parece desprenderse del enunciado es a largo plazo, se incluyen en la categoría de activos financieros disponibles para la venta, cuya valoración inicial es por su valor razonable, que salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	501.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.		501.000

La valoración posterior de los activos financieros disponibles para la venta es a su valor razonable sin deducir los costes de transacción en que se pudiera incurrir en su enajenación. Los cambios que se produzcan en el valor razonable se registrarán directamente en el patrimonio neto, hasta que el activo financiero cause baja del balance o se deteriore, momento en que el importe, así reconocido, se imputará a la cuenta de pérdidas y ganancias.

Conceptos	Importe
Valor contable	501.000
Valor razonable (2.405.000 × 20%)	481.000
Pérdida a imputar a patrimonio	20.000

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	20.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		20.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles	6.000	
8301	Impuesto diferido (20.000 × 30%)		6.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	6.000	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta	14.000	
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		20.000

En el momento de la venta (junio de 20X17) por el ajuste a valor razonable (precio de venta).

Conceptos	Importe
Valor contable	481.000
Valor razonable	430.000
Pérdida a imputar a patrimonio	51.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta	51.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		51.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles	15.300	
8301	Impuesto diferido (51.000 × 30%)		15.300

Por la venta:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	430.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		430.000

.../...

.../...

Por el traspaso a la cuenta de resultados de los importes reconocidos en patrimonio (Precio de venta: 430.000 – Precio de coste: 501.000 = Pérdida: 71.000):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
6632	Pérdidas de disponibles para la venta	71.000	
902	Transferencia de pérdidas de activos financieros disponibles para la venta		71.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (71.000 × 30%)	21.300	
474	Activos por diferencias temporarias deducibles		21.300

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
902	Transferencia de pérdidas de activos financieros disponibles para la venta	71.000	
8301	Impuesto diferido		6.000
800	Pérdidas en activos financieros disponibles para la venta		51.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		14.000

CONCEPCIÓN BURGOS GARCÍA

*Profesora de la Universidad a Distancia
de Madrid (Udima)*

BOICAC núm. 84, diciembre 2010. Consulta 7. Normas de elaboración de las cuentas anuales. Balance de una sociedad cooperativa.

SUMARIO:

Sobre la clasificación en el balance de las deudas que mantiene una sociedad cooperativa con sus socios.

Respuesta:

Una sociedad cooperativa tiene entre sus principales fuentes de financiación las aportaciones que realizan sus socios a título de depósitos remunerados con unos tipos de interés similares a los de mercado. De acuerdo con la información facilitada, el vencimiento de los contratos, sea cual fuere la fecha de la imposición, es el 2 de enero del año siguiente, pudiendo solicitarse su reintegro en cualquier momento antes de la fecha de vencimiento con un preaviso de cinco días hábiles; si se produce esta circunstancia, el tipo de interés del último trimestre se verá considerablemente reducido. Asimismo, si llegado el día 2 de enero de cada ejercicio el socio no solicita el reintegro, el depósito se considera prorrogado por un plazo de 12 meses.

La consulta versa sobre la correcta clasificación de las citadas deudas. En particular, si deben ser tratadas como un pasivo a largo plazo o no corriente, o por el contrario deben lucir en el pasivo corriente.

La contabilidad de las sociedades cooperativas se enmarca en el Código de Comercio y, por tanto, para los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero de 2008, estas sociedades deben aplicar el desarrollo reglamentario del citado texto, esto es, el Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, sin perjuicio de seguir considerando los aspectos contables singulares regulados en las normas aprobadas por la Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre. En los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2011 serán de aplicación las nuevas normas sobre los aspectos contables de las sociedades cooperativas aprobadas por la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, y que derogan a las aprobadas en el año 2003.

El artículo 2 de la Orden EHA/3360/2010, de 21 de diciembre, dispone que en todo lo no modificado específicamente por las nuevas normas, será de aplicación el PGC así como las adapta-

ciones sectoriales y las Resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas aprobadas al amparo de las disposiciones finales primera y tercera, respectivamente, del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (la Orden ECO/3614/2003, de 16 de diciembre, contenía una regulación similar).

Sobre la base de esta remisión, para otorgar un adecuado tratamiento contable a la cuestión planteada es preciso traer a colación la norma de elaboración de las cuentas anuales 6.^a «Balance» incluida en la tercera parte del PGC, que en su apartado 1 señala que el pasivo corriente comprenderá las obligaciones de pago cuyo vencimiento o extinción se espera que se produzca en el corto plazo, es decir, en el plazo máximo de un año, contado a partir de la fecha de cierre del ejercicio, en particular, aquellas obligaciones para las cuales la empresa no disponga de un derecho incondicional a diferir su pago en dicho plazo.

En este sentido cabe señalar que, si tal y como se manifiesta en la consulta, el socio tiene el derecho a exigir el reembolso en cualquier momento, a pesar de tener que soportar una fuerte penalización, no cabe duda de que al cierre del ejercicio la empresa no dispone de un derecho incondicional a diferir el pago y, en consecuencia, las citadas imposiciones, en todo caso, deberán mostrarse en el pasivo corriente del balance, dentro del epígrafe «Deudas a corto plazo con empresas del grupo, asociadas y socios» en la partida «Deudas con socios».

EJEMPLO:

La cooperativa «BUSGREMIAL» tiene como principal fuente de financiación las cuotas de socios y afiliados y los ingresos por servicios prestados.

A partir del año 20X15, la junta general de cooperativistas aprueba como medida complementaria de financiación las entregas de depósitos por parte de los socios con las siguientes características:

- Importe mínimo del depósito: 10.000 u.m.
- Remuneración del depósito: 3 por 100 anual con liquidación de los intereses el día 2 de enero del año siguiente.
- En caso de solicitar su reintegro antes del vencimiento el tipo de interés quedará reducido al 1 por 100.

Durante el año 20X15 se han obtenido los siguientes depósitos:

- a) 25.000 u.m. recibidas el 1 de enero de los que los depositantes han anunciado en tiempo y forma que no renovarían por importe de 10.000 u.m. al vencimiento solicitando su reintegro.
- b) 50.000 u.m. desde el 1 de julio que ha sido renovado.
- c) 14.000 u.m. desde el 1 de octubre que no se han renovado.

.../...

.../...

Se pide:

Contabilizar las operaciones de la cooperativa «BUSGREMIAL» suponiendo que la retención del capital mobiliario es del 21 por 100.

Solución:

La consulta señala que las deudas que la cooperativa mantiene con sus socios deben calificarse como deudas a corto plazo ya que los socios tienen derecho a exigir el reembolso de las mismas en cualquier momento a pesar de soportar una fuerte penalización.

1 de enero de 20X15. Por el depósito constituido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.	25.000	
5135	Otras deudas a corto plazo con otras partes vinculadas. Deudas con socios		25.000

1 de julio de 20X15. Por el depósito constituido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.	50.000	
5135	Otras deudas a corto plazo con otras partes vinculadas. Deudas con socios		50.000

1 de octubre de 20X15. Por el depósito constituido:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.	14.000	
5135	Otras deudas a corto plazo con otras partes vinculadas. Deudas con socios		14.000

Al 31 de diciembre de 20X15 por los intereses devengados por cada uno de los depósitos:

Conceptos	Importe
Depósito 1 ($25.000 \times 3\% \times 1$)	750
Depósito 2 ($50.000 \times 3\% \times 6/12$)	750
Depósito 3 ($14.000 \times 3\% \times 3/12$)	105
Total	1.605

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	1.605	

.../...
.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
5145	Intereses a corto plazo de deudas, otras partes vinculadas. Deudas con socios		1.605

En el balance de situación la cuenta de «Otras deudas a corto plazo con otras partes vinculadas. Deudas con socios» (5135) y la cuenta «Intereses a corto plazo de deudas, otras partes vinculadas. Deudas con socios» (5145) figurarán en el pasivo corriente y estarán ubicadas en el epígrafe «Deudas a corto plazo con empresas del grupo, asociadas y socios».

El 2 de enero de 20X16, por el pago de los intereses con una retención del 21 por 100:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
5145	Intereses a corto plazo de deudas, otras partes vinculadas. Deudas con socios	1.605	
527	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, u.m.		1.267,95
4751	Hacienda Pública, acreedora por retenciones practicadas		337,05

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE AUDITORÍA Y CONTABILIDAD

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE MANAGEMENT BODY OF AUDITING AND ACCOUNTING TECHNICIANS

ANNA AYATS VILANOVA

PILAR GARCÍA GIMÉNEZ

Profesoras del CEF

[Segundo ejercicio de las pruebas selectivas para el ingreso por el sistema general de acceso libre en el Cuerpo de Técnicos de Auditoría y Contabilidad, convocada por Orden EHA/1366/2011, de 13 de mayo (BOE del 26)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Dividendos con cargo a reservas, reducción de capital social por amortización de acciones, reducción de capital social para constituir reservas voluntarias.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Inversiones inmobiliarias. Pérdidas por deterioro. Grandes reparaciones. Investigación y desarrollo.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Concesiones administrativas y provisión para desmantelamiento.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Liquidación del Impuesto sobre Sociedades. Contabilización del gasto devengado por el Impuesto sobre Sociedades. Cambio de tipo impositivo.
- Caso 5. Matemáticas financiera.** Préstamo con anualidades constantes. Cálculo del importe inicial y de las anualidades.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

APARTADO 1

La sociedad anónima «OCTUBRE» presenta el 31-12-20X8 el siguiente balance de situación, expresado en euros:

	Activo	Patrimonio neto y pasivo	
400.000	Fondo de comercio	Capital social	150.000.000
2.000.000	Otro inmovilizado intangible	Reserva legal	3.000.000
(800.000)	Amortiz. acum. inmov. intangible	Reservas voluntarias	(1.000.000)
16.000.000	Inmovilizado material	Reserva fondo de comercio	40.000
(4.600.000)	Amortiz. acum. inmov. material	Acciones propias	(6.000.000)
130.000.000	Participac. l/pl. empresas grupo	Resultado del ejercicio	(10.000.000)
(10.000.000)	Deterioro valor part. l/pl. emp. grupo	Pasivo exigible	2.960.000
6.000.000	Activo corriente		
139.000.000	TOTAL	TOTAL	139.000.000

Información complementaria referida al contenido del balance:

- El valor nominal de cada acción es de 1,5 euros y cotizan en la bolsa de valores.
- La partida de participaciones a largo plazo en empresas del grupo representa el 100 por 100 del capital de esas sociedades.
- La sociedad posee acciones propias en cartera adquiridas en su día a 2 euros cada una. Al cierre del ejercicio 20X8 las acciones cotizaban en el mercado secundario a 1,38 euros cada una.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X9:

1. El 01-03-20X9 se celebra la junta general de accionistas y a ella asisten, presentes o representados, el 90 por 100 de las acciones que forman el capital social. El consejo de administración acordó abonar dentro de 15 días 0,02 euros por cada una de estas acciones y lo hace

con cargo a reservas. El resto de gastos generados por la junta se elevaron a 100.000 euros, que se abonarán también dentro de 15 días. La junta aprueba entre otros los siguientes acuerdos:

- Aprobar las cuentas anuales, la prima de asistencia a la junta y el resultado del ejercicio.
 - La fusión de todas las sociedades del grupo, de las que posee el 100 por 100 del capital social. La sociedad recibe en esta fecha, y procede a su contabilización, activo no corriente por valor de 510.000.000 de euros y activo corriente por valor de 200.000.000 de euros y asume al mismo tiempo un pasivo no corriente por valor de 340.000.000 de euros y un pasivo corriente por valor de 220.000.000 de euros. Las sociedades absorbidas se disuelven sin liquidación.
 - Dos reducciones de capital, que ejecutará más adelante: la primera para amortizar las acciones propias y la segunda para dotar reservas voluntarias.
2. El 15-03-20X9 la sociedad abona a los accionistas la prima de asistencia a la junta general de accionistas, así como los gastos de celebración de la misma.
 3. El 01-06-20X9 la sociedad adquiere 100.000 acciones de la sociedad «NOVIEMBRE», al precio de 1,4 euros la acción. La operación se abona por bancos, y también abona 2.000 euros por gastos de la operación. Esta inversión se incluye en la categoría de activos financieros disponibles para la venta.
 4. El 15-06-20X9 inscribe en el Registro Mercantil la reducción de capital por amortización de acciones propias y a continuación inscribe la reducción de capital para dotar las reservas voluntarias. Los gastos de la primera reducción se elevan a 4.000 euros y de la segunda se elevan a 20.000 euros. En la segunda reducción el nominal de las acciones pasa a ser de 0,5 euros. Ningún acreedor se opone a las dos reducciones de capital.
 5. El 30-06-20X9 la sociedad «NOVIEMBRE» celebra la junta general de accionistas y acuerda repartir un dividendo de 0,4 euros la acción, que abonará más adelante. Este dividendo se abonará mediante entrega de acciones de la sociedad en proporción a las que posee y el resto en dinero.
 6. El 15-07-20X9 cobra el dividendo correspondiente recibiendo acciones y dinero de la sociedad «NOVIEMBRE».
 7. El 31-12-20X9 las acciones que posee de la sociedad «NOVIEMBRE» cotizan en el mercado secundario a 1,3 euros la acción, con unos gastos de venta por acción de 0,01 euro.

APARTADO 2

La sociedad «NOVIEMBRE» posee al cierre del ejercicio 20X8, entre otras partidas, un capital social de 5.000.000 de euros, con un nominal por acción de 1 euro, 1.000.000 de acciones propias,

adquiridas en 1.300.000 euros, reserva legal por 600.000 euros, reservas voluntarias por 2.000.000 de euros, 100.000 acciones de la sociedad «OCTUBRE», calificadas para negociar, y adquiridas a 1,4 euros cada una, además de unos gastos de compra de 0,02 euros por acción, siendo el valor de cotización al cierre del ejercicio de 1,38 euros la acción y unos gastos de venta de 0,02 euros cada una. El beneficio obtenido en el ejercicio 20X8 asciende a 1.000.000 de euros.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X9:

1. El 01-03-20X9 la sociedad asiste a la junta general de accionistas de la sociedad «OCTUBRE» y vota a favor de los acuerdos.
2. El 15-03-20X9 cobra por bancos el importe de la prima de asistencia que abona la sociedad «OCTUBRE».
3. El 15-06-20X9 la sociedad tiene conocimiento de la inscripción en el Registro Mercantil de las dos reducciones de capital llevadas a cabo por la sociedad «OCTUBRE».
4. El 30-06-20X9 se reúne la junta general de accionistas y acuerda, entre otros hechos, repartir un dividendo por acción emitida de 0,4 euros, después de cumplir con la normativa legal, entregando en forma de pago a los accionistas la totalidad de las acciones propias y hasta completar el dividendo entregará dinero. En caso de necesidad se utilizará la reserva voluntaria para completar el reparto del dividendo.
5. El 15-07-20X9 se abona a los accionistas el dividendo acordado en la junta general. Las acciones de la sociedad cotizan en ese momento a 1,4 euros cada una.
6. El 31-12-20X9 las acciones de la sociedad «OCTUBRE» cotizan en el mercado a 1,5 euros cada una, con unos gastos de venta de 0,01 euros la acción.

TRABAJO A REALIZAR:

Realice las anotaciones contables que corresponda siguiendo el orden señalado en los puntos desarrollados en ambas sociedades.

(Para la resolución del este supuesto no es necesario que utilice las cuentas de los grupos ocho y nueve del Plan General de Contabilidad).

(En el caso de que el opositor estime que en algún punto de los apartados anteriores no es preciso realizar ninguna anotación contable, deberá hacerlo constar).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

APARTADO 1. CONTABILIDAD DE LA SOCIEDAD «OCTUBRE»

Las acciones propias en poder de la empresa son: $6.000.000/2 \text{ euros} = 3.000.000$

El número de acciones escrituradas es: $150.000.000/1,5 \text{ euros nominal} = 100.000.000$ de acciones.

El capital que asistió a la junta de socios es el representado por: $100.000.000 \times 90\% = 90.000.000$ de acciones.

La prima de asistencia a la junta general de accionistas es: $90.000.000 \times 0,02 \text{ euros} = 1.800.000$ euros.

En relación con los acuerdos aprobados en la junta general de accionistas, la fusión de las sociedades del mismo grupo de las que se tiene una participación del 100 por 100 es una fusión impropia, por lo que no se deben emitir títulos. Las diferencias entre el valor contable de los activos recibidos y pasivos asumidos y el coste de la combinación de negocios se llevan a reservas voluntarias, de acuerdo con lo que establece la norma de registro y valoración (NRV) 21.^a 2.2.1 del Plan General de Contabilidad (PGC). La fecha de adquisición es la de inicio del ejercicio con independencia de qué día se apruebe y se inscriba en el Registro Mercantil.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2933	Activo no corriente	510.000.000,00	
	Activo corriente	200.000.000,00	
	Deterioro de valor de participaciones a largo plazo, empresas del grupo	10.000.000,00	
	Pasivo no corriente		340.000.000,00
	Pasivo corriente		220.000.000,00
2403	Participaciones a largo plazo, empresas del grupo		130.000.000,00
113	Reservas voluntarias (150.000.000 – 120.000.000)		30.000.000,00

1. 01-03-20X9. Por la aprobación de prima de asistencia:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.800.000,00	
526	Dividendo activo a pagar		1.800.000,00

Por la aprobación del resultado del ejercicio: como se han obtenido pérdidas, se traspasa a la cuenta de resultados negativos de ejercicios anteriores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
121	Resultados negativos de ejercicios anteriores	10.000.000,00	
129	Resultado del ejercicio		10.000.000,00

Por la dotación de la reserva indisponible del fondo de comercio con cargo a reservas voluntarias, a pesar de que tiene pérdidas (art. 273.3 del TRLSC).

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	20.000,00	
1143	Reserva por fondo de comercio ($400.000 \times 0,05$)		20.000,00

Por el acuerdo de amortización de las acciones propias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
109	Acciones propias para reducir capital social	6.000.000,00	
108	Acciones propias en situaciones especiales		6.000.000,00

2. 15-03-20X9. Por el pago de la prima de asistencia:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	1.800.000,00	
62	Servicios exteriores	100.000,00	
572	Bancos, c/c (Activo corriente)		1.900.000,00

3. 01-06-20X9. Compra de 100.000 acciones de la sociedad «NOVIEMBRE»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (100.000 acciones $\times$ 1,4 + 2.000)	142.000,00	
572	Bancos, c/c		142.000,00

4. 15-06-20X9. Se escrituran las dos reducciones de capital:

Por la amortización de las acciones propias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (3.000.000 acciones $\times$ 1,5 euros)	4.500.000,00	
			.../...

Código	Cuenta	Debe	Haber
...	...		
113	Reservas voluntarias	1.500.000,00	
109	Acciones propias por reducción capital social (3.000.000 × 2 euros)		6.000.000,00

Por el incremento de las reservas voluntarias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (97.000.000 acciones × 1 euros)	97.000.000,00	
113	Reservas voluntarias		97.000.000,00

Por los gastos de reducir el capital:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	24.000,00	
572	Bancos, c/c		24.000,00

La situación patrimonial de la empresa después de ambas reducciones queda:

(100) Capital social (97.000.000 acciones × 0,5 euros)	48.500.000
(112) Reserva legal	3.000.000
(113) Reservas voluntarias	122.656.000
(1142) Reserva por fondo de comercio	60.000
(121) Resultados negativos de ejercicios anteriores	(10.000.000)
Patrimonio neto después de las reducciones de capital	164.216.000

5. 30-06-20X9. Por la aprobación de un dividendo correspondiente a las acciones de la sociedad «NOVIEMBRE»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo activo a cobrar (100.000 acciones × 0,50 euros)	50.000,00	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		50.000,00

Si una parte se abona con acciones de la sociedad «NOVIEMBRE», se anulará la retribución anterior porque es equivalente a tener más títulos al mismo coste. El dividendo es menos coste porque se reparte el beneficio de 20X8 y, por tanto, se corresponde con periodos anteriores a la condición de socio.

6. 15-07-20X9. Por el cobro del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	15.000,00	
545	Dividendo activo a cobrar (100.000 acciones × 0,15)		15.000,00

Por las acciones gratis o liberadas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio (25.000 acciones × 1,4 euros)	35.000,00	
545	Dividendo a cobrar		35.000,00

- Valor razonable de la autocartera: $50.000 - 15.000 = 35.000$ euros.
- Número de acciones propias: $35.000/1,4 = 25.000$ acciones.
- 100.000 acciones «NOVIEMBRE»/4 = 25.000 acciones.

7. 31-12-20X9. Ajustar la cartera de la sociedad «NOVIEMBRE» que ha sido clasificada como disponible para la venta a valor razonable (NRV 9.ª apartado 2.6):

Valor en libros antes del ajuste ($142.000 - 50.000 + 35.000$)	127.000 euros
Valor razonable (125.000 acciones × 1,3)	162.500 euros
Ajuste de patrimonio neto	35.500 euros

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	35.500,00	
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta		35.500,00

Por el efecto impositivo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	10.650,00	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles		10.650,00

Por la incorporación a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
900	Beneficios en activos financieros disponibles para la venta	35.500,00	
8301	Impuesto diferido		10.650,00
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		24.850,00

Si se prescinde de efecto impositivo y del grupo 9, el asiento contable sería:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio	35.500,00	
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		35.500,00

APARTADO 2. CONTABILIDAD DE «NOVIEMBRE»

1. 01-03-20X9. Asiste a la junta general de accionistas de la empresa «OCTUBRE»:

Por el devengo del derecho cobro de la prima de asistencia:

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar (100.000 acciones $\times$ 0,02 euros)	2.000,00	
7603	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		2.000,00

2. 15-03-20X9. Cobra por bancos la prima de asistencia a la junta general de accionistas:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c (100.000 acciones $\times$ 0,02 euros)	2.000,00	
545	Dividendo a cobrar		2.000,00

3. 15-06-20X9. Reducción de capital para aumentar la reserva voluntaria:

No procede asiento contable.

4. 30-06-20X9. Reparto del beneficio de 20X8:

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	1.000.000,00	
113	Reservas voluntarias	1.100.000,00	
112	Reserva legal		100.000,00
526	Dividendo activo a pagar (5.000.000 acciones × 0,4 euros)		2.000.000,00

5. 15-07-20X9. Se paga el dividendo acordado en la junta de socios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	2.000.000,00	
108	Acciones propias en situaciones especiales (1.000.000 acciones propias × 1,3 euros)		1.300.000,00
113	Reservas voluntarias (1.000.000 acciones propias × 0,10 euros)		100.000,00
572	Bancos, c/c		600.000,00

- Dividendo por acción = 2.000.000 euros/4.000.000 acciones = 0,50 euros por acción
- Parte pagada en metálico por acción = 600.000 euros/4.000.000 acciones = 0,15 euros
- Proporción de canje de acciones propias = 1.000.000/4.000.000 = 1 acción propia × 4 acciones en circulación.

6. Ajustar las acciones de la sociedad «OCTUBRE» como cartera de negociación:

Valor de las acciones de «OCTUBRE» (100.000 acciones × 1,38) 138.000 euros

Valor a fecha de cierre (100.000 acciones × 1,50) 150.000 euros

Ajuste positivo 12.000 euros

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	12.000,00	
7630	Beneficios de cartera de negociación		12.000,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

Operaciones realizadas por la sociedad anónima «VARIANTE»:

APARTADO 1

El 01-01-20X8 la sociedad decide trasladar a la agrupación inversiones inmobiliarias activos que dejan de estar afectos a la explotación y sobre los cuales no se ha definido un plan de venta, consistentes en un terreno con un coste de 3.000.000 de euros y una construcción con un coste de 2.000.000 de euros. La amortización es lineal y cada año se aplica un 2 por 100, siendo la amortización acumulada en el momento del traslado de 380.000 euros y la construcción fue objeto además de una corrección valorativa por deterioro de 100.000 euros. Se estima que un cambio favorable en el entorno económico dará lugar a la reversión de esta pérdida por deterioro en el futuro. Al cierre del ejercicio 20X8 la sociedad reconoce unos gastos de reparaciones y mantenimiento por importe de 60.000 euros, siendo nulos los ingresos de estos activos y únicamente el terreno ha generado plusvalías por importe de 100.000 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

Realice las anotaciones contables que considere oportuno en el ejercicio 20X8, de acuerdo con la información señalada en este apartado.

APARTADO 2

En el año 20X6 la sociedad da comienzo a un nuevo proyecto de investigación y posterior desarrollo para aplicar en su línea de producción nuevos equipos que fabricará y destinará a la venta. En el primer trimestre de este año los costes de procedimiento abonados a un instituto tecnológico se elevan a 210.000 euros y la empresa acuerda proceder a su activación, por cumplir todos los requisitos legales, el día 01-04-20X6.

A partir del 01-04-20X6 la empresa con sus propios medios comienza la fase de desarrollo, que concluye el 31-12-20X6. El coste de esta fase se elevó a 2.000.000 de euros y en esta fecha procede a su activación, por cumplirse todas las condiciones impuestas por la normativa legal.

El 31-12-20X6 la sociedad acuerda amortizar los gastos de investigación de forma lineal en este año y el siguiente, mientras que los gastos de desarrollo se amortizarán de forma lineal en cinco años.

En el año 20X7 comienza la fabricación de los nuevos equipos con los medios de la empresa y la nueva tecnología. Durante el año termina la producción de 200 nuevos equipos, con un coste por equipo de 10.000 euros y con un precio de venta previsto de 20.000 euros la unidad. Estos equipos empezarán a comercializarse el año 20X8 y se estima que la producción será de cuatro años, con venta siempre en el siguiente año a su producción, fabricando el mismo número de unidades. Cada año la producción aumenta su coste un 10 por 100 y las ventas un 20 por 100, aumentos que toman como referencia el año anterior.

TRABAJO A REALIZAR:

Con la información de que dispone y teniendo en cuenta que se cumplen todas las previsiones, deberá contabilizar las operaciones que considere oportuno en las fechas siguientes:

- 1. 01-04-20X6.
- 2. 31-12-20X6.
- 3. 31-12-20X7.
- 4. 31-12-20X8.

Información a tener en cuenta en los dos apartados:

(En el caso de que el opositor estime que deberá proceder a algún cálculo de actualización de valores, el tipo que podrá utilizar es el 4% anual).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

APARTADO 1. RECLASIFICACIÓN A INVERSIONES INMOBILIARIAS

01-01-20X8. Reclasificación a inversión inmobiliaria de un local que deja de estar afecto a la explotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
220	Inversiones en terrenos	3.000.000,00	
221	Inversiones en construcciones	2.000.000,00	
210	Terrenos y bienes naturales		3.000.000,00
211	Construcciones		2.000.000,00

Por la reclasificación de la amortización acumulada:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2811	Amortización acumulada de construcciones	380.000,00	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias		380.000,00

Hay que reclasificar el deterioro porque ha cambiado la afectación y no hay plan de venta. El deterioro no cumple los requisitos que exige la norma 2.2 para los deterioros de valor porque no hay una unidad generadora de efectivo. Por lo tanto, se opta por revertir el deterioro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2911	Deterioro de valor de construcciones	100.000,00	
791	Reversión del deterioro de valor del inmovilizado material		100.000,00

31-12-20X8. Por los costes de reparaciones y mantenimiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
622	Reparaciones y conservación	60.000,00	
410	Acreedores por prestación de servicios		60.000,00

31-12-20X8. Por la amortización del local:

Código	Cuenta	Debe	Haber
682	Amortización de las inversiones inmobiliarias (2.000.000 × 0,02)	40.000,00	
282	Amortización acumulada de las inversiones inmobiliarias		40.000,00

APARTADO 2. PROYECTOS DE I+D

01-04-20X6. Activación de la fase de investigación por cumplir los requisitos que exige la NRV 6.^a A) del PGC:

Código	Cuenta	Debe	Haber
200	Investigación	210.000,00	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		210.000,00

31-12-20X6. Finaliza la fase de desarrollo realizada con medios propios:

Al ser con medios propios el coste de esta etapa está registrada en cuentas del grupo 6 y al finalizar a fecha de cierre se procede a su activación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
201	Desarrollo	2.000.000,00	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		2.000.000,00

31-12-20X6. Por la amortización de la etapa de investigación aplicando criterio de vida útil y según indica el enunciado, debe hacerse entre este año y el siguiente. Como finalizó el 01-04-20X6, hay que distribuir la inversión en 21 meses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (210.000/21 meses × 9 meses)	90.000,00	
2800	Amortización acumulada de investigación		90.000,00

Por lo que respecta a los gastos de desarrollo, no se empieza la amortización hasta que finaliza lo que tiene lugar a finales del año 20X6. Se empezará a amortizar a partir del año 20X7 y linealmente en 5 años.

31-12-20X7. Por la producción de los equipos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
350	Productos terminados (200 nuevos equipos × 10.000)	2.000.000,00	
712	Variación de existencias de productos terminados		2.000.000,00

Están fabricados y no vendidos.

Por las cuotas de amortización de la investigación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (210.000/21 meses × 12 meses)	120.000,00	
2800	Amortización acumulada de investigación		120.000,00

Por la cuota de amortización de la etapa de desarrollo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (2.000.000/5 años)	400.000,00	
2801	Amortización acumulada de desarrollo		400.000,00

Como la producción será de cuatro años, se entiende durante los años 20X8, 20X9, 20X10 y 20X11, pero como se comercializa al siguiente año, se entiende que aporta ingresos durante cinco años. Este va a ser el criterio para determinar la vida útil del desarrollo.

31-12-20X8. Por la venta de los equipos fabricados en el ejercicio 20X7:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes (200 equipos × 20.000)	4.000.000,00	
701	Venta de productos terminados		4.000.000,00

Regularización de existencias de productos terminados:

Por el traspaso de las existencias iniciales a gasto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
712	Variación existencias de productos terminados	2.000.000,00	
350	Productos terminados		2.000.000,00

Por las unidades fabricadas en el ejercicio 20X8 = 200 unidades.

Coste unitario de 10.000 + 10% × 10.000 = 11.000 euros.

Código	Cuenta	Debe	Haber
350	Productos terminados (200 nuevos equipos × 11.000)	2.200.000,00	
712	Variación de existencias de productos terminados		2.200.000,00

Están fabricados y no vendidos.

Por la cuota de amortización de la etapa de desarrollo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (2.000.000/5 años)	400.000,00	
2801	Amortización acumulada de desarrollo		400.000,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

La sociedad anónima «LAROSA» realiza las operaciones que se describen a continuación:

El 01-04-20X4 adquiere a otra empresa una cantera de granito, así como el derecho a la explotación de la misma, mediante concesión administrativa. Abona por la cantera 1.000.000 de euros y por el derecho a su explotación, por concesión administrativa, 400.000 euros. El periodo de la concesión es de 10 años con reversión a la Administración pública concesionaria de la cantera.

En el momento de la reversión, al término de los 10 años, la sociedad deberá ejecutar por su cuenta las obras necesarias para que en ese espacio se pueda formar un lago, que sirva para el uso y disfrute de la ciudadanía, siendo el coste estimado de la obra de 20.000 euros a valor actual, cálculo efectuado por la empresa que se encargará de la ejecución de las obras de acondicionamiento.

Al mismo tiempo, la empresa vendedora informa que ha efectuado estudios rigurosos en los que se estima que el volumen de granito que contiene la cantera es de 10.000.000 de toneladas, a la fecha en la que se produce la transferencia, es decir, el día 01-04-20X4.

Los elementos adquiridos el día 01-04-20X4 serán abonados el día 01-05-20X4, sin recargo alguno.

La concesión administrativa se amortizará linealmente durante el periodo de la concesión, mientras que para la cantera la amortización se hará en proporción al volumen extraído en cada ejercicio, teniendo en cuenta el volumen de granito estimado en el momento inicial. La sociedad estima que a lo largo de los 10 años extraerá el mismo volumen de granito.

TRABAJO A REALIZAR:

De acuerdo con la información disponible, realice las anotaciones contables que considere oportuno en las siguientes fechas:

1. 01-04-20X4.
2. 01-05-20X4.
3. 31-12-20X4.
4. 01-01-20X8. La sociedad estima que a partir de este momento, y hasta el final de la concesión, tendrá dificultades para extraer un 10 por 100 de las toneladas que están pendientes, salvo que

disponga de nueva tecnología y más maquinaria, por lo que mientras valora esta circunstancia decide calcular la pérdida que esto le pueda suponer, aunque lo hace de forma transitoria.

5. 31-12-20X8.

Información a tener en cuenta:

(En el caso de que el opositor estime que deberá proceder a algún cálculo de actualización de valores, el tipo que podrá utilizar es el 4% anual).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

01-04-20X4. Compra de la cantera de granito y el derecho de explotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	1.000.000,00	
202	Concesiones administrativas	400.000,00	
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo		1.400.000,00

Por las obras de acondicionamiento para un lago al finalizar la concesión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
202	Concesiones administrativas	20.000,00	
143	Provisión por obras de desmantelamiento, rehabilitación y retiro (gastos de reversión)		20.000,00

Las obras de rehabilitación de la cantera para convertirlo en un lago son gastos de reversión y la valoración de los 20.000 euros que va a costar ya está valorada a su valor actual.

01-05-20X4. Por el pago de la compra de la cantera y los derechos de explotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
523	Proveedores de inmovilizado a corto plazo	1.400.000,00	
572	Bancos, c/c		1.400.000,00

31-12-20X4. Ajustes al cierre del ejercicio:

Por la amortización de la concesión administrativa:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (420.000/10 años $\times$ 9/12)	31.500,00	
2802	Amortización acumulada de concesiones administrativas		31.500,00

Por la amortización de la cantera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	75.000,00	
2810	Amortización acumulada de terrenos y bienes naturales (1.000.000/10.000.000 $\times$ 750.000)		75.000,00

Por la actualización de la provisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones {20.000 $\times$ [(1,04) ^{9/12} - 1]}	597,05	
143	Provisión para obras por desmantelamiento, rehabilitación y retiro (gastos de reversión)		597,05

01-01-20X8. Modificación en las condiciones de extracción:

Hasta ahora se han extraído 3.750.000 toneladas y quedan pendientes de extraer 6.250.000 toneladas. Se estima que se van a extraer de menos un 10 por 100, que son 625.000 toneladas, por tanto a partir de ahora la amortización se haría sobre 5.625.000 toneladas. Nos quedan 6,25 años de concesión, lo cual equivale a 900.000 toneladas por año. No afecta porque es como dividir por la vida que queda de la concesión. Lo que se podría valorar si se tuvieran datos es el deterioro de valor, calculando la recuperación de la inversión con los flujos de efectivo.

Posible pérdida = 625.000 toneladas $\times$ 0,10 = 62.500 euros de deterioro de valor:

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro de inmovilizado material	62.500,00	
2910	Deterioro de valor de terrenos y bienes naturales		62.500,00

31-12-20X8. Ajustes de cierre de ejercicio:

Por la amortización de la concesión administrativa:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible (420.000/10 años)	42.000,00	
2802	Amortización acumulada de concesiones administrativas		42.000,00

Por la amortización de la cantera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	90.000,00	
2810	Amortización acumulada de terrenos y bienes naturales [(1.000.000 – 375.000 – 62.500)/5.625.000 × 900.000]		90.000,00

Por la actualización de la provisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
660	Gastos financieros por actualización de provisiones [20.000 × (1,04) ^{3,75} × 0,04]	926,75	
143	Provisión para obras por desmantelamiento, rehabilitación y retiro (gastos de reversión)		926,75

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

La sociedad «SOMOSTIERRA» presenta la siguiente información:

1. Información de los activos y pasivos por impuestos diferidos existentes al cierre del ejercicio 20X0:

- a) La sociedad tiene un inmovilizado X adquirido por 10.000 euros. Fiscalmente fue íntegramente amortizado. Contablemente está amortizado en 3.000 euros.
- b) La sociedad tiene bases imponibles negativas pendientes de compensar de 30.000 euros.

La sociedad solo ha considerado probable la compensación de bases imponibles por el importe de las diferencias temporarias imponibles acumuladas.

2. En el año 20X1, la sociedad tiene un resultado antes de impuestos de 4.000 euros. Las únicas diferencias entre el resultado contable antes de impuestos y la base imponible son las que se derivan de la siguiente información:
- La sociedad amortiza en 5.000 euros el inmovilizado X.
 - La sociedad ha pagado sanciones por 2.000 euros que no son deducibles.
 - En el ejercicio la sociedad ha reconocido un deterioro de un activo por importe de 3.000 euros que fiscalmente no será deducible hasta ejercicios futuros.
 - La sociedad ha recibido una donación por importe de 1.000 euros para la adquisición de inmovilizado. Fiscalmente la renta de la subvención se reconoce en el ejercicio en que se recibe. La sociedad ha adquirido el inmovilizado al final del ejercicio, sin que el mismo haya entrado en funcionamiento.
3. El tipo impositivo de la sociedad es del 30 por 100.
4. Las deducciones de cuota producidas en el ejercicio 20X1 son 1.100 euros.
5. Las retenciones y pagos a cuenta en el ejercicio 20X1 son por 800 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Indique el saldo de las cuentas «activos por impuesto diferido» y «pasivos por impuesto diferido» existentes al cierre del ejercicio 20X0.
2. Calcule la cuota a pagar o a devolver, sabiendo que:
 - La sociedad compensa las bases negativas en el primer ejercicio en que tiene bases positivas.
 - Las deducciones de la cuota solo se pueden aplicar para reducir cuotas positivas. En el caso de que no se puedan utilizar en el ejercicio, la sociedad tiene 15 ejercicios para aplicarlas.
3. Anotaciones contables en el ejercicio 20X1 correspondientes al Impuesto sobre Sociedades –distinguiendo entre impuesto corriente, impuesto diferido y gasto por impuesto reconocido fuera de pérdidas y ganancias–, sabiendo que en el ejercicio 20X1, ante la mejora de la situación económica y los contratos firmados en el ejercicio, la sociedad considera probable la compensación de todos los activos por impuestos diferidos acumulados.
4. Indique qué anotación contable adicional habría que realizar si en diciembre del ejercicio 20X1 se aprueba un tipo impositivo para los ejercicios siguientes del 25 por 100.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

1. SALDOS DE LAS DIFERENCIAS TEMPORARIAS A FINALES DE 20X0

(479) Pasivos por diferencias temporarias imponibles ($7.000 \times 30\%$).....	2.100
(4745) Créditos por pérdidas a compensar ($7.000 \times 30\%$)	2.100

Según la Consulta 10 del BOICAC 80, se pueden activar las bases imponibles negativas sin informar de forma detallada en la memoria, por un importe igual a los pasivos fiscales que van a revertir en el corto plazo y antes de 10 años.

2. DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA DE 20X1

Resultado contable antes de impuestos	4.000
+/- Diferencias permanentes	+2.000
Sanciones (Nota 1)	+2.000
+/- Diferencias temporarias	
Origen en el ejercicio actual	+4.000
Donación (Nota 3)	+1.000
Deterioros no deducibles (Nota 2)	+3.000
Origen ejercicios anteriores	+5.000
Amortización del inmovilizado (Nota 4)	+5.000
BASE PREVIA	15.000
– Compensación BINS	–15.000
BASE IMPONIBLE 20X1	0,00

Comentarios de ajustes fiscales:

Nota 1. Sanciones.

De acuerdo con el artículo 14.1 c) no es deducible, ajuste positivo, diferencia permanente.

Nota 2. Deterioros de activos.

Contablemente es gasto en este ejercicio, pero fiscalmente se deducirá más tarde, diferencia temporaria con origen en el ejercicio actual, pasivo diferido.

Nota 3. Donación de inmovilizado.

Contablemente se correlaciona con la amortización del activo, pero como no ha entrado en funcionamiento, no hay ingreso contable. Fiscalmente, el artículo 15.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) regula qué tipo de operaciones deben valorarse a precio de mercado. Tributa cuando se recibe y revierte de acuerdo con el artículo 18 del TRLIS. Es un ingreso de patrimonio neto que tributa en este ejercicio.

Nota 4. Amortización del inmovilizado.

La amortización contable ya se dedujo en ejercicios anteriores, revierte el pasivo fiscal.

Si la base imponible del año 20X1 es 0, no se pueden aplicar las deducciones correspondientes a 20X1, por lo que quedan pendientes de aplicación y la deuda tributaria sale a devolver por el importe de las retenciones y pagos a cuenta del ejercicio 20X1 por importe de 800 euros.

3. ANOTACIONES CONTABLES

Por el impuesto corriente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
8300	Impuesto corriente (donación) $(1.000 \times 30\%)$	300,00	
4709	Hacienda Pública, deudora por impuesto de sociedades	800,00	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		800,00
6301	Impuesto diferido		300,00

Por la activación de la base imponible negativa pendiente, ya que el enunciado en el punto 3 nos indica que la probabilidad de poder compensarla en un futuro es muy alta, debido a la mejora de la situación económica y al incremento de los contratos firmados.

Código	Cuenta	Debe	Haber
4745	Créditos por pérdidas a compensar $(23.000 \times 30\%)$	6.900,00	
638	Ajustes + imposición sobre beneficios		6.900,00

Por las diferencias temporarias cuyo origen se produjo en ejercicios anteriores:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivo por diferencias temporarias imponibles «amortización del inmovilizado» ($5.000 \times 30\%$)	1.500,00	
6301	Impuesto diferido		1.500,00

Por la compensación de las BINS en este ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	4.500,00	
4745	Créditos por pérdidas a compensar ($15.000 \times 30\%$)		4.500,00

Por las diferencias temporarias con origen en el ejercicio actual:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «deterioro de activos» ($3.000 \times 30\%$)	900,00	
6301	Impuesto diferido		900,00

Por la activación de las deducciones del 20X1:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4742	Derechos por deducciones pendientes	1.100,00	
6301	Impuesto diferido		1.100,00

Saldos pendientes al cierre de 20X1:

(479) Pasivo por diferencias temporarias imponibles ($2.000 \times 30\%$)	600
(4740) Activo por diferencias temporarias deducibles «deterioro de activos» ... ($3.000 \times 30\%$)	900
(4745) Créditos por pérdidas a compensar ($15.000 \times 30\%$)	4.500
(4742) Derechos por deducciones pendientes	1.100
Resultado contable antes de impuestos	4.000
+/- Impuesto diferido	-700
+ Ajustes + imposición sobre beneficios	+6.900
Resultado contable después de impuestos	10.200

Por la donación relacionada con el inmovilizado:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos, c/c	1.000,00	
941	Ingresos de donaciones y legados de capital		1.000,00

Por la incorporación al patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
941	Ingresos de donaciones y legados de capital	1.000,00	
8300	Impuesto corriente		300,00
131	Donaciones y legados de capital		700,00

CUENTAS QUE VAN A LA CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS:

(6300) Impuesto corriente	0
(6301) Impuesto diferido	-700
(638) Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios	6.900

CUENTAS DE INGRESOS DE PATRIMONIO NETO

(941) Ingresos por donaciones y legados de capital	1.000
(8301) Impuesto diferido	300

4. SI SE MODIFICA EL TIPO DE GRAVAMEN AL EJERCICIO SIGUIENTE, SE BAJA DEL 30 AL 25 POR 100

Código	Cuenta	Debe	Haber
633	Ajustes negativos en la imposición sobre beneficios	900,00	
4740	Activo por diferencias temporarias deducibles «deterioro de activos» [3.000 euros (30% – 25%)]		150,00
4745	Créditos por pérdidas a compensar [15.000 euros (30% – 25%)]		750,00

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles «amortización del inmovilizado» [2.000 (30% – 25%)]	100,00	
638	Ajustes positivos en la imposición sobre beneficios		100,00

También se modifica el tipo de gravamen correspondiente a la reversión de la donación de inmovilizado. Lo cual implica que la donación de 1.000 euros al nuevo tipo de gravamen del 25 por 100 revierta dejando de tributar 250 euros, de ahí que tengamos que hacer el siguiente asiento contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido [1.000 euros (30% – 25%)]	50,00	
838	Ajustes + en la imposición sobre beneficios		50,00

Por el traspaso al patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
838	Ajustes + en la imposición sobre beneficios	50,00	
131	Donaciones y legados de capital		50,00

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

MATEMÁTICAS FINANCIERAS

ENUNCIADO

La sociedad anónima «MARATÓN» pasa en la actualidad por un problema de tesorería y la dirección económico-financiera plantea al gerente de la entidad refundir todas las deudas en un único préstamo. Tras contactar con varias entidades bancarias, la oferta que se estima factible para la empresa es la siguiente: concesión de un préstamo a amortizar en 12 años, con 2 años de carencia en los que se pagarían solo los intereses al 5 por 100 y en los 10 años restantes se amortizaría el préstamo al 5,5 por 100 mediante anualidades constantes, con unos gastos de formalización del 0,1 por 100.

La sociedad tiene en la actualidad los siguientes compromisos de pago:

- Deuda con proveedores por 300.000 euros, que si se pudiera rescindir tendrá un descuento del 2 por 100.
- 5 cuotas de la maquinaria por importe de 100.000 euros cada una a pagar trimestralmente, junto con sus intereses a un tanto nominal anual del 4 por 100.
- 18 mensualidades de un préstamo concedido al 0,5 por 100 mensual, de cuantía 30.000 euros, excepto las número 6, 12 y 18 que serán de 50.000 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

Suponiendo que el primer pago de cada una de estas deudas coincidiese con el momento actual, determinar:

1. Importe del nuevo préstamo.
2. Anualidad del préstamo.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

1. IMPORTE DEL NUEVO PRÉSTAMO

Deuda con el proveedor $(300.000 - 300.000 \times 0,02)$: 294.000,00

Valor actual de la maquinaria $\left[100.000 \frac{1 - (1 + 0,01)^5}{0,01} (1,01) \right]$: 490.196,55

Préstamo $\left[30.000 \frac{1 - (1 + 0,001)^{18}}{0,005} (1,005) + 20.000 \frac{1 - (1 + 0,030377509)^3}{0,030377509} (1,030377509) \right]$:

$\frac{576.007,42}{1.360,203,97}$

Tipo de interés de la maquinaria $(0,04/4 \text{ trimestres})$: 0,01 trimestral.

Tipo de interés de semestre $[(1,005)^6 - 1]$: 0,030377509

Los importes de las deudas eran prepagables.

Nominal del préstamo – Nominal $\times 0,001 = 1.360.203,97$

Nominal del préstamo = 1.361.565,54

2. ANUALIDAD DEL PRÉSTAMO

Como durante los dos años de carencia se abonan intereses, la deuda después de los dos años es la misma, y debe pagarse en 10 pagos constantes.

$$1.361.565,54 = \text{Cuota del préstamo} \frac{1 - (1 + 0,055)^{-10}}{0,055}$$

$$\text{Cuota del préstamo} = 180.635,86$$

Recensiones Bibliográficas

La contabilización del efecto impositivo del Impuesto sobre Sociedades

Julián MARTÍNEZ VARGAS y Gregorio LABATUT SERER
CEF, Madrid, 2011, 326 págs.

Como resulta habitual en las publicaciones del Centro de Estudios Financieros, este nuevo libro –que han escrito dos profesores titulares de Contabilidad de la Universidad de Valencia y que ha prologado Enrique CORONA ROMERO, catedrático de la UNED– responde a una finalidad práctica principalmente, arrojando el conjunto de reflexiones con varios índices, bibliografía, numerosos cuadros y ejercicios con la correspondiente solución.

La obra se refiere a uno de los aspectos más complejos de la normativa contable española, sobre la que incidió la reforma de la legislación mercantil que se produjo en 1989, con intención de adecuarla a las Directivas de la Unión Europea, así como la más reciente adaptación a las normas contables internacionales que dieron lugar al nuevo Plan General de Contabilidad de 2007.

La relevancia y complejidad del objeto de estudio, el método del efecto impositivo, se explica así por los autores: «porque pasa de estar basado en la cuenta de pérdidas y ganancias (P y G), con las consiguientes diferencias permanentes/temporales entre el resultado contable y el fiscal (base imponible), a estar basado en el balance, lo que supone un concepto más amplio de diferencias como son las llamadas diferencias temporarias entre los valores contables y fiscales de los activos, pasivos y determinados instrumentos del patrimonio neto de la empresa. Este cambio se justifica en la introducción del PGC-2007 por la búsqueda de la coherencia con un marco conceptual cuyo camino lógico deductivo conduce a un enfoque de las normas de registro y valoración (NRV) otorgando preferencia al enfoque de activos y pasivos frente al de ingresos y gastos, debiendo resaltarse adicionalmente que este enfoque es el aceptado internacionalmente con carácter general. No obstante, reconociendo de alguna forma la complejidad del método del efecto impositivo basado en el balance y teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos las diferencias temporarias son temporales, para obtener el importe del gasto (ingreso) por impuesto diferido sin tener que hacer un seguimiento de la evolución de las diferencias entre la valoración contable y fiscal de los elementos patrimoniales, se pueden agregar los efectos impositivos de esas diferencias temporales, de las bases imponibles negativas a compensar en ejercicios posteriores, las deducciones pendientes de aplicar fiscalmente (reconocidas contablemente en el ejercicio) y los ajustes valorativos (por cambios en los tipos de gravamen normalmente) de los pasivos o activos por impuesto diferido».

El libro consta de diez capítulos, en los que se va procurando introducir progresivamente al lector en la aplicación del método del efecto impositivo en el Impuesto sobre Sociedades, comenzando con los aspectos de carácter general o básicos y tratando después las cuestiones más específicas.

El punto de arranque consiste en un recopilatorio de las referencias que contiene el Plan General Contable con relación al Impuesto sobre Sociedades. Así, el capítulo primero expone los niveles de exigencia en la contabilización del tributo en las llamadas micro-empresas, en las pequeñas y medianas empresas, y en las entidades que, por su tamaño, puedan presentar los modelos abreviados de balance, estado de cambios en el patrimonio neto y la memoria o, por tratarse de grandes empresas, tengan que ajustar su contabilidad con un nivel mayor de rigurosidad.

En el capítulo segundo se abordan las relaciones entre la contabilidad y la fiscalidad. Esta última, como señalan los autores, «parte de unos objetivos recaudatorios y se sirve de la contabilidad para, utilizando el resultado contable, ajustado en aquellos aspectos en que discrepe con esta, obtener la base imponible o resultado fiscal que marcará la cantidad a pagar por las empresas. La contabilidad tendrá como objetivo informar del resultado acorde con los principios contables, que a su vez se verá afectado precisamente por los efectos impositivos de los ajustes fiscales».

En los distintos apartados se detalla la regulación del impuesto sobre beneficios en la normativa contable, distinguiendo el resultado contable de la base imponible de aquel, el cálculo del impuesto devengado, métodos de contabilización del gasto por Impuesto sobre Sociedades, tratamiento contable de las diferencias entre el resultado contable y fiscal, cambios introducidos por el PGC-2007 con el concepto de diferencias temporarias, reconocimiento de activos y pasivos por impuesto diferido y valoración de los mismos por impuesto corriente y diferido.

En el capítulo tercero se consideran los aspectos más destacados de la contabilización del impuesto sobre beneficios en el PGC-2007, señalando los cambios respecto al plan anterior y practicando, con la ayuda de diferentes supuestos, el método del efecto impositivo basado en el balance, como recomiendan las directrices contables internacionales.

El elenco de cuestiones más específicas comienza a lucir a partir del capítulo cuarto. En este, comenzando con el concepto de subvenciones, se estudia la contabilización del efecto impositivo de las subvenciones, donaciones y legados recibidos, advirtiendo de las diferencias entre las empresas que, por su tamaño, apliquen el PGC-2007 o la versión simplificada para las «pymes».

En el capítulo quinto se considera cómo tendrá que contabilizarse el efecto impositivo de las bases imponibles negativas y de las deducciones y bonificaciones pendientes de aplicación fiscal. Por tratarse de un tema conflictivo, se plantea aquí la alternativa de no efectuar dicha contabilización, en virtud del principio de prudencia, en la medida en que no resulte probable que la empresa disponga de ganancias fiscales en el futuro que permitan la aplicación de estos activos.

Posteriormente, el capítulo sexto se refiere a la elaboración del estado de cambios en el patrimonio neto, considerando las operaciones de mayor frecuencia en las empresas y que, por tener incidencia impositiva, tendrán que descontar sus efectos impositivos a la hora de reconocerlas directamente en el patrimonio neto. Con diversos ejercicios se plantea cómo deberán tratarse los gastos de constitución y ampliación de capital, los errores contables y cambios de criterio, los activos financieros disponibles para la venta, los ajustes en los activos y pasivos fiscales y la periodificación de deducciones, subvenciones y donaciones recibidas, los activos no corrientes y grupos enajenables de

elementos mantenidos para la venta. Al final se efectúa un ejercicio final recopilatorio de la mayoría de las operaciones antedichas.

Los siguientes capítulos suponen ya el tratamiento de operaciones que tienen lugar en procesos de consolidación, fusiones y en el régimen particular de las sociedades cooperativas.

Así, el capítulo séptimo distingue la consolidación contable y mercantil del régimen fiscal de los grupos de sociedades y pone de manifiesto las diferencias y efectos impositivos derivados del proceso de consolidación en los grupos de empresas.

Por su parte, el capítulo octavo se dedica a los efectos impositivos de las fusiones, encuadradas en las «combinaciones de negocios» del PGC-2007. Después de observar el concepto y normativa que rige en las fusiones y el tratamiento contable unitario que se ha de dar en los procesos de reestructuración empresarial, se comenta el régimen fiscal aplicable y se exponen diversos casos prácticos.

Ya en el capítulo noveno se estudian las particularidades que, en el plano contable y tributario, presentan las cooperativas respecto del resto de entidades mercantiles.

La obra termina con un capítulo dedicado a la exposición de diversos ejercicios sobre transacciones empresariales que conllevan la contabilización de un efecto impositivo. El remate lo pone un supuesto final que trata de servir de base para la realización de todos los estados contables en los que tiene transcendencia el Impuesto sobre Sociedades.

Miguel Ángel Martínez Lago

El intercambio de información tributaria entre Estados

María Esther SÁNCHEZ LÓPEZ
Bosch, Barcelona, 2011, 95 págs.

Hace bien poco que el *Diario Oficial de la Unión Europea* (serie L 64, de 11 de marzo pasado) ha publicado la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Esta nueva regulación –que solo pudo tenerse en cuenta en el libro que comentamos en la fase de propuesta que formuló la Comisión Europea en febrero de 2009– pretende adoptar, según declara expresamente, «un nuevo enfoque totalmente innovador, creando un texto nuevo que confiera a los Estados miembros atribuciones para cooperar eficientemente a escala internacional a fin de superar los efectos negativos de la creciente mundialización sobre el mercado interior», previendo medidas más claras y precisas en la cooperación administrativa que debe llevar a contactos directos entre los servicios nacionales o locales, prosiguiendo el intercambio automático e incondicional de información (que se juzga como «el medio más eficaz de mejorar la evaluación correcta de los impuestos en situaciones transfronterizas y en la lucha contra el fraude») y estimulando el intercambio espontáneo entre los Estados miembros, amén de otros aspectos que también se contemplan (presencia de funcionarios, controles simultáneos, información de retorno, límites a la denegación de información, extensión de cooperación más amplia con terceros países, protección de datos, etc.).

Tenemos, pues, un nuevo marco jurídico del intercambio de información a nivel comunitario que trata de superar las disfuncionalidades que presentaba la anterior regulación, concebida en un contexto en el que las necesidades del mercado interior resultaban muy diferentes de las actuales y que, por sí solo, dicha evolución revela la cada vez mayor importancia que va adquiriendo un tema que, sin embargo, casi nunca luce en los programas docentes universitarios de Derecho Financiero y Tributario.

La autora, que pertenece a dicha área de conocimiento, es profesora titular de la Universidad de Castilla-La Mancha, donde al calor del «Centro Internacional de Estudios Fiscales-Escuela Europea de Altos Estudios Tributarios», ha ido surgiendo un importante plantel de investigadores y especialistas que, según reza la página web del organismo (www.uclm.es/cief/), pretenden contribuir a la «toma de decisiones científicas, normativas y judiciales en la regularización y aplicación del sistema tributario, de conformidad con los principios de justicia y en el marco de los procesos de internacionalización y regionalización de los sistemas fiscales nacionales». Un objetivo que, desde luego, merece ser alabado.

El trabajo presenta una estructura sencilla y a los comentarios preliminares de la profesora SÁNCHEZ LÓPEZ se unen varios apartados complementarios en los que se plantean esquemas de procedimiento y de los mecanismos de intercambio de información; referencias de la legislación interna, comunitaria e internacional; reseña de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestra Audiencia Nacional (sistematizando los pronunciamientos en torno a rúbricas sobre el inicio de las actuaciones de intercambio de información, su ámbito objetivo, funcionalidad, mecanismos de intercambio, eventual finalidad armonizadora de la cooperación, principio de proporcionalidad y derecho del contribuyente a la protección de los datos personales) y una breve indicación bibliográfica final.

El intercambio de información de datos se examina desde el prisma de las actuaciones encaminadas a la liquidación de los tributos, pero resaltando su conexión con la asistencia mutua sobre la recaudación, dada la relación de complementariedad que existe entre ambas fórmulas de cooperación administrativa.

La autora advierte del largo camino que queda todavía por recorrer hasta la consecución de una resuelta «toma de conciencia fiscal internacional» que propicie las estrategias de cooperación necesarias en el actual contexto de globalización económica e internacionalización creciente de las relaciones tributarias. No obstante, y frente a la imposibilidad de avanzar por otras vías (v. gr.: armonización de impuestos directos), el intercambio de información –que se ha calificado como «la parte más débil del sistema»– ha revelado su virtualidad en la prevención y lucha contra el fraude fiscal internacional, aunque haya sido a costa de mantener la «pervivencia del modelo impositivo tradicional», pero asemejándose a una especie de *soft law* en la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

Al resaltar la importancia que tienen los instrumentos jurídicos que sirven de cauce al intercambio internacional de información, los mismos se agrupan en dos grandes categorías, según que su formalización siga el Modelo de Convenio de la OCDE o provengan de la normativa general de la Unión Europea sobre asistencia mutua y cooperación. También se consideran los posibles conflictos que pueden surgir de la aplicación de las disposiciones aplicables en la materia, el ámbito temporal del intercambio y la eventual realización de intercambios retroactivos y la diferenciación entre los de carácter obligatorio, no autorizados y discrecionales.

El estudio prosigue acercándose a la funcionalidad del intercambio internacional de información con relevancia fiscal y dirigida tanto a la liquidación como a la recaudación de los tributos. En este punto sobresale el favorecimiento del control de las obligaciones tributarias que conllevan algún elemento de extranjería, aunque ello deba efectuarse siempre bajo el respeto del principio de proporcionalidad, dada la posible afectación que pueda implicar sobre las libertades comunitarias. Frente a la mera realización del deber de contribuir anclado en intereses nacionales, la autora sugiere la actuación de la asistencia mutua como «medio de realizar la efectividad del principio de igualdad en la tributación entre residentes y no residentes, apoyándose en diversas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea –casos *Halliburton Services* (C-1/93), *Wielockx* (C-80/94), *Futura Participations* (C-250/95), *Elisa* (C-451/05) y *Comisión/Dinamarca* (C-150/04)– y deduciendo su conformación como un mecanismo de garantía de la posición jurídica de los obligados y deudores tributarios.

Después se analiza el ámbito objetivo del intercambio de datos a nivel internacional, fijándose en los conceptos de trascendencia tributaria y recaudatoria como presupuestos determinantes de la clase de información a aportar y sugiriendo la necesaria realización de esfuerzos por parte de los Estados para que las peticiones de intercambio de información guarden la relación «más directa posible» con el impuesto o la situación tributaria concreta objeto de comprobación, minimizando la operatividad del principio del interés doméstico o de reciprocidad.

A partir de estas consideraciones, se comentan los mecanismos que sustentan el intercambio de información, tanto en el ámbito comunitario como en el internacional, y que se traducen en los tres procedimientos de intercambio automático, rogado o previa solicitud y espontáneo; aludiendo

también a otras formas de colaboración que han ido adquiriendo una clara importancia en relación, sobre todo, al Impuesto sobre el Valor Añadido (excluido del ámbito de aplicación de la nueva Directiva 2011/16/UE), como son la presencia de funcionarios del Estado requirente en el territorio del Estado requerido, la comunicación de experiencias e intercambio de buenas prácticas y las comprobaciones simultáneas o coordinadas. La autora trata asimismo los distintos programas comunitarios FISCALIS, así como el sistema VIES (*Vat Information Exchange System*) y el régimen específico de cooperación reforzada en el ámbito de los Impuestos Especiales (a los que tampoco resulta de aplicación la nueva Directiva).

La última parte del trabajo se detiene en considerar los obstáculos que se presentan al intercambio internacional de información y se plantea la relación de complementariedad que con el mismo tiene el sistema de asistencia en materia de recaudación. Por lo que se refiere al primer asunto, aparte de otros aspectos más generales —como el posicionamiento de cada Estado respecto a las cuestiones fiscales, las diferencias de las estructuras organizativas, la ausencia de cultura de cooperación en materia de intercambio de información, etc.—, se hace una específica mención al secreto bancario, proponiendo configurar un procedimiento general de intercambio de información bancaria con garantías suficientes para los titulares de la información intercambiada a través del mismo. La Directiva 2011/16/UE apuesta por restringir las limitaciones al intercambio de información que pudieran suscitarse por el hecho de que la misma «obre en poder de un banco u otra entidad financiera, un representante o una persona que actúe en calidad de intermediario o agente fiduciario, o porque esté relacionada con la participación en el capital de una persona (art. 18.2).

La profesora SÁNCHEZ LÓPEZ concluye sus comentarios con la indicación de propuestas para mejorar los aspectos normativos y de organización, en el ámbito interno e internacional, del intercambio de información tributaria: 1.^a Establecimiento de un sistema común de intercambio de información entre los Estados miembros que obligue a prestarse asistencia mutua a las autoridades administrativas; 2.^a Posible creación de una Administración tributaria internacional o de una «Agencia Tributaria Europea», coordinada con las Administraciones nacionales y similar en sus funciones al Banco Central Europeo, y 3.^a Reforzamiento de la protección jurídica del contribuyente afectado por las actuaciones de intercambio de información.

Miguel Ángel Martínez Lago