

CEF.-

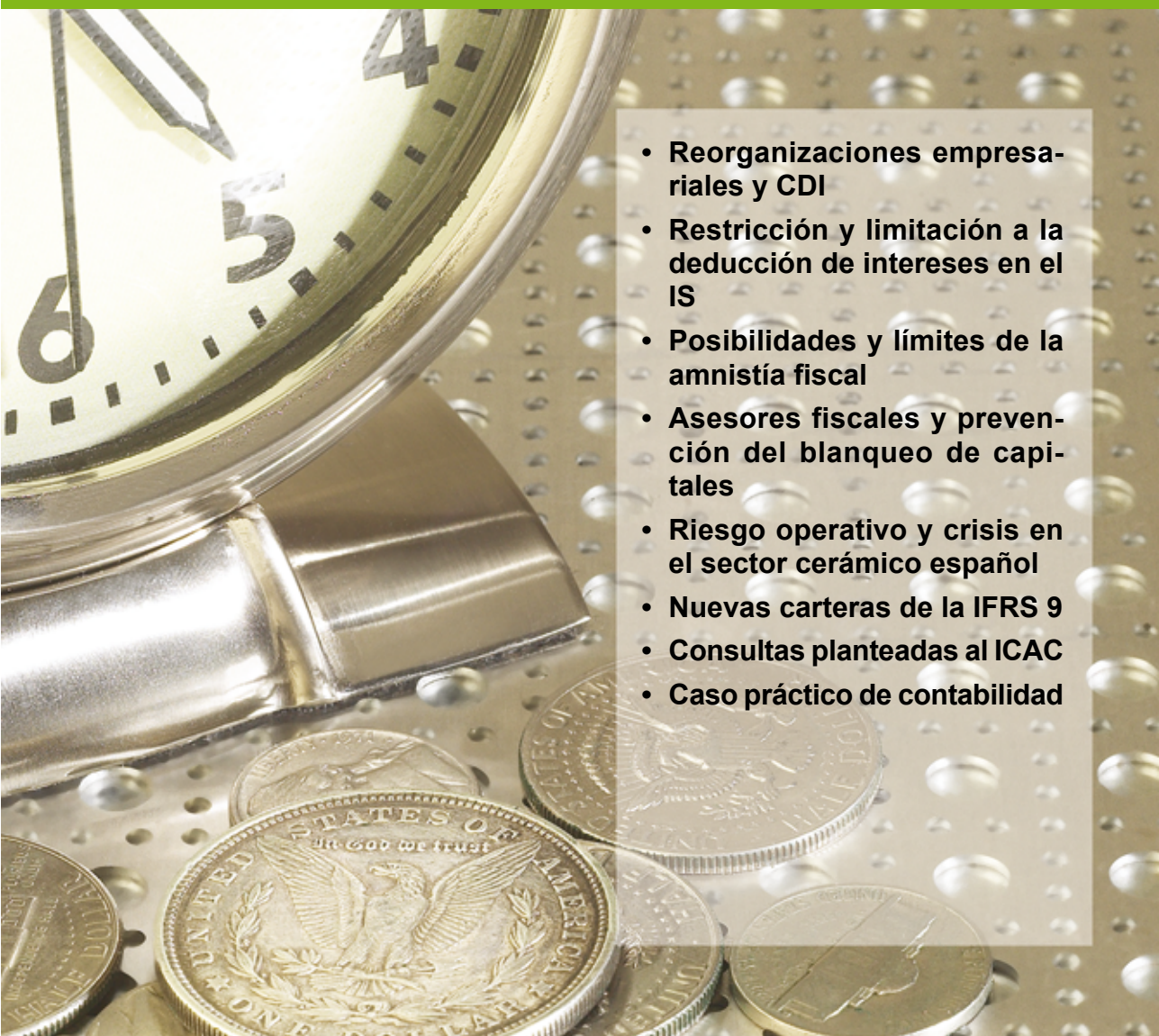
Contabilidad y Tributación

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9540

Revista mensual núm. 355

Octubre 2012



- **Reorganizaciones empresariales y CDI**
- **Restricción y limitación a la deducción de intereses en el IS**
- **Posibilidades y límites de la amnistía fiscal**
- **Asesores fiscales y prevención del blanqueo de capitales**
- **Riesgo operativo y crisis en el sector cerámico español**
- **Nuevas carteras de la IFRS 9**
- **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

OCTUBRE 2012 – NÚMERO 355

DIRECTOR

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

COORDINADORES

M.ª José Leza Angulo (*Profesora del Área Tributaria del CEF*)

Javier Romano Aparicio (*Profesor del Área Contable del CEF*)

CONSEJO ASESOR

María José Aguiló García

Socia Responsable de KPMG Abogados

Sotero Amador Fernández

Profesor de Contabilidad del CEF

Alejandro Blázquez Lidoy

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

Luis Bravo Casado

Socio de Cuatrecasas Abogados

José Manuel Calderón Carrero

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de A Coruña

Rafael Cámara Rodríguez-Valenzuela

Presidente del Consejo General de Censores Jurados de Cuentas. Socio Deloitte

Inocencio Carazo González

Socio Director de INSESA & Abogados

Antonio Cayón Gallardo

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Complutense de Madrid

Vicente Condor López

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Zaragoza

Lorenzo de las Heras Miguel

Inspector de Entidades de Crédito. Banco de España

María Antonia García Benau

Catedrática de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad de Valencia

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

Ana María Martínez Pina

Presidenta del ICAC

Carlos Puig de Travé

Presidente del REA. Socio de Horwath PLM Auditores, SLP

Violeta Ruiz Almendral

Letrada Tribunal Constitucional

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

Beatriz Viana Miguel

Directora General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

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

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

SUMARIO

Página

TRIBUTACIÓN

77/2012	Reorganizaciones empresariales y convenios de doble imposición.	5
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012		
<i>(Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois)</i>		
78/2012	Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades.	47
<i>(Eduardo Sanz Gadea)</i>		
79/2012	Posibilidades y límites de la amnistía fiscal.	105
<i>(J. Andrés Sánchez Pedroche)</i>		
80/2012	Obligaciones de los asesores fiscales en la prevención del blanqueo de capitales.	141
<i>(José María Peláez Martos)</i>		

CONTABILIDAD

81/2012	Riesgo operativo y crisis en el sector cerámico español.	173
2.º PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012		
<i>(Luis Martínez Isach)</i>		
82/2012	¿Hacia una simplificación de las carteras de activos financieros?: IFRS 9.	217
<i>(Juan del Busto Méndez)</i>		
83/2012	Consultas planteadas al ICAC.	227
<i>(Javier Romano Aparicio)</i>		
84/2012	Segundo ejercicio del proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Técnicos de Hacienda.	243
<i>(Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)</i>		

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

SUMMARY

Page

TAXATION

77/2012	Corporate reorganizations and tax treaties.	5
	2.ND PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2012	
	<i>(Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois)</i>	
78/2012	Restrictions and limitations on the deductibility of interest in the Corporate Income Tax.	47
	<i>(Eduardo Sanz Gadea)</i>	
79/2012	Tax amnesty: possibilities and limits.	105
	<i>(J. Andrés Sánchez Pedroche)</i>	
80/2012	Obligations of tax advisors in the prevention of money laundering.	141
	<i>(José María Peláez Martos)</i>	

ACCOUNTING

81/2012	Operating leverage and crisis in the Spanish ceramic tile industry.	173
	2.ND PRIZE ESTUDIOS FINANCIEROS 2012	
	<i>(Luis Martínez Isach)</i>	
82/2012	IFRS 9: a step towards reduction of complexity in financial assets accounting?	217
	<i>(Juan del Busto Méndez)</i>	
83/2012	Questions formulated to ICAC.	227
	<i>(Javier Romano Aparicio)</i>	
84/2012	Second exam of the selective examination for the admission to the Management Body of the Employee of the Treasury.	243
	<i>(Miguel Ángel Gálvez Linares y Ángel Montes Carrillo)</i>	

REORGANIZACIONES EMPRESARIALES Y CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

**DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID
DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Profesor Titular Interino de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Extracto:

EL presente trabajo examina las consecuencias fiscales transfronterizas que se derivan de la realización de determinadas operaciones de reorganización empresarial en el marco del modelo de convenio de doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Como consecuencia de la falta de previsiones específicas en el modelo y en los comentarios al mismo, las sociedades participantes en estas operaciones pueden sufrir supuestos de doble imposición económica derivadas de las disparidades en el momento en que se reconocen las ganancias patrimoniales generadas en estas operaciones por los distintos estados donde estas operaciones despliegan sus efectos. Con todo, la red mundial de convenios de doble imposición nos ofrece ejemplos de convenios en los que se han incluido cláusulas particulares con el objeto de solventar los problemas derivados de dichas disparidades, siendo analizadas las más relevantes en este trabajo. Sin embargo, la mayor parte de estas previsiones carecen de un diseño y desarrollo que permitan considerarlas como soluciones óptimas para resolver estas situaciones. En el trabajo, además, se analizan de modo particular las cláusulas de este tipo incluidas en los convenios suscritos por España y la cláusula contenida en el convenio de doble imposición suscrito por Estados Unidos y Canadá en 1980, la cual se propone como modelo para cláusulas futuras.

Palabras clave: fiscalidad internacional, convenios de doble imposición y reorganizaciones empresariales.

CORPORATE REORGANIZATIONS AND TAX TREATIES

**DOMINGO JESÚS JIMÉNEZ-VALLADOLID
DE L'HOTELLERIE-FALLOIS**

*Profesor Titular Interino de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad Autónoma de Madrid*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **TRIBUTACIÓN**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Beatriz VIANA MIGUEL, doña María José AGUILÓ GARCÍA, don Luis BRAVO CASADO, don Antonio CAYÓN GALLARDO, doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Abstract:

THIS article analyzes the cross-border tax consequences of certain corporate reorganizations within the framework of the model tax treaty drafted by the Organisation for Economic Co-operation and Development. As a result of the lack of specific provisions in the model and its accompanying commentaries, the participating companies may suffer from economic double taxation due to the mismatches in the timing of recognition of the gains derived in the course of these transactions by each of the states where the effects of these transactions are displayed. Nonetheless, the worldwide network of tax treaties offers some examples of treaties where specific reorganization clauses have been included in order to circumvent problems arising from these transactions, being analyzed in this article the most relevant of them. However, most of these clauses lack adequate design and development for them to be regarded as optimal solutions for the problems faced by reorganizations. In addition to this, the article focuses on the reorganization clauses included in the Spanish tax treaty network and in the reorganization clause included in the 1980 tax treaty between Canada and the United States which is put forward as a model for future clauses.

Keywords: international taxation, tax treaties and corporate reorganizations.

Sumario

I. Introducción.

II. Los efectos transfronterizos de las operaciones de reorganización empresarial.

1. Hipótesis de partida.
2. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la fuente.
3. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la residencia.

III. Las soluciones unilaterales a los supuestos de doble imposición económica internacional en las operaciones de reorganización empresarial y sus limitaciones desde la perspectiva de la neutralidad global.

IV. Cláusulas de reorganización empresarial en la red de convenios de doble imposición

1. Introducción.
2. Cláusulas de reorganización empresarial en relación con ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades inmobiliarias.
3. Cláusulas de reorganización empresarial en el marco de la enajenación de participaciones sustanciales.
4. Cláusulas comprensivas.
5. Las cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red de convenios española.
6. La cláusula de reorganización del artículo XIII(8) del convenio entre Canadá y Estados Unidos.

IV. Conclusiones.

Bibliografía.

NOTA: Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2009-09413, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de la relevancia que tiene en el ámbito tributario doméstico el diseño de los regímenes tributarios que afectan a las operaciones de reorganización empresarial y la importancia creciente de esas operaciones en entornos económicos cada vez más integrados, en el ámbito de la fiscalidad internacional, ilustrada por el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (MCOCDE, en adelante)¹, las implicaciones transfronterizas de estas operaciones no han sido objeto de estudio de modo exhaustivo a los efectos de establecer reglas homogéneas para su tratamiento tributario². Esta falta de atención por parte del Comité de asuntos fiscales de la OCDE ha determinado que la realización de operaciones de reorganización empresarial que extiendan sus efectos a diversas jurisdicciones pueda convertirse en una fuente de problemas e ineficiencias para las empresas participantes en la forma de supuestos de sobreimposiciones y de asimetrías en el tratamiento material que reciben estas operaciones en los diversos estados en que se manifiestan dichos efectos como consecuencia de la interacción de regímenes de diferimiento impositivo con regímenes de imposición inmediata³.

Con todo, no puede dejar de advertirse que la ausencia de previsiones específicas en el MCOCDE o en sus comentarios puede ser fácilmente justificable en la medida en que, a pesar de la extensión a nivel comparado de los regímenes especiales para las operaciones de reorganización empresarial basados en el principio de neutralidad fiscal, difícilmente puede hablarse de un principio relativo al modo en que estas operaciones hayan de tributar aún en la esfera doméstica⁴. Ahora bien, sin perjuicio de lo

¹ Salvo mención en contrario, todas las referencias al MCOCDE y a sus comentarios deben entenderse realizadas a su última versión aprobada por el Consejo de la OCDE el 22 de julio de 2010.

² Como acertadamente señala STEVANATO (2002), págs. 360-362, la falta de regulación en el MCOCDE de las consecuencias fiscales transfronterizas de las operaciones de reorganización empresarial proviene de la falta de previsiones en la legislación mercantil o civil subyacente que permita la realización de operaciones de reorganización empresarial puramente transfronterizas, así como en la falta de unanimidad a nivel comparado en el régimen fiscal al que deben someterse estas operaciones. A este respecto, ha de señalarse que, si bien la mayor parte de los estados desarrollados y en desarrollo cuentan con regímenes fiscales basados en el diferimiento de las ganancias patrimoniales que se ponen de manifiesto al realizarse estas operaciones, esta solución no es común [véase, en este sentido, el ejemplo australiano en CHRISTIE y EKKEL (2009), §4.1], ni consistente en su aplicación [véanse así los regímenes internos francés y alemán, referidos, *inter alia*, en VILLEMOT (2006), pág. 71, en relación con el caso francés, y BOGENSCHUET (2006), págs. 471-472, y ENGLISH, J. (2007), pág. 341, en relación con el alemán].

³ Cf. MAISTO (2002), págs. 357-359; ULMER (2001), pág. 100 y ss.

⁴ En este sentido, *vid.*, VANISTENDAEL (1998), págs. 897-898.

anterior, la práctica de los distintos estados a la hora de negociar su red de convenios de doble imposición permite advertir ejemplos que demuestran la cooperación entre estados a la hora de incluir determinadas cláusulas en sus convenios de doble imposición que tratan de eliminar o atenuar los problemas derivados de la extensión de los efectos de las operaciones de reorganización empresarial a más de una jurisdicción.

El objeto principal del presente trabajo es el de analizar los principales obstáculos que se presentan en las operaciones de reorganización empresarial que despliegan sus efectos en diversos estados y las soluciones que se han incorporado en algunos convenios de doble imposición, haciendo una recapitulación de las cláusulas contenidas en la red de convenios de doble imposición suscritos por España. Finalmente, se completará el estudio con un análisis del supuesto de cooperación más desarrollado en este ámbito, plasmado en el artículo XIII(8) del convenio de doble imposición entre Estados Unidos y Canadá de 1980, y unas reflexiones acerca de la posibilidad de incorporar en el MCOCDE cláusulas específicas de reorganización empresarial.

II. LOS EFECTOS TRANSFRONTERIZOS DE LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

1. Hipótesis de partida

El fenómeno de la reorganización empresarial carece de límites definidos con claridad, debido a la diversidad de operaciones a través de las cuales las distintas sociedades pueden proceder a reordenar sus estructuras jurídica, financiera o patrimonial⁵. Como consecuencia de la diversidad de operaciones a través de las que se puede proceder a la reorganización empresarial y a los efectos de poner de relieve estos obstáculos, se analizará una situación concreta, basada en la fusión por absorción de dos sociedades residentes en el mismo estado, implicando esta operación la transmisión de diversos elementos patrimoniales en otro estado por parte de la sociedad absorbida. Esta situación se analizará prioritariamente desde la perspectiva del MCOCDE, aunque se harán las oportunas referencias a ciertas particularidades contenidas en el modelo de convenio de doble imposición elaborado por la Organización de las Naciones Unidas (MCONU, en adelante)⁶.

Debe notarse que la situación analizada no se encuentra dentro de los supuestos a los que se aplica la Directiva de fusiones⁷, pues el artículo 1 a) de la Directiva establece que las operaciones a las que

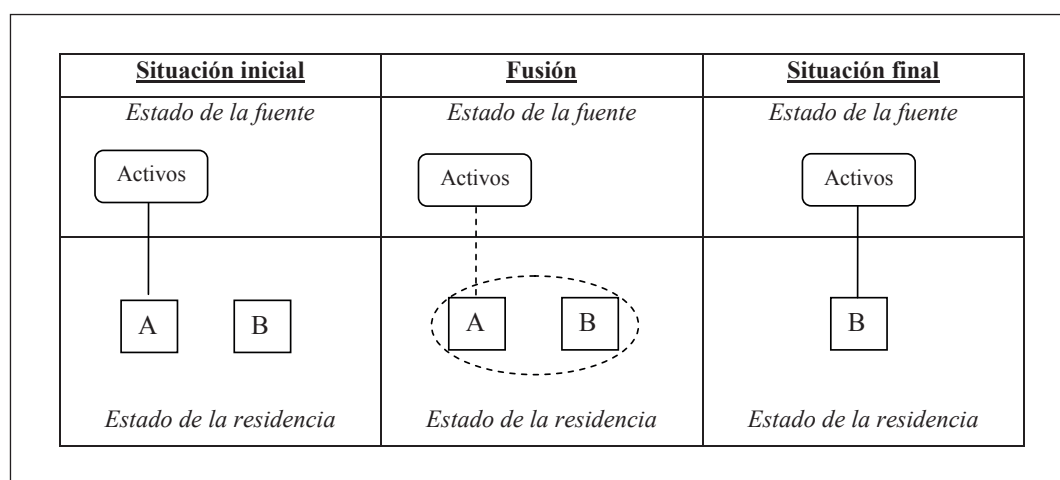
⁵ Como ya señalaron los profesores GAMMIE y BALL, es imposible en la práctica hablar de un concepto unívoco de reorganización empresarial, ya que la alteración de la estructura financiera, económica o jurídica de una sociedad deberá atender a las características propias de la sociedad que vaya a reorganizarse, de modo que existirían tantas formas de reorganización como sociedades inscritas en el Registro Mercantil [GAMMIE y BALL (1982), pág. 1].

⁶ Salvo mención en contrario, todas las referencias al MCONU y a sus comentarios deben entenderse realizadas a su última versión adoptada en 2011 y publicada el 15 de marzo de 2012.

⁷ La versión consolidada de la Directiva de fusiones se encuentra regulada por la Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aporta-

se les aplicará el régimen fiscal común son aquellas que afectan a sociedades de dos o más estados miembros⁸, quedando fuera tanto los supuestos en que intervienen sociedades residentes en terceros estados, como los supuestos en que intervengan sociedades residentes en el mismo estado miembro, aun cuando estas operaciones desplieguen sus efectos en otros estados miembros⁹, sin perjuicio de que la libertad de establecimiento obligue a extender los efectos del régimen previsto en la Directiva a estas últimas situaciones en determinados supuestos¹⁰. En cualquier caso, a los efectos de analizar la situación descrita, la fusión de sociedades residentes con implicaciones transfronterizas (*foreign-to-foreign merger*, en la terminología anglosajona)¹¹ se omitirán las referencias a la Directiva de fusiones, para centrarse en el análisis de las previsiones contenidas en las normas convencionales.

De modo gráfico, la situación descrita se podría plasmar en el siguiente diagrama:



A efectos del presente trabajo, solo se analizarán las consecuencias que tienen estas operaciones en el plano corporativo, es decir, en el nivel de las sociedades que participan en la operación, sociedad transmitente (*absorbida*) y sociedad beneficiaria (*absorbente*). De este modo se excluyen del análisis las consecuencias de estas operaciones a nivel del socio no residente que participa en el capital de la sociedad absorbida, consecuencias que como ya se ha puesto de relevancia se manifiestan principalmente en relación con las eventuales asimetrías en la caracterización de los rendimientos

ciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro.

⁸ En efecto, este artículo define el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva como las «operaciones de fusión, de escisión, de escisión parcial, de aportación de activos y de canje de acciones en las que intervengan sociedades de dos o más Estados miembros».

⁹ En este sentido, véase, International Bureau of Fiscal Documentation (1995), pág. 23; THOMMES (2005), § 1.2.3, n.m. 28; TERRA y WATTEL (2008), pág. 535.

¹⁰ Véase, en este sentido, CERIONI (2007), págs. 80-83.

¹¹ Así, SCHINDLER (2006), pág. 275, se refiere con esta terminología para aludir tanto a las operaciones puramente transfronterizas, *i.e.*, operaciones en que intervienen sociedades residentes en distintos estados; como operaciones en que intervienen sociedades residentes en un mismo estado, pero que despliegan sus efectos en otras jurisdicciones.

obtenidos por el socio entre el estado de la fuente y el estado de la residencia que pueden dar lugar a supuestos de doble imposición¹².

A los efectos del análisis se considerará que las sociedades participantes en la operación son sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades del estado de su residencia sin tener opción de tributar en un régimen de atribución de rentas. De conformidad con esta hipótesis, a las sociedades participantes les será de aplicación el convenio de doble imposición vigente entre los estados de residencia y de la fuente.

Finalmente, la hipótesis más relevante es la referida a la tributación material de la operación en ambos estados. A tales efectos se considerará que, en el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan, la operación goza de un tratamiento fiscal basado en la neutralidad fiscal a través de la aplicación de criterios de continuidad valorativa idénticos a los previstos en la normativa española que transpone la Directiva de fusiones¹³. Por otro lado, en el estado de la fuente, *i.e.*, el estado en el que se encuentran algunas de las inversiones de la sociedad absorbida que van a ser transmitidas a la sociedad absorbente como consecuencia de la operación, el tratamiento tributario de la operación será diametralmente opuesto. En este caso, los efectos de la operación que se manifiesten en dicha jurisdicción no gozarán de un tratamiento fiscal especial, sino que la transmisión de las inversiones por parte de la sociedad transmitente en la fusión será considerada como una enajenación común, siendo gravadas las eventuales ganancias patrimoniales que se pusieran de manifiesto en el momento en que se realiza la operación, de conformidad con el carácter instantáneo de la imposición sobre no residentes¹⁴.

2. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la fuente

Entrando en el análisis de la operación descrita, cuando se examinan los efectos de esta operación en el estado de la fuente en el marco de un convenio de doble imposición basado en el MCOCDE, el primer paso consiste en analizar si las rentas o ganancias puestas de manifiesto como consecuencia

¹² Cf. MAISTO (2002), pág. 358; ULMER (2001), págs. 105-107.

¹³ El denominado régimen de diferimiento impositivo consiste, conforme a lo previsto en los artículos 84 y 85 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, en adelante) en la no integración de las rentas que se ponen de manifiesto al realizarse la operación condicionada al mantenimiento de la valoración empleada por la sociedad transmitente de los activos en sede de la sociedad adquirente. A este respecto, la calificación de la naturaleza jurídica de la regla de *no integración de las rentas* que establece la transposición española de la Directiva, junto con la regla de continuidad valorativa en sede de la beneficiaria, ha generado cierta controversia. En este sentido, la doctrina más cualificada ha calificado esta regla como de exención [en este sentido, NAVARRO EGEA (1997), págs. 166-168, que la califica como una «exención temporal y parcial»; MENÉNDEZ GARCÍA (2006), págs. 700-701, que habla sencillamente de exención o ALONSO GONZÁLEZ (2002), págs. 481-483, que la define como una «exención sometida a una condición resolutoria»]. Entendemos que esta última calificación es la que permite encajar esta técnica en las categorías empleadas en el Derecho tributario español, pues se realiza el hecho imponible, pero se produce una exclusión de la obligación tributaria, que se mantiene en el tiempo en que los bienes transmitidos permanezcan en el patrimonio de la entidad adquirente y se garantice la posibilidad de una imposición futura de la alteración patrimonial no integrada, caracteres que contribuyen a diferenciar la figura empleada de otras cuyos efectos económicos pudieran ser similares, como pudieran ser la no sujeción, el aplazamiento del pago o la transmisión de la deuda tributaria. Así puede considerarse el efecto del diferimiento impositivo como resultado de una exención sujeta a la condición del cumplimiento del principio de continuidad valorativa en sede de la sociedad beneficiaria.

¹⁴ Por todos, *vid.*, VOGEL (1997), Preface to Articles 10-12, n.m. 32 y ss.

de la operación pueden ser gravadas por el estado de la fuente de conformidad con las reglas para la distribución del poder tributario entre los estados contratantes previsto en el convenio. Para ello, es necesario caracterizar dichas rentas dentro de las reglas de distribución previstas en el tercer capítulo del MCOCDE.

La calificación natural a priori para las rentas y ganancias que se ponen de manifiesto en el curso de la operación de fusión es la de ganancias de capital conforme a las previsiones contenidas en el artículo 13 del MCOCDE¹⁵. Dicha calificación se correspondería con la que hace la normativa doméstica española¹⁶. Sin embargo, no puede extrapolarse la calificación doméstica al ámbito convencional sin más, sino que es necesario acudir a las previsiones convencionales y, eventualmente, al contexto de la cláusula, con prioridad frente al recurso a la normativa doméstica¹⁷.

A diferencia de lo que ocurre en otras reglas de distribución previstas en el capítulo tercero del MCOCDE, como pueden ser los dividendos o los intereses¹⁸, en el caso de las ganancias de capital, el modelo no ofrece una definición explícita acerca de lo que ha de entenderse por dicha expresión. De este modo, el concepto de ganancias de capital a los efectos del artículo 13 del MCOCDE debe extraerse de los requisitos contenidos en el propio precepto y completarse con las referencias contenidas en los comentarios al artículo 13 del MCOCDE como parte integrante del contexto de un convenio basado en este modelo.

A este respecto, de la lectura de los distintos apartados del artículo 13 se extraen los siguientes requisitos para que unas determinadas rentas puedan ser consideradas como ganancias patrimoniales en el sentido del artículo 13 del MCOCDE. En primer lugar, este precepto únicamente se aplica cuan-

¹⁵ *Vid.*, BRAUNER (2005), pág. 1.064.

¹⁶ Así sucede en el artículo 37.1 e) de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF, en adelante) y en el artículo 15.2 d) del TRLIS.

¹⁷ El artículo 3.2 del MCOCDE establece la regla general de interpretación de los términos no expresamente definidos en el convenio. Dicha regla es la siguiente: «Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado». Uno de los aspectos fundamentales a los efectos de aplicar esta regla interpretativa es la de la interrelación entre contexto y normativa doméstica. En este sentido, VOGEL (1997), Article 3, n.m. 70 y ss.; entiende que el recurso al contexto del convenio ha de ser empleado de modo restrictivo, en la medida en que ni la sistemática del artículo 3.2 del MCOCDE, ni su desarrollo histórico permiten considerar preferente la interpretación contextual frente a la interpretación conforme a la normativa interna. De este modo, VOGEL concluye (párrs. 73 y 74) proponiendo un orden de preferencia para interpretar los términos usados en los convenios de doble imposición en el cual el recurso al contexto queda limitado a llenar las posibles lagunas o los resultados indeseados que se obtengan a través de la interpretación conforme a la normativa interna. Sin embargo, esta postura no es apoyada actualmente por parte de la doctrina más cualificada, que propone la interpretación contextual de los términos no definidos en el convenio con el objetivo de obtener una interpretación homogénea de los términos convencionales. En este sentido, véase, *inter alia*, LANG (2010), n.m. 116; BECERRA (2007), pág. 65; American Law Institute (1991), pág. 39 y ss.; CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ (2005), págs. 202-203; BAKER (1994), n.m. C-21. Este enfoque, desde luego, es mucho más coherente con la tendencia actual hacia el reconocimiento de un «régimen fiscal internacional» derivado del elevado nivel fáctico de armonización en esta área por la influencia del MCOCDE. Sobre estos aspectos pueden verse los trabajos de AVI-YONAH (2007), págs. 1-22, o BRAUNER (2003), pág. 259 y ss.

¹⁸ *Vid.*, artículos 10.3 y 11.3 del MCOCDE, definiendo, respectivamente, los términos «dividendos» e «intereses» a efectos de la aplicación del MCOCDE.

do exista una enajenación (*alienation*)¹⁹. Dicho término no se encuentra definido en el artículo 13, por lo que, a falta de previsión específica en el convenio relevante, será necesario acudir a los comentarios al artículo 13 para poder interpretar dicho término. A este respecto, los comentarios al MCOCDE no ofrecen una definición precisa del término enajenación, sino que incluyen determinados ejemplos de operación que son consideradas como supuestos de enajenación a los efectos del artículo 13 del MCOCDE²⁰. Dicho listado no tiene carácter exhaustivo, por lo que habrá que contrastar los supuestos de enajenación previstos en la normativa doméstica con los caracteres que se pueden extraer del listado incluido en los comentarios.

De los ejemplos del listado, algunos autores extraen un concepto de enajenación que, de conformidad con el artículo 13 del MCOCDE, implicaría el cambio en la atribución económica del poder de disposición de un determinado activo²¹. A pesar de lo razonable de dicha definición, difícilmente puede ser conjugable con el criterio que aparentemente siguen los comentarios. En efecto, si atendemos a dicho listado, se incluyen determinadas operaciones en que, a pesar de que se produce un cambio en la titularidad jurídica de unos determinados activos, la titularidad económica del activo no tiene por qué necesariamente variar. Tal es el caso de los supuestos de aportaciones de activos a sociedades o determinadas liquidaciones societarias²².

Por tanto, cabría pensar que en aquellos cambios en que la normativa tributaria doméstica califique como enajenaciones basándose en el cambio en la titularidad jurídica sobre los activos puedan ser considerados como enajenaciones a los efectos del artículo 13 del MCOCDE. A los efectos del presente trabajo, esta consideración no ofrecería ningún tipo de dudas en relación con la inclusión de las diversas transferencias de activos que se realizan en la operación de fusión, siempre que la normativa doméstica del estado que aplica el convenio, en este caso, el estado de la fuente, las califique como enajenaciones con base en el cambio de la titularidad jurídica de los activos que se pone de manifiesto como resultado de la operación. Dicha conclusión se ve refrendada por la mención que se realiza a las operaciones de reorganización empresarial incluidas en los comentarios al artículo 13.4 del MCOCDE después de la actualización de los comentarios de 2008²³.

Junto al requisito de enajenación, el artículo 13 requiere para ser aplicable que, como consecuencia de la enajenación, el no residente obtenga una ganancia en el estado de la fuente²⁴. Como

¹⁹ *Vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 174-176; destacando del presente requisito el resultado que determinará un cambio en la titularidad de un determinado activo. Esto es coherente con la elección de este término, frente a otros como «venta o intercambio» [cf. BAKER (1994), n.m. 13-03] o «disposición» [AVERY JONES (2006), págs. 249-250] para poder dar la mayor amplitud posible a los eventos que fueran considerados como determinantes de la obtención de ganancias de capital. Sobre ello, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), pág. 176 y ss.

²⁰ Este listado incluye las ventas y permutas, enajenaciones parciales, enajenaciones por expropiaciones, aportaciones al capital de una sociedad, venta de derechos, donaciones y la transmisión de bienes mortis causa (*vid.* Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 5). Debe tenerse en cuenta que el listado carece de carácter constitutivo. De hecho, los propios comentarios al MCOCDE incluyen otros ejemplos de operaciones que pueden ser consideradas como enajenaciones en el marco del artículo 13.

²¹ Así, por ejemplo, FAYBIK, J. (2007), págs. 173-174.

²² *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párrs. 5 y 31.

²³ Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.7.

²⁴ *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 12.

consecuencia de dicho requisito, los casos en que el resultado de la operación sea negativo, es decir, cuando la operación resulte en pérdidas para el no residente, el artículo 13 no será aplicable²⁵. Dicho requisito es consecuente con el objetivo de eliminación de la doble imposición del MCOCDE, al no producirse ninguna sobreimposición en los casos en que el resultado de la alteración patrimonial sea negativo. Con todo, ha de notarse que el MCOCDE no incluye ninguna referencia acerca del modo conforme al cual han de computarse las eventuales ganancias o pérdidas de capital por el estado de la fuente en los supuestos en que un no residente lleve a cabo la enajenación de determinados activos²⁶. Esto es resultado del carácter distributivo y no material de esta cláusula que no impone cómo han de tributar las ganancias, sino qué estado será competente para su gravamen.

Finalmente, el último requisito es que el elemento cuya enajenación haya generado las ganancias, sea un elemento de capital o patrimonial²⁷. Este requisito sirve para diferenciar los supuestos de enajenación de elementos del activo circulante, que generarán una renta común, gravable como beneficios empresariales (art. 7 del MCOCDE) u otras rentas (art. 21 del MCOCDE), de otras clases de activos, ya sean fijos o financieros, en que la distribución del poder de imposición sobre las ganancias generadas a través de su enajenación se regirá por las reglas previstas en el artículo 13 del MCOCDE. Con todo, esta distinción carece de relevancia práctica, pues, con las salvedades que se indicarán seguidamente, la regla general en los casos citados es la competencia tributaria exclusiva del estado de la residencia sobre las rentas y ganancias que sean subsumidas en los citados preceptos²⁸.

Esta regla general solo se ve conculcada en el ámbito del artículo 13 del MCOCDE en los casos de enajenaciones de bienes inmuebles y establecimientos permanentes situados en el estado de la fuente por parte de no residentes²⁹, así como en el caso de ganancias procedentes de la enajenación de acciones y participaciones en el capital de sociedades cuyo activo esté formado en más del 50 por 100 por inmuebles sitos en el estado de la fuente³⁰. En todos estos casos³¹, el MCOCDE establece una regla de tributación compartida ilimitada, de modo que las ganancias obtenidas por el no residente podrán ser objeto de gravamen simultáneo en el estado de la fuente y en el estado de la residencia, estado este último que se encontrarán obligado a eliminar la doble imposición que pueda surgir por el solapamiento de gravámenes a través de la aplicación del mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el artículo 23, o su equivalente en el convenio relevante.

²⁵ Cf., *inter alia*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 748.

²⁶ A este respecto, los comentarios al MCOCDE señalan, de modo ejemplificativo, diversos mecanismos que pueden servir para cuantificar las ganancias de capital. *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 12.

²⁷ Contra, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 164-167, para el cual la ausencia de una referencia al carácter de los activos enajenados como integrantes del circulante o del inmovilizado, determina la aplicación del artículo 13 a la enajenación de cualquier clase de activo, sin perjuicio de su naturaleza.

²⁸ Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 4. Sobre estos aspectos, *vid.*, VOGEL (1997), article 7, nn.mm. 22 y 33a. Manteniendo una posición diversa a la anterior, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), págs. 164-167; y AVERY JONES (2001), pág. 389.

²⁹ Cf. artículos 13.1 y 13.2 del MCOCDE. Debe tenerse en cuenta que la previsión del artículo 13.2 afecta tanto a la enajenación del establecimiento permanente, como a la enajenación de los elementos afectos al mismo.

³⁰ *Vid.* artículo 13.4 del MCOCDE.

³¹ El artículo 13.3 del MCOCDE contiene una regla especial referida, entre otros, a la enajenación de buques y aeronaves por parte de empresas dedicadas al transporte internacional. Las ganancias derivadas por la enajenación de estos activos tributarán de modo exclusivo en el estado en que se encuentre la sede de dirección efectiva de dichas sociedades. A los efectos del presente trabajo, no tendremos en cuenta esta regla por su carácter excepcional y su limitado ámbito de aplicación.

Debe tenerse en cuenta que las ganancias derivadas de otros elementos patrimoniales o de capital, según la terminología empleada en el MCOCDE, tributarán exclusivamente en el Estado de la residencia de la sociedad transmitente (art. 13.5 del MCOCDE). En el caso de que los elementos transmitidos no tengan dicha consideración, la regla aplicable será la misma, en virtud de las previsiones de los artículos 7 (beneficios empresariales) y 21 (otras rentas), de modo que la calificación de un activo transmitido como de capital o circulante carecerá de relevancia práctica, siendo únicamente significativo el que nos encontremos ante la transmisión de un elemento patrimonial de los referidos anteriormente³².

Fuera del ámbito del MCOCDE, en el MCONU se amplían los supuestos en que el estado de la fuente podrá gravar las ganancias de capital obtenidas por un no residente, en la medida en que las enajenaciones de participaciones sustanciales, normalmente participaciones superiores al 25 por 100 del capital social en una sociedad residente en el estado de la fuente, se someten también a una regla de tributación compartida ilimitada³³. Esta divergencia, frente a las previsiones del MCOCDE, donde estas ganancias tributarían únicamente en el estado de la residencia del perceptor, se justifica por la equiparación desde una perspectiva económica de la inversión en el estado de la fuente a través de un establecimiento permanente o de una filial, de modo que la enajenación de una participación de control sobre una sociedad residente se somete a las mismas reglas que la enajenación de un establecimiento permanente o de elementos afectos al mismo, esto es, al gravamen compartido ilimitado por los estados de la fuente y de la residencia sobre las ganancias que afloran como consecuencia de dicha enajenación³⁴.

En el supuesto examinado, por lo tanto, el estado de la fuente podrá gravar las ganancias derivadas de las transferencias de activos que tienen lugar en el curso de la operación de fusión realizada por sociedades no residentes cuando esta operación implique que la sociedad absorbida transmita bienes inmuebles, un establecimiento permanente o participaciones en sociedades inmobiliarias, cuando el convenio relevante se base en el MCOCDE. En el caso de que el convenio relevante se base en el MCONU, junto a las anteriores desviaciones a la regla general de tributación exclusiva de las ganancias en el estado de la residencia del perceptor, se incluirán también en la regla de tributación compartida ilimitada las ganancias derivadas de la enajenación de participaciones sustanciales en sociedades residentes en el estado de la fuente.

Como veremos, es en estos casos donde la existencia de una situación transfronteriza tendrá relevancia en la medida en que el elemento internacional podrá convertir en el origen de supuestos de sobreimposiciones o disparidades en el momento en que las ganancias patrimoniales sean objeto de gravamen en cada uno de los estados que pueden dar lugar a ineficiencias en relación con el tratamiento neutral de la operación. Por el contrario, cuando las ganancias derivadas de la transmisión de activos que tiene lugar en el marco de la operación de fusión sean objeto de gravamen exclusivo por el estado de la residencia de la sociedad absorbida no se plantearán problemas de doble imposición

³² En este sentido, *vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 4.

³³ *Vid.*, artículo 13.5 del MCONU. Debe tenerse en cuenta que el MCONU no establece un umbral de participación mínimo para la aplicación de esta cláusula, quedando la determinación del porcentaje concreto a la negociación entre los estados parte (*vid.*, Comentarios al MCONU, art. 13, párr. 10).

³⁴ En este sentido, *vid.*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 780; SIMMONTACCHI (2007), págs. 390-392; KOSTERS (2004), pág. 6.

o de asimetrías en el tratamiento neutral de la operación. Esto es así al no someterse estas ganancias a un gravamen distinto del exigido por el estado de la residencia.

3. Los efectos transfronterizos de la fusión de sociedades en el estado de la residencia

A diferencia de lo que sucede en el estado de la fuente, donde la transmisión de los activos por parte de la sociedad absorbida no se beneficiaría de un tratamiento neutral, en la medida en que la operación es realizada por no residentes, característica que normalmente determinará la no extensión de los regímenes domésticos de diferimiento por no asegurarse el futuro gravamen de las ganancias cuya tributación se difiere en el momento de realización de la operación o por no cumplirse el objeto extrafiscal del régimen en relación con el estado de la fuente³⁵; el estado de la residencia normalmente extenderá el tratamiento neutral de la operación a las rentas o ganancias obtenidas por sus residentes sobre una base mundial. Como consecuencia de esta asimetría en el reconocimiento de las ganancias puestas de manifiesto en la operación de fusión entre el estado de la fuente y el estado de la residencia, pueden surgir problemas de sobreimposición y de falta de neutralidad de la operación desde una perspectiva global.

Como resultado del gravamen en origen de las ganancias puestas de manifiesto en sede de la sociedad absorbida, el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan deberá eliminar la doble imposición que surja al aplicar su gravamen sobre la renta mundial de sus residentes³⁶. Esta eliminación de la doble imposición se realizará de conformidad con el mecanismo previsto en el convenio de doble imposición, ya sea el método de imputación o el de exención. En principio, la aplicación del método de exención excluirá cualquier problema de doble imposición al territorializarse el derecho de imposición del estado de la residencia, que no alcanzará a las rentas obtenidas en el otro estado contratante³⁷. Sin embargo, cuando el mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el convenio es el método de imputación, como veremos, la aplicación del diferimiento impositivo por parte del estado de la residencia podrá dar lugar a supuestos de sobreimposiciones.

En efecto, si en el momento en que se realiza la operación el estado de la fuente grava las ganancias puestas de manifiesto en sede de la sociedad absorbida, el crédito impositivo generado para la aplicación del método de imputación por el estado de la residencia no podrá ser aplicado si no existen ganancias reconocidas en el estado de la residencia como consecuencia de la aplicación del régimen especial de diferimiento. Esto es así, al requerir el método de imputación para su aplicación que las rentas de fuente foránea gravadas por el estado de la fuente sean integradas en la base imponible doméstica³⁸. Así, la aplicación del diferimiento impositivo por el estado de la residencia implicará que no se integren en la base imponible de la sociedad absorbida las rentas que se habrían generado como consecuencia de la operación con la condición de que se apliquen los criterios de

³⁵ *Vid.*, SPORI (2001), pág. 64.

³⁶ Cf. Comentarios al MCOCDE, Introducción, párr. 25.

³⁷ Cf. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 13 y ss.

³⁸ Cf. Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 13. *Vid.*, CALDERÓN CARRERO (1997), págs. 189-191; HOLMES (2007), pág. 103, ambos resaltando el requisito de integración de rentas como necesario para la aplicación del mecanismo de imputación.

continuidad valorativa. De este modo, las ganancias no reconocidas en sede de la sociedad absorbida en el momento de la operación de fusión serán reconocidas finalmente en sede de la sociedad absorbente cuando proceda a enajenar los activos recibidos³⁹.

Así las cosas, cuando se produzca la enajenación de los activos recibidos por la sociedad absorbente, a efectos de determinar las ganancias patrimoniales correspondientes, se tomará como valor de adquisición el valor contable que tenían dichos activos para la sociedad absorbida en el momento de la fusión⁴⁰, gravándose las ganancias no reconocidas en el momento de la fusión. Es en el momento en que se produzca esta integración de las ganancias no reconocidas en el momento de la fusión cuando el crédito derivado del impuesto satisfecho en el estado de la fuente podrá ser objeto de deducción. Ahora bien, este requisito generaría que la situación, originariamente de doble imposición jurídica internacional, se convirtiera en un supuesto de doble imposición económica internacional, al gravarse la misma renta en sede de dos sujetos diversos, la sociedad absorbida, que sería gravada por el estado de la fuente en el momento de realizarse la fusión, y la sociedad absorbente, que sería gravada por el estado de la residencia al integrar las ganancias cuyo reconocimiento se difirió a través de una posterior enajenación de los activos adquiridos con ocasión de la fusión⁴¹.

Esta asimetría en el reconocimiento temporal de las ganancias, que, en el supuesto examinado nos conduce a una situación de doble imposición económica internacional, como veremos, no puede ser resuelta directamente con el recurso al método de imputación tal y como está configurado en el MCOCDE. Sin embargo, conviene estudiar de modo separado las dos disparidades que surgen en este caso en el marco de la aplicación del método de imputación.

En primer lugar, como consecuencia de la interacción entre el gravamen instantáneo y el diferimiento en el reconocimiento de las ganancias por parte de los estados de la fuente y de la residencia, respectivamente, surgirá una disparidad en el aspecto temporal del gravamen en ambos estados (*timing mismatch*)⁴². Esta disparidad determinará que las ganancias derivadas de la fusión no sean gravadas en el mismo periodo en cada uno de los estados implicados. Como consecuencia de lo anterior, podrían plantearse dificultades en el estado de la residencia para reconocer el impuesto foráneo a la hora de aplicar el método de imputación.

Los comentarios al MCOCDE no son ajenos a la posibilidad de que no exista coincidencia en el aspecto temporal en relación con el gravamen exigido por el estado de la fuente y el estado de la

³⁹ *Vid.*, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331; BARENFIELD (2005), págs. 143-144.

⁴⁰ *Cf.*, a modo de ejemplo, el artículo 85 del TRLIS, en el ámbito español, el artículo 4.2 de la Directiva de fusiones o la sección 361 del *Internal Revenue Code*, en el ámbito estadounidense.

⁴¹ *Cf.*, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331. El siguiente ejemplo puede ilustrar la generación de la doble imposición económica internacional en este supuesto. Suponiendo que la sociedad A, residente en España es titular de un inmueble en Francia, cuyo valor contable es de 100, y su valor de mercado, 500; si dicha sociedad es absorbida por la sociedad B, también residente en España, la aplicación del régimen especial determinará que la sociedad B registre dicho inmueble por importe de 100 (art. 85 del TRLIS). Si Francia no aplica el régimen de diferimiento, la sociedad A será gravada por las ganancias obtenidas en el momento de realizarse la operación (400). Dichas ganancias no se integrarán en la base imponible de la sociedad A por aplicación del régimen especial, sino que serán gravadas cuando la sociedad B enajene posteriormente el inmueble valorado conforme al criterio de continuidad. De este modo, la ganancia será gravada en sede de la sociedad A por el estado de la fuente (Francia) y en sede de la sociedad B por el estado de la residencia (España).

⁴² *Vid.*, entre otros, ULMER (2001), págs. 100-102; TENORE (2006), págs. 140-141.

residencia⁴³. A este respecto, los comentarios se inclinan por mantener una postura basada en que el estado de la residencia no deba denegar la deducción del impuesto extranjero sobre la base de esta disparidad temporal, salvo que en el artículo en que se regulan los mecanismos para eliminar la doble imposición en el convenio se incluya un límite temporal concreto para la deducción del impuesto extranjero o se haga una remisión a la normativa interna del estado de la residencia a los efectos de determinar este extremo, y dicha normativa doméstica sí incluya limitaciones temporales para el ejercicio de la imputación del impuesto extranjero⁴⁴.

En el caso español, en la mayoría de los convenios más recientes se incluyen referencias a la configuración del método de imputación en la normativa doméstica española⁴⁵, lo cual determinaría que la deducción del impuesto extranjero solo pudiera realizarse dentro de los límites temporales previstos por la normativa doméstica⁴⁶. Obviamente, esta limitación podría fácilmente derivar en supuestos de sobreimposiciones en los casos en que se denegara la deducción del impuesto extranjero con base en la superación de los límites temporales para el ejercicio de la deducción del crédito impositivo por la sociedad absorbente, especialmente si se tiene en cuenta que el reconocimiento de la ganancia en el estado de la residencia requeriría de la previa enajenación de los activos adquiridos previamente en la fusión.

Así las cosas, se daría la paradoja de que para evitar un supuesto de doble imposición, la sociedad beneficiaria se vería obligada a enajenar activos adquiridos en la fusión y que, a priori, constituirían el conjunto empresarial que ha sido objeto de una estructuración económica más eficiente a través de la fusión. Teniendo en cuenta que el potencial incremento de eficiencia derivado de la fusión se encuentra protegido por el sistema fiscal a través del diferimiento de las ganancias, sería inconsistente que el estado de la residencia «sancionara» con la denegación de la aplicación del método de imputación y la consiguiente sobreimposición a sociedades que previamente han realizado operaciones en el marco de regímenes fiscales protegidos.

Sin perjuicio de las citadas repercusiones que tienen estas disparidades en el aspecto temporal, en el elemento subjetivo se manifestará una disparidad de mayor relevancia. En efecto, como se ha señalado anteriormente, en este caso, la sobreimposición se plasmará en un supuesto de doble imposición económica internacional, pues el impuesto del estado de la fuente le será exigido a la sociedad absorbida, mientras que, posteriormente, el estado de la residencia gravará las mismas ganancias en sede de la sociedad absorbente. En consecuencia la misma ganancia será gravada en sede de dos sujetos diversos, dando lugar a un supuesto de doble imposición económica internacional⁴⁷.

⁴³ *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 32.8.

⁴⁴ *Vid.* Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párr. 32.8; ARNOLD, SASSEVILLE y ZOLT (2002), pág. 242; CALDERÓN CARRERO (2005), pág. 982 y ss.

⁴⁵ Sirvan como ejemplo los tres últimos convenios suscritos por España y publicados en el BOE, que incluyen la referencia a la eliminación de la doble imposición «de conformidad con la legislación interna española». Así sucede en los convenios con Armenia (art. 23.1), Hong Kong (art. 21.2) o Singapur (art. 21.1).

⁴⁶ A tal respecto, cabe entender dicha limitación de lo previsto en el artículo 31.4 del TRLIS que establece un plazo de 10 años para la aplicación del método de imputación en los casos de insuficiencia de cuota que no permitan la deducción del impuesto extranjero.

⁴⁷ *Vid.*, por todos, VOGEL (1997), Introduction, n.m. 3.

Como es sabido, el MCOCDE se limita a la eliminación de la doble imposición jurídica internacional, sin que los supuestos de doble imposición económica internacional sean resueltos por la aplicación de los mecanismos previstos en el MCOCDE⁴⁸. Efectivamente, en el ámbito del mecanismo de imputación, es claro que, para poder beneficiarse de su aplicación, ha de existir identidad subjetiva entre las personas que han soportado la imposición en el estado de la fuente y en el estado de la residencia, siempre que sean sujetos a imposición por la renta obtenida y no tributen en un régimen de atribución de rentas. Así, de conformidad con el artículo 23B del MCOCDE, solo se encontrará legitimada para solicitar la deducción del impuesto soportado en el extranjero aquella persona que haya sido sujeto pasivo del mismo, sin que pueda beneficiarse del crédito impositivo un sujeto distinto del que fue sujeto pasivo del impuesto exigido por el estado de la fuente⁴⁹.

De este modo, no cabría pensar que el método de imputación, tal y como se encuentra previsto en el MCOCDE, pudiera servir para eliminar la sobreimposición que se pondría de manifiesto en este caso. No obstante, aunque a nivel convencional estas sobreimposiciones no sean susceptibles de solución en el estado actual del MCOCDE, de un lado, la normativa interna del estado de la residencia y, de otro, cláusulas particulares negociadas en algunos convenios de doble imposición, pueden servir para evitar estos problemas de doble imposición, sin perjuicio de que, solo en algunos casos, pueda conseguirse al mismo tiempo evitar distorsiones en el tratamiento neutral de la operación.

III. LAS SOLUCIONES UNILATERALES A LOS SUPUESTOS DE DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL EN LAS OPERACIONES DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y SUS LIMITACIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NEUTRALIDAD GLOBAL

Los supuestos de doble imposición que se producen en el marco de las operaciones de reorganización empresarial cuando se presentan elementos internacionales son fácilmente solucionables por el estado de la residencia. A este respecto, tanto la normativa interna española, como el Derecho comparado nos aportan diversos ejemplos de mecanismos unilaterales que permiten evitar que la doble imposición se pueda convertir en un obstáculo en el marco de operaciones de reorganización empresarial que tengan efectos transfronterizos. Con todo, como veremos, estas soluciones unilaterales, aun cuando permiten eliminar la doble imposición que surge en estos casos, no resuelven otros problemas inherentes a la situación de internacionalidad de estas operaciones.

La solución más obvia consiste en evitar que surja la disparidad en el aspecto temporal a través de la anticipación del gravamen sobre la sociedad absorbida por parte del estado de la residencia. De este modo, las ganancias que se ponen de manifiesto con ocasión de la operación de reorganización

⁴⁸ Cf. Comentarios al MCOCDE, Introducción, párr. 3 y artículos 23A y 23B, párr. 1.

⁴⁹ Sobre la legitimación subjetiva para la aplicación del método de imputación, *vid.*, BARENFELD (2005), págs. 143-144 y los Comentarios al MCOCDE, artículos 23A y 23B, párrs. 69.1-69.3, detallando los supuestos en que aun existiendo diversidad de sujetos gravados, puede considerarse la existencia de doble imposición jurídica internacional por no tributar uno de los sujetos de modo separado, es decir, en régimen de atribución de rentas, y no poder, por tanto, ser considerado residente a los efectos de la aplicación del convenio.

empresarial serían gravadas al mismo tiempo por ambos estados en sede de la sociedad absorbida, sin que la situación pudiera derivar en un supuesto de doble imposición económica internacional. En este caso, la doble imposición jurídica internacional que tendría lugar como consecuencia del solapamiento de gravámenes se resolvería a través de la simple aplicación del mecanismo para eliminar la doble imposición previsto en el convenio relevante.

Esta anticipación del gravamen se logra mediante el reconocimiento instantáneo de las ganancias de fuente extranjera realizadas con ocasión de la operación de fusión. Dicho reconocimiento puede darse con carácter general para las rentas de fuente foránea, como sucede en el caso austriaco⁵⁰, o mediante la opción específica de la sociedad absorbida, como sucede en el caso español⁵¹. Debe recordarse que en España el régimen de diferimiento impositivo no solo es opcional en su integridad, sino que caben renunciaciones parciales de la aplicación del régimen mediante la integración de las ganancias que se pongan de manifiesto a la hora de realizarse la operación de reorganización empresarial⁵². Aunque el ámbito de la renuncia prevista en la normativa española es mucho más amplio que la mera integración de las ganancias generadas en el extranjero a los efectos de permitir la deducción del impuesto exigido por el estado de la fuente, lo cierto es que efectivamente permite eliminar la disparidad temporal, pues al integrarse las ganancias de fuente extranjera en la base imponible de la sociedad transmitente, se podrá deducir el crédito por el impuesto satisfecho en el extranjero en el mismo ejercicio en el que dicho impuesto fue exigido, eliminando también cualquier disparidad en el elemento objetivo.

Junto a esta solución, otro posible mecanismo para eliminar la doble imposición económica internacional que se pone de manifiesto en estos casos consiste en permitir a la sociedad absorbente que se beneficie del crédito por el impuesto extranjero soportado por la sociedad absorbida en el momento de realizarse la operación. A través de esta solución aunque persistirán las disparidades temporales y subjetivas, el estado de la residencia de la sociedad absorbente admitirá la subrogación de esta última sociedad en la posición de la sociedad absorbida en relación con los impuestos del estado de la fuente que la gravaron en el momento de realizarse la operación de reorganización empresarial. Este mecanismo se emplea, por ejemplo, en la normativa estadounidense⁵³, siendo significa-

⁵⁰ En el caso austriaco, el régimen de diferimiento impositivo es opcional para el contribuyente en relación con las rentas y ganancias de fuente extranjera que obtenga en el marco de la operación de reorganización empresarial. A través de este mecanismo se logran eliminar las disparidades temporales que pudieran surgir en relación con la aplicación del método de imputación. *Vid.*, ERNST & YOUNG (2009), pág. 354. De modo similar, en el contexto del convenio de doble imposición entre Estados Unidos y Canadá de 1980, el artículo XIII(7) prevé una regla especial aplicable a las personas físicas para que puedan solicitar el reconocimiento de las ganancias de fuente extranjera que, de otro modo, habrían gozado del diferimiento impositivo en el estado de la residencia. Mediante esta opción, el contribuyente puede evitar que las disparidades en el momento del reconocimiento de las ganancias puedan llegar a generar supuestos de doble imposición.

⁵¹ El artículo 84.2 del TRLIS permite a la sociedad transmitente renunciar parcialmente a la aplicación del régimen de diferimiento mediante la integración de las ganancias de los activos sobre los que se ejecute la renuncia, lo que determinará, en su caso, la no aplicación de la regla de continuidad valorativa respecto de los activos sobre los que se ejecute dicha renuncia.

⁵² En efecto, la renuncia en el TRLIS se realiza activo por activo, de modo que cabría emplearla sobre los activos que generen ganancias sujetas a imposición en otro estado para tratar de evitar que surjan disparidades temporales. Sobre la renuncia prevista en este precepto, *vid.*, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES y ORTEGA CARBALLO (2010), n.m. 1.677.

⁵³ En el caso estadounidense, la sección 381 del *Internal Revenue Code* establece un listado ejemplificativo de los derechos y obligaciones de la sociedad transmitente sobre los que la sociedad beneficiaria puede subrogarse. En el listado no se incluye la posible subrogación de la sociedad beneficiaria en la posición de la transmitente en relación con la aplicación

tivo que en esta jurisdicción el régimen de diferimiento es de aplicación obligatoria sin que quepan renunciaciones parciales o totales a su aplicación; de modo que no cabría otra solución para evitar la doble imposición que se produciría en este caso⁵⁴. En la normativa interna española, la subrogación en derechos y obligaciones que establece el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades parece que permitiría que la sociedad absorbente se aprovechara del crédito por impuestos extranjeros generado por la sociedad absorbida⁵⁵. En cualquier caso, ha de notarse que esta legitimación para que la sociedad absorbente pueda deducirse los impuestos que fueron soportados por la sociedad absorbida no resolvería, por sí misma, los problemas que pudieran derivarse de la existencia de limitaciones temporales para su ejercicio que anteriormente han sido señaladas.

Ahora bien, aunque estas soluciones unilaterales sirven para eliminar, con mayor o menor fortuna, la doble imposición económica internacional que se pone de manifiesto en estas situaciones, bien es cierto que las soluciones unilaterales fallan a la hora de solventar otros problemas derivados de la existencia de elementos transfronterizos en la operación. En la medida en que el estado de la fuente grava las ganancias que surgen en la operación en el momento en que esta se realiza, el principio de neutralidad fiscal vertebrador del diferimiento impositivo ofrecido por el estado de la residencia de las sociedades que se fusionan se verá distorsionado, pues, desde una perspectiva global, no podrá hablarse de neutralidad al gravarse por el estado de la fuente las ganancias puestas de manifiesto en la operación de reorganización empresarial.

A este respecto, debe notarse que la neutralidad fiscal como eje del sistema de imposición sobre las ganancias generadas en las operaciones de reorganización empresarial excluye que las ganancias sean gravadas en el momento de realizarse la operación bajo la premisa de que estas ganancias cuyo reconocimiento se pospone a efectos tributarios sean gravadas en un momento ulterior⁵⁶. Esta premisa se justifica en la distorsión que el factor fiscal generaría en las decisiones empresariales acerca de la realización de estas operaciones si las ganancias generadas como consecuencia de la operación fueran objeto de gravamen inmediato al no aflorar liquidez en estas operaciones que permitiera satisfacer el gravamen que se hubiera exigido⁵⁷. De este modo, se aprecia la finalidad extrafiscal de los regímenes de diferimiento que son aplicables a las operaciones de reorganización empresarial, que tienen por objetivo último evitar que el factor fiscal pueda convertirse en un obstáculo para la reali-

del método de imputación por impuestos extranjeros. Sin embargo, las autoridades fiscales estadounidenses han recalcado que el listado incluido en la citada sección no tiene carácter constitutivo [*vid.*, así las cf. U.S. Treasury Regulations § 1.381(a)-1(b) (3) (i)], lo cual ha conducido a la doctrina a afirmar de modo unánime la transmisibilidad del crédito por impuestos extranjeros en estas operaciones [*vid.* DUPUY y DOLAN (2005), §VI.2.C; JARCHOW (1978), pág. 326 y ss.]. Una referencia expresa al uso de los créditos fiscales por impuestos extranjeros soportados por la sociedad absorbida por parte de la sociedad absorbente puede encontrarse en el caso canadiense. En este sentido, la sección 87(2) (z) del *Income Tax Act* canadiense expresamente establece la subrogación de la sociedad beneficiaria en relación con estos aspectos.

⁵⁴ Cf. BITTKER y EUSTICE (2000-2009), ¶ 12.40 y ss.

⁵⁵ Nótese que el artículo 90.1 del TRLIS no incluye referencia alguna a la posibilidad de que la subrogación de la sociedad beneficiaria se extienda a los créditos por impuestos satisfechos por la sociedad absorbida en el extranjero. Sin embargo, parece claro que la falta de mención expresa no afecta a dicha inclusión al hablarse genéricamente de derechos y obligaciones, lo cual parece permitir esta posibilidad. En este sentido, *vid.*, LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES y ORTEGA CARBALLO (2010), n.m. 3.508.

⁵⁶ *Vid.*, *inter alia*, SPORI (2001), pág. 58 y ss.; BRAUNER (2005), pág. 1.033 y ss.

⁵⁷ Sobre esta consideración y las críticas al criterio de la falta de liquidez como justificación para los regímenes de diferimiento impositivo, *vid.*, BRAUNER (2004), págs. 13-14; HELLERSTEIN (1957), pág. 261, o BANK (2000), págs. 39-43.

zación de operaciones que potencialmente pueden crear valor al facilitar la adaptación de las estructuras empresariales al entorno económico⁵⁸.

Así pues, el objetivo de los regímenes de diferimiento establecidos por los estados de residencia puede verse distorsionado por el gravamen inmediato de las ganancias foráneas realizado por el estado de la fuente. De este modo, el objetivo de neutralidad fiscal se desvanecería como consecuencia de este gravamen inmediato por parte del estado de la fuente. Esta situación no puede ser objeto de resolución unilateral, sino que requiere que el estado de la fuente proceda al diferimiento del reconocimiento de las ganancias generadas en su territorio de modo simultáneo al diferimiento otorgado por el estado de la residencia.

Esta opción aseguraría que, desde una perspectiva global, la neutralidad fiscal de la operación se respeta como resultado de la aplicación simultánea del diferimiento por los estados implicados en la operación. Sin embargo, para lograr este objetivo es necesario una acción coordinada entre los estados afectados por la operación, pues el limitado ámbito de aplicación del principio de no discriminación en el MCOCDE no ampararía estas operaciones⁵⁹. En este sentido la existencia de cláusulas específicas de reorganización empresarial en algunos convenios de doble imposición es reseñable como ejemplo de soluciones coordinadas que solucionan, al menos en parte, los problemas derivados de la realización de operaciones de reorganización empresarial que despliegan sus efectos en más de una jurisdicción.

IV. CLÁUSULAS DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL EN LA RED DE CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

1. Introducción

La red mundial de convenios de doble imposición cubre en la actualidad más de 3.000 convenios internacionales⁶⁰, en su mayor parte bilaterales. La mayor parte de estos convenios sigue en su

⁵⁸ En este sentido, como señala CLARK (2006), pág. 109, «la razón de política fiscal para los regímenes de diferimiento en estos casos es la eliminación de obstáculos fiscales para el crecimiento de negocios exitosos, mientras que se reconoce la titularidad continuada del negocio y la falta de realización efectiva de las ganancias sobre los activos empresariales». En el mismo sentido, *vid.*, NAVARRO EGEA (1997), pág. 21.

⁵⁹ Debe tenerse en cuenta que la extensión de los regímenes fiscales especiales sobre reorganizaciones empresariales no puede realizarse de modo automática a través de la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 24 del MCOCDE. En particular, aunque algunos autores han planteado la extensión de estos regímenes previstos por la normativa del estado de la fuente a los supuestos de reorganizaciones en que se transmite un establecimiento permanente en dicho estado con base en el artículo 24.3 del MCOCDE [*vid.*, entre otros, SACCARDO (2003), pág. 271 y ss.], la posición de la OCDE al respecto es contraria a dicha extensión, entendiendo que el ámbito de aplicación de la cláusula de no discriminación en relación con establecimientos permanentes prevista en el artículo 24.3 del MCOCDE no incluye los regímenes de diferimiento para reorganizaciones empresariales al no referirse a aspectos propios del establecimiento permanente, sino a aspectos subjetivos de la casa central cuya reorganización genera la enajenación del establecimiento permanente [*vid.* Comentarios al MCOCDE, art. 24, párr. 41].

⁶⁰ Obviamente es imposible determinar con certeza el número exacto de convenios de doble imposición en vigor, pues está en constante crecimiento, pero la mayor parte de los autores suelen fijar el número aproximado de convenios de doble imposición (al menos aquellos basados en el MCOCDE) en un número cercano a 3.000. Así, *vid.*, BENNET (2008), pág. 1.

estructura el MCOCDE, con algunas desviaciones puntuales⁶¹. Entre las más notorias desviaciones frente al MCOCDE cabe destacar la existencia de cláusulas de reorganización empresarial. Con todo, no puede obviarse que el número relativo de cláusulas de reorganización empresarial incluidas en convenios de doble imposición es bastante reducido, con cerca de 130 convenios de doble imposición que incluyen cláusulas de este tipo⁶². Adicionalmente, como veremos, la falta de homogeneidad y la diversidad en los objetivos de las distintas cláusulas hace prácticamente imposible su clasificación

⁶¹ Cf. AVI-YONAH (2007), pág. 3 y ss.

⁶² Durante la presente investigación se trató de encontrar todas las cláusulas de reorganización empresarial presentes en la red de convenios de doble imposición y otros tratados internacionales de distinta naturaleza. Para ello, se emplearon las bases de datos más relevantes en el área de la fiscalidad internacional (International Bureau of Fiscal Documentation: *tax treaties data base* y Tax Analysts: *World Tax Treaties*) junto con la base de datos sobre tratados internacionales de la Organización de las Naciones Unidas (*United Nations Treaty Collection*). Como resultado de esta investigación y a fecha de 31 de diciembre de 2011, se encontraron 129 instrumentos internacionales y normas supranacionales o multilaterales que incluyen previsiones relativas al tratamiento fiscal de las operaciones de reorganización empresarial. Con todo, ha de notarse que varias de estas previsiones no serán objeto de estudio aquí por no encontrarse en convenios de doble imposición o no regular los efectos transfronterizos de estas operaciones.

En primer lugar, se excluyen del análisis las previsiones contenidas en los actualmente terminados convenios relativos a la imposición sobre volumen de ventas suscritos por Francia con Austria [1959, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-20)]; Bélgica [1959, subpárr. 3.c) (94 TNI 252-185)]; Dinamarca [1959, subpárr. 3.d); (410 UNTS 142)]; Alemania [1957, subpárr. 4.d); (92 TNI 97-25)]; Italia [1959 canje de notas relativa al convenio de 1932, subpárr. 3.c); (92 TNI 97-22)]; Países Bajos [1957, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-23)]; Noruega [1958, subpárr. 3.d); (92 TNI 97-24)]; Reino Unido [1958, subpárr. 6; (351 UNTS 263)] y Estados Unidos [1956, Anexo I, subpárr. 3.d); (94 TNI 252-173)]. El objetivo de las cláusulas de reorganización incluidas en estos convenios era el de mantener los beneficios fiscales establecidos para la tributación de los cánones después de las operaciones de fusión, es decir, en sede de la sociedad beneficiaria. Sobre estas cláusulas, *vid.*, BRAUNER (2005), págs. 1.068-1.069, nota 233.

En segundo lugar, algunas cláusulas incluidas en convenios de doble imposición no regulan los efectos transfronterizos de estas operaciones, sino aspectos conexos con una relevancia claramente menor. Ese es el caso de la cláusula contenida en el artículo 15.8 del convenio entre Francia y Bélgica de 1964 (un artículo de «dividendos»), que excluye de modo expreso la distribución de acciones y otros derechos societarios por la sociedad absorbente en el marco de una fusión del ámbito de la cláusula distributiva sobre dividendos. Asimismo, el artículo 10.6 del actualmente terminado convenio entre Hungría e India completa el artículo 10.2 a los efectos de establecer un umbral inferior para los derechos de imposición del estado de la fuente en relación con los dividendos que se deriven de acciones que hayan sido emitidas como consecuencia de una fusión realizada posteriormente a la entrada en vigor del convenio. Por otro lado, el artículo 30.4 b) del convenio entre Canadá y Países Bajos de 1986 acepta de modo expreso la sucesión societaria en el marco de las operaciones de fusión a los efectos de la entrada en vigor de determinadas cláusulas convencionales. Junto a estas cláusulas en los convenios de Estados Unidos con Portugal [1994, subpárr. 12 del protocolo anexo al convenio] y con Austria [1996, art. 13.7] se incluyen cláusulas que regulan los efectos transfronterizos de operaciones de aportaciones de activos por parte de sociedades estadounidenses a sus filiales residentes en los otros estados contratantes.

En tercer lugar, en materia de imposición indirecta existen algunas previsiones significativas en el ámbito de algunas organizaciones supranacionales. En este sentido, en el ámbito de la Comunidad Andina, la Decisión n.º 599, de 2004, establece la armonización de determinados aspectos sustanciales y formales en materia de imposición sobre el valor agregado estableciéndose la exención de las transferencias que tienen lugar en las operaciones de reorganización empresarial (art. 6). En el ámbito de la Unión Europea, las Directivas 2006/112/CE, sobre el sistema común del impuesto sobre el valor añadido (art. 7) y 2008/7/CE, sobre la imposición indirecta sobre la concentración de capitales (art. 4), establecen determinadas reglas de aplicación a los supuestos de reorganizaciones empresariales en esta materia.

Finalmente, existen normas supranacionales que establecen reglas relativas a la imposición directa sobre fusiones y otras reorganizaciones empresariales. El instrumento más ambicioso es la Directiva de fusiones, pero en el ámbito de otras organizaciones supranacionales también se han aprobado normas que regulan determinados aspectos fiscales de estas operaciones. Así sucede en la Comunidad Andina, donde la Decisión 292, de 1991, sobre la empresa multinacional andina, establece reglas relativas a la imposición de los dividendos que se distribuyan por estas entidades que pueden constituirse a través de fusiones transfronterizas (*vid.*, arts. 6 y 19). De modo similar, en el proyecto de protocolo de 2007 del CARICOM sobre armonización fiscal, se establecen determinadas reglas relativas a la posibilidad de compensar pérdidas fiscales generadas en sede de la sociedad absorbida tras la fusión y sobre criterios de valoración (*vid.*, arts. 7 y 8).

sistemática. Sin embargo, no deja de ser reseñable la inclusión de estas cláusulas en convenios de elevada relevancia como pueden ser los convenios suscritos por Estados Unidos con Canadá o Países Bajos.

En cualquier caso, ha de notarse que las cláusulas de reorganización empresarial presentes en la red de convenios de doble imposición presentan una elevada heterogeneidad, derivada de la falta de actuación positiva en esta área, fundamentalmente en el seno de la OCDE. Esta falta de actuación armonizadora ha determinado las grandes disparidades que cabe apreciar cuando se examinan las distintas categorías en que pueden clasificarse estas cláusulas, así como las características que presentan estas cláusulas para su aplicación.

Las cláusulas de reorganización empresarial pueden ser clasificadas fácilmente atendiendo a su objeto. En este sentido, cabe hablar de tres grandes categorías de cláusulas de reorganización empresarial⁶³: aquellas que son aplicables en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias al estilo de la prevista en el artículo 13.4 del MCOCDE; aquellas que son aplicables en el marco de cláusulas de participaciones sustanciales similares a la prevista en el artículo 13.5 del MCONU; y, finalmente, aquellas cláusulas que son aplicables a cualquier tipo de ganancias, con independencia de la naturaleza del activo cuya enajenación haya dado lugar a las ganancias patrimoniales.

Por otro lado, otra diferencia fundamental en estas cláusulas tiene que ver con los requisitos relativos a su aplicación. En este sentido, en primer lugar, existen cláusulas que se podrían calificar como autoejecutivas (*self-executive*), en la medida en que no requieren de intervención por parte de las autoridades fiscales del estado que aplica el convenio para su aplicación⁶⁴. Junto a ellas, coexisten cláusulas que sí requieren de intervención administrativa para su aplicación, de modo que el beneficio previsto en la cláusula requerirá para su aplicación de una resolución favorable de la administración tributaria competente.

⁶³ Existiría una cuarta clasificación de cláusulas de reorganización que se puede encontrar en algunos convenios suscritos por Francia con sus antiguas colonias y entre estos estados. Estas cláusulas se refieren a la imposición sobre el registro de determinados activos, estableciendo una regla de tributación exclusiva de estas operaciones en el estado de residencia de la sociedad absorbente. Estos convenios se desvían de lo previsto en el MCOCDE y carecen de relevancia significativa, por lo que se excluyen del presente análisis. En cualquier caso, estas cláusulas se pueden encontrar en los siguientes convenios: Francia-Madagascar (1962 –terminado–, art. 35); Francia-Níger (1964, art. 35); Francia-Costa de Marfil (1964, art. 35); Camerún-Francia (1965 –terminado–, art. 35); Dahomey (actual Benín)-Francia (1965 –terminado–, art. 35); Francia-Alto Volta (actual Burkina Faso) (1965, art. 35); Francia-Senegal (1965 –terminado–, art. 35); Francia-Gabón (1966 –terminado–, art. 35); Francia-Mauritania (1967, art. 67); República del Congo-Francia (1967 –terminado–, art. 35); Algeria-Francia (1968 –terminado–, art. 37); Francia-República centroafricana (1969, art. 35); Islas Comoro-Francia (1970, art. 34); Francia-Mayotte (1970, art. 34); Francia-Togo (1971, art. 35); Mauritania-Senegal (1971, art. 27); Francia-Mali [1972, art. 35(2)]; Francia-Túnez (1973, art. 38.2); Francia-Senegal (1974, art. 35.2 –esta cláusula fue modificada por el art. 13 del Protocolo de 1991, que incluía una nueva cláusula de reorganización–); Benín-Francia (1975, art. 35); Camerún-Francia (1976, art. 35); Algeria-Francia [1982 –terminado–, art. 31(2)]; Francia-New Caledonia (1983, art. 21); República del Congo-Francia (1987, art. 24) y Francia-San Pedro y San Miguel (1988, art. 21). También pueden encontrarse cláusulas de este tipo en dos convenios multilaterales firmados en esta región. Este es el caso de los convenios fiscales multilaterales de la Organización Común Africana y Malgache (1971 –terminado–, art. 35); de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (1984, art. 36) y, más recientemente, la Comunidad Económica y Monetaria de Estados de África Occidental (Reglamento 08/CM/UEMOA; 2008, art. 31). En el caso de la Organización Común Africana y Malgache, ha de tenerse en cuenta que la organización se considera en la actualidad como inactiva, por lo que el convenio se entenderá terminado [cf. OŚMAŃCZYK y MANGO (2003), pág. 34].

⁶⁴ Cf. International Fiscal Association (2001), pág. 51.

A los efectos de proceder al análisis de estas cláusulas, nos centraremos en algunas cláusulas que pueden considerarse como «modelo» en cada una de las referidas categorías, para, posteriormente, analizar las cláusulas de reorganización empresarial previstas en algunos convenios de doble imposición suscritos por España y, finalmente, analizar la cláusula de reorganización prevista en el convenio entre Estados Unidos y Canadá, como ejemplo más desarrollado de cooperación entre estados y eventual modelo para una futura incorporación de estas cláusulas en el MCOCDE. En todo caso, junto al análisis de las cláusulas «modelo», se incluyen las referencias a las desviaciones contenidas en otras cláusulas que siguen dicho modelo.

2. Cláusulas de reorganización empresarial en relación con ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades inmobiliarias

La previsión contenida en el artículo 13.4 del MCOCDE establece la tributación compartida ilimitada sobre las ganancias patrimoniales derivadas de la enajenación de acciones de sociedades cuyo activo esté formado principalmente por inmuebles situados en el estado de la fuente⁶⁵. Con todo, los orígenes de esta cláusula se pueden encontrar en el MCONU, que ya en 1999 incluía una cláusula de este tipo⁶⁶.

La lógica subyacente a esta cláusula es la de prevenir determinados comportamientos abusivos encaminados a erosionar los derechos de imposición del estado de la fuente sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades⁶⁷. En el marco del MCOCDE, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en sociedades no residentes tributarán exclusivamente en el estado de la residencia del perceptor, de modo que se podría lograr la enajenación de bienes inmuebles evitando el gravamen en origen de las ganancias mediante la interposición de una sociedad de no existir una cláusula especial. Pues bien, la cláusula de sociedades inmobiliarias atiende a estas estructuras, de modo que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en el capital de una sociedad, residente o no en el estado de la fuente, cuyo activo derive su valor en más del 50 por 100 de inmuebles situados en el estado de la fuente, se someterán a una regla

⁶⁵ El tenor literal de dicha cláusula es el siguiente: «Las ganancias obtenidas por un residente de un estado contratante por la enajenación de acciones que deriven más del 50 por 100 de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en el otro estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro estado». Este artículo se incluyó en el MCOCDE tras la actualización del modelo que tuvo lugar en 2003. Sobre ello, *vid.*, SIMMONTACCHI (2007), pág. 318 y ss.

⁶⁶ En efecto, la versión del MCONU de 1999 ya incluyó una cláusula de este tipo (art. 13.4) con el siguiente tenor: «Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en el capital de una sociedad o un interés en una sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado, cuyo patrimonio consista directa o indirectamente de modo principal en bienes inmuebles situados en un estado contratante, podrán ser sometidos a imposición en ese estado. En particular:

1. Nada contenido en este párrafo se aplicará a una sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado distinto de una sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado dedicado a la actividad de gestión de bienes inmuebles, cuyo patrimonio consista directa o indirectamente de modo principal en bienes inmuebles que se empleen por dicha sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado en su actividad empresarial.
2. A efectos de este párrafo, "de modo principal" en relación con la titularidad de bienes inmuebles significa que el valor de dichos inmuebles superan el 50 por 100 del valor agregado de todos los activos detentados por dicha sociedad, sociedad personalista, *trust* o patrimonio separado».

⁶⁷ Cf. Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.3 y ss.; Comentarios al MCONU, artículo 13, párr. 8.

de tributación compartida que evitará que el derecho de imposición del estado de la fuente se pueda ver erosionado por la interposición de sociedades⁶⁸. De este modo, la mayor parte de la doctrina considera que nos encontramos en este caso ante una cláusula de carácter preferentemente antiabusivo⁶⁹.

En este contexto, algunos estados han incluido en su red de convenios cláusulas de reorganización empresarial que tratan de excluir las ganancias que se pongan de manifiesto a través de la realización de operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de esta cláusula antiabuso⁷⁰. Esta tendencia para excluir a las operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de las cláusulas de sociedades inmobiliarias ha encontrado reflejo en los comentarios al MCOCDE, en que se incluye la referencia a esta exclusión como una posible alternativa para los estados en la negociación de sus convenios de doble imposición⁷¹. A estos efectos, la cláusula prevista en el artículo 13.4 del convenio de doble imposición entre Reino Unido y Hong Kong, de 2010, puede servir de modelo para esta tipología de cláusulas de reorganización empresarial:

«Las ganancias percibidas por un residente de un Estado contratante derivadas de la enajenación de acciones o intereses similares en una sociedad que derive más del 50 por 100 del valor de sus activos directa o indirectamente de bienes inmuebles situados en el otro estado contratante podrán ser sometidos a imposición en dicho estado. Sin embargo, este párrafo no será de aplicación a las ganancias derivadas de la enajenación de acciones:

- a) Cotizadas en un mercado de valores reconocido; o
- b) enajenadas o intercambiadas en el contexto de la reorganización de una sociedad, una fusión, escisión u operación asimilada; o,

⁶⁸ *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.3.

⁶⁹ En la doctrina, entre otros, se ha destacado esta finalidad en los trabajos de, entre otros, SIMMONTACCHI (2007), pág. 320 y ss.; SOLER ROCH (2007), pág. 669; o ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN (2005), pág. 539.

⁷⁰ En concreto, estas cláusulas están contenidas en los siguientes convenios de doble imposición: Países Bajos-Vietnam [1995, art. 13.4]; Bélgica-Vietnam [1996, art. 13.4]; Países Bajos-Taiwán [2001, art. 13.2]; Bélgica-Hong Kong [2003, art. 13.4]; Azerbaiyán-Bélgica [2004, art. 4 del Protocolo, en relación con el art. 13.2 del convenio]; Países Bajos-Eslovenia [2004, art. 13.4]; Bélgica-República Democrática del Congo [2007, art. 13.4]; Bélgica-Ruanda [2007, art. 14.4]; Hong Kong-Luxemburgo [2007, art. 13.4]; Bélgica-Moldavia [2008 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Ghana-Países Bajos [2008, art. XII del Protocolo, en relación con el art. 13.4 del convenio]; Países Bajos-Reino Unido [2008, art. 13.4]; Azerbaiyán-Países Bajos [2008, art. 13.2 –debe notarse que este precepto combina una cláusula de sociedades inmobiliarias con una cláusula de participación sustancial–]; Chipre-Rusia [Protocolo de 2009 modificando el convenio de 1998, art. 13.5 introducido por el art. VII del Protocolo]; Hong Kong-Liechtenstein [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Reino Unido [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Austria-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Kuwait [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Hungría [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Indonesia [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Países Bajos [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Países Bajos-Suiza [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Brunei-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Hong Kong-Irlanda [2010 –pendiente de ratificación–, subpárr. 3 del protocolo anexo en relación con el art. 13.4]; France-Hong Kong [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.1 b)]; Países Bajos-Panamá [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.6)]; Hong Kong-Suiza [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)]; Hong Kong-Nueva Zelanda [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)]; Luxemburgo-Panamá [2010 –pendiente de ratificación–, art. 13.4]; Suiza-Uruguay [2010 –pendiente de ratificación– art. 13.4 b)]; y República Checa-Hong Kong [2011–pendiente de ratificación–, art. 13.4 b)].

⁷¹ *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, artículo 13, párr. 28.7.

- c) en una sociedad que derive más del 50 por 100 del valor de sus activos de bienes inmuebles en los que realice su actividad.»

Como puede apreciarse, la exclusión de las operaciones de reorganización empresarial del ámbito de aplicación de esta cláusula se incluye dentro de un listado constitutivo de operaciones a las que no es de aplicación la cláusula antiabuso. Si se analizan las operaciones incluidas en el listado, la idea subyacente para excluir a estas operaciones de la regla prevista en la cláusula de sociedades inmobiliarias parece ser el carácter de operaciones realizadas en un marco de *bona fide* empresarial que no tiene por objeto efectivamente la enajenación de los inmuebles subyacentes a través de la enajenación de las acciones de la sociedad inmobiliaria⁷².

De este modo, el estado de la fuente no podrá gravar las ganancias derivadas de la enajenación de estas acciones en el marco de una operación de reorganización empresarial, asegurando la neutralidad global de la operación al no interferir el derecho de imposición del estado de la fuente con el régimen de neutralidad fiscal concedido por el estado de la residencia⁷³. Sin embargo, no es claro hasta qué punto esta exclusión implica que el estado de la fuente pierda el derecho a gravar las ganancias generadas en el curso de la operación de reorganización empresarial, incluso en un momento posterior, determinando que estas ganancias queden exentas en el estado de la fuente, o si, por el contrario, la aplicación de la cláusula solo previene el gravamen del estado de la fuente en el momento de realizarse la operación, sin que se excluya la aplicación de regímenes de diferimiento tributario en relación con estas ganancias que permitieran la posterior «recuperación» de las ganancias no gravadas por el estado de la fuente.

La doctrina parece unánime al considerar que en estos casos es aplicable la primera opción, de modo que las ganancias derivadas en la operación de reorganización quedarían definitivamente exentas del gravamen por el estado de la fuente⁷⁴. De este modo, a los efectos de la imposición por el estado de la fuente, las posteriores ganancias que se generaran en ulteriores enajenaciones de estas acciones serían gravadas teniendo como valor de adquisición el valor de mercado que tenían en el momento de la operación de reorganización, quedando las ganancias no gravadas en el momento de la operación exentas de modo definitivo por el estado de la fuente⁷⁵.

Esta solución es ciertamente coherente con la finalidad de la cláusula de sociedades inmobiliarias, de modo que las ganancias generadas en la operación de reorganización empresarial se considera-

⁷² Cf. SIMMONTACCHI (2007), págs. 350-352.

⁷³ Vid. MARTÍN JIMÉNEZ (2009), pág. 330.

⁷⁴ La cláusula contenida en el artículo 13.4 del convenio entre Países Bajos y Reino Unido de 2008 es bastante clara a este respecto al establecer que las ganancias solo podrán ser gravadas por el estado de la residencia del sujeto que las enajene. En el mismo sentido se manifiestan BRUK y GIDIRIM (2009), págs. 467-468; LAU (2010), pág. 659, en relación con los convenios entre Chipre y Rusia y Francia y Hong Kong, respectivamente. Por otro lado, en el memorándum explicativo al convenio entre Reino Unido y Países Bajos elaborado por la administración tributaria británica [HM Revenue & Customs, *Explanatory memorandum to the draft double taxation relief and international tax enforcement (taxes on income and capital) (Netherlands) order 2008, 2009 no. 227*, disponible en www.hmrc.gov.uk/international. Última visita, 30 de abril de 2012] se señala que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones en sociedades inmobiliarias a través de operaciones de reorganización solo serán gravadas por el estado de la residencia.

⁷⁵ Sin embargo, la cláusula prevista en el convenio entre Irlanda y Hong Kong constituye una importante excepción al incluir reglas específicas de valoración que permiten compatibilizar el diferimiento impositivo con la aplicación de dicha cláusula.

rán excluidas del ámbito de aplicación de la cláusula antiabuso en la medida en que estas operaciones ya se encuentran sometidas a cláusulas antiabuso específicas, basadas en el examen de los motivos económicos subyacentes a la realización de la operación o el denominado *business purpose test*⁷⁶, que justifican la exclusión de la aplicación de cláusulas antiabuso adicionales. De este modo, cabría afirmar que el objetivo de la operación de reorganización al no ser la enajenación de los activos subyacentes, determina la no aplicación de la cláusula antiabuso, sin perjuicio de no considerarse que la operación se realizara por motivos económicos válidos, dicha cláusula fuera finalmente aplicable.

3. Cláusulas de reorganización empresarial en el marco de la enajenación de participaciones sustanciales

La cláusula de participaciones sustanciales es una de las desviaciones más significativas del MCONU frente al MCOCDE⁷⁷, sin perjuicio de que un elevado número de los estados miembros de esta última organización mantienen o han mantenido posiciones favorables a la inclusión de estas cláusulas en su red de convenios⁷⁸. Estas cláusulas atribuyen de modo compartido al estado de la fuente y al estado de la residencia el derecho a gravar las ganancias derivadas de la enajenación por un no residente de una participación sustancial en una sociedad residente en el estado de la fuente. La participación sustancial se define en función del porcentaje de participación, de modo que trata de representar el control que ejerce el no residente en la sociedad a los efectos de atribuir al estado de la fuente el derecho de imposición sobre la base de la injerencia que el no residente tiene en la vida económica de dicho estado a través del control en la sociedad⁷⁹. De este modo, se asimila la enajenación de la participación sustancial con la enajenación de los activos subyacentes en el caso de que la inversión en el estado de la fuente no hubiera sido canalizada a través de una filial, sino mediante un establecimiento permanente.

En el contexto de estas cláusulas, diversos estados han optado por incluir reglas especiales para las operaciones de reorganización empresarial destinadas a evitar que el gravamen de estas ganancias por parte del estado de la fuente distorsionara el tratamiento fiscal neutro de la operación. Sin embargo, frente a lo que sucede en el ámbito de las cláusulas de reorganización en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias, donde se aprecia una elevada homogeneidad, en el caso examinado ahora la divergencia de soluciones es notable.

En este sentido cabe distinguir dos clases de cláusulas de reorganización empresarial en este ámbito. De un lado, existen cláusulas que incorporan reglas relativas al modo en que van a tributar las ganancias derivadas en el marco de la operación de reorganización empresarial en el estado de la

⁷⁶ *Vid.*, por todos, VANISTENDAEL (1998), págs. 908-909.

⁷⁷ *Vid.*, por todos, VOGEL (1997), article 13, n.m. 89 y ss.

⁷⁸ Ese es el caso de Francia (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 36), México (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 49); Corea (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 45) y Suiza (Comentarios al MCOCDE, art. 13, párr. 39). Otros estados miembros también incluyeron esta reserva, como es el caso de Japón (Comentarios al MCOCDE, versión 2008, art. 13, párr. 42) o España (Comentarios al MCOCDE, versión 2008, art. 13, párr. 45), habiendo retirado ambos estados esta reserva en la actualización de 2010 del MCOCDE.

⁷⁹ *Cf.*, GARCÍA PRATS (2005), pág. 780.

fuente⁸⁰. Estas cláusulas se configuran como una notable desviación a la configuración usual de las reglas previstas en los convenios de doble imposición que se basan en la distribución de los derechos de imposición sobre las rentas transfronterizas y no en la regulación de los aspectos de tributación material de estas rentas en los estados contratantes.

Un ejemplo de estas cláusulas puede encontrarse en el protocolo al convenio entre México y Países Bajos tras la modificación aprobada en 2009⁸¹:

«Para efectos del párrafo 4 del Artículo 13, las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad residente en uno de los Estados únicamente estarán sometidas a imposición en el otro Estado, si:

A. la enajenación de acciones se lleva a cabo entre miembros del mismo grupo de sociedades, en la medida en que la remuneración recibida por la enajenante consista en acciones u otros derechos en el capital de la adquirente o de otra sociedad que sea propietaria, directa o indirectamente, del 80 por 100 o más de los derechos de voto y del capital de la adquirente y que sea residente de uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal, pero únicamente si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) que la adquirente sea una sociedad residente en uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal;
- b) que antes e inmediatamente después de la enajenación, la enajenante o la adquirente sea propietaria, directa o indirectamente, del 80 por ciento o más de los derechos de voto y del capital de la otra, o que una sociedad residente en uno de los Estados o de un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información en los términos del Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal sea propietaria, directa o indirectamente (a través de sociedades residentes en uno de esos Estados), del 80 por ciento o más de los derechos de voto y del capital de cada una de ellas; y
- c) para efectos de determinar la ganancia sobre cualquier enajenación posterior,
 - i) el costo inicial de las acciones para la adquirente se determinará con base en el costo que tuvo para la enajenante, incrementado con el importe de los pagos en efectivo u otra remuneración distinta de las acciones u otros derechos pagados; o

⁸⁰ Esta tipología de cláusulas se encuentra en los siguientes convenios: Israel-Estados Unidos [1975, art. 15.2.c) en la redacción dada por el segundo protocolo al convenio de 1993 (art. X del protocolo)]; Canadá-Francia [1975, art. 13.4 en la redacción dada por el segundo protocolo al convenio de 1987 y antes de su supresión por el protocolo de 1995]; Países Bajos-Nigeria [1991, art. 5 del protocolo en relación con el art. 13.4 del convenio]; México-Estados Unidos [1992, art. 13 del protocolo en relación con el art. 13.4 del convenio]; España-Estados Unidos [1990, subpárr. 10 del protocolo en relación con el art. 13.4]; Países Bajos-México [1993, art. 15 del protocolo al convenio de 2008, en relación con el art. 13.4 del convenio]; Países Bajos-Arabia Saudí [2008, art. 13.4 en relación con el art. 13.3]; y México-Suiza [2009, art. V del protocolo en relación con el art. 13.7 del convenio].

⁸¹ Artículo 15 del protocolo al convenio de 2008, en relación con el artículo 13.4 del convenio.

- ii) la ganancia se calculará mediante otro método que proporcione substancialmente el mismo resultado.

No obstante lo anterior, si se recibe efectivo u otra remuneración distinta a las acciones u otros derechos, el monto de la ganancia (limitada al monto del efectivo u otra remuneración distinta de las acciones u otros derechos recibidos), podrá someterse a imposición en el Estado del que sea residente la sociedad cuyas acciones son enajenadas.»

Esta cláusula extiende el régimen de consolidación fiscal mejicano a las reorganizaciones intra-grupo realizadas por sociedades holandesas que determinen la enajenación de una participación sustancial sobre una sociedad mejicana⁸². Debe notarse que la cláusula no solo es aplicable a las operaciones realizadas entre sociedades residentes en Holanda, sino que también se extiende a determinados supuestos transfronterizos cuando la sociedad beneficiaria, además de pertenecer al grupo de empresas, reside en un territorio que cuente con un acuerdo de intercambio de información con México⁸³.

Esta cláusula solo será aplicable a determinadas operaciones de reorganización intragrupo, entre otras a las aportaciones de activos consistentes en una participación sustancial o a los supuestos de canjes de acciones. Como puede apreciarse, el estado de la fuente no gravará la operación en el momento en que tiene lugar a cambio de asegurar el mantenimiento de su poder de imposición sobre dichas ganancias mediante la aplicación de las reglas de continuidad valorativa establecidas en el convenio. De este modo, se podrá asegurar la neutralidad fiscal de la operación a nivel transfronterizo, al mismo tiempo que el estado de la fuente verá como sus derechos de imposición se ven asegurados en el futuro. No obstante, pueden plantearse problemas en momentos posteriores por las diferencias entre las normativas domésticas del estado de la residencia y del estado de la fuente, que pueden dar lugar a sobreimposiciones derivadas de la divergencia en el momento futuro de las reglas de valoración.

Junto a esta clase de cláusulas cabe encontrar otras cláusulas de reorganización empresarial en este ámbito que, en lugar de incorporar reglas materiales de tributación de las ganancias en el estado de la fuente, excluyen del derecho de imposición del estado de la fuente las ganancias generadas en el curso de la operación de reorganización empresarial⁸⁴. Un ejemplo de estas cláusulas puede encontrarse en el artículo 13.4 del convenio entre Bélgica y Túnez de 2001:

⁸² *Vid.*, en este sentido, BRAUNER (2008), págs. 523-526, en relación con una cláusula similar contenida en diversos convenios estadounidenses.

⁸³ Como correctamente señala VAN'THEK (2008), págs. 886-887, la aplicación de esta cláusula a los supuestos en que la sociedad adquirente es residente en un tercer estado con el que México tenga un acuerdo de intercambio de información es inconsistente con los efectos relativos de los convenios de doble imposición, ya que solo los residentes en uno de los estados contratantes podrá acceder a la aplicación del convenio. Por tanto, el único caso triangular en que el convenio será aparentemente aplicable es aquel en que la sociedad adquirente, siendo residente en Países Bajos, entrega como contraprestación acciones de la sociedad matriz, la cual es residente en un tercer estado que tiene un acuerdo de intercambio de información con México.

⁸⁴ Canadá-Francia [1975, art. 13.4, antes de su modificación por el protocolo firmado en 1987]; India-Países Bajos [1988, art. 13.5]; Francia-Suecia [subpárr. 1 del protocolo suplementario de 1991 al convenio suscrito en 1990]; Francia-Austria [1993, art. 13.3.b)]; México-Países Bajos [1993, art. 13.4]; Francia-Israel [1995, art. 13.2.c)]; Francia-Japón [1995, art. 13.2 b)]; Francia-España [1995, art. 13.2 b)]; Irlanda-México [1998, art. 13.3]; Bélgica-Kazakstán [1998, art. 8 del protocolo en relación con el art. 13.2 del convenio]; Luxemburgo-México [2001, art. 13.2]; Japón-Reino Unido [2006, art. 5 del canje de notas en relación con el art. 13.3 del convenio]; y Australia-Japón [2008, art. 18 del protocolo en relación con el art. 13.3 del convenio].

«Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones que formen parte de al menos un 25 por 100 del capital de una sociedad que es residente en un estado contratante pueden ser sometidas a imposición en dicho estado, salvo que la enajenación de estas acciones o participaciones sea consecuencia de una fusión, aportación de activos (fusión parcial) o de un canje de acciones.»

Mediante esta cláusula se evita que el estado de la fuente grave las ganancias derivadas de la operación en el momento de su realización, respetándose así la neutralidad global de la operación. Sin embargo, no dejan de plantearse dudas en relación con la posibilidad de que la aplicación de estas cláusulas conlleve la exención definitiva de las ganancias por parte del estado de la fuente o, si por el contrario, la aplicación de regímenes de diferimiento es compatible con estas cláusulas. Ha de tenerse en cuenta que la primera opción determinaría que la neutralidad de la operación se lograría a expensas del derecho de imposición del estado de la fuente⁸⁵.

Este extremo ha sido objeto de discusión por la doctrina internacional sin que se pueda considerar que exista una posición clara al respecto⁸⁶. Frente a lo que sucede en el caso de las cláusulas de reorganización en el marco de cláusulas de sociedades inmobiliarias, en que la *ratio* de la cláusula es la prevención de conductas abusivas, en el marco de las cláusulas de participaciones sustanciales, la finalidad de la norma no es la prevención de estas conductas, sino otorgar el derecho de imposición al estado de la fuente en casos donde el no residente interviene en la vida de dicho estado de modo significativo a través del control de una sociedad residente⁸⁷. De este modo, no es tan claro que la aplicación de la cláusula de reorganización conduzca a la exención definitiva de las ganancias por parte del estado de la fuente. Sin embargo, la naturaleza distributiva de la cláusula, derivada de la carencia de reglas materiales entendemos que hace que la exención de estas ganancias deba ser considerada como la solución más acorde con el sentido de la cláusula, pues, de otro modo, el estado de la fuente sería capaz de gravar a posteriori las ganancias que la cláusula expresamente excluye del ámbito de su derecho de imposición. En cualquier caso, ha de notarse que la práctica de los diversos estados que han incluido cláusulas de este tipo no ha sido homogénea y difícilmente se pueda hablar de una infracción del convenio por el estado de la fuente si mantiene la aplicación del régimen de diferimiento en la aplicación de esta cláusula si no ha sido incluida ninguna previsión en otro sentido en la norma convencional o en otro instrumento que forme parte del contexto de la cláusula. En la medida en que en España han surgido problemas en la aplicación de una cláusula de este tipo, nos centraremos en este debate más adelante.

4. Cláusulas comprensivas

Frente a las anteriores cláusulas que solo afectan a una determinada categoría de ganancias patrimoniales, algunos estados se han mostrado más ambiciosos al negociar sus convenios de doble imposición y han optado por incluir cláusulas de reorganización que no limitan su ámbito de aplica-

⁸⁵ *Id.*, International Fiscal Association (2001), pág. 54.

⁸⁶ Así, parecen apoyar la primera opción VAN'THEK, BRAVO y CHACÓN (2002), pág. 583; ULMER (2001), págs. 111-113; HORTALÀ VALLVÉ (2007), pág. 470; o CENCERRADO MILLÁN (2008), pág. 476. Por el contrario, parecen apoyar la segunda opción RAVEN-TÓS CALVO y DE JUAN (1997), pág. 41; SAMPLÓN SALVADOR (2005), págs. 22-25; o MARTÍNEZ MIER (2010), págs. 140-141.

⁸⁷ Cf., GARCÍA PRATS (2005), pág. 780.

ción a una determinada categoría de ganancias de capital. Debe notarse que la mayor parte de estas cláusulas se encuentra en la red de convenios suscritos por Estados Unidos y Canadá sobre la base de la cláusula prevista en el artículo XII(8) del convenio bilateral suscrito por ambos estados en 1980. Esta cláusula será objeto de análisis separado en un apartado posterior por la importancia que ha tenido en el ámbito de la fiscalidad internacional y al servir como un excelente ejemplo de cooperación entre estados a la hora de afrontar los problemas derivados de la existencia de factores transfronterizos en las operaciones de reorganización empresarial. Por lo tanto, el análisis en el presente apartado comprenderá únicamente las cláusulas que no siguen el modelo previsto en el citado convenio.

A este respecto se han de destacar tres tipologías diversas de cláusulas. En primer lugar, existen cláusulas que atienden al recurso al procedimiento amistoso entre administraciones como mecanismo para poder solventar los obstáculos que surgen en el contexto de estas operaciones. Este mecanismo se encuentra presente en dos antiguos convenios firmados por Suiza con Alemania y con Austria⁸⁸. En ambos casos, se prevé que las administraciones tributarias de los estados contratantes puedan llegar a un acuerdo para evitar los obstáculos que surgen en el contexto de estas operaciones. Dicho acuerdo se realizaría en el marco del procedimiento amistoso entre administraciones previsto en el artículo 25(3) del MCOCDE. Sin embargo, la virtualidad de estas cláusulas es muy reducida, ya que no establece una obligación de resultados, más allá de la posible negociación entre administraciones tributarias⁸⁹. El tenor literal de la cláusula prevista en el protocolo al convenio de 1971 entre Alemania y Suiza:

«En el caso de reorganizaciones empresariales (cambio del tipo social, la aportación de una sociedad matriz de un establecimiento permanente a su filial, fusiones o escisiones), las autoridades competentes se comunicarán entre ellas sobre la base del artículo 26 (procedimiento amistoso), con el objetivo de dilucidar el mecanismo mediante el cual se puedan evitar las dificultades derivadas de los efectos concurrentes de las legislaciones nacionales.»

Junto a estas cláusulas, en segundo lugar, cabría analizar otras cláusulas comprensivas que establecen su aplicación automática a los efectos de asegurar el diferimiento en el reconocimiento de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto con ocasión de la operación sin establecer reglas específicas sobre su aplicación. Este tipo de cláusulas se encuentra en dos convenios suscritos por España (con México y Argentina) y en el convenio entre Argentina y Países Bajos⁹⁰, la cual reproduce en gran medida la previsión contenida en el convenio hispano argentino, de modo que serán objeto de análisis con el resto de cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red española de convenios de doble imposición.

Finalmente, cabe apreciar una última clase de cláusulas de reorganización en este ámbito, incluida únicamente en el convenio suscrito entre Países Bajos y Zimbabue. Esta cláusula establece

⁸⁸ Cf. adenda al artículo 26 (procedimiento amistoso) de la nota explicativa al convenio de 1971 entre Alemania y Suiza y adenda al artículo 25 (procedimiento amistoso) contenida en el protocolo de negociación de 1973 al convenio de 1973 entre Austria y Suiza.

⁸⁹ *Id.*, International Fiscal Association (2001), págs. 53-54. Según se señala en dicho trabajo, solo un caso ha sido objeto de este procedimiento. Dicho caso implicaba la aportación de un establecimiento permanente situado en Alemania por parte de una sociedad suiza a su filial alemana. Aparentemente, el estado de la residencia consideró dicha operación como sujeta a tributación inmediata en la medida en que así era tratada por el estado de la fuente.

⁹⁰ Cf. subpárr. IX del protocolo al convenio de 1996 entre Argentina y Países Bajos.

la extensión directa del régimen fiscal zimbabuense para las operaciones de reorganización empresarial realizadas por sociedades holandesas⁹¹. En cualquier caso, esta extensión directa del régimen interno a la operación realizada por sociedades no residente puede llegar a tener consecuencias negativas en el momento futuro, debido a las disparidades entre las normativas domésticas del estado de la fuente y del estado de la residencia en relación con las normas de valoración y los eventos que se entiendan que puedan dar lugar a la generación de ulteriores ganancias de capital.

5. Las cláusulas de reorganización empresarial incluidas en la red de convenios española

La red de convenios suscritos por España incluye cuatro convenios en los que están presentes cláusulas de reorganización empresarial. Se trata de cuatro convenios suscritos durante la primera mitad de la década de los noventa con cuatro de nuestros principales socios comerciales: Francia, Estados Unidos, Argentina y México. En el caso de las cláusulas con Estados Unidos y Francia, nos encontramos ante cláusulas de reorganización empresarial que se aplican en el contexto de cláusulas de participación sustancial. Por su parte, los convenios con Argentina y México contienen cláusulas que aparentemente no restringen su ámbito de aplicación a determinadas clases de ganancias en función de su naturaleza, sino que lo extienden a toda ganancia de capital con independencia de la naturaleza de los activos que las generaron, siendo así calificadas como cláusulas comprensivas.

En el caso del convenio con Francia, el artículo 13.2 b) establece, en el marco de la cláusula de participación sustancial prevista en el artículo 13.2 a), lo siguiente:

«Sin embargo, cuando las ganancias que se deriven de la enajenación por un residente de un Estado contratante, de acciones, participaciones u otros derechos que constituyan una participación sustancial en una sociedad que es un residente del otro Estado contratante sean objeto de un diferimiento impositivo en el primer Estado conforme a su legislación, en el marco de un régimen fiscal específico para sociedades de un mismo grupo o de una fusión, escisión, aportación de activos, o de un canje de acciones, estas ganancias solo pueden someterse a imposición en este primer Estado».

Esta cláusula establece la exclusión del derecho de imposición del estado de la fuente en el caso de enajenación de participaciones sustanciales en el contexto de una operación de reorganización empresarial que se beneficie de un régimen de diferimiento impositivo en el estado de la residencia. De este modo, se asegura la neutralidad que es concedida por el estado de la residencia. Sin embargo, la aplicación de esta cláusula no excluye las dudas referidas anteriormente acerca de la posible compatibilidad de estas cláusulas con los regímenes internos de diferimiento del estado de la fuente.

Sobre este aspecto ha tenido la oportunidad de pronunciarse la Dirección General de Tributos en la contestación a la Consulta Vinculante V0981/2005 (NFC020923), de 1 de junio. En dicho caso, se producía la enajenación de una participación sustancial en una sociedad española por parte de una sociedad francesa, como consecuencia de la absorción de la sociedad española por otra sociedad residente en España. La Dirección General de Tributos no cuestionó que la situación se encontrara ampa-

⁹¹ *Vid.* adenda del protocolo al artículo 13 del convenio de 1989 entre Países Bajos y Zimbabue.

rada por la cláusula convencional, a pesar de que podría plantearse que no fuera el supuesto que pretendía proteger esta previsión. Esto es así puesto que en este caso no es a nivel societario donde se planteaban los problemas de diferimiento global de la operación, sino desde la perspectiva del socio no residente en una operación de reorganización empresarial realizada en el estado de la fuente.

En cualquier caso, la Dirección General de Tributos, ante la cuestión de si el régimen de diferimiento doméstico es compatible con la aplicación de la cláusula convencional, responde de modo afirmativo, basándose en la aplicación de la Directiva de fusiones al ser ambos estados contratantes, estados miembros de la Unión Europea y haberse suscrito el convenio tras la aprobación de la Directiva. Sin embargo, este razonamiento no puede ser compartido, pues el supuesto de hecho no se encontraría cubierto por el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva, pues se trataba de una operación puramente interna⁹². Desafortunadamente, la Dirección General de Tributos no advierte este aspecto en su resolución. Con todo, la administración tributaria española podría haberse planteado que la experiencia francesa en la inclusión de estas cláusulas incluía otros estados que no eran miembros de la Unión Europea, por lo que difícilmente pudiera ser considerado como objetivo de dicha cláusula el de extender el régimen previsto en la Directiva a operaciones no cubiertas⁹³.

Con todo, aunque la Directiva de fusiones no fuera de aplicación al supuesto referido, la solución a la que llega la Dirección General de Tributos no deja de ser razonable a la vista de la confusión existente entre la doctrina. Sin embargo, a la luz de la literalidad del convenio, no parece coherente la posibilidad de que el estado de la fuente pueda «recapturar» las ganancias no gravadas en el momento de realizarse la fusión a través del mecanismo del diferimiento, pues ello nos llevaría a que, finalmente, el estado de la fuente acabara gravando ganancias que «solo pueden someterse a imposición» en el estado de la residencia. De este modo, la cláusula prevista en este convenio no puede calificarse de otro modo que como cláusula distributiva, que atribuye en exclusiva al estado de la residencia el poder de imposición sobre estas ganancias.

De considerarse esta incompatibilidad del régimen de diferimiento con la aplicación de la cláusula se aseguraría que las ganancias tributarán únicamente en el estado de la residencia, evitando que pudieran surgir otros problemas derivados de las divergencias entre los regímenes de diferimiento de cada estado que, como hemos resaltado, pueden ser el origen de posteriores problemas de doble imposición. Ahora bien, no puede perderse de vista que este mecanismo asegura la neutralidad fiscal de la operación a nivel transfronterizo a costa del derecho de imposición del estado de la fuente⁹⁴, que deberá dejar exentas estas ganancias con la consecuente actualización de valores. No obstante, la aplicación de esta exención, tal y como está configurada la cláusula, es recíproca, por lo que no cabría plantear un desnivel entre los estados parte de estos convenios, especialmente cuando todos ellos pueden ser calificados como estados desarrollados⁹⁵.

⁹² *Vid.*, artículo 1 a) de la Directiva de fusiones.

⁹³ De hecho cuando se suscribieron los convenios entre Francia y Austria y Francia y Suecia, Austria y Suecia no habían accedido todavía a la Unión Europea.

⁹⁴ Cf., International Fiscal Association (2001), pág. 54.

⁹⁵ Así sucede en los convenios suscritos por Francia con Austria, Israel, Suecia o Japón. Debe notarse que todos estos estados forman parte en la actualidad de la OECD, por lo que han de considerarse como estados desarrollados.

La cláusula prevista en el convenio con Estados Unidos es de aplicación también en el contexto de una cláusula de participación sustancial. El tenor de esta cláusula es el siguiente:

«A los efectos del apartado 4 (del art. 13, que prevé la cláusula de participación sustancial), una enajenación no incluye la transmisión de acciones entre miembros de un grupo de sociedades en régimen de declaración consolidada en la medida en que la contraprestación recibida por la transmitente consista en una participación u otros derechos en el capital de la adquirente o de otra sociedad residente del mismo Estado contratante que detente directa o indirectamente el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la adquirente, si:

- i. La transmitente y la adquirente son sociedades residentes del mismo Estado contratante.
- ii. La transmitente o la adquirente detentan, directa o indirectamente, el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de la otra, o una sociedad residente del mismo Estado contratante detenta directa o indirectamente (a través de sociedades residentes del mismo Estado contratante) el 80 por 100 o más de las acciones con derecho de voto y del capital de cada una de ellas.
- iii. Para la determinación de la ganancia de capital en cualquier transmisión ulterior, el coste inicial del activo para la adquirente se determina en base al coste que tuvieron para la transmitente incrementado, en su caso, en la cuantía del efectivo u otros bienes entregados.

No obstante lo anterior, si se recibe efectivo o bienes distintos de dicha participación o derechos, la cuantía de la ganancia de capital (hasta el límite de la cuantía del efectivo o bienes recibidos) puede someterse a imposición en el otro Estado contratante.»

A diferencia de lo que sucede en el caso del convenio con Francia, la cláusula prevista en el convenio entre España y Estados Unidos es de facto únicamente de aplicación desde la perspectiva española, pues Estados Unidos no sujeta a imposición las ganancias obtenidas por no residentes a través de la enajenación de acciones o participaciones en sociedades residentes en Estados Unidos⁹⁶. De este modo, la cláusula se convierte en un supuesto de exportación del régimen doméstico de consolidación fiscal estadounidense, a los efectos de evitar que la imposición por parte del estado de la fuente (España) pudiera afectar a determinadas operaciones de reorganización intragrupo⁹⁷. La cláusula, que ha servido de modelo a otras cláusulas incluidas en convenios estadounidenses o, como hemos visto, mejicanos, establece reglas materiales para la aplicación del diferimiento por parte del estado de la fuente, de modo que se asegura la posible recuperación de las ganancias diferidas por parte del estado de la fuente ante una posterior enajenación, siempre que se mantenga el derecho de imposición de este estado para gravar la posterior enajenación⁹⁸. En cualquier caso, debe notarse que

⁹⁶ *Id.*, en este sentido, los comentarios al artículo 13.4 contenidos en la explicación técnica del convenio de 1992 entre Estados Unidos y México elaborada por el Departamento del Tesoro estadounidense.

⁹⁷ Se tratarían de los casos de aportaciones de participaciones sustanciales en sociedades residentes en España a filiales residentes en Estados Unidos por parte de sus matrices residentes en dicho estado y de los casos de canjes de acciones que constituyan participaciones sustanciales en sociedades residentes en España entre sociedades del mismo grupo residentes en Estados Unidos. Cf. BRAUNER (2008), págs. 886-887.

⁹⁸ En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2009 (rec. 3545/2003) en la que en el contexto de esta cláusula una sociedad matriz estadounidense, titular de una participación sustancial en una sociedad

pese a lo detallado de la cláusula, pueden todavía surgir problemas por las disparidades entre legislaciones al tratar de exportar el régimen fiscal del estado de la residencia al estado de la fuente. Tal sería el caso del gravamen de la eventual contraprestación en efectivo recibida en el canje, que, en el *Internal Revenue Code* estadounidense tributa en el momento de realizarse la operación⁹⁹; mientras que conforme al derecho español reducirá el valor de adquisición de las acciones¹⁰⁰.

Finalmente, en relación con las cláusulas suscritas con México y Argentina, debe destacarse el carácter comprensivo de ambas cláusulas, cuyo ámbito de aplicación no se restringe a un tipo determinado de ganancias de capital. En el caso del convenio con México¹⁰¹, la cláusula de reorganización establece lo siguiente:

«Cuando con motivo de una reorganización de sociedades que sean propiedad de un mismo grupo de accionistas, un residente de un Estado contratante enajene bienes con motivo de una fusión o escisión de sociedades, o de un canje de acciones, se diferirá el reconocimiento de la ganancia derivada de la enajenación de dichos bienes para los efectos de los impuestos sobre la renta en el otro Estado contratante, hasta el momento en que se efectúe una enajenación posterior que no cumpla con los requisitos que establece este párrafo para el diferimiento de la ganancia.»

Esta cláusula establece el diferimiento impositivo para determinadas operaciones de reorganización empresarial realizadas por sociedades bajo control común. El diferimiento, como se señala en la cláusula, es aplicable hasta que tenga lugar una enajenación posterior de los activos en el marco de una operación que no cumpla dichos requisitos. De este modo se asegura la neutralidad fiscal en relación con la reorganización por parte de ambos estados. Con todo, la falta de definición de las operaciones a que se aplica dicha cláusula, frente a lo que sucedía en los casos anteriores, puede generar problemas relacionados con la interpretación convencional¹⁰².

En el caso del convenio con Argentina, la cláusula de reorganización crea quizá mayores dudas de las que trata de despejar. El tenor de esta cláusula es el siguiente¹⁰³:

española decidió dividir esta participación mediante sendas aportaciones de la mitad de la participación sustancial a dos filiales estadounidenses, aplicando de tal modo la cláusula de reorganización. Posteriormente las filiales procedieron a enajenar a un tercero la parte de la participación sustancial recibida de modo que no enajenaban individualmente una participación que fuera calificada como sustancial a los efectos del convenio. De este modo en cada enajenación separada no se superaba el umbral para aplicar la cláusula de participación sustancial y España no habría podido gravar la ganancia. El Tribunal Supremo apreció un supuesto de simulación en este caso al constatar la unidad de propósito en las operaciones que se habían estructurado con la única finalidad de evitar la imposición de fuente española. Sobre esta sentencia, *vid.*, VEGA BORREGO (2011), págs. 116-122.

⁹⁹ *Vid.*, sección 356(a) (1) del *Internal Revenue Code* estadounidense.

¹⁰⁰ *Vid.*, artículo 87.3 del TRLIS.

¹⁰¹ *Vid.*, artículo 8 c) del protocolo en relación con el artículo 13 del convenio suscrito en 1992.

¹⁰² A este respecto, ha de notarse que la falta de definición de los términos empleados para definir las operaciones a que es de aplicación la cláusula podría conducir a la aplicación del derecho interno del estado de la fuente para definir las operaciones conforme al artículo 3.2 del convenio. Esta opción haría de imposible aplicación estas cláusulas en casos en que difirieran las normativas internas que definen estas operaciones. Por ello, varios autores interpretan que en este caso se debería considerar el derecho interno del estado de la residencia como parte integrante del contexto de la cláusula a efectos de permitir su aplicación por parte del estado de la fuente. *Vid.*, en este sentido, BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 328-329; VAN'THEK y MIRANDA (2007), pág. 254; VAN'THEK, BRAVO y CHACÓN (2002), pág. 583; MAISTO (2005), pág. XXV.

¹⁰³ Cf. artículo 5 del protocolo al convenio suscrito en 1992 en relación con el artículo 13.

«Las meras transferencias de activos efectuadas por un residente de un Estado contratante con motivo de un proceso de reorganización empresarial no producirán efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cada uno de los Estados contratantes.»

La intención de la cláusula parece clara, al determinar la extensión de los regímenes domésticos de reorganizaciones empresariales a las operaciones realizadas por sujetos no residentes. Sin embargo, al menos desde la perspectiva española, difícilmente podría ser aplicable esta cláusula. En primer lugar, porque al no definirse las operaciones a que se aplica, desde la perspectiva española podrían plantearse problemas interpretativos al carecer de un concepto fiscal de reorganización empresarial, a diferencia de lo que sucede en Argentina¹⁰⁴. Por otro lado, la falta de coincidencia de operaciones a que se aplican los regímenes fiscales especiales de ambos estados haría que el recurso a la mera extensión del régimen especial a las operaciones realizadas en el otro estado no implicara necesariamente que la operación se beneficiaría del diferimiento impositivo en ambos estados. Junto a estos problemas, la falta de precisión en relación con los aspectos materiales de la cláusula («no producirán efectos fiscales») es notoria. Sin embargo, cabe interpretar fácilmente, gracias a la remisión a la normativa interna del estado de la fuente, que dichos aspectos materiales no serán otros que el diferimiento que se encuentre previsto en la normativa nacional.

6. La cláusula de reorganización del artículo XIII(8) del convenio entre Canadá y Estados Unidos

El convenio de 1980 entre Canadá y Estados Unidos incluye en su artículo XIII(8) la cláusula de reorganización empresarial que, sin duda alguna, ha tenido mayor recorrido en el ámbito de la fiscalidad internacional. Tanto Estados Unidos como, especialmente, Canadá han incorporado cláusulas basadas en la referida previsión en algunos de sus convenios de doble imposición¹⁰⁵, así como han desarrollado en su normativa interna los procedimientos para asegurar la aplicación de la cláusula¹⁰⁶. El tenor literal de la cláusula es el siguiente:

«Cuando un residente de un estado contratante enajene activos en el contexto de una organización, reorganización, amalgamación, escisión u otra operación similar societaria o no, y no se reconozcan beneficios, rentas o ganancias a los efectos tributarios de dicho estado, a solicitud de la persona que adquiere los activos, la autoridad competente del otro estado puede acordar el diferimiento del reconocimiento de los beneficios, rentas o ganancias derivados de dichos activos a efectos de la imposición en dicho estado

¹⁰⁴ *Id.*, artículo 77 de la Ley del Impuesto a las Ganancias argentino.

¹⁰⁵ En concreto, cláusulas de este tipo se han incluido en los siguientes convenios: Canadá-Estados Unidos [1980, art. XIII(8)]; Canadá-Países Bajos [1986, art. 13.6]; Canadá-México [1991 –terminado–, art. 13.5]; Canadá-Zimbabue [1992, art. 14.6]; Países Bajos-Estados Unidos [1992, art. 14.8]; Canadá-Hungría [1992, art. 14.6]; Estonia-Canadá [1995, art. 13.5]; Canadá-Letonia [1995, art. 13.5]; Canadá-Lituania [1996, art. 13.5]; Canadá-Tanzania [1995, art. 13.6]; Suiza-Estados Unidos [1996, art. 13.6]; Canadá-Suiza [1997, art. 13.5]; Canadá-Islandia [1997, art. 13.5]; Canadá-Luxemburgo [1999, art. 13.6]; Dinamarca-Estados Unidos [1999, art. 13.8]; Venezuela-Canadá [2001, art. 13.8]; Canadá-Alemania [2001, art. 13.5]; Canadá-Perú [2001, art. 13.5]; Canadá-Italia [2002 –pendiente de ratificación–, art. 13.5]; Canadá-Mongolia [2002, art. 13.5]; Canadá-Noruega [2002, art. 13.9]; Canadá-Finlandia [2006, 13.6]; y Canadá-Corea [2006, art. 13.9].

¹⁰⁶ En el caso estadounidense, el procedimiento para la aplicación de esta cláusula se encuentra regulado en el *Revenue Procedure* 98-21 (1998-1 CB 585). En el caso canadiense, el marco legal general para la adopción de estos acuerdos se encuentra en la sección 115(1) del *Income Tax Act* de 1985, desarrollado en la actualidad en los párrs. 72-85 del *Canadian Revenue Agency's Interpretation Bulletin* 71-17R5, January 1, 2005 («Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions»).

hasta el momento y en el modo que sean estipulados en el acuerdo con el objetivo de evitar la doble imposición, y sujeto a los términos y condiciones que sean satisfactorias para la autoridad competente.»

Debe notarse que esta cláusula sufrió una modificación en 1995 a los efectos de ampliar el ámbito de aplicación originario e incluir también operaciones de reorganización empresarial que fueran realizadas por entidades en régimen de atribución de rentas¹⁰⁷. En cualquier caso, la característica más notable de esta cláusula consiste en el recurso al procedimiento amistoso como mecanismo para que el no residente pueda solicitar el diferimiento impositivo ante la autoridad competente del estado de la fuente¹⁰⁸. Esta previsión se desvía así de lo previsto generalmente en el ámbito del procedimiento amistoso del artículo 25 del MCOCDE que impone que el sujeto que lo inicie deba hacerlo ante la autoridad competente de su estado de residencia¹⁰⁹. Por otro lado, frente a lo que sucede en el resto de cláusulas, pese a encontrarse situada en el artículo del convenio referido a ganancias de capital, la cláusula no solo es aplicable a aquellas, con independencia de la naturaleza del activo que las generó, sino que se extiende a otras rentas que hubieran sido generadas en el curso de la operación y gravadas de conformidad con otra regla distributiva, es decir, es un cláusula global (*catch-all clause*)¹¹⁰. Con todo, ha de notarse que nos encontramos ante un supuesto de concesión discrecional por la administración tributaria del estado de la fuente del beneficio fiscal, opción que, a pesar de tratar de dotar a esta cláusula de una elevada flexibilidad, ha sido objeto de crítica por la doctrina por la inseguridad jurídica que introduce¹¹¹.

El beneficio fiscal contenido en esta cláusula requiere, en primer lugar, que la operación se haya beneficiado de un régimen de diferimiento impositivo en el estado de la residencia. A este respecto, en el desarrollo de la cláusula las administraciones tributarias han mostrado una elevada flexibilidad, ya que se ha pasado de requerir que el contribuyente aportara un certificado expedido por la administración tributaria de su estado de residencia afirmando la aplicación del régimen especial¹¹², a bastar con la aportación de opiniones razonadas por parte de expertos independientes¹¹³, como consecuencia de las dificultades para el cumplimiento del requisito anterior¹¹⁴.

¹⁰⁷ Vid., artículo 5 del protocolo de 1995 al convenio entre Estados Unidos y Canadá. Esta referencia también se ha incluido en buena parte de los convenios suscritos por Estados Unidos y Canadá que incluyen cláusulas de este tipo. Así sucede en los convenios canadienses con Países Bajos, Hungría, Tanzania, Islandia, Luxemburgo, Venezuela, Perú, Italia, Mongolia, Finlandia y Corea. En caso de Estados Unidos, se incluye esta referencia en el convenio con Dinamarca. Sobre los problemas derivados de la extensión de esta cláusula a operaciones en que intervienen entidades en atribución de rentas, vid., BROWN y MANOLAKAS (1997), pág. 326 y ss.

¹⁰⁸ Cf. BRAUNER (2005), pág. 1.068.

¹⁰⁹ Vid., artículo 25.1 del MCOCDE y Comentarios al MCOCDE, artículo 25, párrs. 7 y 13.

¹¹⁰ Vid. BROWN y MANOLAKAS (1997), págs. 330-331.

¹¹¹ Cf. ROSENBLUM y SHORT (2000), pág. 11:1 y ss.

¹¹² En este sentido, vid., ULMER (2001), págs. 110-111.

¹¹³ Vid., en el caso canadiense el párr. 80 del *Canadian Revenue Agency's Interpretation Bulletin* 71-17R5 y HILL (2006), págs. 18-20. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la administración tributaria canadiense, en caso de conceder el diferimiento mediante la aportación de una opinión razonada, requiere que, posteriormente, se confirme la aplicación del régimen fiscal especial por parte de la administración tributaria estadounidense. Vid., en relación con los mecanismos de intercambio de información en el contexto de estas cláusulas, el *Revenue Procedure* 98-21, 1998-1 CB 585; sección 3.03, para el caso estadounidense, y, en el caso de Canadá, *Income Tax Information Circular* 71-17R5, *Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 81.

¹¹⁴ Así señalaba ULMER (2001), pág. 110, que el plazo medio para obtener el certificado afirmando la aplicación del régimen fiscal especial por parte de la administración tributaria estadounidense solía tener una duración promedio de un año.

Junto a ello, es requisito que el contribuyente pueda probar que potencialmente va a sufrir un supuesto de doble imposición (económica o jurídica) internacional de no aplicarse el diferimiento por parte del estado de la fuente¹¹⁵. Este requisito está en línea con los objetivos de los convenios de doble imposición y con la inclusión de estas cláusulas como mecanismos destinados exclusivamente para la evitación de la doble imposición que pudiera surgir en el curso de operaciones de reorganización empresarial¹¹⁶. Con el cumplimiento de este objetivo, en principio, se trata de evitar que la cláusula de reorganización pueda ser considerada como una opción de política fiscal material, en lugar de una cláusula destinada a evitar la doble imposición.

No obstante dicha afirmación, mantenida por las administraciones tributarias de ambos estados no es fácilmente admisible. En primer lugar, porque es claro que existe una determinada opción de política fiscal en estos casos al acudir al instrumento del diferimiento global, pues, como hemos visto, la doble imposición se podría solucionar mediante mecanismos unilaterales. Por otro lado, porque en otros convenios que incluyen cláusulas del mismo tipo, el requisito relativo a la potencial doble imposición no se ha incluido¹¹⁷.

Finalmente, en otras ocasiones, los estados que han suscrito convenios con estas cláusulas optaban por la aplicación del mecanismo de exención para eliminar la doble imposición¹¹⁸, lo que excluiría, desde su perspectiva, la eventual producción de supuestos de doble imposición. Es por ello que puede considerarse que estas cláusulas van más allá de la eliminación de la doble imposición, facilitando la realización de las operaciones de reorganización empresarial en que aparecen elementos transfronterizos mediante la eliminación de los obstáculos que pudieran surgir como consecuencia del gravamen inmediato de las ganancias por el estado de la fuente¹¹⁹.

Ambos estados han desarrollado los procedimientos para que el no residente solicite el diferimiento a la autoridad competente. En el caso canadiense, la administración tributaria se ha mostrado mucho más proactiva, en el desarrollo de estos procedimientos y de los requisitos que han de cumplirse para que la administración tributaria canadiense pueda considerar la pretensión del no residente¹²⁰. Adicionalmen-

¹¹⁵ *Vid.*, en el caso estadounidense, la sección 5.02(a) del *Revenue Procedure* 98-21, 1998-1 CB 585 y los comentarios a esta cláusula en la explicación técnica del convenio entre Estados Unidos y Canadá elaborada por el Departamento del Tesoro estadounidense en 1997.

¹¹⁶ *Vid.*, Comentarios al MCOCDE, Introducción, párrs. 1 y 3.

¹¹⁷ En el caso estadounidense, los convenios con Canadá y Dinamarca incluyen esta referencia. En relación con Canadá, el número de convenios con esta cláusula es muy reducido, habiéndose incluido solo en los convenios con Estados Unidos, Perú, Venezuela, Mongolia, Finlandia y Corea. En todos estos casos, el estado que ha suscrito el convenio con Estados Unidos o Canadá emplea el método de imputación, lo que puede implicar que surja la doble imposición. Sin embargo, Canadá no ha incluido esta referencia en los convenios con México, Zimbabue, Tanzania, Letonia, Estonia, Lituania, Italia y Noruega, estados todos ellos que eliminan la doble imposición a través del método de imputación, lo cual podría dar lugar a la doble imposición analizada. Es curioso que se omita esta referencia en casos en que fácilmente puede surgir la doble imposición, siempre que no se atribuya a esta cláusula una finalidad diferente a la mera eliminación de la doble imposición.

¹¹⁸ En el caso estadounidense, tanto Países Bajos como Suiza optan por el método de exención, lo cual excluiría la necesidad, desde su perspectiva, de la inclusión de esta cláusula como mecanismo para la eliminación de la doble imposición. En el caso de Canadá, Países Bajos, Hungría, Islandia, Suiza, Luxemburgo y Alemania eligen el método de exención como mecanismo para eliminar la doble imposición en sus respectivos convenios.

¹¹⁹ En este sentido, *vid.*, WILSON (2011), pág. 5.

¹²⁰ Cf. *Income Tax Information Circular* 71-17R5, *Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 80.

te, se han publicado modelos de acuerdos derivados de estos procedimientos en los que se puede advertir la protección de los derechos de imposición del estado de la fuente a través de la inclusión de un elenco de supuestos que determinarán el reconocimiento de las ganancias diferidas, como son el cambio de residencia, la pérdida del derecho a la aplicación del convenio, la existencia de abuso o fraude en la reorganización constatada por la administración del estado de la residencia¹²¹; así como el reforzamiento de los deberes de información a los efectos de evitar que las ganancias pudieran quedar exentas¹²².

A pesar de los estrictos requisitos y del sometimiento a la discrecionalidad administrativa, los datos ofrecidos por la administración tributaria canadiense en relación con la aplicación de esta cláusula son, en cierta medida, alentadores¹²³, al igual que las revisiones que periódicamente se han realizado a los mecanismos de aplicación de esta cláusula con el objeto de facilitar y simplificar los requisitos y procedimientos de aplicación de aquella¹²⁴. En este sentido ha de destacarse que nos encontramos ante el ejemplo de dos estados con unos lazos económicos extremadamente desarrollados y administraciones tributarias ciertamente sofisticadas y conocedoras del derecho del otro estado, lo cual, por desgracia, no es la regla en el mundo de la fiscalidad internacional¹²⁵.

En relación con las desviaciones que se pueden encontrar en cláusulas basadas en este modelo, junto a alguna desviación menor¹²⁶, cabe destacar la cláusula prevista en el artículo 14(8) del convenio de 1993 entre Estados Unidos y Países Bajos¹²⁷. Esta cláusula establece la aplicación automática del diferimiento por parte del estado de la fuente, de conformidad con su normativa interna, cuando el no residente logre asegurar que el impuesto diferido pueda ser recaudado por dicho estado¹²⁸. A pesar

¹²¹ *Vid.*, el modelo de acuerdo incluido en LEWIS (2010), worksheet 11, B-1101.

¹²² *Vid.*, *Income Tax Information Circular 71-17R5, Guidance on Competent Authority Assistance under Canada's Tax Conventions*, 1 de enero de 2005, párr. 84, requiriendo información de carácter anual al no residente en relación con la ausencia de cambio en la estructura de control o en la titularidad de los activos a los que ha sido de aplicación la regla de diferimiento.

¹²³ Así, en el periodo 1995-2000, la administración tributaria canadiense informó una media de entre 8 y 10 expedientes anuales relativos a la aplicación de esta cláusula [cf. ARNOLD (2000), pág. 2.814].

¹²⁴ *Vid.*, WILSON (2011), pág. 2 y ss.

¹²⁵ Cf. BRAUNER (2005), pág. 1.068.

¹²⁶ Además de las referidas desviaciones en relación con el requisito de que haya riesgo de que surja un supuesto de doble imposición y la aplicación de estas cláusulas a entidades en atribución de rentas, los convenios de Canadá con Italia y con Corea incorporan procedimientos específicos de información y consulta entre administraciones. En el caso del convenio con Italia, se establece la comunicación por parte del estado de la fuente de los términos del acuerdo a la administración del estado de la residencia, mientras que en el caso del convenio con Corea, se establece un trámite de información a la administración tributaria del estado de la residencia previo a que la autoridad competente del estado de la fuente y el no residente lleguen a un acuerdo en relación con el diferimiento previsto en la cláusula.

¹²⁷ El tenor de esta cláusula es el siguiente: «cuando un residente de un estado contratante enajene activos en el curso de una organización, reorganización, amalgamación, escisión o similar operación societaria, y se considere la renta, beneficio o ganancia percibida en relación con dicha operación diferida o no reconocida a efectos tributarios en dicho estado. Entonces, el impuesto que habría sido exigido por el otro estado respecto de dicha enajenación será también diferido durante el plazo y periodos que lo habría sido si el sujeto que realiza la enajenación hubiera sido residente de este otro estado, pero no en mayor medida o plazo superior que en el primer estado mencionado siempre que el impuesto así no exigido pueda ser recaudado ante una enajenación posterior y dicha recaudación de la cuantía del impuesto en cuestión se asegure para satisfacción de la autoridad competente de ambos estados. Las autoridades competentes de ambos estados desarrollarán los procedimientos para la implementación de este párrafo».

¹²⁸ Véase en este sentido la sección VII del memorando de entendimientos que acompaña a este convenio que establece la posibilidad de que el no residente entre en un acuerdo de reconocimiento de ganancias con la autoridad tributaria del estado de la fuente a los efectos de asegurar el gravamen futuro de las ganancias diferidas.

de que el no residente obtiene así el derecho a la aplicación del diferimiento, se encuentra sometido a la misma discrecionalidad administrativa que en el caso del convenio entre Canadá y Estados Unidos, al necesitar convencer a la administración tributaria del estado de la fuente que podrá recuperar el impuesto no exigido por la aplicación del diferimiento impositivo¹²⁹.

IV. CONCLUSIONES

El diseño de normas para poder regular las operaciones de reorganización empresarial desde una perspectiva transfronteriza es uno de los retos pendientes de la fiscalidad internacional. Como se puede comprobar fácilmente, cuando estas operaciones despliegan sus efectos en más de una jurisdicción, las posibilidades de que sobreimposiciones y otras ineficiencias surjan se multiplican, sin que la existencia de un convenio de doble imposición sirva para solucionar los problemas que pueden surgir.

En este sentido, es destacable la inclusión de cláusulas específicas de reorganización empresarial en algunos convenios de doble imposición. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, las soluciones que nos ofrecen estas cláusulas son únicamente limitadas, centradas en una determinada clase de ganancias de capital y, en muchos casos, su diseño es ciertamente criticable por no resolver los problemas que pueden surgir e, incluso, generar mayores problemas que los que tratan de solucionar.

Con todo, no dejan de existir ejemplos de cláusulas que sí pueden servir como solución para los problemas a que hacen frente las operaciones de reorganización empresarial en un contexto transfronterizo. El ejemplo más destacado es el de la cláusula prevista en el artículo XIII(8) del convenio entre Estados Unidos y Canadá, la cual permite al no residente acceder al diferimiento en el estado de la fuente a través de un acuerdo previo con la autoridad competente de dicho estado. Esta cláusula permite gran flexibilidad en la adopción de soluciones para evitar las sobreimposiciones que pudieran surgir en el marco de estas operaciones, al tiempo que salvaguarda los derechos de imposición del estado de la fuente. En el estado actual de la fiscalidad internacional, este tipo de cláusulas son aparentemente las únicas que podrían tener cabida en el ámbito del MCOCDE¹³⁰, al no incluir directamente soluciones materiales, es decir, cláusulas que regulen el tratamiento material de las rentas transfronterizas, sino un procedimiento amistoso específico a través del cual se pueden alcanzar soluciones caso por caso que permitan la eliminación de la doble imposición.

A la hora de plantearse si estas soluciones podrían ser incluidas en el ámbito del MCOCDE, hay que partir de la premisa de que estas cláusulas, *prima facie*, tratan de evitar supuestos de doble imposición económica internacional, situación que no se encuentra dentro del ámbito del MCOCDE.

¹²⁹ Vid. NEUENHAUS (2002), pág. 2 y ss.

¹³⁰ Así en el documento de la OCDE «Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination) –Public Discussion– Draft», de 3 de mayo de 2007 (Anexo, párr. 1), se proponía para un posterior estudio la inclusión de esta cláusula en el ámbito de la cláusula de no discriminación. Con todo, no puede obviarse que el examen a realizar para la aplicación de la cláusula contenida en el convenio entre Estados Unidos y Canadá no coincide con el que se emplea en el ámbito de las cláusulas de no discriminación [cf. NEUENHAUS (2002), pág. 4].

De este modo es cuestionable su inclusión en el MCOCDE al no referirse a supuestos de doble imposición jurídica internacional. Por otro lado, a pesar de esta finalidad, podría cuestionarse que estas cláusulas incluyen una opción de política tributaria que va más allá de la distribución del poder tributario entre estados como objetivo de los convenios de doble imposición. De este modo, parece poco coherente su inclusión salvo que atendamos a la finalidad genérica de los convenios basados en el MCOCDE de incentivar el comercio y los flujos de inversión entre estados, finalidad que, en la práctica, ampararía cláusulas que no estuvieran destinadas directamente a la eliminación de la doble imposición, pero que distorsionaría la naturaleza misma de los convenios de doble imposición conforme al estado actual de desarrollo de la fiscalidad internacional.

Bibliografía

- ALONSO GONZÁLEZ, L.M. [2002]: «El régimen fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial: diferimiento del Impuesto sobre Sociedades», en *La reforma del Impuesto sobre Sociedades*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núms. 1 y 2.
- AMERICAN LAW INSTITUTE [1991]: *Federal Income Tax Project. United States Income Tax Treaties, Tentative Draft*, n.º 16, American Law Institute, Filadelfia.
- ARNOLD, B.J. [2000]: «Canadian Branch of IFA Discusses Canadian Tax Treaties», *Tax Notes International*, 26 de junio.
- ARNOLD, B.; SASSEVILLE, J. y ZOLT, E. [2002]: «Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 56, n.º 6.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. [2005]: «Tributación de los no residentes respecto de los inmuebles y las ganancias patrimoniales», en COLLADO YURRITA, M.A. (dir.) y MORENO GONZÁLEZ, S. (coord.), *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, Colex, Madrid.
- AVERY JONES, J.F. [2001]: «Problems of Categorising Income and Gains for Tax Treaty Purposes», *British Tax Review*, n.º 5.
- AVERY JONES, J.F. *et al.* [2006]: «The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 60, n.º 6.
- AVI-YONAH, R.S. [2007]: *International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge Tax Law Series, Cambridge University Press, Nueva York.
- BAKER, P. [1994]: *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2nd ed., Sweet and Maxwell, Londres.
- BANK, S.A. [2000]: «Mergers, Taxes and Historical Realism», *Tulane Law Review*, vol. 75.
- BARENFELD, J. [2005]: *Taxation of Cross-Border Partnerships: Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations*, Doctoral Series, vol. 9, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- BECERRA, J.A. [2007]: *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.

- BENNET, M.C. [2008]: «The 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention», *World Commerce Review*, vol. 2, n.º 2, pág. 1
- BITTKER, B.I. y EUSTICE, J.S. [2000-2009]: *Federal Income Taxation of Corporation and Shareholders*, 7th ed., Warren Gorham & Lamont, Boston.
- BOGENSCHUET, E. [2006]: «German Government Proposes Reorganization Tax Reform», *Tax Notes International*, 7 de agosto.
- BRAUNER, Y. [2003]: «An International Tax Regime in Crystallization», *Tax Law Review*, vol. 56.
- [2004]: «A Good Old Habit, or Just an Old One? Preferential Tax Treatment for Reorganizations», *Brigham Young University Law Review*.
 - [2005]: «Taxing Cross-Border Mergers & Acquisitions in a Globalizing World», *Florida Tax Review*, vol. 6, n.º 11.
 - [2008]: «United States», en MAISTO, G. (ed.), *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, International Bureau of Fiscal Documentation. EC and International Tax Law series, vol. 4, Amsterdam.
- BROWN, C. y MANOLAKAS, C. [1997]: «Organizations, Reorganizations, Amalgamations, Divisions and Dissolutions: Cross-Border Assets, Double Taxation and Potential Relief Under the U.S. - Canada Tax Treaty», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 26, n.º 2.
- BRUK, B. y GIDIRIM, V. [2009]: «New Protocol to the Russia-Cyprus Tax Treaty Initialled: End of the "Cyprus Era" in Russian Tax Planning?», *European Taxation*, vol. 49, n.º 10.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. [1997]: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid.
- [2005]: «Los métodos para eliminar la doble imposición», en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coord.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña.
- CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. [2005]: «Definiciones generales» en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña.
- CENCERRADO MILLÁN, E. [2008]: «Spain», en MAISTO, G. (ed.), *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, International Bureau of Fiscal Documentation. EC and International Tax Law series, vol. 4, Amsterdam.
- CERIONI, L. [2007]: *EU corporate law and EU Company tax law. Corporations, Globalization and the Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- CHRISTIE, G. y EKKEL, M. [2009]: «Australia» en *Mergers and Acquisitions Database*, International Bureau of Fiscal Documentation.
- CLARK, W.S. [2006]: *Taxation of capital gains of individuals: policy considerations and approaches*, OECD Tax Policy Studies, n.º 14, Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris.
- DUPUY, C.M. y DOLAN, K. [2005]: *The Creditability of Foreign Taxes - General Issues. Foreign Income Portfolios: U.S. International Portfolios: Portfolio 901-2nd*, BNA Tax and Accounting, §VI.2.C.
- ENGLISH, J. [2007]: «Reform of the Reorganization Tax Act and Related Changes», *European Taxation*, vol. 47, n.º 7.
- ERNST & YOUNG [2009]: *Survey of the implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended)*, European Commission, Bruselas.

- FAYBÍK, J. [2007]: «Conflicts of Qualification and Capital Gains (Art 13 OECD MC)», en BURGSTALLER, E. y HASLINGER, K. (eds.), *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law*, Linde, Viena.
- GAMMIE, M. y BALL, S. [1982]: *Tax on Company Reorganizations*, 2.^a ed., Taxation Publishing, Londres.
- GARCÍA PRATS, F.A. [2005]: «Tributación de las Ganancias de Capital» en RUIZ GARCÍA, J.R. y CALDERÓN CARRERO, J.M. (coords.), *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*, Fundación Pedro Barrié de la Maza-Instituto de Estudios Económicos de Galicia, A Coruña.
- HELLERSTEIN, J.R. [1957]: «Mergers, Taxes and Realism», *Harvard Law Review*, vol. 71.
- HILL, D. [2006]: «Canada-U.S. Tax Convention: what it was then, and what it is now», *The Lawyers Weekly*, 18 de agosto.
- HOLMES, K. [2007]: *International Tax Policy and Double Tax Treaties: An Introduction to Principles and Application*, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- HORTALÀI VALLVÉ, J. [2007]: *Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION [1995]: *Survey of the Implementation of the EC Corporate Tax Directives*, WIJNEN, W.F.G. (coord.), International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam.
- [2001]: *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- JARCHOW, S.R. [1978]: «Foreign Tax Credit Carryovers in Corporate Reorganizations», *International Tax Journal*, vol. 5.
- KOSTERS, B. [2004]: «The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments», *Asia-Pacific Tax Bulletin*, vol. 10.
- LANG, M. [2010]: *Introduction to the Law of Double Tax Conventions*, International Bureau of Fiscal Documentation-Linde, Ámsterdam.
- LAU, A. *et al.* [2010]: «A Look at the France-Hong Kong Double Tax Agreement», *Tax Notes International*, 29 de noviembre.
- LEWIS, D. *et al.* [2010]: *U.S. Income Tax Treaties – Competent authority Functions and Procedures of Selected Countries* (portfolio: revised on June 7, 2010), BNA Tax Management Foreign Income Portfolios, vol. 941, Arlington.
- LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J. y ORTEGA CARBALLO, E. [2010]: *Reorganización empresarial –Fusiones 2011–2012*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Madrid.
- MAISTO, G. [2002]: «Improving the Flexibility of Tax Treaties Part 2 – Cross-Border Tax Issues arising from Corporate Reorganizations», *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 56, n.º 6.
- [2005]: «Introduction» en MAISTO, G. (ed.), *Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law*, International Bureau of Fiscal Documentation: EC and International Tax Law Series, vol. 1, Ámsterdam.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. [2009]: «Ganancias de capital», en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord.), *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, 1.st ed., CISS, Valencia.
- MARTÍNEZ MIER, A. [2010]: «Las cláusulas de reorganización empresarial en los convenios para evitar la doble imposición firmados por España con México, EEUU y Francia», *Instituto de Estudios Fiscales, Cuadernos de Formación*, vol. 10.

- MENÉNDEZ GARCÍA, G. [2007]: «El régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea», en RODRÍGUEZ ONDANZA, J.A. (dir.), *El Impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- NAVARRO EGEA, M. [1997]: *Fiscalidad de la reestructuración empresarial. Fusión y escisión*, Marcial Pons, Madrid.
- NEUENHAUS, D.M. [2002]: «Restructuring opportunities under the U.S.-Netherlands income tax treaty», *Tax Planning international Review*, vol. 29, n.º 5.
- OSMAŃCZYK, E.J. y MANGO, A. [2003]: *Encyclopedia of the United Nations and International Agreements*, 3rd ed., vol. 1, Routledge, Nueva York.
- RAVENTÓS CALVO, S. y DE JUAN, J.L. [1997]: «Acotaciones al convenio de doble imposición con Francia», *Quincena Fiscal*, n.º 18.
- ROSENBLOOM, H.D. y SHORT, R.A. [2000]: «The Income Tax Convention between Canada and the United States: A retrospective view», en AA.VV., *Special Seminar on Canadian Tax Treaties: Policy and Practice*, Canadian Tax Foundation, Toronto, pág. 11:1 *et seq.*
- SACCARDO, N. [2003]: «Article 24(3) of the OECD Model Convention: The Significance of the Expression "Taxation on a Permanent Establishment" in Cross-border Reorganizations», *Intertax*, vol. 31, n.º 8/9.
- SAMPLÓN SALVADOR, R. [2005]: «Interpretación del convenio para evitar la doble imposición entre Francia y España en materia de Fusiones», *Tribuna Fiscal*, n.º 180.
- SCHINDLER, C.P. [2006]: «International Mergers and US Tax Law», *European Taxation*, vol. 46, n.º 6.
- SIMMONTACCHI, S. [2007]: *Taxation of capital gains under the OECD Model Convention: with special regard to immovable property*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- SOLER ROCH, M.T. [2007]: «Ganancias de Capital», en CORDÓN EZQUERRO, T. (dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, 3rd ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SPORI, P. [2001]: «Segment II. The effects in the Source State of reorganisations made in the Residence State», en INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- STEVANATO, D. [2002]: «Le riorganizzazioni internazionali di imprese», en UCKMAR, V. (coord.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padua.
- TENORE, M. [2006]: «Timing Issues Related to Changes in Treaty Residence or Source», *Intertax*, vol. 34, n.º 3.
- TERRA, B.J.M. y WATTEL, P.J. [2008]: *European Tax Law*, 5th ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
- THÖMMES, O. [2005]: «Chapter 5. Commentary on the Merger Directive», en THÖMMES, O. y FUKS, E. (ed.), *EC Corporate Tax Law. Commentary on the EC Direct Tax Measures and Member States Implementation*, International Bureau of Fiscal Documentation-Deloitte Touche Tohmatsu International, Ámsterdam.
- ULMER, J.M. [2001]: «Segment IV. Treaty issues», en International Fiscal Association, *Cross-Border Effects of Restructuring Including Change of Legal Form*, Congress Seminar Series, vol. 25D, Kluwer Law International, La Haya.
- VAN'THEK, K. [2008]: «Mexico Renegotiates Treaty with the Netherlands», *Tax Notes International*, 15 de diciembre.
- VAN'THEK, K. y BRAVO, R. y CHACÓN, S. [2002]: «New Rules for Cross-Border Corporate Reorganizations in Mexico», *Tax Notes International*, 11 de noviembre.
- VAN'THEK, K. y MIRANDA, E. [2007]: «International Share Restructurings in Mexico», *Tax Notes International*, 22 de enero.

- VANISTENDAEL, F. [1998]: «Chapter 20 - Taxation of Corporate Reorganizations», en THURONYI, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, International Monetary Fund-Kluwer Law International, Washington.
- VEGA BORREGO, F.A. [2010]: «Normas generales antielusión en el ordenamiento español», en ZAVALETA ÁLVAREZ, M. y ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Derecho tributario peruano y español: un análisis comparado de problemas comunes*, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, Lima.
- VILLEMOT, D. [2006]: *Fiscalité des Fusions Acquisitions. À jour des dernières instructions fiscales*, Édition Formation Enterprise, Paris.
- VOGEL, K. et al. [1997]: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. A Commentary to the OECD, UN and U.S. Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital, with Particular Reference to German Treaty Practice*, 3rd edition, Kluwer Law International, Londres.
- WILSON, J. [2011]: «Current Developments Regarding Article XIII(8) of the Canada-U.S. Treaty from the Perspective of Dispositions of Taxable Canadian Property», *Daily tax Report, Bureau of National Affairs*, 1 de marzo.

RESTRICCIÓN Y LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Extracto:

EL presente trabajo comenta las normas introducidas en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) por el Real Decreto-Ley 12/2012 concernientes a la restricción y limitación a la deducción de intereses.

Se trata de normas reactivas, en el sentido de que responden, el nuevo artículo 14.1 h) a ciertas operaciones que en la última década la Administración tributaria ha venido tildando de irregulares, y la nueva redacción del artículo 20 a la ineficacia de la redacción precedente.

Con toda seguridad, esta es la reforma más importante del Impuesto sobre Sociedades salido de la reforma de 1995 y plasmado en la Ley 43/1995, al punto que es muy posible que, de aquí en adelante, en particular por lo que se refiere a los efectos de la nueva redacción del artículo 20, sea discutible que ese impuesto se circunscriba a la tradicional función de gravar las rentas imputables al capital aportado.

Antes que un análisis detenido de las nuevas normas, lo que se ha pretendido es explicar su significación en el contexto del sistema fiscal en el que se insertan, reflexionar respecto de su incidencia en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales, esbozar sus posibles efectos sobre la conducta de las entidades afectadas, y, en fin, calibrar su cercanía a las normas de los países de nuestro entorno.

Esa explicación ha permitido espigar los aspectos positivos y negativos de las nuevas normas, y formular una sugerencia para su perfeccionamiento, basada en los principios de proporcionalidad y libre competencia.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, gastos financieros y deducción de intereses.

RESTRICTIONS AND LIMITATIONS ON THE DEDUCTIBILITY OF INTEREST IN THE CORPORATE INCOME TAX

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

Abstract:

THIS paper analyzes the standards introduced in the updated Corporate Income Tax by Royal Decree 12/2012 in relation to the restrictions and limitations on the deductibility of interest.

The amendments can be labeled as reactive since they respond, in the case of the new article 14.1 h), to certain operations that had been deemed unlawful by the Tax Administration and, in the case of the new wording of the Article 20, to the ineffectiveness of the prior text.

This is certainly the most important amendment to the Corporate Income Tax that resulted from the 1995 Reform (Law 43/1995). Following this amendment, especially in what concerns Article 20, it may be debatable whether the new CIT is limited to its traditional function of taxing the income accruing to the company's capital.

Rather than an exhaustive analysis of the new rules, the article is concerned with the analysis of their significance within the tax system, their impact on our international fiscal relations, and outlines their potential effects on the behavior of the taxpayers concerned while assessing their proximity to the standards of our neighboring countries.

This explanation gives way to the reflection on the positive and negative aspects of the new standards and to suggestions for their further development drawing on the principles of proportionality and free competition.

Keywords: Corporate Income Tax, financial expenses and deductibility of interest.

Sumario

1. Introducción.
2. Intereses no deducibles correspondientes a operaciones financieras internas.
3. Limitación general a la deducción de intereses.
4. Aspectos internacionales.
5. La capitalización empresarial.
6. Los sistemas *Allowance Corporate Equity* (ACE) y *Comprehensive Business Income Tax* (CBIT) y la limitación a la deducción de intereses.
7. Aspectos positivos y negativos de las nuevas normas.
8. Comparación con los países de nuestro entorno.
9. Perfeccionar las nuevas normas.
10. Conclusiones.

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto, y ha formulado valiosas sugerencias y aportaciones. Los errores son de la exclusiva responsabilidad del autor.

«... en lo relativo a las empresas encontramos, en la legislación fiscal de numerosos países, disposiciones que persiguen la restricción de la libre disponibilidad económica de aquellas y de las que cabe preguntarse si, en la forma que actualmente presentan o en su intensidad, son indispensables para conseguir los objetivos de política económica...»

NEUMARK, F. *Principios de la Imposición*, pág. 315.

1. INTRODUCCIÓN

En la última década, los países de nuestro entorno han modificado sustancialmente la normativa concerniente a la subcapitalización. A este movimiento se ha sumado el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, mediante la introducción de una nueva letra h) al artículo 14.1 del TRLIS y la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS. Además, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, ha modificado parcialmente la nueva redacción del artículo 20 y la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, ha establecido un conjunto de criterios interpretativos.

Como se verá a lo largo de la presente colaboración, la nueva normativa implica un giro radical respecto de la precedente.

Tanto el nuevo artículo 14.1 h) como la nueva redacción del artículo 20 tienen efectos *para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012*, y lo propio acontece con la posterior modificación parcial del artículo 20. Hay, por tanto, una retroactividad débil, en la medida en que las nuevas normas entraron en vigor después de iniciado el primer periodo impositivo al que afectan pero antes de su conclusión. Se trata, según doctrina del Tribunal Constitucional, de una retroactividad que no colisiona con el principio de seguridad jurídica.

La aplicación en el tiempo de los nuevos preceptos, y sus modificaciones, parece clara. Cuestión distinta es que pueda debatirse respecto de la oportunidad de haber concedido un tiempo de gracia para adaptar las estructuras financieras a las pautas de las nuevas normas. Probablemente el entorno de crisis de la recaudación fiscal no lo ha aconsejado.

El artículo 14.1 h) tipifica dos operaciones internas sobre instrumentos financieros financiadas internamente, y prohíbe que los intereses correspondientes sean deducibles, excepto si el obligado tributario prueba que las realizó por motivos económicos válidos.

El artículo 20 establece un límite objetivo respecto del montante total de los gastos financieros netos, calculado sobre el beneficio operativo. Ninguna prueba en contrario se admite. Por tanto, las empresas con escaso resultado operativo e importante endeudamiento deberán tributar por el Impuesto sobre Sociedades, aun cuando no hayan obtenido beneficios para repartir a sus socios. No obstante, los intereses rechazados podrán ser deducidos en ejercicios futuros, de manera tal que las empresas

que remonten la situación de carencia de beneficios podrán retornar a una tributación fundamentada en el beneficio. No así las que no logren hacerlo.

Sabido es que existe un conflicto larvado entre los objetivos de atraer inversión exterior y apoyar la expansión internacional de las empresas y el objetivo de asegurar una recaudación inmediata adecuada por el Impuesto sobre Sociedades¹. A lo largo de los tres últimos lustros la política fiscal española claramente se decantó por los primeros, sin que el segundo sufriera aparente merma, sin duda porque hasta la crisis comenzada en 2008 los beneficios de las empresas fueron excelentes. Las estadísticas de recaudación son aleccionadoras ya que muestran que el Impuesto sobre Sociedades rindió notables recaudaciones y, lo que es más relevante, a muy altos ritmos de crecimiento², pero también que ha sido el que más ha padecido los efectos de la crisis.

Recientemente, la política fiscal ha dado un brusco viraje a favor del objetivo de recaudación inmediata. La restricción y limitación a la deducción de intereses forma parte de la misma, pero tiene un objetivo adicional, a saber, poner orden en una parcela abonada a las operaciones financieras complejas potencialmente irregulares.

2. INTERESES NO DEDUCIBLES CORRESPONDIENTES A OPERACIONES FINANCIERAS INTERNAS

En virtud del artículo 14.1 h) se consideran fiscalmente no deducibles *los gastos financieros devengados en el periodo impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios*

¹ ISAAC, J.: «A Comment on the Viability of the Allowance for Corporate Equity», *Fiscal Studies* (1997).

²

Año	IRPF	I. Soc	IVA	ILEE.
1995	31.418	7.605	20.337	11.489
1996	31.674	8.827	21.784	12.344
1997	33.367	12.374	24.149	12.446
1998	34.087	13.997	26.242	14.372
1999	35.460	14.636	30.735	15.425
2000	36.766	17.207	33.389	16.056
2001	41.371	17.215	34.673	16.576
2002	44.344	21.437	36.913	16.150
2003	46.451	21.920	40.579	16.853
2004	47.722	26.202	44.507	17.514
2005	54.723	32.495	49.870	18.022
2006	62.813	37.208	54.652	18.602
2007	72.614	44.823	55.851	19.786
2008	71.341	27.301	48.021	19.570
2009	63.857	20.186	33.657	19.349

FUENTE: Agencia Tributaria.

establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de las operaciones.

2.1. Antecedentes de la nueva norma

Pronto se advierte que, en gran parte, la norma ha tipificado como presuntamente fraudulenta la misma operación que la inspección tributaria ha venido combatiendo en los últimos años, y con el mismo efecto práctico, a saber, la no deducción de los intereses, mediante normas antiabuso de carácter general. En síntesis, esta operación ha consistido en la adquisición a crédito por parte de una entidad residente en territorio español de participaciones sobre sociedades del grupo mercantil al que pertenece, sin concurrir una motivación económica, provocando así una disminución importante de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

En la exposición de motivos el Gobierno explica que se establece el carácter no deducible para aquellos gastos financieros generados en el seno de un grupo mercantil, y destinados a la realización de determinadas operaciones entre entidades que pertenecen al mismo grupo, respecto de los cuales se venía reaccionando por parte de la Administración Tributaria cuando no se apreciaba la concurrencia de motivos económicos válidos...

No es la primera vez que el legislador o el Gobierno salen al paso de operaciones irregulares efectuando la pertinente reforma normativa, pero sí, salvo error u omisión, que respalda explícitamente las regularizaciones practicadas por la inspección tributaria, actualmente en vía de revisión contencioso-administrativa, lo que plantea la cuestión de su posible influencia sobre las mismas.

Así, habrá quienes entiendan que la nueva norma viene a colmar una laguna, y, por tanto, se sientan inclinados a pronosticar un resultado adverso ante los tribunales para la Administración tributaria, y quienes, por el contrario, estimen que el pronunciamiento del Gobierno deja bien claro el carácter fraudulento de las operaciones, de manera tal que los tribunales, en cierto modo, verían orientada su decisión. La independencia del poder judicial permite pronosticar que tanto la nueva normativa como las declaraciones gubernamentales ejercerán escasa influencia en los tribunales de justicia.

Y, en efecto, hasta el momento así ha sido, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012 (NFJ048120) confirma la no deducción de unos intereses pagados a una sociedad vinculada no residente por causa de un endeudamiento aplicado al desembolso de una ampliación de capital de otra sociedad no residente íntegramente participada por la prestamista, supuesto de hecho y efecto que están hoy en día comprendidos en el ámbito del nuevo artículo 14.1 h), sin que en la sentencia se haga la más leve alusión al mismo. La sentencia, relativa a hechos producidos antes de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, razona en términos de la necesidad del gasto financiero respecto de las actividades realizadas por la entidad concernida, llegando a la conclusión de que no existe tal necesidad, en el sentido del artículo 13 de la Ley 61/1978.

2.2. Aplicación temporal

Como se ha indicado, el artículo 14.1 h) se aplica respecto de los periodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2012. Las operaciones tipificadas que determinan el mandato de no deducción de intereses, han podido realizarse antes de dicha fecha, lo que sugiere dos posibles criterios en relación con la aplicación en el tiempo de la nueva norma. La más limitada entendería aplicable la no deducción de intereses respecto de operaciones realizadas a partir de 1 de enero de 2012, y la más amplia la entendería respecto de los intereses devengados a partir de dicha fecha, aun cuando las operaciones tipificadas hubieran sido concertadas antes de la misma. La segunda es la que mejor concuerda con el objeto del hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades, esto es, la obtención de renta, la cual deriva del flujo de ingresos y gastos habido en cada periodo impositivo, aun cuando los hechos que desencadenan esos flujos se hayan realizado en un periodo impositivo anterior.

2.3. Engarce con las actuaciones administrativas precedentes

Todavía no se conoce, exceptuando la sentencia antes citada, el criterio de la Audiencia Nacional, ni por ende el del Tribunal Supremo, en relación con las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) por las que se desestiman las reclamaciones planteadas por los obligados tributarios en relación con las regularizaciones administrativas a las que se refiere la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012.

Si los tribunales de justicia confirman el criterio administrativo, se producirá un efecto de continuidad material, a lo largo de los distintos periodos impositivos anteriores y posteriores a 1 de enero de 2012.

El escenario que el artículo 14.1 h) esboza, en unión con la exposición de motivos, es el de continuidad. Por tanto, podría afirmarse que esa norma ha venido a definir un cauce jurídico distinto, pero no contradictorio, para rechazar la deducción de los intereses asociados a ciertas operaciones. Antes, la Administración tributaria debía probar que las operaciones tipificadas se realizaban en fraude a la ley tributaria, o que eran determinantes de un conflicto en aplicación de la norma tributaria. Ahora, la Administración tributaria, una vez constatada la existencia de los negocios jurídicos tipificados en el artículo 14.1 h), deberá rechazar la deducción de los intereses afectados, excepto si el obligado tributario prueba la concurrencia de motivos económicos válidos.

Por el contrario, si las sentencias son adversas a la posición administrativa, el escenario de continuidad no habría cristalizado. Ninguna trascendencia ha de darse a esta eventualidad respecto de la aplicación del artículo 14.1 h), ni tampoco por ello quedaría desmerecida la exposición de motivos, ya que, en rigor, se limita a describir una realidad sin calificarla.

Ahora bien, la continuidad se da en el plano de lo cuantitativo, pero no en el de los valores jurídicos. Antes, ante unas operaciones abstractamente legítimas, la Administración tributaria corría con la carga de la prueba de haber sido realizadas para consumar un fraude. Ahora, esas operaciones son consideradas fraudulentas, excepto si el obligado tributario prueba que no lo son, por responder a

motivos económicos válidos. Mismo resultado, ciertamente, pero alcanzado por caminos dispares que responden a visiones distintas de la posición del obligado tributario en el seno de la relación tributaria.

2.4. Descripción de las operaciones tipificadas

El nuevo artículo 14.1 h) tipifica dos operaciones, integradas por una transmisión y una financiación asociada a la misma:

- Transmisión de participaciones representativas de la participación en el capital o en los fondos propios de cualquier tipo de entidades, realizada entre entidades integradas en el mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, cuando las adquisiciones se financien con deudas contraídas con entidades del mismo grupo mercantil.
- Aportaciones realizadas a entidades del mismo grupo mercantil, cuando se financien con deudas contraídas con entidades del mismo grupo mercantil.

La adquisición, la aportación y el endeudamiento han de concertarse entre entidades del mismo grupo mercantil, pero los instrumentos de patrimonio transmitidos no necesariamente han de ser representativos de los fondos propios de entidades del grupo mercantil. También es irrelevante el régimen fiscal de los dividendos que rindan esos instrumentos.

La entidad adquirente y que a tal efecto se endeuda ha de ser residente en territorio español, ya que de ella se predica la no deducción de los intereses, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de los establecimientos permanentes, pero tanto la entidad transmitente como la entidad prestamista pueden ser residentes en territorio español o extranjero. Por tanto, no están tipificadas, entre otras:

- Las aportaciones realizadas a entidades que no forman parte del grupo mercantil. La norma no especifica si la pertenencia al grupo ha de determinarse antes o después de la operación de aportación, pero la segunda alternativa parece la más apropiada.
- Las adquisiciones realizadas a terceros, entre ellos los socios de la entidad dominante, ya que los mismos no forman parte del grupo mercantil.
- Las operaciones financiadas con préstamos de terceros, por ejemplo, préstamos bancarios o préstamos otorgados por los socios de la entidad dominante.
- Las operaciones en las que, bien las partes de la transmisión o de la aportación, bien las partes del préstamo, no pertenezcan al mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio aun cuando lo hagan al denominado grupo horizontal, esto es, aquel que se forma *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* (norma 13.^a de elaboración de las cuentas anuales del PGC).

La comparación de las operaciones tipificadas y no tipificadas con las que se han venido regularizando por la inspección tributaria arroja una amplia coincidencia, si bien pueden señalarse dos excepciones:

- El artículo 14.1 h) constriñe la no deducción a los intereses de préstamos internos, en tanto que en las operaciones regularizadas por la inspección tributaria también se tomaron en consideración los préstamos de terceros, aun cuando la mayor parte de los intereses rechazados derivaban de préstamos internos.
- El artículo 14.1 h) se aplica a las entidades residentes en territorio español pertenecientes tanto a los grupos mercantiles internacionales como a los puramente internos, y cualquiera que sea la residencia de la entidad prestamista, en tanto que las regularizaciones se han venido proyectando, básicamente, aunque no de manera deliberadamente excluyente de otras posibilidades, sobre entidades pertenecientes a grupos multinacionales que pagaban intereses a entidades no residentes en territorio español. Podría parecer extraño que se rechace la deducción de intereses que tributan en sede de otra entidad residente en territorio español, incluso perteneciente al mismo grupo fiscal, pero se recordará que los Estados miembros de la Unión Europea, a raíz de *Lankhorst*, han venido extendiendo las normas antiabuso típicamente diseñadas para combatir la fuga artificial de bases imponibles al extranjero a las situaciones puramente internas, por más que estas últimas difícilmente puedan determinar fraude o evasión, con la pretensión de blindar dichas normas frente a la acción del Tribunal de Justicia, por más que ello haya suscitado el reproche de la Comisión³.

2.5. Determinación de los gastos financieros afectados

Los gastos financieros afectados son los derivados de deudas internas *destinadas* a la adquisición de participaciones o al desembolso de la aportación. Por tanto, los intereses afectados son los correspondientes a unas deudas calificadas por su destino. ¿Cuál es el destino de una deuda? ¿Cómo se identifica ese destino?

Desde la perspectiva de la representación contable, todo el pasivo financia indistintamente todo el activo, de manera tal que no es posible establecer una correspondencia entre un determinado activo y un determinado pasivo. El artículo 14.1 h) se desliga de esa perspectiva, y obliga a establecer una correspondencia entre la adquisición de la participación o la aportación y una determinada deuda. Pueden esbozarse algunas vías al efecto, tales como la declaración de las partes en el contrato de préstamo, la pignoración de la participación adquirida en garantía del préstamo, o considerarse la coincidencia temporal entre la adquisición de la participación o el desembolso de la aportación y el préstamo.

³ Comunicación de la Comisión. Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa, dentro de la Unión Europea y en relación con terceros países. COM (2007) 785 final: *sería lamentable que, para no ser acusados de discriminación, los Estados miembros ampliaran la aplicación de las medidas contra las prácticas abusivas destinadas a reducir la evasión transfronteriza a situaciones puramente internas en las que no exista ningún riesgo en este sentido. Decisiones unilaterales de esta índole solo minan la competitividad de las economías de los Estados miembros y no redundan en beneficio del mercado interior... Por otro lado, sigue siendo discutible que dichas ampliaciones permitan conciliar todas las medidas restrictivas con las obligaciones que incumben a los Estados miembros.*

Bien se comprende que, desprovistas esas vías de identificación de un fundamento de lógica financiera, puedan ser fácil presa de la crítica adversa. Así, si en fecha cercana a la adquisición interna de una participación se concierta un préstamo interno, es muy posible que ese préstamo se tenga por la deuda *destinada* a la adquisición. Inversamente, cuando en fechas próximas a la adquisición de la participación no media un endeudamiento no existirá la deuda *destinada*, aun cuando al cierre del ejercicio el endeudamiento interno haya aumentado ¿Hay deuda *destinada* cuando en octubre de 2012 se venden unas obligaciones, se deposita su importe, en abril de 2013 se realiza una adquisición interna de la participación y en octubre de 2013 se adquieren participaciones en instituciones de inversión colectiva concertando en tal fecha un préstamo interno? ¿Se asocia esa deuda con la adquisición interna de la participación o con la de la institución de inversión colectiva?

El endeudamiento ha de ser concertado con una entidad del mismo grupo mercantil. Por tanto, el endeudamiento concertado con una entidad de crédito cae fuera del campo de aplicación de la norma. No obstante, cuando la entidad de crédito realice una función vehicular (tomar crédito de una entidad del grupo y concederlo a otra), el préstamo concedido por la misma debe entenderse afectado, por más que en los grupos amplios constatar la función vehicular sea tarea ardua.

La circunstancia de pertenencia al mismo grupo mercantil habrá de darse en el momento de concertar las deudas *destinadas* a la adquisición de la participación. Por tanto, si con posterioridad la entidad prestamista deja de pertenecer al grupo mercantil, la deuda no pierde su caracterización de *destinada*. De la misma manera, si la entidad prestataria abandona el grupo, la deuda no pierde su caracterización de *destinada*. Y, por la misma razón, cuando la deuda *destinada* es sustituida por otra procedente de terceros, señaladamente de una entidad de crédito, parece que debe darse por extinguida la caracterización de deuda *destinada*.

Es difícil no ver que la huida del supuesto de hecho del artículo 14.1 h) es sustituir el endeudamiento interno por otro procedente de terceros, señaladamente de entidades de crédito, o transformar el endeudamiento interno en capital, o transmitir la participación y cancelar con el precio el endeudamiento. La primera, a diferencia de las otras dos, perpetúa la deducción de intereses. Por tanto, lo deseable es que las operaciones que nacieron enfermas no se encostren a través del endeudamiento bancario, pero la norma no lo impide.

2.6. La acreditación de los motivos económicos válidos

La restricción a la deducción de los intereses derivados de la deuda *destinada* no se aplica cuando *el sujeto pasivo acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones*.

2.6.1. Las causas de justificación de la exposición de motivos

En la exposición de motivos se indica que *este precepto permite su inaplicabilidad, en la medida en que las operaciones sean razonables desde la perspectiva económica, como pueden ser supues-*

tos de reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros, o bien aquellos supuestos en que se produce una auténtica gestión de las entidades participadas adquiridas desde territorio español.

Así pues, hay dos causas que justifican la concurrencia de motivos económicos válidos:

- La transmisión interna de la participación es *consecuencia directa de una adquisición a terceros*, realizada anteriormente.
- La entidad adquirente *gestiona* a la entidad participada.

En lo que concierne a la primera causa de justificación, surgen varias cuestiones: ¿Cómo se acota la relación de *consecuencia directa* entre la adquisición externa y la posterior transmisión interna de la participación? ¿Tal vez en razón a la proximidad en el tiempo de ambas transmisiones? ¿Cuánto tiempo? ¿Tal vez si es adecuado el adverbio «reciente»? ¿Cuándo una adquisición a terceros es reciente? ¿Quizá en razón a una relación económica entre las actividades de la entidad adquirente y la participada? ¿Acaso al designio de fraccionar entre diversas jurisdicciones fiscales la adquisición de un grupo o subgrupo multinacional de empresas? ¿Debe ser la participación adquirida representativa de los fondos propios de entidades residentes en territorio español?

Por lo que se refiere a la segunda causa de justificación, parece que su concurrencia solo es posible cuando la participación otorga el control, o, cuando menos una influencia significativa, debiendo, adicionalmente, la entidad adquirente disponer de una organización de medios humanos y materiales suficiente para acometer la función de gestión.

A partir de aquí se abren un conjunto de cuestiones: ¿Cuál es el contenido de la función de gestión? ¿Qué elementos, humanos y materiales, requiere la realización de esa tarea? La gestión ha de ser algo más que el puro control, y también algo más que la administración de la participación. La gestión implica imponer objetivos y diseñar políticas para alcanzarlos. Es difícil no intuir que para cubrir este expediente basta con residenciar en sede de la entidad adquirente un conjunto de medios humanos y materiales directivos equivalentes a los que antes del cambio de control estaban ubicados en la entidad participada, operación bastante asequible desde una posición de dominio.

En fin, no parece que las causas de justificación económica de la operación deban constreñirse a las dos citadas en la exposición de motivos.

2.6.2. *La acreditación por la ausencia de ventajas fiscales*

¿Se pueden acreditar los motivos económicos válidos a través de la demostración de que la operación tipificada no ha provocado ventaja fiscal alguna para el grupo mercantil de empresas? La literatura legal no abre expresamente esta vía, pero si la norma trata de salir al paso de un fraude parece claro que la consecución del mismo envuelva la obtención, ilegítima, de una ventaja fiscal, y

de ahí la pertinencia de admitir la prueba de la ausencia de dicha ventaja fiscal. En términos generales, no producen ventaja fiscal alguna las siguientes operaciones:

- Los préstamos concertados entre empresas del mismo grupo fiscal.
- Los préstamos concertados con entidades residentes en territorio español que tributen al mismo tipo de gravamen.
- Los préstamos concertados con entidades residentes en el extranjero que tributen a un tipo de gravamen igual o superior al tipo de gravamen de la entidad prestataria.
- Los préstamos destinados a la adquisición de participaciones cuyos dividendos no disfruten de exención o no disfruten de deducción plena.

También esta vía de justificación de la motivación económica precipita algunas incertidumbres: ¿Deberá atenderse al tipo nominal de gravamen o al tipo efectivo? ¿Deberá atenderse al tipo, nominal o efectivo, general, o, en su caso, al tipo, nominal o efectivo sobre los intereses? ¿Deberá atenderse a la tributación de la entidad prestamista exclusivamente, o también a la de sus socios cuando la misma sea transparente (*partnerships*)? ¿La neutralización de los ingresos financieros mediante la compensación de pérdidas equivale a tributación? Pero la dificultad mayor tal vez sea identificar el tipo de gravamen que han soportado los intereses, ya que la entidad perceptora ha podido neutralizarlos mediante intereses a pagar, y así sucesivamente, hasta llegar al perceptor final.

2.6.3. *La acreditación por la adecuación a la estructura financiera del grupo mercantil*

¿Es un motivo económico válido para realizar la operación tipificada el que la misma sea el instrumento para configurar una estructura financiera en sede de la entidad adquirente de la participación congruente con la que tiene el grupo mercantil al que aquella pertenece?

La idea de equilibrio, en todos los órdenes, es atractiva. Ese equilibrio, en el ámbito que nos ocupa, procura un efecto de equidad en la distribución de las cuotas derivadas de los impuestos sobre los beneficios entre las distintas jurisdicciones concernidas. Si ese equilibrio se fia a la carga financiera total por unidad de activo consolidado (por tanto sin computar las participaciones adquiridas) implica, en definitiva, una distribución de los intereses pagados a terceros de manera objetiva y proporcionada entre las entidades que configuran el grupo de empresas, lo que halla amparo en el principio de libre concurrencia. Con todo, los razonamientos precedentes no son suficientes para configurar una respuesta positiva al interrogante formulado.

En la práctica no parece, por otra parte, que las entidades tengan interés en acudir a dicha técnica para alcanzar la estructura financiera de equilibrio, habiendo otras no controvertidas, como, simplemente, distribuir fondos propios, logrando así el mismo efecto práctico, con la consiguiente disminución de beneficios en ejercicios futuros a consecuencia de la salida de activos o del aumento de pasivos para hacer frente a dicha distribución.

2.7. La eliminación de la doble imposición

La no deducción de los intereses en sede de la entidad prestataria determina un exceso de imposición en la medida en que dichos intereses deban tributar en sede de la entidad prestamista. Y así parece que será, desde el punto y hora en que el artículo 14.1 h), no establece procedimiento alguno para eliminar la doble imposición. Y esto acontece tanto en el ámbito interno como en el internacional.

2.7.1. Comparación con el diseño de las operaciones vinculadas

La preocupación del artículo 16 del TRLIS de que no se grave *una renta superior a la efectivamente derivada de la operación para el conjunto de las personas o entidades que la hubieron realizado* es ajena al artículo 14.1 h). El artículo 16 se enfrenta, básicamente, a una situación en la que una entidad del grupo mercantil realiza una atribución patrimonial a favor de otra, sea como distribución encubierta de resultados o como aportación subrepticia, a consecuencia de haber pactado un precio distinto al de mercado, de la que se deriva, a efectos fiscales, un desplazamiento de bases imponibles entre las entidades concernidas, probablemente con la finalidad de aligerar la carga fiscal global.

En el supuesto de hecho del artículo 14.1 h) no hay atribución patrimonial entre entidades del grupo, supuesto que los precios pactados para la transmisión y el préstamo fueren de mercado, pero sí un desplazamiento de bases imponibles desde una entidad a otra con la finalidad de aligerar la carga fiscal. Sin embargo, el artículo 14.1 h) no pone el acento en el desplazamiento de la base imponible sino en la finalidad fiscal ilegítima de la operación y rechaza su efecto pernicioso materializado en la deducción de los intereses.

Tanto el artículo 14.1 h) como el artículo 16 combaten operaciones de vaciamiento, en el grado que sea, de la base imponible, aun cuando ejecutadas mediante técnicas distintas. Por eso es llamativo que el segundo tenga un exquisito cuidado para eliminar la doble imposición, incluso arbitrando un procedimiento específico, y el primero guarde un perceptible silencio. Nótese que las operaciones tipificadas en el artículo 14.1 h) se tejen entre partes que están vinculadas fiscalmente por razón de su pertenencia al mismo grupo mercantil.

¿Es acaso más grave desviar rentas fiscales mediante una adquisición interna de cartera de valores financiada internamente, que hacerlo mediante un préstamo con un tipo de interés excesivo, estando ambas operaciones animadas por una finalidad puramente fiscal? Si así fuere, esa mayor gravedad hubiera podido residenciarse en sede sancionadora, sin perjuicio de proveer a la superación de la doble imposición.

2.7.2. Comparación con las normas antiabuso generales

El mandato del artículo 14.1 h) rebasa el impacto de una regularización que, a la vista del carácter fraudulento de la operación, no toma en consideración los efectos pretendidos por las partes. En efecto, a su tenor, los intereses devengados se rechazan, siendo así desconsiderados, pero esos

misimos intereses se computan en la entidad prestamista. Esta asimetría no se da en las normas anti-abuso de carácter general.

Así, en el conflicto del artículo 15 de la Ley General Tributaria (LGT), se practican las liquidaciones correspondientes a los actos o negocios usuales o propios, de las cuales no se derivará doble imposición o exceso de imposición, sino la eliminación del déficit de imposición. Y lo mismo cabe señalar de la simulación del artículo 16 de la LGT, por cuya consecuencia deberán practicarse las liquidaciones pertinentes a tenor del negocio disimulado, y si este es inexistente (simulación absoluta) deberá rechazarse la totalidad de los efectos pretendidos y frente a todas las partes intervinientes.

Supuesto que la entidad prestamista residiera en un país con el que media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, la eliminación de la doble imposición podría sustanciarse a través de un procedimiento amistoso, cuestión esta que se aborda más adelante, pero ya cabe adelantar que no será fácil, por esa vía, superar la doble imposición.

En fin, se desprende de todo ello que no se han previsto mecanismos para superar la doble imposición que el artículo 14.1 h) provoca.

3. LIMITACIÓN GENERAL A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

La nueva redacción del artículo 20.1 establece que *los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por 100 del beneficio operativo*.

La nueva redacción del artículo 20 responde a una filosofía totalmente distinta de la que animó la redacción original, que data del artículo 16.9 de la Ley 18/1991, posteriormente recogida y retocada por la Ley 43/1995.

La redacción original se inscribía en el ámbito de las operaciones vinculadas, siendo el efecto práctico de su mandato rechazar la deducción de los intereses correspondientes a un endeudamiento de carácter vinculado excesivo.

La redacción actual nada tiene que ver con el ámbito de las operaciones vinculadas. Su efecto práctico es una limitación objetiva a la deducción de intereses, tanto procedentes del endeudamiento vinculado como del endeudamiento con terceros⁴. En este sentido no puede ser considerado como un refugio seguro en cuanto técnica para dar seguridad jurídica a los contribuyentes en el ámbito de las operaciones vinculadas, por más que su estructura sea la propia de los refugios seguros.

Se está, más bien, ante un norma que modifica el contenido material del hecho imponible, tal vez solo con efectos temporales, o tal vez con efectos definitivos, pues en la medida en que un gasto contable, plenamente correlacionado con la obtención de los ingresos, no es fiscalmente deducible, el elemento nuclear de la base imponible deja de ser el resultado contable.

⁴ LUCHENA MOZO, G.M.: «Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments», *European Taxation* (agosto 2012).

3.1. Antecedentes de la nueva norma

A diferencia del nuevo artículo 14.1 h), que está diseñado para hacer frente a las operaciones que la inspección tributaria había venido considerando como fraudulentas, el artículo 20 carece de un antecedente tan preciso. Ha sido, posiblemente, el agotamiento de la redacción original de dicho artículo lo que ha llevado a la nueva redacción, en unión, posiblemente, a la constatación de que las empresas españolas estaban excesivamente endeudadas.

En efecto, el artículo 20 no era aplicable frente a la Unión Europea a raíz de la Ley 62/2003, ni respecto a países con convenio bilateral para eliminar la doble imposición a causa de producir discriminación según el criterio jurisprudencial, y, adicionalmente, también la jurisprudencia había recortado significativamente la amplitud del endeudamiento indirecto, contemplado en la redacción original, y elemento decisivo en relación con la efectividad del precepto⁵.

En suma, el fracaso de la redacción original del artículo 20 ha debido pesar mucho en la orientación de la nueva redacción.

Bien se comprende que la explicación precedente tiene carácter negativo. Se huye de una estructura normativa, ciertamente, pero lo relevante es por qué se va a otra. En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012 se indica que *esta medida favorece de manera indirecta la capitalización empresarial y responde, con figuras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional*. Así pues, el acercamiento a otras legislaciones vecinas y el deseo de fortalecer la estructura financiera de las entidades jurídicas parece ser la explicación positiva.

La explicación del cambio normativo es meridiana. Se trata, en efecto, de alcanzar dos objetivos precisos. Por tanto, una vía de análisis irrenunciable de la nueva norma es su relación con esos objetivos, que más adelante se aborda.

3.2. Aplicación temporal

La nueva norma se aplica respecto de los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012. Así es tanto respecto de su redacción original como de la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012. Tal vez hubiera sido conveniente conceder un plazo de gracia para que las entidades hubieran podido recomponer su estructura financiera, pero de esta reflexión no se sigue reproche de retroactividad.

3.3. Supuesto de hecho de la nueva norma

El supuesto de hecho consiste en el devengo de unos gastos financieros que exceden de los ingresos financieros en un importe que supera *el límite del 30 por 100 del beneficio operativo del ejercicio*.

⁵ Véanse Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2009 (NFJ036837) y de 17 de marzo de 2011 (NFJ042264).

Tres son, por tanto, los elementos técnicos de la limitación, amén del porcentaje; a saber, los gastos financieros, los ingresos financieros y el beneficio operativo.

3.3.1. Los gastos financieros

Ni el artículo 20 ni ninguna otra norma del TRLIS definen lo que debe entenderse por gastos financieros. Sí lo hace el Plan General de Contabilidad, que dedica al efecto el subgrupo 66, *Gastos financieros*, el cual comprende diez cuentas, algunas de ellas compuestas por subcuentas. Una interpretación sistemática llevaba a tomar como gastos financieros todos los registrados en las mencionadas cuentas, pero pronto se pudo ver que esa vía interpretativa no era satisfactoria, por cuanto el artículo 20 apuntaba exclusivamente a los gastos financieros derivados del endeudamiento. Por esta razón, la Resolución de 16 de julio de 2012, de la Dirección General de Tributos, ha establecido un conjunto de criterios interpretativos, basados en el espíritu y finalidad de la norma, que no es otra que la de *favorecer indirectamente la capitalización empresarial, a través de la limitación del efecto fiscal del uso de la financiación ajena*, de donde se deduce que los gastos financieros *han de estar relacionados con el endeudamiento empresarial*. De acuerdo con el artículo 12.3 de la LGT, estos criterios serán de obligado cumplimiento para todos los órganos de la Administración tributaria.

Gastos financieros calificados como tales a efectos contables. Comienza la Resolución acotando las cuentas determinantes de gastos financieros que deben ser tomadas en consideración: 661, *intereses de obligaciones y bonos*; 662, *intereses de deudas*; 664, *gastos por dividendos de acciones o participaciones consideradas como pasivos financieros*; 665, *intereses por descuento de efectos y operaciones de factoring*. En estos gastos financieros se encuentran comprendidas las denominadas comisiones financieras devengadas en el ejercicio o costes de transacción directamente atribuibles a los correspondientes pasivos financieros.

Consecuentemente, no tendrán la consideración de gastos financieros los conceptos alojados en las cuentas 660, *gastos financieros por actualización de provisiones*; 663, *pérdidas por valoración de instrumentos financieros por su valor razonable*; 666, *pérdidas en participaciones y valores representativos de deuda*; 667, *pérdidas de créditos no comerciales*; 668, *diferencias negativas de cambio*, excepto la precisión que más adelante se efectúa; 669, *otros gastos financieros*.

Gastos financieros incorporados al valor de un activo. No se toman en consideración, por cuanto su deducción se realiza a través de la amortización del activo y no en concepto de gasto financiero. Se trata de los gastos financieros correspondientes al endeudamiento que financia la adquisición o construcción de los inmovilizados materiales en el sentido de la norma 2.^a 1, *valoración inicial*, del Plan General de Contabilidad. En cierto modo la Resolución, al dar este criterio, traiciona el fundamento interpretativo del que parte, a saber, la existencia de un endeudamiento que se desea limitar. La Resolución ha preferido, en este punto, desviarse hacia la interpretación sistemática, cuando la basada en el espíritu y finalidad hubiera debido tratar a estos gastos financieros en paridad con los restantes, eso sí, tomando en consideración que su incorporación a la cuenta de pérdidas y ganancias se produce a través del proceso de amortización.

Deterioro de valor de créditos. Bajo esta denominación la Resolución aborda la calificación del quebranto por deterioro de valor de un crédito, generalmente por causa de dudas en el cobro, para indicar que aquella parte que corresponda a los intereses devengados que fueron tomados en consideración como ingresos financieros en ejercicios anteriores tendrá la consideración de gastos financieros. Nuevamente la Resolución se aparta de su fundamento interpretativo, por cuanto ese quebranto no va ligado al endeudamiento, pero se justifica en que los ingresos financieros disminuyeron en un periodo impositivo precedente los gastos financieros netos.

Diferencias de cambio. Como regla general no se consideran gastos financieros, aun cuando se anoten en la cuenta 668, *diferencias negativas de cambio*, excepto, señala la Resolución, si derivan del endeudamiento a que se refiere el artículo 20 del TRLIS. ¿A qué endeudamiento se refiere el artículo 20 del TRLIS? La palabra endeudamiento no aparece en el artículo 20 del TRLIS, aunque sí lo hacía la palabra «deudas» en la redacción establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012. Con todo, no resulta difícil entender que se trata de las diferencias de cambio correspondientes a las deudas cuyos intereses están afectados por la limitación. Por tanto, estas diferencias de cambio tendrán la consideración de gastos financieros, aun cuando contablemente no la tengan.

Coberturas financieras. De acuerdo con la Resolución *los efectos de aquellas coberturas financieras que cubran deudas de la entidad, que se recojan en la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio, deberán computar a efectos de la determinación de los gastos financieros netos.*

En consecuencia, no se computan los efectos de los instrumentos financieros derivados no utilizados como instrumentos de cobertura, ni los utilizados como instrumentos de cobertura de partidas distintas del endeudamiento, ni, en fin, los que se reflejen en patrimonio neto mientras no deban hacerlo en la cuenta de pérdidas y ganancias.

En la cobertura contable de valor razonable se imputa a la cuenta de pérdidas y ganancias el efecto de valorar por el valor razonable tanto el instrumento de cobertura como la partida cubierta, de manera tal que el efecto de la contabilidad de cobertura es modificar el tratamiento contable de la partida cubierta⁶, en tanto que en la cobertura de flujos de efectivo la partida cubierta continúa valorándose según sus reglas propias y la valoración del instrumento financiero de cobertura se refleja transitoriamente en ajustes de patrimonio neto. Por tanto, de acuerdo con la Resolución, todo impacto de la contabilidad de cobertura en la cuenta de pérdidas y ganancias, cuando la partida cubierta sea el endeudamiento, computará como *gasto financiero neto*, esto es, tanto proceda del instrumento de cobertura como de la partida cubierta.

Al referirse al endeudamiento, la Resolución parece excluir el impacto en la cuenta de resultados de las coberturas que versan sobre créditos, pero siendo así que los intereses derivados de los mismos sí computan para determinar los ingresos financieros que integran los *gastos financieros netos*, lo correcto sería que dicho impacto también fuera considerado a tal efecto.

Entidades holding. La consulta número 2 del BOICAC 79/2009 (NFC035411) considera que los productos de las inversiones financieras efectuadas por una entidad *holding* forman parte de su

⁶ PÉREZ RAMÍREZ, J. y CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, J.: *Instrumentos Financieros*, pág. 517.

cifra de negocios. Pues bien, la Resolución apunta que los derivados de la cesión a terceros de capitales propios no por ello pierden la consideración de ingresos financieros. En consecuencia minorarán los gastos financieros a efectos de determinar el importe de los *gastos financieros netos*, y no formarán parte del beneficio operativo.

Las precisiones que efectúa la Resolución respecto de la delimitación de los *gastos financieros netos* indican que el Real Decreto-Ley 12/2012 hubiera debido constreñir el ámbito de los mismos a los correspondientes a la remuneración del endeudamiento concertado por la entidad, pues aun cuando el grueso de las cuentas del Plan General de Contabilidad relativas a los gastos financieros registra dicha remuneración también se registran en las mismas otros conceptos asociados a la función financiera de la empresa, ampliamente entendida. Esa imperfección es fácilmente comprensible, pues la extracción de todas las consecuencias del nuevo modelo contable desarrollado por el vigente Plan General de Contabilidad es un proceso temporalmente dilatado.

Cuentas en participación. Los resultados positivos que corresponden al partícipe no gestor se consideran gastos financieros en sede del partícipe gestor e ingresos financieros en sede del partícipe no gestor, teniendo la misma consideración los resultados negativos, aunque en sede opuesta, de acuerdo con la Resolución.

Las cuentas en participación merecen un comentario particular.

El artículo 239 del Código de Comercio establece que *podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos*, lo que apunta a una aportación de capital, mas como quiera que *terminadas las operaciones*, el partícipe gestor debe rendir cuentas de los resultados y proceder a la liquidación de la cuenta en participación (art. 243), se trataría de una aportación sujeta a devolución prefijada contractualmente, lo que apunta hacia una obligación a cargo del partícipe no gestor.

Podría considerarse que estamos ante unos fondos propios del negocio en participación, pero esto chocaría con la prohibición de asignar a la cuenta en participación *una razón comercial a todos los partícipes* (art. 241). La cuenta en participación no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común, de manera tal que el capital aportado por el partícipe no gestor pasa al dominio del partícipe gestor o dueño del negocio, sin perjuicio de que aquel pueda conservar frente a este un derecho de crédito por la parte de capital aportado que no se pierda⁷.

El Plan General de Contabilidad ordena contabilizar el capital recibido bajo la rúbrica *Acreedores por operaciones en común* (419) y considera que la porción del resultado atribuible al partícipe gestor debe reflejarse como gasto del partícipe gestor, pero no de carácter financiero, sino específico, representado en la cuenta *beneficio transferido* (6510) o en la cuenta *pérdida soportada* (6511). Por su parte, el partícipe no gestor registra los movimientos correlativos bajo la partida *resultado de operaciones en común* (751).

⁷ URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, pág. 178.

Acierta el Plan General de Contabilidad, por cuanto estando obligado el partícipe no gestor a la devolución del capital, minorado en las pérdidas sufridas y aumentado en los beneficios habidos imputables al partícipe no gestor, no puede inscribirse esta partida como fondos propios, y porque los resultados positivos no pueden identificarse con la remuneración del endeudamiento generadora de gastos financieros, y por lo tanto, ha de habilitarse una rúbrica específica. La contabilización propuesta por el Plan General de Contabilidad denota que el capital recibido pasa al dominio del partícipe gestor, pero que la remuneración de ese capital no está ligada a los factores que determinan el precio del endeudamiento, esto es, importe del nominal cedido y tiempo de cesión.

El Plan General de Contabilidad recoge perfectamente la naturaleza de los riesgos asumidos por las partes que intervienen en las cuentas en participación. Ambas partes, gestor y no gestor, están afectados por un mismo riesgo, a saber, el propio del negocio en participación. El partícipe no gestor en modo alguno sufre los riesgos del prestamista, pues perderá su capital, incluso totalmente, si el negocio resulta ruinoso, aun cuando la situación financiera y de resultados del partícipe gestor sea saneada. Por su parte, el partícipe gestor no está obligado a la devolución del capital recibido, en la medida en que el negocio se haya saldado con pérdidas.

Como se ha expuesto, la Resolución ha optado por considerar que el resultado del partícipe no gestor es un gasto financiero, lo cual parece contradecir la naturaleza de los riesgos asumidos por las partes que intervienen en la operación, siendo dicha naturaleza el elemento decisivo para llegar a una calificación adecuada de aquella remuneración en relación con el espíritu y finalidad del nuevo artículo 20. Los riesgos en cuestión, como se ha indicado, están lejos de ser los propios del endeudamiento. Piénsese en un negocio en participación arriesgado y que rinde cuantiosos beneficios, una parte de los cuales corresponden al partícipe no gestor y, siendo considerados fiscalmente como gastos financieros, determinan un exceso fiscalmente no deducible. No se atisba la razón por la que el éxito empresarial puede llevar a la no deducción fiscal de gastos, y, consiguientemente, a la doble imposición. Piénsese en una empresa que se financia mediante cuentas en participación. Pues bien, sistemáticamente estaría en situación de no deducción de gastos financieros si el partícipe no gestor tuviera una participación en el negocio superior al 30 por 100.

Ninguna fricción fiscal acarrearía que la calificación contable fuere fiscalmente respetada si los partícipes fuesen residentes en territorio español, pues el gasto del partícipe gestor sería ingreso en el partícipe no gestor, pero cuando el partícipe no gestor reside en el extranjero la situación es distinta, ya que se está ante una renta derivada de un negocio realizado por una entidad residente en territorio español (el partícipe gestor), que, sin embargo, no tributará, en la parte del beneficio imputable al partícipe no gestor, por el Impuesto sobre Sociedades. La única tributación será por el IRNR, pero cuando media un convenio bilateral no es claro el artículo que debe aplicarse, debido a la peculiaridad de la renta concernida.

Los mayores problemas se presentan cuando la cuenta en participación se realiza entre partes vinculadas y el partícipe no gestor reside en el extranjero. En rigor, puede ser un instrumento poderosísimo para recortar los beneficios de las entidades residentes en territorio español filiales de los grupos multinacionales. Ciertamente, si la remuneración del partícipe no gestor es desproporcionada, tomando en consideración los riesgos y funciones asumidas, se podría corregir por aplicación del

artículo 16 del TRLIS, pero son bien conocidas las dificultades que existen para identificar riesgos, funciones y activos aplicados por cada parte, y, sobre todo, para operativizarlas en orden a la distribución del resultado conjunto entre ellas.

En cualquier caso, es difícil entender el sentido financiero del negocio en participación concertado entre empresas vinculadas por la relación matriz-filial, o pertenecientes a un mismo grupo mercantil, cuando la entidad dependiente actúa como gestora, por cuanto la misma es el instrumento de una actividad económica realizada bajo la dirección de la entidad dominante, y la cuenta en participación viene a ser lo contrario, esto es, la actividad económica dirigida por el partícipe gestor.

Más allá de la naturaleza jurídico-mercantil de la cuenta en participación y de la adecuada representación contable de sus efectos, lo que acontece es que, cuando el partícipe no gestor es una entidad residente en territorio español, los resultados del negocio en participación corresponden a una actividad económica realizada, generalmente, en territorio español, de manera tal que esa renta debe tributar a la jurisdicción fiscal española. A tal efecto, se hubiera debido asimilar la tributación de la cuenta en participación a la de las agrupaciones de interés económico españolas (art. 48 del TRLIS), o, simplemente, someter el resultado del negocio a tributación por el Impuesto sobre Sociedades en sede del partícipe gestor, concediendo al no gestor la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

Obviamente, la Resolución no podía llegar a tanto, aunque sí los dos decretos-ley que la precedieron. Con todo, el criterio de la Resolución es el mejor que cabía en el vigente marco legislativo.

3.3.2. *El beneficio operativo*

El *beneficio operativo* es un concepto fiscal que se construye en función de magnitudes contables, aunque no en su totalidad. En efecto, el mismo se determina *a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado*, todas ellas partidas contables que están recogidas en el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad, pero adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, *siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por 100, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 6 millones de euros*, concepto que ya no es contable sino fiscal.

Nótese que son dos las cualidades que debe reunir esta segunda partida determinante del beneficio operativo, a saber, tener la condición de ingreso financiero, y consistir en dividendos o participaciones en beneficios. Por tanto, no todo dividendo será tomado en consideración, cual es el caso de aquellos que no motiven un ingreso sino que minoran el valor contable de la inversión. Por no tener la consideración de dividendo o participación en beneficios las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación no serán tomadas en consideración. Alguna duda pueden suscitar las participaciones en beneficios canalizadas a través de operaciones de reducción de capital mediante adquisición

de acciones propias, y, en general, los denominados dividendos no estrictos, del artículo 30.3 del TRLIS. Tampoco tienen la consideración de dividendos los ingresos derivados de la valoración por el valor razonable.

Nada se exige respecto de la residencia de la sociedad participada, ni de la fuente de los beneficios de los que procede el dividendo, ni, en fin, de su régimen fiscal. Por tanto, en principio, podrían tomarse en consideración los beneficios procedentes de las entidades residentes en paraísos fiscales o zonas de baja tributación, los de las entidades sujetas a un régimen fiscal privilegiado y los nutridos con rentas pasivas. Sin embargo, las rentas imputadas en régimen de transparencia fiscal internacional no parece que deban ser computadas, ya que no son dividendos o participaciones en beneficios. Por el contrario, sí computarán los dividendos distribuidos por estas entidades.

Tampoco se exige un tiempo de tenencia de la participación, por lo que parece que bastará tener el 5 por 100 o los 6 millones en el momento de la distribución del beneficio.

En fin, de todo ello se sigue que la participación cuyos dividendos y participaciones en beneficios habilitan la partida relativa a la formación del beneficio operativo, cuando versa sobre una entidad no residente en territorio español, no coincide necesariamente con aquella que habilita el régimen de exención del artículo 21 del TRLIS.

La Resolución indica que la adición de estos dividendos y participaciones en beneficios para determinar el *beneficio operativo* tiene como una de sus finalidades *equiparar el tratamiento de las entidades holding con el resto de las entidades, con el objeto de no discriminar a aquellas entidades en las que los dividendos o participaciones en beneficios no se incluyen en el importe neto de la cifra de negocios por el simple hecho de realizar otras actividades distintas de las correspondientes a una holding*.

Véase, entonces, que lo particular manda sobre lo general, esto es, que la integración de dividendos y participaciones en beneficios percibidos por las entidades *holding* en su resultado de explotación ha llevado a integrar en el beneficio operativo a los dividendos y participaciones en beneficios percibidos por cualesquiera otras entidades, siempre que procedan de carteras que otorguen un porcentaje del 5 por 100 o su valor de adquisición sea superior a 6 millones.

Este sano afán de evitar discriminaciones también hubiera podido ser colmado mediante la estrategia inversa, esto es, reconduciendo lo particular a lo general. Sea como fuere, lo cierto es que se ha dado un importante balón de oxígeno a las entidades con capacidad para mantener las carteras de valores calificadas y decidir la política de distribución de dividendos.

Naturalmente, los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de las carteras calificadas no aumentarán el beneficio operativo cuando ya formen parte de la cifra de negocios.

La Resolución no explica por qué se ha tomado el resultado de explotación como elemento básico para determinar la base de cálculo del límite. Tal vez haya pesado la experiencia legislativa de otros países, tales como Francia, Alemania y Holanda.

3.3.3. Determinación del límite

El límite se determina aplicando el 30 por 100 sobre el beneficio operativo del ejercicio. El límite puede elevarse cuando en los cinco años precedentes los gastos financieros netos no lo consumieron.

3.3.3.1. Aplicación del límite en el régimen de tributación individual

Tratándose de entidades que tributan en régimen individual, el límite se aplica respecto de los gastos financieros netos soportados por las mismas, cualquiera que sea el endeudamiento del que procedan. Si estas entidades forman parte de un grupo mercantil, el límite afectará, indistintamente, al endeudamiento interno y al contraído con terceros.

3.3.3.2. Aplicación del límite en el régimen de los grupos fiscales

En lo que concierne al grupo fiscal, el límite se referirá al mismo, lo que implica que tanto los gastos financieros netos como el beneficio operativo deben extraerse de las cuentas consolidadas que, a efectos fiscales, ha de formular la sociedad dominante, de acuerdo con el artículo 79.1 del TRLIS. Se trata, por tanto, de unas cuentas anuales que no aprueba la junta general, por ser exclusivamente de propósito fiscal.

Por consiguiente, el límite no se calcula en sede de cada entidad, aun cuando la no deducción afecta a los gastos financieros netos y estos operan respecto de la determinación de las bases imponibles individuales. Se sigue de ello que, a los exclusivos efectos de determinar el límite, solo se toman en consideración los intereses devengados frente a terceros, y también que las situaciones financieras deficientes de algunas entidades del grupo fiscal podrán ser compensadas con las situaciones financieras holgadas de otras. Véase la trascendencia de referir el cálculo del límite al grupo fiscal.

Cuestión distinta es que, si existiere exceso, el mismo deba ser imputado a las entidades del grupo que han contribuido a su formación, y en la medida en que lo hayan hecho, por cuanto la no deducción ha de predicarse en relación con la formación de cada base imponible individual. Así lo indica la Resolución, la cual establece un criterio de imputación basado en dos reglas. En virtud de la primera, el exceso se imputa a las entidades que, individualmente consideradas, presenten excesos, y caso de existir un remanente el mismo se distribuye *entre todas las entidades, de manera proporcional a sus correspondientes gastos financieros netos, una vez descontados los ya considerados como no deducibles*.

3.4. Mandato

Los gastos financieros netos que superen el límite no serán fiscalmente deducibles, pero podrán aplicarse en los 18 periodos impositivos sucesivos, respetando el mismo límite. La Resolución preci-

sa que los gastos financieros netos no deducidos en periodos impositivos anteriores se deducirán en el propio periodo impositivo, una vez deducidos los devengados en el mismo, y siempre que no excedan, en su conjunto, del 30 por 100 del beneficio operativo del periodo impositivo o de 1 millón de euros, por cuanto de no establecerse dicha prioridad, se estaría prorrogando tácitamente, de manera indefinida, el plazo de 18 años establecido en la norma para la deducción de gastos financieros netos.

La aplicación del límite eleva la base imponible, pudiendo incluso determinar la existencia de una base imponible positiva a partir de un resultado contable negativo.

Este mismo efecto lo puede producir, eventualmente, cualquier otro gasto contable fiscalmente no deducible. Sin embargo, ningún parangón se puede encontrar entre los gastos financieros cuya deducción rechaza el artículo 20 con los restantes gastos fiscalmente no deducibles del artículo 14, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la relación entre los artículos 14.1 h) y 20. En efecto, los gastos financieros están relacionados, necesariamente, con las actividades de la entidad deudora, en tanto que los restantes gastos fiscalmente no deducibles o bien no son auténticos gastos contables o están afectados de alguna irregularidad objetivamente definida.

El límite traza una línea entre los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, según que estén afectados o no por el mismo. A un lado, los sujetos pasivos fuertes, con alta capacidad de generación de resultado de explotación y bajo endeudamiento, al otro los sujetos pasivos débiles, sea por generar escaso resultado de explotación o por estar muy endeudados o por concurrir en ellos ambas circunstancias, debiendo satisfacer los segundos una tributación relativa mayor que, tal vez, podrán recuperar a lo largo de 18 años.

Podría pensarse que es exagerada la opinión precedente, por cuanto, en definitiva, se está ante un ajuste de carácter temporal, en la medida en que las cantidades no deducidas podrán deducirse a lo largo de 18 años. Ahora bien, a diferencia de los restantes ajustes temporales, que necesariamente se recuperan (amortización excesiva, deterioro no computable, una provisión no deducible...), el correspondiente al límite del artículo 20 puede caducar. Hay, por tanto, una diferencia cualitativa entre este ajuste temporal y los restantes.

3.5. Sujetos pasivos excluidos

El nuevo apartado 6 del artículo 20, redactado por el Real Decreto-Ley 20/2012, exceptúa del límite a las entidades de crédito y aseguradoras, y a las que sufran extinción.

3.5.1. Extensión del límite a las entidades que no forman parte de un grupo mercantil

En la redacción establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012, el límite se aplicaba a las entidades que formaban parte de un grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio y a las entidades que no formaban parte cuando mantenían un determinado nivel de endeudamiento con

socios significativos o entidades asociadas. Tras la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012, el límite se aplica a todas las entidades, formen o no parte de un grupo mercantil.

La modificación es muy importante, no solamente porque amplía notablemente el número de los sujetos pasivos afectados, sino también porque supone una mutación de la filosofía que subyace a la norma limitativa. En efecto, cuando la misma se aplicaba a entidades pertenecientes a un grupo mercantil, podía intuirse que trataba de contrarrestar o prevenir las prácticas financieras fiscalmente heterodoxas tejidas en el interior del mismo, por más que el límite afectara tanto a los gastos financieros internos como externos.

Ahora es claro que ya no se trata de contrarrestar prácticas irregulares, sino de limitar objetivamente el impacto del endeudamiento sobre la base imponible. El giro normativo es importante, no ya solo por sus previsibles efectos recaudatorios positivos, sino porque afecta a la médula del Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, en el Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1994, que orientó la reforma materializada en la Ley 43/1995, se asignaba a dicho impuesto la función de gravar el resultado contable de la entidad en cuanto remuneración del capital aportado por los socios, y de ahí que se considerase a modo de antecedente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que gravaba ese resultado canalizado a los socios bajo la forma de dividendos, y de ahí el establecimiento de un método para eliminar la doble imposición, denominado imputación estimativa.

Este esquema de relación entre el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas quebró con la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la desaparición del método para eliminar la doble imposición. Tras el Real Decreto-Ley 20/2012, también quiebra la función asignada al Impuesto sobre Sociedades, esto es, gravar la remuneración del capital aportado por los socios, pues, como se ha visto, también podrá formar parte de su base imponible la remuneración correspondiente a los acreedores de la entidad. Ciertamente, esa nueva tributación se presenta con carácter de ajuste temporal, y solo afecta a las entidades débiles, en el sentido anteriormente apuntado, pero ello no resta validez a la reflexión vertida sobre la quiebra de los principios que animaron la reforma de 1995.

A pesar de la importancia de la modificación, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 20/2012 nada explica, limitándose a avisar de la modificación acometida.

3.5.2. Entidades de crédito y aseguradoras

De acuerdo con el artículo 20.6 a), según redacción del Real Decreto-Ley 20/2012, la limitación no se aplica a las entidades de crédito y aseguradoras. El Real Decreto-Ley 12/2012 no exceptuó a las entidades aseguradoras, y, atinadamente, se ha rectificado.

Son entidades de crédito las enumeradas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986: el Instituto de Crédito Oficial, los Bancos, las Cajas de Ahorros y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las Cooperativas de Crédito y los Establecimientos Financieros de Crédito.

Son entidades aseguradoras las reguladas en el Real Decreto Legislativo 6/2004, a saber, las Entidades aseguradoras privadas, las Cooperativas, las Mutuas y las Mutualidades de Previsión social.

No están comprendidas en la excepción, pese a que forman parte del sistema financiero, las instituciones de inversión colectiva, los fondos de titulización, las entidades de capital-riesgo y los fondos de pensiones.

Sin embargo, sí se consideran entidades de crédito las participadas íntegramente mediante derechos de voto por las entidades de crédito, y *cuya actividad consista en la emisión y colocación en el mercado de instrumentos financieros para reforzar el capital regulatorio y la financiación de tales entidades*.

Se trata de una excepción por razón de la actividad que desarrollan las entidades, esto es, recibir y dar crédito, y asegurar riesgos. La excepción no alcanza a las restantes entidades del grupo del artículo 42 del Código de Comercio lideradas por la entidad de crédito o aseguradora.

Cuando las entidades de crédito o aseguradoras se integran en un grupo fiscal, las restantes entidades calculan el límite *teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos* imputables a las mismas. Para efectuar este cálculo caben dos alternativas. La primera consiste en referirlo a cada entidad y la segunda al conjunto de todas ellas en cuanto no sean de crédito o aseguradoras, a modo de subgrupo fiscal delimitado a los solos efectos del cálculo del límite.

En lo que concierne a los *gastos financieros netos* la Resolución indica que los *gastos financieros netos que se someten a limitación serán aquellos que tengan las entidades de naturaleza no crediticia respecto de aquellas ajenas al grupo fiscal*, de manera tal que *no deberán tenerse en cuenta... los gastos financieros ni los ingresos financieros entre entidades del grupo fiscal que sean objeto de eliminación en el marco de la consolidación*.

Esta regla no resuelve explícitamente la cuestión planteada, a saber, si los gastos financieros netos han de referirse a las entidades individualmente consideradas o al que hemos denominado subgrupo fiscal. Con todo, no parece que la regla de excepción a favor de las entidades crediticias y aseguradoras deba perturbar la referencia al grupo fiscal como unidad de referencia para el cálculo del límite, y por ello parece pertinente considerar el subgrupo fiscal.

Ahora bien, la regla sí resuelve otra cuestión, a saber, si los intereses pagados a las entidades crediticias o aseguradoras por las restantes entidades del grupo fiscal deben formar parte de los gastos financieros netos. Como hemos visto, la respuesta es negativa, lo que coloca a las entidades no crediticias ni aseguradoras del grupo fiscal en una situación de ventaja respecto del resto de las entidades, ya que los gastos financieros derivados de la financiación procedente de entidades crediticias o aseguradoras del grupo fiscal no se someten al límite. En la práctica, tal regla implica que las entidades no de crédito de grupos fiscales en los que se integren entidades de crédito y aseguradoras, quedan al margen de la limitación. Bastará, en efecto, financiar a las entidades en cuestión a través de las entidades de crédito que forman parte del grupo fiscal.

En lo que concierne al *beneficio operativo* la Resolución indica que *será el correspondiente a las entidades que no tienen la consideración de entidades de crédito*, lo que parece coherente, y añade que deberán tomarse en cuenta *las eliminaciones e incorporaciones que corresponda realizar por su pertenencia a todo el grupo de consolidación fiscal*. Por tanto, parece claro que el *beneficio operativo* ha de proyectarse respecto del subgrupo fiscal no crediticio ni asegurador.

Ahora bien, según la Resolución, también deberán tomarse en consideración las eliminaciones e incorporaciones imputables a operaciones realizadas con las entidades crediticias y aseguradoras, las cuales, lógicamente, irán referidas, en cuanto deben incidir sobre el resultado de explotación, a operaciones no financieras.

3.5.3. Entidades extinguidas

La limitación no se aplica, de acuerdo con el artículo 20.6 b), *en el periodo impositivo en el que se produzca la extinción de la entidad*. Esta excepción, introducida por el Real Decreto-Ley 20/2012, es de todo punto lógica. En efecto, si la limitación se contempla a modo de ajuste temporal, no debe aplicarse cuando el ajuste no podrá ya recuperarse, justamente a causa de la extinción.

La excepción solamente va referida al periodo impositivo de la extinción, pero no al anterior, incluso si la extinción se realiza antes de que finalice el plazo para presentar la declaración correspondiente al mismo, y, por tanto, se tenga también la certeza de la imposibilidad de recuperación.

Los saldos de gastos financieros netos pendientes de recuperación en el momento de la extinción de la entidad no son trasladables a los socios. Sucede así con cualquier incentivo fiscal calculado como deducción de la cuota o con la compensación de bases imponibles negativas, que se hallaren pendientes de aplicación. Por tanto, lo que nace como un ajuste temporal puede morir como un ajuste definitivo, y de ahí que pueda darse el caso de que una entidad haya debido tributar en el conjunto de los periodos impositivos en los que ha existido, aun sin tener beneficios. Es difícil pronosticar si este caso será frecuente o anecdótico, pero no lo es que afectará en mayor medida a las entidades que tributen en régimen individual y que encuentren dificultades de financiación, ya que, en efecto, la pertenencia a un grupo, y mucho más si este es multinacional, ofrece un extenso abanico de alternativas de financiación, lo que, desde luego, no acontece respecto de las entidades individuales.

La única posibilidad de recuperar el ajuste después de la extinción es que la misma se produzca a consecuencia de una fusión amparada por el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII, del TRLIS⁸, pues la entidad resultante se subroga en el derecho a la deducción de los gastos financieros netos pendientes de aplicación. Ahora bien, una operación de fusión que no tuviera otra razón de ser que la subrogación en el derecho a la recuperación podría ser considerada realizada para obtener una ventaja fiscal ilegítima incidiendo así en la norma antiabuso del artículo 96.2 del TRLIS⁹.

⁸ Este régimen es en realidad, por su esencia, el régimen general, pues si con ocasión de una fusión hubieran de tributar las plusvalías latentes de la entidad absorbida, el Impuesto sobre Sociedades sería un obstáculo infranqueable para su realización.

⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2012 (NFJ048135), que estima realizada en fraude fiscal una operación de fusión en la que una sociedad que ha sufrido importantes pérdidas y ha devenido prácticamente inactiva absorbe a otra activa.

No sería, ciertamente, equitativo que disfrutara de la recuperación un sujeto pasivo distinto del que sufrió la no deducción de los gastos financieros netos, aunque tampoco lo es, mientras el hecho imponible siga siendo la obtención de renta, que decaiga la posibilidad de recuperación. El punto de equilibrio consiste en devolver a la entidad que se extingue los impuestos que hubo de pagar a causa de la limitación, pero la norma nada prevé en tal sentido.

En fin, habida cuenta, precisamente, de esa posibilidad de recuperación, el artículo 20.6 b) exceptúa la regla de no aplicación de la limitación, cuando la extinción *sea consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII*.

La regla de no aplicación de la limitación también se exceptúa cuando la extinción *se realice dentro de un grupo fiscal y la entidad extinguida tenga gastos financieros pendientes de deducir en el momento de su integración en el mismo*, pues así se abre la posibilidad de recuperar esos gastos financieros netos en el periodo impositivo de la extinción.

3.6. Franquicia

El párrafo cuarto del apartado 1 del artículo 20 establece que, *en todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del periodo impositivo por importe de 1 millón de euros*, y el Real Decreto-Ley 20/2012 ha introducido una regla para modular ese importe en proporción a la duración del periodo impositivo, cuando aquella sea inferior al año que, por su naturaleza aclaratoria, bien habría podido dejarse a la Resolución, la cual precisa en su apartado sexto que la franquicia deberá *calcularse a nivel del grupo de consolidación fiscal*, estableciendo así un criterio interpretativo de gran enjundia que tal vez, este sí, hubiera debido anidar en el Real Decreto-Ley 20/2012.

Nótese que el artículo 20.4 establece que *en el régimen de consolidación fiscal, el límite previsto en este artículo se referirá al grupo fiscal*, de manera tal que no menciona expresamente a la franquicia. La Resolución, por tanto, ha interpretado que la franquicia forma parte del límite. Esta interpretación es, desde luego, admisible, pero también lo es su contraria, y de ahí la oportunidad de haber zanjado normativamente la cuestión.

La referencia de la franquicia al grupo fiscal es acorde con la consideración del mismo como sujeto pasivo, pero adversa a la forma en cómo se determina la base imponible consolidada, partiendo de las bases imponibles individuales, y, por lo tanto, de los ingresos y gastos, financieros también, individuales.

El efecto práctico de referir la franquicia al grupo fiscal puede ser muy importante, tanto como para pasar de la total deducción de gastos financieros netos muy superiores a 1 millón de euros, tomando en consideración a todas las entidades del grupo fiscal, a restringir la deducción a esa cifra. Podría seguirse de ahí un argumento de discriminación contra las entidades que se integran en un grupo fiscal. Pero el efecto práctico de referir la franquicia a todas y cada una de las entidades del grupo fiscal también podría suscitar el reproche de discriminación opuesto, habida cuenta que el grupo fiscal tiene la consideración de sujeto pasivo.

En cualquier caso, parece claro que la franquicia, tal y como está construida e interpretada administrativamente, alienta la fragmentación de la titularidad de las actividades empresariales y la no tributación en régimen de consolidación, efectos ambos que, seguramente, estaban muy lejos de la intención del legislador, quien, probablemente, haya visto en la franquicia solamente el instrumento práctico para excluir de la limitación a un gran contingente de entidades de reducida dimensión. En tal caso, el camino más acertado hubiera sido excluir de la limitación a las empresas de reducida dimensión del Capítulo XII del Título VII del TRLIS, lo que hubiera obviado la confrontación de la franquicia con el régimen de los grupos fiscales.

3.7. Relaciones con otras normas o regímenes

El límite del nuevo artículo 20 del TRLIS traba un conjunto de relaciones, explícitas o implícitas, con otras normas o regímenes fiscales.

3.7.1. Relación con el artículo 14.1 h) del TRLIS

La relación entre el artículo 20 y el artículo 14.1 h) es doble.

Por una parte, los gastos financieros no deducidos por aplicación del artículo 14.1 h) no serán considerados a los efectos de determinar el importe de los gastos financieros netos del artículo 20. El artículo 14.1 h) se aplica en primer lugar, de manera tal que el obligado tributario no puede elegir entre uno y otro. Nótese que los intereses afectados por el artículo 14.1 h) son todos los que se devenguen mientras se mantenga la situación inicial, esto es, la participación adquirida intragrupo mediante financiación intragrupo, por tanto, no solo los devengados en el periodo impositivo de la transmisión.

Por otra parte, los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de las participaciones así adquiridas y financiadas no serán tomados en consideración en relación con la determinación del beneficio operativo o base de cálculo del límite.

En consecuencia, incidir en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h) es muy gravoso. Primero porque los intereses afectados no son deducibles, y segundo porque los rendimientos de la participación adquirida no se computan para el beneficio operativo.

A partir de esta elemental constatación se abren diversas estrategias en orden a elevar el beneficio operativo mediante los dividendos y participaciones en beneficios.

La irreprochable es aquella estrategia en que la adquisición de la cartera de valores responde a una motivación empresarial y sus circunstancias no inciden en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h), y la reprochable es aquella otra en que la adquisición tiene la exclusiva motivación de elevar el beneficio operativo, e incide en las circunstancias del artículo 14.1 h), por más que sea obvio que las entidades

no la realizarán, salvo error, pero entre ambos extremos cabe situar a todas aquellas estrategias que, destinadas a engrosar el beneficio operativo, no inciden en las circunstancias del artículo 14.1 h), entre otras las adquisiciones mediante aportación intragrupo y las adquisiciones mediante financiación externa, cuyos intereses, por otra parte, no están contemplados en el supuesto de hecho del artículo 14.1 h), excepto si inciden en la figura del endeudamiento indirecto con entidades del grupo mercantil y así se prueba.

El tiempo dirá si la motivación exclusivamente fiscal suscitará, o no, rechazos administrativos judicialmente confirmados, pero la sola posibilidad de los mismos insinúa que la construcción del artículo 14.1 h), al tiempo que ilumina unas zonas de irregularidad desliza otras de penumbra.

3.7.2. Relación con el artículo 16 del TRLIS

Por aplicación del artículo 16 del TRLIS, los intereses derivados de una operación financiera intragrupo pueden ser modificados a efectos de la determinación de la base imponible. Así, un interés pactado entre partes vinculadas por encima del mercado dará lugar a un ajuste del mismo en sede de las entidades prestataria y prestamista mediando, además, la pertinente recalificación, que adoptará distintos contenidos a tenor de las distintas posiciones jurídicas de las entidades concernidas.

La cuestión que se plantea es si los intereses afectados por la aplicación del artículo 16 deben o no tomarse en consideración a los efectos del límite del artículo 20 del TRLIS. Puesto que la contabilidad ordena reflejar las operaciones vinculadas por su valor razonable (norma 21.^a del PGC), y este no parece que pueda ser cosa distinta del valor normal de mercado, pudiera aducirse que tal cuestión no se planteará, o que solo lo hará si la contabilidad se lleva incorrectamente, lo que conduce a la solución de la cuestión planteada. En efecto, cuando el artículo 20 del TRLIS se refiere a los gastos financieros netos lo hace respecto de los que han sido correctamente contabilizados, de manera que si la contabilización no hubiera sido correcta será preciso llegar a la cifra pertinente para operar sobre la misma en orden a la aplicación de dicho precepto.

El criterio precedente se halla en línea con la interpretación contenida en la Resolución, la cual indica que *se deberán tener en cuenta los ajustes sobre gastos o ingresos financieros que pudieran resultar por aplicación de la normativa relativa a precios de transferencia, de acuerdo con el artículo 16 del TRLIS*, si bien la Resolución no menciona la normativa contable, a diferencia de algunas contestaciones a consultas vinculadas de la propia Dirección General de Tributos relacionadas con la materia de operaciones vinculadas, las cuales ilustraron con precisión y acierto la relación que existe entre la normativa contable y la normativa fiscal, en materia de operaciones vinculadas.

La Resolución del TEAC de 30 de mayo de 2012 añade nuevas perspectivas, al recoger y dar por bueno el criterio contenido en el Informe A/2/3/08 de la Subdirección de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, a cuyo tenor *el artículo 20 es un caso particular de precios de transferencia y por ello siempre queda la posibilidad de regularizar por la vía del artículo 16, que a diferencia del artículo 20, traslada la carga de la prueba a la Administración que deberá probar que la estructura*

de capital no responde al principio de libre competencia. Y en ese supuesto, se regularizará en todo aquello que exceda de la estructura que responde a dicho principio.

Aun cuando el fundamento jurídico de la regularización practicada (consistente en imputar fondos propios a un establecimiento permanente financiero, con el consiguiente efecto reductor sobre los gastos financieros fiscalmente deducibles), no fue el artículo 16 del TRLIS sino el 18.1 c) del TRLIRNR, el párrafo referido reviste gran importancia práctica, y, por otra parte, se inserta en una corriente doctrinal alentada por el profesor FALCÓN Y TELLA quien había opinado que la inaplicación de la norma antisubcapitalización (antiguo art. 20 del TRLIS) frente a la Unión Europea *no impide que se realice una recalificación basada en la norma sobre precios de transferencia (art. 16 del TR del IS). La aplicación de esta norma exige que la Administración pruebe que el préstamo no se habría concedido por un tercero independiente en condiciones normales de mercado*¹⁰.

La cuestión que ahora se plantea es si esta doctrina también ha de entenderse válida en el contexto normativo establecido por el Real Decreto-Ley 12/2012, relativo a la deducción de intereses.

Ahora, ciertamente, el artículo 20 no se puede considerar como un caso particular de los precios de transferencia, pero el artículo 16 del TRLIS permanece incólume, y de ahí que puedan entreverse dos posturas interpretativas:

- El artículo 16 se aplicará en relación con los préstamos de carácter vinculado, de manera tal que si esos préstamos no hubieran podido ser obtenidos de un banquero independiente los intereses correspondientes al exceso deberán incorporarse a la base imponible, y procederá la calificación de los mismos, sea como beneficio distribuido o aportación de capital, básicamente, según los casos. En tal caso, los intereses afectados no se computarán a efectos de determinar los gastos financieros netos en el sentido del artículo 20.
- La nueva redacción del artículo 20, referida a todo tipo de gastos financieros, impide hacer cualquier distinción por razón de la fuente financiera, esto es, ya sea la misma vinculada o tercera.

El debate no es, en modo alguno, puramente teórico, pues el efecto cuantitativo de una y otra postura interpretativa es bien diferente. La primera, en efecto, determinará una mayor restricción a la deducción de gastos financieros, ya que implica la acumulación, aunque no el solapamiento, de dos restricciones, a saber, la derivada del 16 y la procedente del artículo 20, ambos del TRLIS.

En el fondo, lo que ocurre es que la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS se sitúa en un terreno totalmente distinto del concerniente a las operaciones entre empresas vinculadas, de manera tal que deja, por así decirlo, una parcela al imperio del artículo 16, a saber, el concerniente a la financiación vinculada.

Ahora bien, en el artículo 16 no hay la menor orientación respecto de la forma en cómo ha de aplicarse esa corrección de una estructura financiera por razón de los préstamos vinculados. Ninguno

¹⁰ FALCÓN Y TELLA, R. y PULIDO GUERRA, E.: *Derecho Fiscal Internacional*, pág. 243.

no de los métodos de valoración es útil al respecto, más allá de la cobertura que pueda prestar el engarce con el principio de libre concurrencia la doctrina del banquero independiente.

Los británicos han venido aplicando tradicionalmente la técnica del banquero independiente, y tal vez dicha técnica sea la más pertinente en el ámbito de las relaciones financieras vinculadas, pero en la legislación española nunca ha tenido reconocimiento positivo explícito.

3.7.3. *Relación con la partida fiscalmente deducible del artículo 12.3 del TRLIS*

Tratándose de participaciones sobre empresas del grupo del artículo 42 del Código de Comercio, el deterioro se determina tomando en consideración la disminución de fondos propios, *siendo corregida dicha diferencia, en su caso, por los gastos del ejercicio que no tengan la consideración de fiscalmente deducibles*. Por tanto, los gastos financieros que resulten no deducibles por aplicación del límite del artículo 20 deberán ser tomados en consideración a los efectos de calcular el deterioro en el sentido del artículo 12.3 del TRLIS. Si en un ejercicio posterior pueden ser aplicados deberá efectuarse el ajuste de signo contrario, con la consiguiente repercusión sobre la partida fiscalmente deducible.

Si la entidad participada pertenece a un grupo fiscal, también ha de determinarse y aplicarse la partida fiscalmente deducible por deterioro del artículo 12.3 del TRLIS, cuyo importe, naturalmente, habrá de ser calculado teniendo en cuenta tal circunstancia, esto es, *considerando su pertenencia a un grupo de consolidación fiscal*, en los términos de la Resolución.

3.7.4. *Relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*

La no deducción de los intereses afectados por el límite determina doble imposición en el IRPF, siquiera sea mientras los gastos financieros netos no deducidos permanezcan en tal condición. Por tanto, junto a la doble imposición de dividendos (exceptuados los acogidos al límite exento), nace la doble imposición, tal vez transitoria, de intereses.

El artículo 46 de la Ley 35/2006 establece que *formarán parte de la renta general los rendimientos del capital mobiliario previstos en el apartado 2 del artículo 25 de esta Ley correspondientes al exceso del importe de los capitales propios cedidos a una entidad vinculada respecto del resultado de multiplicar por tres los fondos propios, en la parte que corresponda a la participación del contribuyente, de esta última*, de manera tal que imputa a la renta general, en lugar de a la renta del ahorro, los intereses, así acotados, derivados de préstamos realizados por los socios, personas físicas a su sociedad.

Los intereses de los préstamos que los socios hacen a la sociedad forman parte de los gastos financieros netos del artículo 20, y, consiguientemente, están afectados por el límite previsto en el mismo, con independencia de que, a efectos del IRPF, se integren en la renta general o en la renta del ahorro. La doble imposición es palmaria, tanto si los intereses tributan como renta del ahorro o si lo hacen como renta general.

3.7.5. Relación con el Impuesto sobre la Renta de los No Residentes

Los intereses satisfechos a no residentes estarán sujetos al IRNR, aun cuando no sean fiscalmente deducibles, ya que la sujeción no está supeditada a la deducción en el Impuesto sobre Sociedades. Al tiempo, podrán disfrutar de la exención prevista en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR.

Por otra parte, la renta imputable a los establecimientos permanentes, en cuanto se determina de acuerdo con las normas previstas en el Impuesto sobre Sociedades, estará afectada también por el límite del artículo 20. No obstante, los intereses que no sean deducibles por aplicación de las normas específicas de dicho impuesto no deberían tomarse en consideración para determinar el importe de los gastos financieros netos.

3.7.6. Relación con la base imponible del IRPF

De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 35/2006, el rendimiento neto de las actividades económicas se determina según las normas del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto el límite del artículo 20 será aplicable.

Es de notar que, en la redacción del artículo 20 prevista en el Real Decreto-Ley 12/2012, el límite se aplicaba en relación con los gastos financieros derivados de los préstamos recibidos por entidades integradas en un grupo mercantil o, caso de no estarlo, respecto de los préstamos recibidos de los socios significativos, de manera tal que un empresario individual no reunía las características que habilitaban la restricción a la deducción de intereses.

Tras la redacción dada al artículo 20 por el Real Decreto-Ley 20/2012, los empresarios individuales están afectados por la limitación, puesto que las referidas características han desaparecido. Seguramente la franquicia aliviará a la mayor parte de los obligados tributarios.

4. ASPECTOS INTERNACIONALES

La relación de los artículos 14.1 h) y 20 con los convenios bilaterales y el ordenamiento comunitario es de la mayor importancia, pues si no fueran aplicables o su aplicación estuviera restringida en alguna forma, gran parte de su cometido quedaría frustrado.

4.1. Relación con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición

Los artículos 14.1 h) y 20 pueden provocar doble imposición en relación con personas o entidades que tienen derecho a la aplicación de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Nótese que el interés rechazado como fiscalmente deducible por el artículo 14.1 h) podrá ser ingreso computable en una entidad vinculada residente en un Estado con el que España ha concluido un convenio para evitar la doble imposición, y lo propio puede ocurrir, aunque de manera difusa, en relación con el artículo 20. Ese efecto es intrínsecamente opuesto al espíritu y finalidad de los convenios bilaterales para evitarla¹¹, pero no necesariamente a sus mandatos.

En efecto, esos artículos no perturban la distribución de la potestad tributaria entre los Estados contratantes que es, en rigor, el núcleo duro de los convenios bilaterales, ya que la protección de los contribuyentes contra la doble imposición ocupa solo un segundo lugar¹². Ningún precepto de los convenios bilaterales se puede oponer a la aplicación de esos artículos, pues ni inciden sobre rentas pagadas a no residentes en territorio español, ni provocan una doble imposición de la naturaleza de aquellas que son tratadas por dichos convenios. En efecto, la doble imposición que desencadenan esos preceptos no es la doble imposición jurídica (gravar dos veces la misma renta en la misma persona), ni la derivada de un ajuste entre partes vinculadas, ni, en fin, la doble imposición económica de dividendos. Se trata de una doble imposición de nuevo cuño, refractaria a su confrontación con las normas de los convenios para evitar la doble imposición.

Esos artículos tampoco determinan efectos discriminatorios ya que se aplican sin distinción de la residencia o nacionalidad de los prestamistas y cualquiera que sea la residencia o nacionalidad de los socios de la entidad afectada por la restricción.

No obstante, ante esta forma novedosa de doble imposición, podría postularse la apertura de un procedimiento amistoso, de acuerdo con lo previsto en el artículo del convenio bilateral aplicable que siga la previsión del artículo 25.3 del Modelo de Convenio, a cuyo tenor *las autoridades competentes... también podrán ponerse de acuerdo para tratar de eliminar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio*. Se trata del procedimiento amistoso legislativo, el cual permite a las autoridades fiscales competentes tratar supuestos de doble imposición que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación del convenio¹³.

Mas concebido el artículo 14.1 h) a modo de norma antiabuso específica y el artículo 20 como determinante de una no deducción temporal, aun cuando pueda degenerar en una definitiva, se puede intuir que la autoridad fiscal española no será proclive a la negociación amistosa. En efecto, por lo que se refiere al primero, la letra d) del artículo 8.2 del Reglamento de Procedimientos Amistosos establece que se podrá denegar la iniciación del procedimiento amistoso *cuando se tenga constancia de que la actuación del obligado tributario trataba de evitar una tributación en alguno de los Estados afectados*, circunstancia que es consustancial con la función y aplicación del mismo, y en lo que hace al segundo, la letra c) permite tal denegación *por ser una cuestión de derecho interno y no una divergencia o discrepancia en la aplicación de un convenio*.

¹¹ COLLADO YURRITA, M.A.: *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*, pág. 18.

¹² SERRANO ANTÓN, F.: «La interpretación de los convenios de doble imposición internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español: la función de los comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio», *RCyT*. CEF, núms. 341-342.

¹³ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, págs. 84 y 204.

Ciertamente, el punto décimo del Manual sobre el Procedimiento Amistoso Eficaz (OCDE 2007) establece que, *en general, no debe denegarse el acceso al PA porque una o ambas autoridades hayan calificado la transacción considerada como realizada en fraude de ley. En estos casos, la denegación del acceso al PA podría tener efectos punitivos, en la medida en que se evitará que se elimine la doble imposición o una imposición contraria al CDI*, y, desde luego, es deseable evitar la doble imposición, pero ello no desmerece la opinión expuesta en el párrafo precedente, habida cuenta de que el Manual carece de fuerza jurídica vinculante.

Cegada la puerta del procedimiento amistoso también lo está la de un eventual arbitraje.

4.2. Relación con el ordenamiento comunitario

El principio de no discriminación es la piedra angular del ordenamiento comunitario, de manera tal que las libertades comunitarias son expresión del mismo en los dominios a los que se refieren. Las sentencias del Tribunal de Justicia en materia de imposición directa básicamente han dilucidado el efecto de esas libertades respecto de las normas nacionales concernientes a esa materia¹⁴.

En apretada síntesis, y para lo que aquí interesa, puede decirse que el Tribunal de Justicia ha sentenciado que el principio de no discriminación o las libertades comunitarias se oponen a las normas fiscales nacionales que otorgan peor trato a una situación intracomunitaria respecto de una situación interna, siendo ambas comparables¹⁵.

En consecuencia, puesto que los artículos 14.1 h) y 20 tratan por igual a las situaciones internas e intracomunitarias, sin hacer distinciones por razón de la residencia o nacionalidad de las personas o entidades involucradas en las mismas, no parece que las libertades comunitarias y el principio de no discriminación se opongan a los citados artículos.

Cuestión distinta es que el precio de esta inmunidad frente al ordenamiento comunitario sea la generación de una doble imposición en operaciones interiores que, en sí mismas, no pueden suponer quebranto para la Hacienda Pública española, incurriéndose así en esa línea de política fiscal denominada por la doctrina la competencia fiscal inversa¹⁶.

¹⁴ CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No discriminación y libertades básicas» (en *Convenios Fiscales Internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, obra dirigida por CARMONA FERNÁNDEZ), pág. 600.

¹⁵ Véase, entre otras muchas, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia *Comisión Europea/Reino de España [C-269/09 (NFJ047562)]* en la que la restricción a la libertad de circulación se construye comparando las situaciones comunitaria y puramente interna, en relación con las consecuencias fiscales del traslado del domicilio por las personas físicas; o la Sentencia *Grid [C-371/10 (NFJ045002)]*, donde ante la liquidación y cobro de la tributación sobre plusvalías latentes con motivo del traslado de sede social, se fundamenta la restricción en que *el traslado de la sede de dirección efectiva de una sociedad neerlandesa a otro Estado miembro conlleva la tributación inmediata de las plusvalías latentes correspondientes a los activos trasladados, sin que tales plusvalías sean objeto de gravamen cuando una sociedad de este tipo traslada su sede dentro del territorio neerlandés*.

¹⁶ GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y HERRERA MOLINA, P.: «El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la Jurisprudencia o Desintegrar la Fiscalidad Internacional en Europa?» (en *Estudios sobre Fiscalidad Internacional Comunitaria*, obra dirigida por COLLADO YURRITA, M.A. y MORENO GONZÁLEZ, S.).

4.2.1. Libertad de movimiento de capitales

No obstante, sí podría atisbarse una restricción objetiva a la libertad de movimiento de capitales, esto es, no deducida de la comparación de la fiscalidad de las situaciones interna e intracomunitaria, sino del efecto económico de la medida en sí misma.

El artículo 14.1 h), de entrada, impide la deducción de intereses de los pasivos financieros tomados para realizar una aportación de capital, lo que desalienta la operación financiera consistente en tomar capital a préstamo en un Estado miembro (España) y aplicarlo a la realización de actividades económicas en otro. Este efecto perturba la libertad de movimiento de capitales, pues los operadores se verán forzados a desistir de una determinada operación financiera. Se aducirá que bajo la prueba de la motivación económica los operadores podrán liberarse de la penitencia fiscal, pero probar motivos no es lo mismo que probar hechos, de manera tal que la incertidumbre estará inevitablemente presente, y esta es un enemigo del cálculo económico racional.

Los supuestos de hecho a los que el artículo 14.1 h) asocia la restricción a la deducción de intereses, objetivamente considerados, no tipifican operaciones fraudulentas, aun cuando bajo la concurrencia de determinadas circunstancias sí puedan serlo. Podría la norma haber incorporado estas circunstancias, y así limitar su radio de acción a lo estrictamente fraudulento, pero no lo ha hecho, arrojando sobre la Administración tributaria la pesada carga de discernir la existencia de motivación económica, y sobre los operadores la incertidumbre del resultado de ese discernimiento. Lo previsible es que los operadores procurarán soslayar estas operaciones, tanto si realmente son fraudulentas como si no lo son, y de ahí el posible conflicto, larvado, en relación con la libertad de movimiento de capitales.

Pues bien, a pesar de que la no deducción de intereses ordenada por el artículo 14.1 h) pueda perturbar la realización de operaciones intracomunitarias que caigan bajo su campo de aplicación, lo cierto es que al otorgarles un tratamiento idéntico que a las puramente internas, no habrá restricción a la libertad de movimiento de capitales, tal y como la viene entendiendo el Tribunal de Justicia en el ámbito de la imposición directa. Pero incluso si pudiere apreciarse un obstáculo a la libertad de movimiento de capitales, muy probablemente operaría la causa de justificación consistente en la necesidad de luchar contra el fraude o la evasión fiscal¹⁷.

4.2.2. Elevación del coste de uso del capital

El artículo 20 tiene por efecto aumentar el coste de uso del capital¹⁸, en la medida en que parte de los intereses no serán fiscalmente deducibles. Al elevar la fiscalidad de las actividades económicas puede suponer un freno a las mismas y, por ende, disuadir a los operadores económicos de ejercitar el derecho de establecimiento en España. Ahora bien, ese efecto no es distinto del que provoca un tipo

¹⁷ Véase, entre otras muchas, la Sentencia *Cadbury Schweppes* [C-196/04 (NFJ023535)].

¹⁸ *Taxation Trends in Europe* (2012). Ya antes de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 12/2012, España estaba entre los países de la Unión Europea en los que el Impuesto sobre Sociedades tenía una mayor incidencia sobre ese coste.

nominal de gravamen comparativamente elevado, y, desde luego, nunca se ha entendido que de ahí se derivara conflicto en relación con la libertad de establecimiento o de movimiento de capitales.

4.2.3. Doble imposición

Tanto el artículo 14.1 h) como el 20 provocan, potencialmente, doble imposición, en la medida en que los intereses cuya deducción se rechaza serán ingreso computable en sede del prestamista. Esta doble imposición puede afectar a entidades residentes en algún Estado miembro. La doble imposición es contraria al correcto funcionamiento del mercado interior¹⁹, pero no está expresamente prohibida en la normativa comunitaria con carácter general²⁰.

4.2.4. Directiva de intereses y cánones

Los artículos 14.1 h) y 20 también desencadenan una carga fiscal sobre unos intereses que, eventualmente, pueden ser percibidos por una matriz residente en algún Estado miembro, de manera tal que podría entenderse vulnerada la Directiva 2003/49/CE, relativa a la tributación de intereses y cánones pagados entre compañías asociadas residentes en Estados miembros diferentes. La Sentencia del Tribunal de Justicia *Scheuten Solar Technology GmbH* [C-397/09 (NFJ043480)], de 21 de julio de 2011, aborda un caso concerniente a la citada Directiva que guarda cierta relación de similitud con la materia que ahora nos ocupa.

Como es sabido, la Directiva 2003/49/CE establece que *los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos pagos (ya sean recaudados mediante retención a cuenta o mediante estimación de la base imponible) en dicho Estado de origen*, producidos en el contexto de las relaciones financieras entre empresas asociadas. Pues bien, desde 2002 rige en Alemania el denominado *Impuesto sobre actividades económicas* cuya base imponible se forma sumando al beneficio imponible determinado según el *Impuesto sobre Sociedades* la mitad de los intereses pagados, entre los cuales pueden encontrarse los pagados a una empresa asociada residente en otro Estado miembro, y sobre ellos versa la cuestión prejudicial.

La entidad recurrente alegó ante el tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial que la norma alemana provocaba la doble imposición económica de los intereses, pues los mismos se gravarían en sede de la filial alemana y posteriormente en sede de la matriz holandesa, con lo cual se burlaría el objetivo de la Directiva 2003/49/CE.

La sentencia del Tribunal de Justicia acepta que el objetivo de la directiva es eliminar la doble imposición, pero no la de carácter económico (gravar la misma renta en sede de dos personas distintas) sino la jurídica (gravar la misma renta dos veces en sede de la misma persona).

¹⁹ VANISTENDAEL: *The Crisis: A Window of Necessity for EU Taxation*, sugiere la necesidad de introducir el principio de no doble imposición y las medidas para hacerlo efectivo.

²⁰ SERVAAS VAN THIEL: *The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice: Past Trends and Future Developments*.

En este sentido el Tribunal, mediante una interpretación lógica del texto concernido (art 1.1 de la Directiva 2003/49/CE), llega a la conclusión de que esa norma versa exclusivamente sobre la tributación del acreedor en cuanto beneficiario efectivo de los cánones e intereses, y como quiera que el impuesto alemán no le afecta en el sentido de que no mengua sus ingresos, sentencia que no hay conflicto entre la Directiva 2003/49/CE y la no deducción parcial de intereses en el *Impuesto sobre actividades económicas* alemán.

La argumentación precedente puede ser trasladada al artículo 20. En efecto, este precepto puede agravar la tributación del deudor de los intereses, pero no la del perceptor o acreedor. Por tanto, la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS no infringiría la Directiva 2003/49/CE.

4.2.5. La aplicación del Convenio de Arbitraje

La eliminación de la doble imposición es uno de los objetivos perseguidos por la armonización de la imposición directa²¹, y el Convenio de Arbitraje, aun cuando no pertenezca en sentido estricto al ordenamiento comunitario derivado, es una de las manifestaciones de aquel²².

El procedimiento arbitral tiene por objeto corregir la doble imposición que se deriva de una regularización practicada al amparo de normas relativas a las operaciones entre empresas vinculadas (art. 4 del Convenio de Arbitraje), y no cabe cuando media la imposición de una sanción grave (art. 8 del Convenio de Arbitraje), teniendo en España *dicha consideración las sanciones administrativas por infracciones tributarias graves y muy graves, así como las penas en el caso de delitos contra la Hacienda Pública* (art. 21.2 del Reglamento de Procedimientos Amistosos).

La doble imposición que se deriva del artículo 20 puede producirse tanto en sede de entidades vinculadas como no vinculadas, de manera tal que podría pensarse que, en el primer caso, cabría el procedimiento arbitral. Se estima que esta apreciación no es correcta. En efecto, si bien es cierto que la materia de la subcapitalización está comprendida en el ámbito de las operaciones vinculadas en el sentido del artículo 4 de la Convención de Arbitraje, el artículo 20 rebasa ese ámbito puesto que las correcciones derivadas de su mandato no se atienen al *principio de plena competencia*²³. La autoridad fiscal española no podría, bajo ningún concepto, admitir un ajuste distinto del derivado de la estricta aplicación del artículo 20, por más que se demostrara que la situación financiera de la entidad afectada fuera perfectamente congruente con el principio de libre concurrencia, e incluso que estuviera supercapitalizada en relación con el grupo mercantil al que pertenece.

La doble imposición que provoca la aplicación del artículo 14.1 h) se produce, necesariamente, entre entidades vinculadas, pero el ajuste derivado del mismo no tiene su fundamento en el principio de libre competencia sino en una presunción de fraude que puede ser combatida por el obligado tributario, de manera tal que no cabe aplicar del Convenio de Arbitraje.

²¹ Comunicación de la Comisión. La coordinación de los sistemas de imposición directa de los Estados miembros en el mercado interior. COM (2006)823.

²² LÓPEZ RIBAS, S.: «Procedimientos amistosos en materia de Imposición Directa», *Crónica Tributaria*, 131/2009.

²³ Código de Conducta revisado para la aplicación efectiva del Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de beneficios entre empresas asociadas (2009/C 322/01), apartado 1.1.b.

Por tanto, en materia de gastos financieros, el Convenio de Arbitraje será aplicable respecto de las correcciones practicadas al amparo del artículo 16, pero no en relación con las practicadas por aplicación de los artículos 20 y 14.1 h), todos ellos del TRLIS, puesto que ambos preceptos campan al margen del principio de libre concurrencia, que es, precisamente, el que, para evitar su preterición, atrae la aplicación del Convenio de Arbitraje, dándose así, seguramente de manera no buscada, el fenómeno, espigado por la doctrina española²⁴, de la huida de su ámbito de aplicación.

5. LA CAPITALIZACIÓN EMPRESARIAL

La exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012 afirma que las medidas aprobadas contribuirán, siquiera sea de manera indirecta, a la capitalización de las empresas. Enlaza esta aspiración con la recomendación contenida en el *Memorando de entendimiento*, a cuyo tenor se invita a España a reducir las distorsiones fiscales que estimulan el endeudamiento²⁵.

Lo que el *Memorando* pide no es que se adopten medidas que inviten a la capitalización, sino que se depuren aquellas que inciten al endeudamiento, esto es, pide neutralidad. Nada nuevo, pues hace casi veinte años el Libro Blanco para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades ya abordó la cuestión de la neutralidad de las fuentes de financiación²⁶.

¿Contribuirán a la neutralidad en la elección de las fuentes de financiación las medidas que cercenan la deducción de intereses? ¿Militarán a favor de la capitalización? ¿Provocarán una disminución del endeudamiento?

Sabido es que el Impuesto sobre Sociedades, aisladamente considerado, favorece la financiación mediante endeudamiento²⁷, por cuanto la remuneración de los pasivos financieros es fiscalmente deducible y la de los fondos propios no lo es. Sin embargo, lo que ha de considerarse es ese impuesto conjuntamente con los restantes que integran el sistema de imposición sobre la renta, singularmente con el IRPF. También debería prestarse atención a la traslación del Impuesto sobre Sociedades, cuestión esta perennemente debatida²⁸. A reservas de las dificultades inherentes a la materia, se ofrecen un conjunto de reflexiones.

5.1. Financiación interior

Cuando la financiación proviene de personas o entidades residentes en territorio español, la limitación del artículo 20 crea doble imposición que cristaliza en el mismo sistema fiscal. La cues-

²⁴ MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, pág. 244.

²⁵ Apartado 31 del Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality.

²⁶ Capítulo I. Principios para la reforma del Impuesto sobre Sociedades. El Principio de Neutralidad.

²⁷ DE MOOIJ: *Tax Biases to Debt Finance: Assessing the Problem, Finding Solutions*.

²⁸ SEVILLA SEGURA, V.: «Política y Técnica Tributarias», Lección 12.

tión es si esa doble imposición puede conducir, y bajo qué condiciones y efectos, al fortalecimiento de los fondos propios. Así podría pensarse que esa doble imposición compensaría la doble imposición de dividendos y por este camino se alcanzarían cotas de neutralidad en las fuentes de financiación.

5.1.1. Financiación procedente de personas físicas

Si se contempla el sistema de imposición sobre la renta, se aprecia que la remuneración de los fondos propios, básicamente dividendos, sufre una mayor tributación que la de los pasivos financieros, básicamente intereses, ya que la primera tributa dos veces, una por el Impuesto sobre Sociedades y otra por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (exceptuado el importe exento), en tanto que la segunda solamente tributa por este último. Por tanto, es cierto que el sistema de imposición sobre la renta, en su conjunto, incita al endeudamiento.

Esta característica estructural del sistema está vigente desde la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En efecto, hasta 2007, partiendo de 1995 (Ley 42/1994), los dividendos disfrutaron de una deducción en la cuota del IRPF que pretendía reflejar un importe aproximado al del Impuesto sobre Sociedades que recayó sobre los beneficios de los que aquellos procedían. Hasta 2007 fue un objetivo y característica del sistema de imposición sobre la renta la eliminación de la doble imposición, y de ahí se derivaba, tomando en consideración exclusivamente ese sistema, un tratamiento neutral de las fuentes de financiación. A partir de 2007 la doble imposición de dividendos se enseorea del sistema y de ahí la discriminación contra los fondos propios.

La financiación no solo proviene directamente de las personas físicas, sino también de las instituciones de inversión colectiva. Como quiera que las mismas tributan al 1 por 100 por el Impuesto sobre Sociedades, los intereses que perciben apenas sufren tributación, o, para ser exactos, queda diferida hasta el reembolso de la participación, en tanto que los dividendos la sufren en sede de la entidad que los distribuye y también con ocasión del citado reembolso. Por tanto, la fiscalidad de la inversión colectiva añade dosis de ventaja fiscal para los intereses.

La primera forma de evitar la distorsión fiscal a favor del endeudamiento es restaurar la paridad de trato entre intereses y dividendos en el conjunto del sistema, esto es, eliminar la doble imposición de dividendos. También se puede superar la distorsión estableciendo la doble imposición de intereses. Es lo que ha hecho, en la parte afectada, con carácter general, el artículo 20. Tan neutral es gravar los intereses y los dividendos dos veces como hacerlo solo una, con tal de que haya igualdad de trato para ambas rentas. La única forma de escapar a la doble imposición consistiría en la financiación mediante fondos propios, sin reparto de dividendos ni transmisión de la participación. En este caso existiría una distorsión secundaria a favor de la financiación mediante retención de beneficios.

En una economía abierta, como la realmente existente, puede escaparse a la doble imposición de intereses prestando a entidades no residentes en territorio español, que no estén afectadas por una limitación a la deducción de intereses.

5.1.2. *Financiación procedente de personas jurídicas*

En el Impuesto sobre Sociedades tradicionalmente se ha evitado la doble imposición de dividendos internos, para participaciones significativas, mediante deducciones en la cuota determinantes de la exención de esos dividendos. En este contexto, la no deducción de intereses por causa del límite del artículo 20 favorece la financiación mediante fondos propios, ya que los intereses afectados sufrirán doble imposición. Y esto es válido tanto para los intereses del endeudamiento con socios como con terceros. En efecto, la carga fiscal agregada de la entidad financiada y financiadora es más elevada en caso de endeudamiento que en caso de fondos propios.

Así pues, la coexistencia de la doble imposición de los intereses afectados por el límite con la eliminación de la doble imposición de dividendos, puede provocar un efecto favorable a la financiación mediante fondos propios.

En una economía abierta puede escaparse a la doble imposición de intereses, endeudando a entidades no residentes en territorio español, que no estén afectadas por una limitación a la deducción de intereses. Piénsese en un grupo español, endeudado moderadamente, que pretende acometer una nueva línea de actividad, a cuyo efecto constituirá una filial cuyo capital desembolsará en parte mediante financiación bancaria a la que también acudirá la filial para completar sus necesidades de financiación. Si esta actividad puede desarrollarla indistintamente en España o en el extranjero la filial se ubicará en un país donde no sufra limitación a la deducción de intereses. Así, si la financiación soportada por la filial es paralela a la soportada por el grupo mercantil al que pertenece, no tendría problemas para deducir los intereses en Alemania, Francia y Holanda, entre otros Estados miembros.

5.2. **Financiación exterior**

Tratándose de la financiación exterior, la situación es mucho más compleja, habida cuenta de la confluencia de diversos sistemas fiscales.

5.2.1. *Financiación intragrupo*

Si la financiación proviene de una sociedad del mismo grupo mercantil, en teoría la fiscalidad de intereses y dividendos es semejante, al menos cuando los dividendos disfrutan de la eliminación de la doble imposición económica, propia de la relación matriz-filial. Pero cuando el grupo es hábil para hacer transitar los intereses hacia una entidad del grupo que disfruta de una fiscalidad reducida, sea legalmente establecida o prácticamente conseguida mediante acuerdos administrativos, los intereses disfrutan de una ventaja fiscal superlativa. Frustrar esta ventaja en sede de la entidad que soporta los intereses, limitando su deducción, puede ser, en efecto, un buen medio para restablecer la paridad de trato entre intereses y dividendos, y con ello ganar cotas de neutralidad en la elección de las fuentes de financiación. Este es el sentido de la norma antisubcapitalización con-

tenida en la propuesta de directiva relativa a una base imponible común consolidada, a cuyo tenor los intereses no son deducibles cuando, entre otras circunstancias, concurre la de exigua tributación de la entidad perceptora²⁹.

5.2.2. *Financiación de intermediarios*

Cuando la financiación exterior proviene de instituciones de inversión colectiva y estas están sujetas a un régimen fiscal privilegiado, caso bastante generalizado, los intereses tienen ventaja fiscal sobre los dividendos. Nuevamente, para frustrar esta ventaja fiscal, puede ser útil limitar la deducción de los intereses en sede de la entidad pagadora. Sin embargo, cuando la financiación proviene de entidades de crédito, los intereses no tendrán ventaja respecto de los dividendos si los impositores de esas entidades de crédito están sujetos a una imposición apropiada sobre la renta. En tal caso, no hay motivo alguno para limitar la deducción de intereses, ya que no hay ventaja fiscal que neutralizar. En rigor, cuando la financiación proviene de un intermediario financiero, conocer la fiscalidad de los perceptores finales de los intereses es quimérico.

En un escenario así, limitar la deducción de los intereses en algunos casos desencadenaría doble imposición y en otros frustraría la no imposición o la imposición privilegiada, pero de ahí no se derivaría estímulo alguno para transformar el endeudamiento en capital, pues esa transformación produciría, tanto para la entidad financiada como para sus socios, una tributación semejante, cuando no mayor, con la excepción de la financiación encauzada en el seno de la relación matriz-filial.

En suma, limitar la deducción de los intereses, sobre provocar doble imposición de carácter ciego, no parece que pueda determinar un estímulo a la recomposición de las fuentes de financiación a favor del capital, habida cuenta de que el dividendo suele sufrir doble imposición en el contexto internacional, si se exceptúan los casos inscribibles en los beneficios fiscales propios de la relación matriz-filial o similares. En este sentido, solamente una restricción a la deducción de intereses, proyectada sobre la financiación intragrupo, podría haber servido al objetivo de estimular la capitalización sin producir efectos no deseados. Una restricción de carácter general, en la medida en que se proyecta también sobre la financiación entre empresas vinculadas por la relación matriz-filial, podría estimular, en ese ámbito, la capitalización, pero a costa de desencadenar fenómenos de doble imposición y de apartarse del gravamen de la renta neta.

6. LOS SISTEMAS *ALLOWANCE CORPORATE EQUITY (ACE)* Y *COMPREHENSIVE BUSINESS INCOME TAX (CBIT)* Y LA LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN DE INTERESES

Las opciones que en la actualidad se ofrecen para una reforma sustancial del Impuesto sobre Sociedades versan, esencialmente, sobre el tratamiento de la remuneración de las fuentes de financiación, y de ahí su relación con los artículos 14.1 h) y 20.

²⁹ Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a una base imponible común consolidada común del Impuesto sobre Sociedades. Artículo 81.

6.1. La deducción ACE y el límite a la deducción de intereses

El capítulo 18 del Informe Mirrlees finaliza recomendando la introducción de la deducción ACE en el marco de la base imponible tradicional, de manera tal que el resultado contable se minoraría en una partida calculada a modo de retribución mínima requerida sobre los fondos propios de la entidad³⁰. El principal soporte de esta recomendación es la eficiencia económica, consecuente a la no tributación de la retribución mínima requerida sobre el capital invertido, y el tratamiento neutral de las fuentes de financiación, ya que, en efecto, la referida deducción pondría en paridad a dividendos e intereses³¹.

La literatura económica que se ha preocupado del estudio de las distorsiones que provoca la versión tradicional del Impuesto sobre Sociedades ha mostrado una cierta preferencia por introducir la deducción ACE³². El obstáculo es la mengua recaudatoria, si bien a largo plazo podría esperarse una recuperación de la recaudación, al menos parcial, debido al aumento de la inversión. La alternativa para cubrir la pérdida de recaudación es elevar el tipo de gravamen, pero el Informe lo desaconseja porque sería *una peligrosa señal para los inversores*.

¿Sería conveniente para España adoptar la deducción ACE? Esta pregunta no es puramente teórica, desde el punto y hora que dos países europeos Italia y Bélgica, ya lo han hecho, Brasil tiene un sistema análogo desde hace algún tiempo, y está en las agendas reformadoras de los informes concernientes a algunas de las jurisdicciones fiscales más avanzadas³³.

La nueva redacción del artículo 20 del TRLIS, establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012, no solo es por completo ajena a la deducción ACE sino que tendrá por efecto aumentar la presión fiscal por el Impuesto sobre Sociedades en la medida en que limita la deducción de intereses, y lo hará, además, no de manera neutral sino repercutiéndola con mayor intensidad sobre las empresas con menor capacidad de generación del beneficio operativo.

La esperanza del Gobierno, según la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012, es que la entidades reduzcan la financiación mediante endeudamiento y la aumenten mediante capital. Ahora bien, ese es también uno de los resultados, aunque no el único, que se espera de la deducción ACE.

Si el objetivo del Gobierno se cumpliera, aumentaría la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades, sin mengua de las inversiones. El riesgo está en que se esté enviando una *peligrosa señal para los inversores*, y el efecto final sea una disminución de la inversión, lo que, en su caso, sucedería a medio y largo plazo.

³⁰ Mirrlees Report. Tax by Design. *Nuestra tercera propuesta respecto de la tributación de las empresas es la introducción de un allowance for corporate equity (ACE) en el Impuesto sobre Sociedades. El ACE establece una deducción explícita por razón del coste de uso de los fondos propios, similar a la deducción que existe del coste financiero en cuanto pago del endeudamiento financiero... Las oportunidades para las compañías internacionales de desviar rentas fuera del Reino Unido se reducirían...* (Tax by Design. The Mirrlees Review. Institute for Fiscal Studies, 2011, pág. 492).

³¹ KLEMM, A.: «Allowances for Corporate Equity in Practice», *IMF Working Paper*, 06/259.

³² ALBI, E.: *The Challenges of Corporate Income Taxes in a Globalised World*.

³³ *Business Tax Working Group*, Australia (2012).

Pronosticar lo que sucederá es difícil. Los grupos multinacionales con filiales en España o las multinacionales con sede en España, afectados por el límite del artículo 20, tenderán a redistribuir, en el corto plazo, las fuentes de financiación, empujando hacia las entidades filiales residentes en terceros países todo el endeudamiento que les permita la legislación nacional atinente a las mismas y, consecuentemente, financiarán sus inversiones y operaciones en España con más capital. Las empresas y grupos puramente nacionales no podrán efectuar esa traslación y, consecuentemente, verán elevada su tributación en cuanto estuvieren afectados por la limitación. Tampoco tendrán interés en transformar endeudamiento en fondos propios por motivos fiscales, pues los dividendos no son deducibles.

En definitiva, los grupos multinacionales extranjeros con presencia en España y los grupos multinacionales españoles, tal vez podrán compensar el aumento de la tributación sobre sus beneficios en España mediante la disminución de esa tributación en otro u otros países en los que tengan presencia a través de sociedades filiales o de establecimientos permanentes. Las empresas españolas no podrán efectuar esa compensación.

¿Podría compatibilizarse la limitación a la deducción de intereses en el sentido de la nueva redacción del artículo 20 del TRLIS con la deducción ACE?

El efecto conjunto de ambas medidas sería incentivar intensamente la financiación de las nuevas inversiones mediante emisiones de capital o mediante retención de beneficios. Se trataría de un efecto contrario a la neutralidad en la financiación de las inversiones. Se pasaría así de un tributo que favorece la financiación mediante endeudamiento (dejando de lado la fiscalidad de los dividendos percibidos por personas físicas) a otro que favorece la financiación mediante capital o autofinanciación.

Este hipotético impuesto primaría a las entidades con capacidad de captación o de retención de fondos propios y perjudicaría a aquellas que no tienen esa capacidad, entre las que se encuentran las entidades en dificultades, pero también las empresas de nueva creación innovadoras que por no ser conocidas en el mercado no son atractivas para los inversores con una cierta aversión al riesgo y deben allegar su financiación mediante endeudamiento procedente de las entidades de crédito³⁴.

En consecuencia, no sería un impuesto idóneo desde la perspectiva de la eficiencia económica. Tampoco lo sería desde la perspectiva de la igualdad, pues no se entiende bien por qué la dificultad en captar fondos propios o el exíguo resultado de explotación ha de llevar a bases imponibles que rebasan el resultado contable, y la circunstancia inversa a bases imponibles inferiores al resultado contable.

Si el análisis precedente es correcto, la deducción ACE no podría coexistir con la limitación de intereses en la forma prevista en el artículo 20 del TRLIS. Sin embargo, Italia, a partir 2012, registra esa coexistencia³⁵.

³⁴ *The Report on Tax Reform Options. Economic Recovery Advisory Board* (2010), pág. 74.

³⁵ *European Tax Handbook*, 2012.

6.2. El sistema CBIT y el límite a la deducción de intereses

Ortodoxo, por responder a un patrón lógico, sería no deducir, en absoluto, ningún interés en el Impuesto sobre Sociedades, pero tampoco gravarlo en el IRPF, en el que los dividendos disfrutarían, igualmente, de exención, e igual suerte correría la tributación en el Impuesto sobre Sociedades del perceptor. De esta forma, la tributación de la remuneración de todas las fuentes de financiación, residenciada exclusivamente en el Impuesto sobre Sociedades, sería equivalente.

Este sistema, conocido como *Comprehensive Business Income Tax*³⁶, no ha disfrutado de aceptación en la práctica, por más que traería neutralidad en la elección de las fuentes de financiación³⁷. En una economía global un sistema de imposición así concebido solamente podría tener éxito en el contexto de una acción reformadora concertada internacional, pero es difícil que se produzca pues el mismo perjudicaría a los países exportadores de capital. La eliminación radical y unilateral de la deducción de intereses ahuyentaría la inversión exterior³⁸. En fin, ese sistema difícilmente puede tener cabida en un sistema fiscal que constitucionalmente deba ser progresivo, por cuanto en el Impuesto sobre Sociedades no operan los mecanismos de progresividad. Solamente en el denominado *Estado de tasas*³⁹ cabría tal sistema de tributación de la remuneración de los capitales utilizados por las entidades jurídicas.

El límite a la deducción de intereses del artículo 20 no puede ser entendido a modo de un remedeo del sistema CBIT. Ciertamente el límite puede determinar que se deba tributar cuando el resultado contable sea nulo o negativo (resultado de explotación: 100; gastos financieros: 100; resultado contable: 0; límite: $100/30\% = 30$; intereses no deducibles: 30; base imponible: 70), pero no por causa de una estructura fiscal que grave única y exclusivamente los intereses en sede de la entidad que utiliza los capitales ajenos.

Por el contrario, el límite se inserta en la estructura tradicional del Impuesto sobre Sociedades, y de su relación con el IRPF, por más que pueda provocar, al menos temporalmente pero eventualmente también con carácter definitivo, efectos no congruentes con la filosofía que anima aquella estructura, a saber, la tributación en ausencia de beneficios contables y la doble imposición de intereses.

En fin, el límite del artículo 20 tampoco está emparentado con aquella disposición de los albores del Impuesto sobre Sociedades que prohibía la deducción de *los intereses exigidos por las empresas matrices extranjeras a sus filiales o sucursales establecidas en el Reino, por razón de los capitales invertidos por aquellas en los negocios de estas*⁴⁰, por cuanto el límite contempla todo tipo de relaciones de financiación, vinculadas o no.

³⁶ US Department of the Treasury (1992).

³⁷ *Fundamental Reform of Corporate Income Tax* (OECD, 2007).

³⁸ *Reforming Corporate Income Tax*. OECD Policy Brief (2008).

³⁹ BARQUERO ESTEVAN, J.M.: *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*, capítulo IV.

⁴⁰ Disposición quinta 4.º b de la Tarifa 3.ª del Texto Refundido de la Contribución sobre las Utilidades de la riqueza mobiliaria.

7. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LAS NUEVAS NORMAS

Como ya se ha indicado, en el Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades de 1994 se afirmaba que *por razón de los mandatos constitucionales de suficiencia y equidad, el Impuesto sobre Sociedades tiene como objetivo primario gravar el beneficio obtenido por las entidades jurídicas, es decir, el rendimiento del capital aportado por los socios o accionistas a todo tipo de entidades*. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 12/2012, en particular por lo que se refiere al artículo 20, el Impuesto sobre Sociedades también podrá recaer sobre la remuneración de los capitales cedidos por prestamistas, a modo de un ajuste temporal que puede transformarse en definitivo. Se trata, por tanto, de una reforma de gran calado, que invita a la delicada tarea de la valoración.

7.1. El límite del artículo 20

7.1.1. La seguridad propia de los refugios objetivos

La ventaja de una norma limitativa de carácter objetivo es la propia de los refugios seguros, por más que, en sentido estricto, el artículo 20 no pueda ser considerado como tal. Los contribuyentes saben con certeza que la Administración tributaria no rechazará los gastos financieros que quepan bajo el límite. Por otra parte la Administración tributaria ve acotada perfectamente su tarea en relación con la deducción de los gastos financieros, lo que la descarga, aunque tal vez no en todo caso, de penosas averiguaciones respecto de las intenciones fraudulentas de ciertas operaciones financieras. Si, además, la norma relativa al límite objetivo es fácil de aplicar, esas ventajas se incrementan.

En términos generales, el nuevo artículo 20 del TRLIS reúne esas ventajas, pues, cuando menos, parece ser más fácil de aplicar que en su redacción anterior, de manera tal que se habría logrado regular una materia muy delicada mediante una norma sencilla, virtud esta de la que anda muy necesitada la normativa fiscal y que resulta de gran utilidad para evitar los conflictos tributarios⁴¹.

En fin, una norma objetiva en materia de operaciones vinculadas de carácter financiero cumple una función imprescindible en el Impuesto sobre Sociedades, como lo demuestra la legislación de los países de nuestro entorno.

7.1.2. La transformación de endeudamiento en fondos propios

Este efecto puede producirse en relación con las entidades pertenecientes a grupos multinacionales, ya que tienen capacidad de trasladar el endeudamiento hacia otras entidades residentes en otras jurisdicciones fiscales⁴² y además la distribución de esos beneficios podrá, bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, disfrutar de la exención propia de la Directiva matriz-filial.

⁴¹ ESPEJO, I. y THURONYI, V.: *Resolving Tax Disputes*, pág. 5 y ss.

⁴² *The Report on Tax Reform Options*. Economic Recovery Advisory Board (2010), pág. 73.

Sin duda este es el efecto potencial más positivo en la actual coyuntura de baja recaudación. A corto plazo puede producirse, pero en el medio y largo plazo, la elevación del uso del coste de capital que implica puede tener un efecto de repulsión de la inversión extranjera⁴³.

7.1.3. Las distorsiones propias de los refugios seguros

Los inconvenientes son el reverso de las ventajas. El carácter objetivo de la norma limitativa impide considerar las circunstancias específicas de cada contribuyente, de manera tal que habrá algunos que no podrán deducir todos los gastos financieros que realmente soportan en cuanto pagados a terceros, y otros que podrán deducir gastos financieros puramente internos con apoyo en otras entidades del grupo que, incluso, tributen en régimen privilegiado. ¿Podrán ser estos gastos financieros combatidos por aplicación de una norma antiabuso de carácter general bajo la prueba, claro está, de la concurrencia de las circunstancias tipificadas en la misma?

La limitación objetiva y generalizada a la deducción de intereses implica, para las entidades afectadas, una desviación del principio de gravamen de la renta neta, y, consecuentemente, denota una cierta revitalización de la distribución real de los impuestos frente a la de carácter personal en el sentido clásico⁴⁴.

Esas deficiencias son propias de los refugios seguros, y, por tal motivo, las normas que los consagran suelen integrar reglas complementarias que tratan de corregirlas. El artículo 20 no contiene estas normas correctoras. Por tanto, como se verá más adelante, una vía de perfeccionamiento del artículo 20 descansa en la incorporación de esas normas correctoras.

Antes de la modificación establecida por el Real Decreto-Ley 20/2012, el artículo 20 discriminaba a las entidades integradas en un grupo mercantil frente a las no integradas, y a las entidades no integradas en un grupo mercantil con menguada capacidad de acceso al mercado de créditos financiadas por los socios. Ambas discriminaciones han quedado superadas.

Sin embargo, el artículo 20 continúa generando un conjunto de distorsiones, tal vez menores, y de carácter transitorio, cuya exposición puede contribuir a su mejor entendimiento.

Discrimina a las empresas con baja capacidad de generación de resultados de explotación frente a aquellas que tienen una alta capacidad, incluso si las primeras están más capitalizadas que las segundas. El artículo 20 pone sobre la mesa una pregunta incómoda: ¿Por qué una empresa con escasa capacidad de generación de resultados de explotación ha de verse imposibilitada para deducir parte de los intereses que efectivamente satisface, incluso a terceros ajenos al grupo mercantil al que eventualmente pueda pertenecer? ¿Tal vez se estime que la norma fiscal estimulará el esfuerzo por obtener un mayor resultado de explotación que permita la deducción de todos los intereses? No pare-

⁴³ *Reforming Corporate Income Tax. Policy Brief* (OCDE, julio 2008), comentando el sistema CBIT.

⁴⁴ EINAUDI, L.: *Principios de Hacienda Pública*, pág. 113 y ss.

ce razonable esperar que las empresas, en su conjunto, logren por la vía del rigorismo fiscal lo que por la vía de la conducta económica lógica no han conseguido.

Discrimina a las entidades con escasa capacidad para provocar la distribución de beneficios de las sociedades participadas cualificadamente frente a las entidades que sí tienen esa capacidad. Como es sabido, los dividendos y participaciones en beneficios cualificados elevan el techo de los intereses deducibles. En abstracto esto puede ser lógico por cuanto las inversiones financieras de donde proceden esos dividendos y participaciones en beneficios están en parte financiadas por pasivos financieros. Pero esa lógica decae cuando se repara en que no es la inversión financiera en sí misma la que eleva el techo, sino los dividendos y participaciones en beneficios que proceden de la misma, de manera tal que dicha elevación estará al alcance de las empresas con capacidad para decidir respecto de la distribución del beneficio, pero no de las que no tengan ese poder. Dos empresas que han realizado una misma inversión financiera están en posición comparable y deberían ser tratadas por igual, con independencia del poder que tengan en relación con la distribución del beneficio de las entidades en las que participan cualificadamente.

Discrimina a las entidades que tienen elevadas necesidades de financiación por razón de las actividades a que se dedican (construcción de bienes de equipo) frente a aquellos otros que no tienen tales necesidades (minoristas de alimentación)⁴⁵. Las actividades en las que las ventas se cobran al contado o bien en las que los proveedores financian a corto plazo buena parte de los suministros, necesitan menos financiación que aquellas en las que se cobra a largo plazo o que precisan fuertes inversiones o suministros para ejecutar el proceso de producción, de manera tal que la carga financiera será, por motivos económicos, dispar. Ahora bien, el límite trata por igual a todas las actividades, y al hacerlo así, esto es, tratar por igual a los desiguales, incurre en discriminación.

Discrimina a las entidades que tienen baja capacidad de apelación a los mercados de instrumentos de patrimonio frente a aquellas cuyos instrumentos de patrimonio son apreciados y cotizados en mercados organizados. La financiación mediante endeudamiento afectado por la no deducción de los intereses encarece el coste de uso del capital, ya que sobre la remuneración de ese uso recae el Impuesto sobre Sociedades de la entidad prestataria y el de la entidad prestamista, en tanto que la remuneración de la financiación mediante instrumentos de patrimonio cualificados solo tributa en sede de la entidad emisora.

Discrimina a las entidades que consolidan fiscalmente respecto de aquellas que no lo hacen. La discriminación es de doble sentido. En principio, en contra de las entidades del grupo fiscal, por cuanto la franquicia se refiere al grupo fiscal, de manera tal que bajo la misma han de agruparse todas las entidades que lo conforman. Pero también puede ser a favor, por cuanto el excesivo endeudamiento de una o varias entidades puede compensarse con el bajo endeudamiento de otra u otras. Se podría argumentar que este efecto es propio del régimen de consolidación fiscal antes que de la norma limitativa de la deducción de intereses, pero no es así. En efecto, habida cuenta de que en el régimen de consolidación fiscal la base imponible consolidada se forma a partir de la agregación de bases imponibles individuales, lo coherente, desde la perspectiva del trato igual a los iguales, hubiera sido

⁴⁵ *The Report on Tax Reform Options*. Economic Recovery Advisory Board (2010), pág. 74.

residenciar el cálculo del límite en todas y cada una de las entidades que lo forman, pudiéndose, a lo sumo, no tomar en consideración los gastos e ingresos financieros puramente internos. Podría alegarse que este mismo efecto se produce a través de la compensación de bases impositivas positivas y negativas individuales a los efectos de obtener la base imponible consolidada, pero tampoco sería correcta esta alegación, por cuanto esa compensación sí es el efecto propio de la consolidación fiscal, en tanto que la de holguras y excesos respecto del límite de deducción de intereses no lo es, aun cuando la norma se lo haya dado.

Discrimina a los grupos puramente internos frente a los grupos internacionales. En efecto, los grupos internacionales podrán realizar acomodaciones de la estructura financiera de las entidades que los integran, desplazando pasivos financieros desde entidades residentes en España hacia entidades residentes en jurisdicciones fiscales permisivas, lo que no podrán hacer los grupos mercantiles puramente nacionales.

Todas estas discriminaciones, o gran parte, derivan de la rigidez de las normas que se basan en la técnica del refugio seguro, y de ahí la conveniencia de introducir elementos de flexibilización, mediante normas correctoras. Sin mengua del aspecto positivo de los refugios seguros, la introducción de normas complementarias correctoras contribuiría a desalojar o morigerar tales discriminaciones. Más adelante se exponen algunas vías para perfeccionar el artículo 20.

7.1.4. Doble imposición o doble deducción

El artículo 20 crea doble imposición o exceso de imposición, sin que exista un mecanismo para evitarla. En efecto, el gasto financiero reputado no deducible es ingreso financiero computable en la entidad prestamista. Ciertamente esta entidad puede no ser residente en territorio español, de manera que en la jurisdicción fiscal española no se producirá la doble imposición. No es este un argumento que pueda ser admitido a modo de justificación de la doble imposición, no ya solo porque la entidad prestamista puede ser residente en territorio español sino porque la técnica apropiada para restablecer el equilibrio es la retención sobre los intereses en concepto de IRNR. Nótese que esta retención crea doble imposición jurídica internacional, pero su corrección está encomendada a los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, los cuales, por el contrario, no resuelven la doble imposición creada por la norma limitativa de la deducción de intereses.

Inversamente, el artículo 20 no evita que las empresas residentes en España de un grupo multinacional soporten una carga financiera mayor, en términos relativos, que aquella que soportan las restantes entidades del referido grupo. Así, la norma limitativa no impide la deducción de intereses puramente internos, que constituyen ingresos de otra u otras entidades del grupo que disfrutan de un régimen privilegiado, de manera tal que en grupos altamente capitalizados podría llegarse a la deducción de gastos financieros internos motivados por consideraciones fiscales, hasta el importe del 30 por 100 del beneficio operativo. Esos intereses internos tal vez pudieran ser combatidos, en cuanto fueren artificiosos, por medio de las normas generales antiabuso, pero no, desde luego, mediante el artículo 20.

Por otra parte, a raíz de la integración de España en la Unión Europea, se ha venido considerando que la retención sobre los intereses entorpecía los procesos de financiación de las empresas, y de ahí la exención introducida a tal efecto a comienzos de los noventa en el IRNR, y la normativa comunitaria concretada en la exención de retención para los intereses intragrupo⁴⁶, y, en fin, la limitación o techo de imposición previsto en los convenios bilaterales, básicamente en el entorno del 10 por 100. Ahora, los intereses no deducidos soportarán, además de la eventual retención, una carga fiscal adicional del 30 por 100.

7.2. La restricción del artículo 14.1 h)

7.2.1. La delimitación normativa de la irregularidad

En la última década la Administración tributaria y un reducido pero cualificado grupo de contribuyentes han contendido respecto de la deducción de gastos financieros asociados a la adquisición apalancada intragrupo de participaciones y a la aportación apalancada. El conflicto judicial está en pleno desarrollo, pero dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, una relativa a una aportación financiada mediante un préstamo intragrupo⁴⁷ y otra a una adquisición de participaciones internas financiada con préstamo de tercero⁴⁸, parecen indicar que la Administración tributaria no anda desencaminada.

⁴⁶ Directiva relativa a un régimen común para los intereses y cánones pagados entre empresas del grupo.

⁴⁷ Tribunal Supremo, 21 de junio de 2012 (NFJ048120).

La referida impugnación se ha de rechazar ya que la actora no desvirtúa en ningún caso los datos fácticos deducidos del expediente administrativo y en los que se apoya la Administración para concluir que los intereses de ese préstamo no reúnen ese requisito legal de la deducibilidad de ser una operación necesaria para el desarrollo de la actividad de la empresa, que es de aplicación general en materia tributaria pues así lo establece el referido artículo 13.1 de la Ley sobre el Impuesto de Sociedades aplicable al caso de autos.

La demandada opone que la finalidad del préstamo en cuestión era dar proyección internacional a la entidad, pero ello en absoluto destruye datos que acreditan la no relación entre ese préstamo y la actividad de inspeccionar los vehículos: aparte de que dicha entidad obtuvo fondos por otros medios sin necesidad de acudir a esa operación, contradiciendo sus alegaciones de su necesidad de tener que acudir a vías ajenas de financiación, esos fondos se adquirieron para la participación en una sociedad extranjera que carece de actividad, limitándose a tener el dinero en caja y bancos hasta que el 29 de diciembre de 1992 comenzó a comprar acciones de una sociedad brasileña, de la que no consta nada en el expediente. En consecuencia, no se acredita por la recurrente, obligada a ello en virtud de lo dispuesto en el referido artículo 114 de la Ley General Tributaria aplicable al caso de autos, que dicho préstamo participativo tuviera relación con la obtención de fondos por parte de la misma, por lo que no cabía la deducibilidad de los intereses generados por el mismo y, por ende, no procede tampoco la pretensión de declarar que se trata de una operación vinculada.

⁴⁸ Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (NFJ048045), destaca los desequilibrios de los parámetros básicos de la operación... lo que supone ignorar principios básicos de fijación de precios en cualquier operación... que por esencia ha de ser equilibrada... de forma tal que el desequilibrio de las prestaciones es en sí mismo demostrativo del tipo de operación efectuada... a la que, por tal motivo, califica de intrínsecamente asombrosa, de manera tal que, a la vista de esa apariencia es la parte que realiza la operación la que debe justificar su razonabilidad...

Precisamente de esa inexistencia del equilibrio contractual, la sentencia deriva la conclusión de que el efecto elusivo es evidente cuando se obtienen unos gastos incomprensibles como consecuencia de una operación difícilmente aceptable, y que son, precisamente, los que la liquidación impugnada trata de eliminar.

Y añade (si este tipo de operaciones son frecuentes en el campo mercantil, llama la atención que nuestras dificultades económicas actuales no sean todavía mayores de las que sufrimos)... asombra que en supuestos como este la Administración no utilice, no ya el fraude, sino las facultades derivadas de los contratos simulados, que es, por lo antes razonado, la figura que cuadra a los hechos analizados y que es lo que suele hacerse cuando de ciudadanos se trata...

Bajo la consideración precedente, al tipificar las operaciones que se entienden irregulares, el artículo 14.1 h) nace con la vocación de cumplir una función de pacificación jurídica.

7.2.2. La presunción de irregularidad y la ambigüedad de la motivación económica

El artículo 14.1 h) se fundamenta en la presunción de irregularidad de las operaciones de adquisición y aportación internas financiadas mediante préstamos internos, pero su estructura no es propiamente la de una presunción.

En la presunción, a partir de un hecho base se da por probado otro hecho, o hecho consecuencia, siendo el efecto jurídico el correspondiente a ese hecho. Así, el artículo 134 del TRLIS, a partir del hecho de la constatación de activos no contabilizados (hecho base) presume la existencia de renta (hecho consecuencia), la cual debe integrarse en la base imponible (efecto jurídico).

En el artículo 14.1 h) puede atisbarse un hecho base, a saber, las operaciones que se describen y su financiación intragrupo, pero no hay un hecho consecuencia que se dé por probado, aunque sí un efecto jurídico, a saber, la no deducción de intereses. No se trata, por tanto, de la estructura tradicional de la presunción, en cuanto medio de prueba.

La prueba de los motivos económicos válidos pudiera rememorar la facultad de prueba en contra propia de las presunciones *iuris tantum*, pero, en rigor, no hay tal.

El artículo 14.1 h) no está destinado a probar hechos, sino a calificar implícitamente como irregulares unas determinadas operaciones, y contra esa calificación el obligado tributario puede alzarse demostrando que las mismas han sido realizadas por motivos económicos válidos. En suma, el obligado tributario debe probar que mediante la realización de las operaciones tipificadas y su financiación, en los términos del artículo 14.1 h) no ha ejecutado una acción tendente a violentar la obligación que le incumbe por el Impuesto sobre Sociedades. Ha de probar, en suma, su inocencia en el cumplimiento de la obligación tributaria por el Impuesto sobre Sociedades.

El artículo 14.1 h) alivia la acción probatoria de la inspección tributaria tendente a allegar las pruebas concernientes a los indicios de irregularidad, esto es, la concurrencia de un ahorro fiscal sin

Esta operación, tan radicalmente repudiada por el Tribunal Supremo, no está tipificada en el nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS, por cuanto el préstamo ha sido concedido por una entidad de crédito, lo que, en unión a su propio fundamento, suscita algunas interrogantes: ¿Han quedado frustradas las aspiraciones de quienes, desde posiciones de defensa frente a regularizaciones administrativas similares pretéritas, habían acariciado la esperanza de que aquel precepto habría venido a dibujar el haz de la ilegitimidad y el envés de la legitimidad a cuya configuración se atendría el Tribunal Supremo? ¿Se detendrá la inspección tributaria en el dintel del nuevo artículo 14.1 h) del TRLIS en relación con las adquisiciones de instrumentos de patrimonio apalancadas irregulares a pesar de que incidan en la ruptura del equilibrio contractual? ¿Son legítimas las operaciones de adquisición apalancada de instrumentos financieros en las que concurre el equilibrio contractual, pero cuya finalidad sea exclusivamente fiscal, como, por ejemplo, endeudar a las entidades del grupo multinacional residentes en territorio español más allá de lo que lo está el grupo multinacional al que pertenecen? ¿Cómo acertar con la técnica apropiada para regularizar, cuando son todas ellas tan similares, y, sin embargo, sus efectos punitivos tan dispares? ¿Existe algún algoritmo al que atenerse para combatir, al tiempo, los desequilibrios contractuales y las finalidades fiscales ilegítimas en el campo de las operaciones financieras trabadas por los grupos multinacionales?

efectos económicos relevantes, en el sentido del artículo 15 de la LGT, que conduzcan y fundamenten la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria, o, eventualmente, la simulación, pero de ahí no se sigue que contenga una presunción, sino que, simplemente, a la vista de las operaciones tipificadas y de su financiación, la norma las califica implícitamente de irregulares y extrae una consecuencia, a saber, la no deducción de los intereses.

Varias reflexiones suscita la estructura normativa del artículo 14.1 h), más allá de lo especialmente delicado de todo aquello que linda con la presunción de irregularidad, cuyo reverso es la presunción de inocencia.

La primera es el efecto jurídico que se predica, a saber, la no deducción de los intereses. Lo consecuente hubiera sido desconocer los efectos de la operación y de su financiación frente a todas las entidades que han intervenido en la misma. Estos efectos no son solo los intereses, sino también todos los asociados a la adquisición de la participación o la aportación. Así, el desconocimiento de los intereses, en lugar de la no deducción, hubiera procurado la eliminación de la doble imposición, al menos cuando la entidad prestamista fuese residente en territorio español. Y el desconocimiento de la adquisición, el no cómputo de dividendos o de deterioros.

La segunda es que la calificación de irregularidad cede ante algo tan ambiguo y fácil de aparentar como *la auténtica gestión de las entidades participadas desde el territorio español*. Pero es que, además, aun cuando esa gestión fuera algo incontestable, una adquisición de instrumentos de patrimonio apalancada que determine unos gastos financieros exorbitantes no debería ganar patente de regularidad. ¿Otorgará el nuevo artículo 14.1 h) carta de legitimidad a estas operaciones?

La tercera, ya apuntada en un apartado anterior, es que la calificación de irregularidad también cede ante algo tan difícil de perfilar como una *reestructuración dentro del grupo, consecuencia directa de una adquisición a terceros*. Pero es que, además, aun cuando esa consecuencia directa fuera perfectamente definida, tampoco deberían atravesar aquel dintel unos gastos financieros exorbitantes asociados a la adquisición de una participación.

El nuevo artículo 14.1 h) concede una ayuda a la inspección tributaria que la misma no necesitaba para cumplir con su función en orden a erradicar conductas irregulares, como lo prueban las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas. Hubiera sido mucho más efectivo la incorporación a la LGT de un tipo infractor en el caso de conflicto en la aplicación de la norma tributaria, y confiar en la capacidad de la inspección tributaria para probar la irregularidad y corregir las conductas fiscales incorrectas.

8. COMPARACIÓN CON LOS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

En la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/ 2012, se afirma, en relación con el artículo 20, que *esta medida favorece de manera indirecta la capitalización empresarial y responde, con figu-*

ras análogas a nuestro derecho comparado, al tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional.

Este párrafo puede ser entendido como una declaración de homologación del nuevo artículo 20 respecto de otros preceptos vigentes en los países de nuestro entorno. Es importante que una norma que va a surtir efectos en el plano de las relaciones fiscales internacionales tenga, por así decirlo, esa tarjeta de presentación. También lo es para el nuevo artículo 14.1 h), si bien nada dice a este respecto la aludida exposición de motivos. Una investigación en profundidad de esa importante cuestión rebasa las posibilidades del autor. No obstante, siguiendo los resúmenes normativos de una publicación especializada⁴⁹, pueden espigarse los siguientes puntos:

- Primero. Normas que restringen la deducción de intereses del endeudamiento aplicado a la adquisición de instrumentos de patrimonio o a la realización de aportaciones en el sentido del artículo 14.1 h) están establecidas en Holanda y Francia. No obstante, las normas francesas también restringen la deducción del endeudamiento procedente de terceros. La diferencia, por tanto, con la española es muy relevante.
- Segundo. Las normas antisubcapitalización tradicionales, esto es, las que limitan la deducción de los gastos financieros derivados del endeudamiento de carácter vinculado pueden encontrarse en Holanda, Francia, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Polonia y Portugal, si bien bastantes de ellas se aplican no solo respecto de los préstamos transfronterizos, sino también respecto de los domésticos, reaccionando así frente a la posible tacha de discriminación frente al ordenamiento comunitario. Desde luego, ni el artículo 20 ni el 14.1 h) responden a la estructura de las normas antisubcapitalización tradicionales.
- Tercero. Normas que limitan objetivamente la deducción de gastos financieros, por referencia a una magnitud contable, sin atender a relaciones de vinculación o al régimen fiscal privilegiado de la entidad prestamista, al modo del artículo 20, se hallan establecidas en Alemania, Dinamarca e Italia. Sin embargo, como se indica más adelante, Alemania modera los efectos de la limitación objetiva mediante una cláusula de escape que toma como patrón de legitimidad la estructura financiera del grupo mercantil al que pertenece la entidad.
- Cuarto. En Dinamarca coexisten las normas limitativas de los intereses derivados de endeudamiento vinculado con las normas objetivas generales limitativas de los intereses imputables a todo tipo de endeudamiento. En la medida en que el artículo 16 del TRLIS se entendiera aplicable respecto de la financiación de carácter vinculado, nuestra normativa sería semejante.
- Quinto. Normas que incorporan la referencia a la estructura financiera del grupo al que pertenece la entidad, a los efectos de asegurar que ningún interés pagado a terceros resulte no deducible por aplicación de las normas limitativas específicas o generales, están establecidas en Francia, Holanda, Alemania y Reino Unido. En España no existe este tipo de norma. Y esta diferencia es, sencillamente, fundamental.

⁴⁹ *European Tax Handbook*, 2012.

- Sexto. Las normas de limitación objetiva generalmente incorporan franquicias, como así sucede en nuestra legislación, si bien esta característica no es relevante a los efectos de desvelar la filosofía a la que responden las normas.
- Séptimo. La mayoría de las normas, tanto las que responden a patrones tradicionales propios de las operaciones entre entidades vinculadas como las que contienen limitaciones objetivas de carácter general, se aplican sin hacer distinciones por razón de la residencia de las entidades concernidas, esto es, con efectos tanto internos como transfronterizos, muy probablemente para evitar roces con el ordenamiento comunitario. España sigue esta regla.
- Octavo. No existe, en el contexto de los Estados miembros de la Unión Europea, un modelo de tratamiento de la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido el juicio de homologación de las nuevas normas con *el tratamiento fiscal actual de los gastos financieros en el ámbito internacional* solo puede arrojar un resultado positivo mediante comparaciones parciales y fragmentarias, pero es dudoso que ese enfoque sea aceptable.
- Noveno. La mayoría de los países han endurecido, básicamente en la última década, sus normas concernientes a la deducción de intereses de manera notable, y han procurado huir radicalmente de cualquier atisbo de confrontación con la normativa comunitaria aun a riesgo de extender inmoderadamente el campo de aplicación de las mismas, lo cual hace pensar que los conflictos habidos en España en materia de gastos financieros en general, y de gastos financieros asociados a la adquisición de participaciones intragrupo, también se han presentado en otros países de nuestro entorno.
- Décimo. Francia, Holanda, Alemania y, en cierto modo, Reino Unido han adoptado una referencia de equidad basada en la comparación de la estructura financiera de la entidad concernida con la del grupo de empresas al que pertenece. Por la importancia de estos países, y por el correcto fundamento de la filosofía que anima esa referencia de equidad, si hubiera de identificarse una *tendencia legislativa* sería, justamente, la constituida por la combinación de normas limitativas objetivas generales con la regla de la comparación de estructuras financieras.

La regla de comparación de estructuras financieras garantiza que los intereses pagados a terceros sean deducibles, al tiempo que evita el sobrecargo de intereses, tanto procedentes del endeudamiento intragrupo como derivados del externo. En un Impuesto sobre Sociedades que pretenda gravar la remuneración de los fondos propios, cual es el caso de los impuestos sobre los beneficios de los países de nuestro entorno, esa garantía es, sencillamente, fundamental. Y también lo es que las entidades no estén sobrecargadas de intereses por imposición de la entidad dominante del grupo al que pertenecen. Ambos objetivos se ven cumplidos mediante la regla de referencia, la cual, para evitar complejidades, podría operar a modo de cláusula de escape, debiendo el obligado tributario efectuar los cálculos de la comparación y probarlos.

El Real Decreto-Ley 20/2012, seguramente movido por el justo empeño de evitar la discriminación entre las entidades individuales y las que pertenecen a un grupo mercantil, ha ampliado el

campo de aplicación de la limitación objetiva del artículo 20 a las entidades individuales sin, tal vez, percibir que la recuperación de la igualdad entre todas las entidades hubiera podido alcanzarse mediante la regla de comparación de las estructuras financieras.

9. PERFECCIONAR LAS NUEVAS NORMAS

El análisis de los aspectos positivos y negativos de las nuevas normas relativas a la deducción de intereses, y la sucinta comparación con normas de otros países, ameritan la consideración de vías para perfeccionarlas.

Las nuevas normas han tratado de dar respuesta a una enfermedad que ha azotado al Impuesto sobre Sociedades con particular virulencia en la última década, básicamente constreñida a las entidades de los grupos multinacionales, consistente en la ubicación en las mismas de endeudamiento exorbitante, interno o externo, y, por ende, en la imputación de gastos financieros exorbitantes, depredadores de la base imponible. Lo han hecho tomando en consideración no tanto la enfermedad en sí misma, sino las vías más conocidas de inoculación [art. 14.1 h)], y aplicando remedios que afectan también a los sanos (art. 20).

En efecto, la enfermedad, la irregularidad, no es la realización de las operaciones tipificadas en el artículo 14.1 h), ni la deducción de los intereses derivados de su financiación, sino que esos intereses, en unión de otros que pudiera satisfacer la entidad concernida, resulten exorbitantes. ¿Cuándo son exorbitantes unos intereses?

Lo exorbitante es lo que rebasa o se aparta del canon. ¿Cuál es el canon? En un Impuesto sobre Sociedades tradicional, el canon lo da el principio de libre concurrencia. En su virtud, los intereses derivados del endeudamiento concertado con terceros deben ser deducibles incondicionalmente, pues son fruto de decisiones de financiación adoptadas según las pautas del mercado. Mas cuando ese endeudamiento ha sido garantizado o, lo que es más sutil pero no por ello menos relevante, impuesto por la sociedad dominante en virtud de su política global de financiación, el endeudamiento ya no responde a ese tipo de decisiones. Entonces es legítimo rechazar la deducción de intereses, aun pagados a terceros. Bien se comprende que el problema reside en identificar ese endeudamiento, y esos intereses, que no tienen su origen en decisiones de libre concurrencia sino impuestas por una voluntad dominante.

Tratándose de entidades que pertenecen a un grupo de empresas, la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada recoge los intereses que derivan del endeudamiento del grupo, el cual, por definición, deriva de la confrontación con terceros, y por ende cumple con el principio de libre concurrencia. Bajo esta consideración los intereses soportados por una entidad del grupo son exorbitantes si exceden de aquella parte de los intereses consolidados que proporcionalmente le corresponden. La proporción puede establecerse de diversas maneras, pero la más idónea es en

función de los activos consolidados⁵⁰. Con todo, siempre debería quedar abierta la prueba, a favor del obligado tributario, para una alegación basada en una realidad de mercado.

Tratándose de entidades apoyadas por sus socios, la cuestión habría de enfocarse de otra manera, pero la enfermedad aludida no ha afectado a las entidades no integradas en un grupo de empresas, si exceptuamos algunos episodios de *leveraged buy out*, cuyo adecuado tratamiento no está en las normas fiscales sino en las mercantiles, señaladamente en el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital que prohíbe la asistencia financiera por parte de la sociedad a sus socios.

En las operaciones que han sido objeto de regularización por la inspección tributaria, integradas por una adquisición interna de instrumentos de patrimonio financiada con endeudamiento interno, ha debido concurrir la exorbitancia de intereses, y esa es la impresión que, en términos generales, se deduce de la lectura de las resoluciones del TEAC sobre la materia⁵¹.

Estas resoluciones se han fundamentado en la motivación fiscal de la operación y en la ausencia de motivación económica⁵², haciendo hincapié, en cuanto elementos probatorios coadyuvantes del fraude o el conflicto en la aplicación de la norma tributaria, en la carencia de medios humanos y materiales para gestionar la participación adquirida y en que esa participación ya la tenía el grupo de empresas con anterioridad a la operación, de manera tal que la misma no suponía una nueva inversión⁵³.

La construcción del artículo 14.1 h) ha mimetizado estos precedentes, como también lo ha hecho la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 12/2012. Y así se ha atacado a la enfermedad por sus

⁵⁰ GRAETZ, M.A.: «Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses», *Bulletin for International Taxation*, noviembre 2008.

⁵¹ Resolución de 16 de junio de 2010: *cuando el endeudamiento para llevar a cabo estos movimientos financieros o flujos intragrupo apareja las drásticas reducciones de tributación que aquí se cuestionan, rechazar esas meras recolocaciones sin sustrato económico probado no supone en modo alguno poner en tela de juicio la libertad de empresa, sino deducir las consecuencias lógicas de unos hechos...*

⁵² Resolución de 8 de octubre de 2009 (NFJ036567): *ante el minucioso y completo conjunto de pruebas aportado por la Inspección, que induce a concluir que la causa que ha guiado la realización del complejo conjunto de operaciones realizado ha sido exclusivamente de índole fiscal, corresponde a la interesada contradecir dicha conclusión mediante la acreditación de una justificación alternativa y la prueba de la existencia de una auténtica sustancia económica en el conjunto de la estrategia desplegada; y, naturalmente, ello ha de ser objeto de enjuiciamiento por este Tribunal...*

⁵³ Resolución de 14 de julio de 2010: *no se ha producido variación alguna en el control, dirección ni funcionamiento de la entidad adquirida, pues el control de la gestión y dirección efectiva sigue estando, igual que antes, en poder de la matriz a través de la holding holandesa y tampoco se ha producido ninguna variación en la organización y funcionamiento de las sociedades. Estos datos son relevantes pues qué duda cabe que es una característica de una multinacional que el control y fijación última de objetivos se halle en la matriz a nivel mundial de todo el Grupo. Ahora bien, ello es compatible con una cierta distribución funcional de control en algunas filiales que funcionen a su vez como cabeceiras de subgrupos (pág. 58)... debe comprobarse si las transferencias de titularidad intergrupo van acompañadas asimismo de la transferencia del poder de decisión, de una realidad de objetivos y estrategias comunes, que, dentro del grupo multinacional atribuya a la entidad adquirente de la participación accionarial, en este caso la española, la función de cabecera del subgrupo, o, si, por el contrario, son simplemente negocios cuya motivación es exclusivamente la elusión fiscal en una soberanía fiscal y la tributación privilegiada en otra (pág. 59)... esta Sala comparte totalmente la conclusión del acuerdo impugnado en el sentido de que no existe prueba alguna de que la nueva reasignación de la cartera... haya supuesto el traslado del control (pág. 63).*

vías de inoculación, no por sus efectos, aun cuando, como se ha indicado, la experiencia extraída de las resoluciones del TEAC pueda indicar amplias zonas de coincidencia entre unas y otros.

El perfeccionamiento de las nuevas normas ha de venir por el cauce de acercarlas a los efectos de la enfermedad, antes que a sus vías de inoculación, y ello porque no siempre esas vías provocan la enfermedad, o la provocan en medida distinta, o, en fin, y esto es muy relevante, porque existen otras vías para inocular esa enfermedad, como, por ejemplo, la financiación bancaria de una entidad del grupo bajo la decisión inapelable de la entidad dominante, no contempladas por el artículo 14.1 h).

Ciertamente, el artículo 20 puede hacer frente a unos intereses exorbitantes derivados de un endeudamiento puramente interno o de origen bancario impuesto por la entidad dominante, pero ni será eficaz en todo caso (elevación del beneficio operativo mediante dividendos internos) ni sus radicales efectos son deseables en todo caso (entidades con escasa capacidad de generar resultados de explotación). En fin, ese límite no impide a los grupos de empresas altamente capitalizados imputar a determinadas entidades, y deducir fiscalmente intereses derivados de préstamos puramente internos, incluso en cuantía superior a la que el grupo como un todo satisface a terceros.

Por todo ello, las nuevas normas podrían ser perfeccionadas mediante la adición de una regla de proporcionalidad, basada en la comparación de estructuras financieras, que actuaría a modo de cláusula de escape (prueba de comparación a cargo del obligado tributario) o como potestad de la inspección tributaria constreñida a los casos de préstamos internos o externos impuestos en grupos altamente capitalizados (prueba de comparación a cargo de la inspección tributaria).

Ejemplo de funcionamiento de la regla de proporcionalidad como cláusula de escape

«A», entidad residente en España, tiene un activo de 100 (antes de la operación), fondos propios de 80; y un pasivo financiero de 20 al 3 por 100; el grupo de empresas al que pertenece tiene un activo de 1.000, fondos propios de 500 y un pasivo financiero de 500 al 3 por 100; la entidad dominante transmite a crédito a la entidad española la participación sobre otra entidad del grupo por precio de adquisición de 40 al 3 por 100, tras de lo cual su pasivo financiero pasa a ser de 60 (20 + 40); el beneficio operativo es 10.

- Intereses soportados por «A»: $(20 + 40)/3\% = 1,8$
- Intereses no deducibles artículo 14.1 h): $(40/3\%) = 1,2$
- Límite artículo 20: $(10/30\%) = 3$, por tanto el límite no opera.
- Intereses soportados por el grupo: $500/3\% = 15$
- Intereses imputables a «A» según regla de proporcionalidad: $100/1.000/15 = 1,5$.
- Efecto práctico de la regla de proporcionalidad sobre «A»: morigerar la no deducción de intereses del artículo 14.1 h) a 0,3 (1,8 – 1,5).

Ejemplo de funcionamiento de la regla de proporcionalidad como potestad

Mismo caso anterior, pero el grupo tiene unos fondos propios de 900 y un pasivo financiero de 100.

- Intereses soportados por «A»: $(20 + 40)/3\% = 1,8$
- Intereses no deducibles artículo 14.1 h): $(40/3\%) = 1,2$
- Límite artículo 20: $(10/30\%) = 3$, por tanto el límite no opera
- Intereses soportados por el grupo: $100/3\% = 3$
- Intereses de «A» según regla de proporcionalidad: $100/1.000/3 = 0,3$
- Efecto práctico de la regla de proporcionalidad sobre «A»: establece un techo a la deducción de intereses de 0,3.

No debería escaparse que esta regla de proporcionalidad resuelve, al tiempo, los problemas a los que se enfrentan los artículos 14.1 h) y 20.

10. CONCLUSIONES

Las dos normas introducidas en el TRLIS por el Real Decreto-Ley 12/2012, relativas a la deducción de gastos financieros, no pueden ser entendidas ni debidamente valoradas sin tomar en consideración los elementos que configuran el escenario en el que se producen, a saber, la crisis económica, la aparición reiterada de ciertas prácticas financieras reputadas irregulares por la Administración tributaria, y, en fin, las modificaciones normativas en materia de subcapitalización de los países de nuestro entorno.

La crisis económica ha llevado la recaudación del Impuesto sobre Sociedades desde los más de 40.000 millones de euros en 2007 a los menos de 20.000 en 2010, desde una proporción respecto del producto interior bruto en 2007 muy próxima al 5 por 100 hasta otra inferior al 2 por 100 en 2010. El corte recaudatorio de las nuevas normas es perfectamente inteligible, como también lo es la vocación de reducir el sobreendeudamiento de las empresas, fruto y causa, al tiempo, de la crisis.

La inspección tributaria había venido detectando, al menos desde finales de la década de los noventa (las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas se refieren a hechos producidos en esa década), operaciones financieras que, a su entender, no tenían otra finalidad que la puramente fiscal, determinantes de notables quebrantos recaudatorios. No puede extrañar que el Gobierno haya tomado una iniciativa normativa correctora.

En fin, los países de nuestro entorno han modificado su normativa antiusubcapitalización a lo largo de la última década en el sentido de reforzar las normas tradicionales o de alumbrar nuevas normas basadas en criterios distintos y más restrictivos. Estas reformas han contribuido a configurar la española.

Lo que podría denominarse el entorno social de la reforma alentaba la producción de normas de perfil *acusadamente* fuerte y, efectivamente, así ha sido, de manera tal que enlazando con la proposición inicial de Neumark quepa insinuar que, probablemente, estas normas *en la forma que actualmente presentan o en su intensidad (no son) indispensables para conseguir los objetivos de política económica*. La tarea que ahora se abre para los diseñadores de la política fiscal es perfeccionar las nuevas normas, preferiblemente tomando como norte las consecuencias que se derivan del principio de proporcionalidad.

POSIBILIDADES Y LÍMITES DE LA AMNISTÍA FISCAL

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Universidad a Distancia de Madrid

Extracto:

LA posibilidad brindada recientemente por el Gobierno de acogerse a una amnistía fiscal y el posterior recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Socialista ha generado una viva polémica jurídica acerca de la conveniencia o no de regularizar los bienes ocultos y las posibles consecuencias futuras que ello tendría.

Palabras clave: ocultación, regularización, amnistía fiscal, fraude fiscal y recurso de inconstitucionalidad.

TAX AMNESTY: POSSIBILITIES AND LIMITS

J. ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Universidad a Distancia de Madrid

Abstract:

THE possibility of a Tax amnesty, given recently by the Government, and the appeal for annulment because of unconstitutional nature, brought by the Socialist Parliamentary Group, gave rise to a strong legal controversy about the usefulness of a hidden property adjustment and its possible consequences in the future.

Keywords: adjustment, Tax amnesty, fraud and appeal for annulment because of unconstitutional nature.

Sumario

- I. Introducción.
- II. La Declaración Tributaria Especial.
- III. La constitucionalidad del Decreto-Ley 12/2012. Consecuencias de una posible inconstitucionalidad de la norma legal que ha aprobado la regularización voluntaria especial.
- IV. Otros inconvenientes que podrían desaconsejar la utilización de la regularización voluntaria especial.
- V. Otras regularizaciones a realizar por ejercicios ya vencidos.
- VI. Los impuestos del año 2012 y sucesivos.
- VII. Implicaciones de la previsible aprobación del proyecto de ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

NOTA: Este artículo tiene su origen en el dictamen solicitado por el Consejo Superior de Titulares Mercantiles y el Registro General de Asesores Fiscales de España (REGAF).

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-Ley 12/2012 contempla en su disposición adicional primera la Declaración Tributaria Especial, mecanismo extraordinario de regularización fiscal de las rentas no declaradas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Física (IRPF), en el Impuesto sobre Sociedades (IS) y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR), al que se conoce coloquialmente como amnistía fiscal. Esta previsión legal ha sido objeto de desarrollo por la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, en la que, como señala su título, se aprueban las medidas necesarias para su cumplimiento, así como el modelo 750 de Declaración Tributaria Especial, y se regulan las condiciones generales y el procedimiento para su presentación.

Tal conjunto normativo ha sido acompañado de un Informe emitido por la Dirección General de Tributos y fechado el 27 de junio de 2012, que a pesar de carecer de rango normativo alguno, o incluso del efecto vinculante propio de las consultas tributarias, muestra los criterios administrativos que deberán seguirse por los diferentes órganos de la Administración Tributaria en la aplicación de la normativa reguladora de esa Declaración Tributaria Especial.

A partir de estos elementos, completados con nuestro propio criterio y experiencia, trataremos de resumir los aspectos más relevantes de la Declaración Tributaria Especial, así como plantear y manifestar una opinión fundada sobre las cuestiones que podrían suscitarse en los despachos profesionales a la hora de abordar la resolución de posibles dudas de clientes interesados en acogerse a esta regularización tributaria especial.

II. LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA ESPECIAL

La Declaración Tributaria Especial permite que los contribuyentes titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en su IRPF (personas físicas residentes), en su IS (personas jurídicas residentes) o en su IRNR (personas físicas o jurídicas no residentes) puedan presentar una declaración (modelo 750) específicamente dirigida a regularizar su situación tributaria, con dos requisitos exclusivamente:

- a) Que hubieran sido titulares de tales bienes o derechos con anterioridad al 31 de diciembre de 2010.
- b) Que ingresen la cuantía resultante de aplicar al importe o valor de adquisición de esos bienes o derechos el porcentaje del 10 por 100.

II.1. Objeto de la Declaración Tributaria Especial

Aunque el objeto mediato de la regularización especial lo constituyan las rentas no declaradas, la Declaración Tributaria Especial no incluye rentas, sino bienes y derechos de contenido económico (incluido el dinero en efectivo) aproximándose, en cuanto a su concreto contenido, a una «pseudo declaración» por Impuesto sobre el Patrimonio, si bien sus efectos regularizadores no se producen respecto a este impuesto sino, como ya hemos señalado, al IRPF, IS o IRNR, según proceda.

Es decir, se declaran bienes o derechos, regularizándose las rentas ocultas que se presume han permitido adquirir la propiedad de tales bienes y derechos. Por explicarlo de forma sencilla, esta declaración regularizadora se basa en el mismo principio que sustenta la institución tributaria de las ganancias patrimoniales no justificadas, institución ya tradicional en nuestro Derecho Tributario patrio por prevista tanto en la imposición directa de personas físicas como de personas jurídicas, artículos 39 de la LIRPF y 134 del TRLIS, respectivamente. Es precisamente una posible aplicación futura de estas presunciones legales de existencia de rentas no declaradas —cuando la Inspección pudiera descubrir los activos ocultos— lo que se evita con la Declaración Tributaria Especial aprobada recientemente por el Gobierno y posteriormente convalidada por el Parlamento.

Así, por ejemplo, en el caso de personas físicas que declaren en el modelo 750 activos ocultos al Fisco, hay que tener presente que no pueden aplicar mínimos exentos, reducciones de la base, ni deducciones de la cuota previstas en la LIRPF, puesto que, como ya hemos señalado, su objeto inmediato son solo bienes y derechos cuyo valor de adquisición actúa como base de este gravamen especial, sin minoraciones de ningún tipo y cuya declaración supone reconocer que en ellos se han materializado o invertido esas mismas rentas no declaradas.

II.2. Periodos impositivos para los que se puede utilizar esta regularización

La Declaración Tributaria Especial solo permite regularizar rentas no declaradas y materializadas en inversiones realizadas en el ejercicio 2010 y anteriores, en el caso de IRPF, y de los periodos impositivos finalizados antes de 31 de diciembre de 2010, en el IS, salvo en el supuesto de ejercicios sociales que no coincidan con el año natural (ejercicios quebrados), en el que el plazo de materialización de la inversión se prorroga hasta el último periodo impositivo cuyo plazo de declaración hubiera finalizado antes de 31 de marzo de 2012.

Como ha quedado apuntado con anterioridad, en estas fechas deben haberse producido las dos circunstancias que se exigen para la regularización:

- a) Obtención de la renta opaca al Fisco.
- b) Adquisición del bien o derecho en el que se ha materializado la inversión de esa renta.

Las posibles rentas obtenidas y no declaradas con posterioridad a dichas fechas, o los bienes adquiridos con ellas, deberían regularizarse por medio de las declaraciones complementarias habituales referidas al tributo (IRPF, IS o IRNR) y periodo correspondiente, a las que se aplicarán los recargos habituales asociados al tradicional ingreso fuera de plazo [art. 27 de la Ley General Tributaria (LGT)].

En resumen, el periodo cubierto por la Declaración Tributaria Especial debe incluir los ejercicios 2008, 2009 y 2010, en el IRPF, y los periodos impositivos iniciados durante los citados ejercicios en IS e IRNR, si bien se presentará una única declaración, sin indicar en qué periodo concreto, de entre los no prescritos, se obtuvieron las rentas no declaradas que han dado lugar a la adquisición de los bienes o derechos que ahora se declaran.

En relación con la posible prescripción del derecho a liquidar, debemos comenzar aludiendo al artículo 66 a) de la LGT, que establece lo siguiente:

«Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos:

a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación...»

En cuanto al inicio del cómputo de ese plazo de prescripción, el artículo 67 del mismo cuerpo legal señala:

«1. El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo anterior conforme a las siguientes reglas:

En el caso a), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo reglamentario para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación...»

Dado que el plazo para la presentación de la declaración del IS correspondiente al ejercicio 2007, en la mayoría de casos, venció el 25 de julio de 2008, el plazo de prescripción de dicho ejercicio expiró el 25 de julio de 2012; igualmente, el plazo para la presentación de la declaración del IRPF correspondiente al ejercicio 2007, venció el 30 de junio de 2008, por lo que el plazo de prescripción de dicho ejercicio expiró el 30 de junio de 2012; luego en principio, las rentas de dicho periodo 2007 ya no deberían ser objeto de regularización por estar prescrito tal periodo.

No obstante, debemos recordar lo dispuesto en el artículo 68 de la LGT, relativo a la interrupción de los plazos de prescripción:

«1. El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo a) del artículo 66 de esta ley se interrumpe:

a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria.

b) Por la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por la recepción de la comunicación de un órgano jurisdiccional en la que se ordene la paralización del procedimiento administrativo en curso.

c) Por cualquier actuación fehaciente del obligado tributario conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria...»

Así pues, siempre que haya concurrido una de las circunstancias expresadas por el mencionado artículo 68 de la LGT, el plazo de prescripción de la acción para liquidar el periodo impositivo en cuestión (por ejemplo, el 2007) habría quedado interrumpido y, al igual que subsiste el derecho de la Administración Tributaria a liquidar, podrían regularizarse con la Declaración Tributaria Especial las rentas no declaradas y no descubiertas en una hipotética comprobación administrativa anterior ya finalizada, pero que interrumpió válidamente la prescripción.

También debemos recordar, a estos efectos, que en el ámbito de las acciones desarrolladas con conocimiento formal del obligado tributario tendentes a liquidar, cabe incluir tanto las actuaciones de comprobación e investigación desarrolladas por la Inspección de los Tributos, como las actuaciones de comprobación limitada y de verificación de datos ejecutadas por los órganos de gestión. La interrupción de la prescripción será general y se producirá por la simple inclusión en el alcance de una actuación comprobadora del tributo y periodo correspondiente, aunque tal alcance de las actuaciones se haya limitado a la comprobación de alguno de los componentes o aspectos parciales de la renta del periodo en cuestión.

Cabe asimismo suscitar si la Declaración Tributaria Especial, en la medida en que su presentación implica la existencia de renta declarada en el IRPF, en el IS o en el IRNR, según corresponda, supone una acción del contribuyente conducente a la liquidación o autoliquidación de la deuda tributaria, y como tal, interruptiva de la propia prescripción. Esta cuestión se resuelve por el Informe de la Dirección General Tributaria (DGT) de 27 de junio de 2012, de forma muy favorable a los intereses de los contribuyentes que decidan regularizar, al señalarse que la Declaración Tributaria Especial no puede entenderse «conducente a la autoliquidación de una obligación tributaria devengada con anterioridad». De esta manera, la presentación de la referida Declaración Tributaria Especial no interrumpe la prescripción de los periodos impositivos a los que hubiera correspondido la renta inicialmente no declarada, ejercicios que seguirán prescribiendo en sus respectivos plazos legales, por ejemplo el IRPF de 2008, salvo otras interrupciones, prescribirá el 30 de junio de 2013 y así sucesivamente.

Resta aún una cuestión más a suscitar en relación con la prescripción. El artículo 305 del Código Penal tipifica el delito fiscal más habitual en los siguientes términos:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía...»

Podría plantearse la comisión de un delito contra la Hacienda Pública respecto de ejercicios anteriores a los expuestos, ya que el plazo de prescripción penal es de cinco años, plazo más dilatado, por lo tanto, que el administrativo. Por ello, siempre que existan cuotas dejadas de ingresar superiores a 120.000 euros en periodos anteriores, podría resultar procedente la regularización de tales periodos, con las limitaciones que a continuación exponremos. No obstante, a diferencia de la prescripción administrativa, que se interrumpe por el inicio de actuaciones tendentes a la regularización de la situación del obligado tributario, la prescripción penal únicamente se ve interrumpida en el caso de remisión del tanto de culpa al Ministerio Fiscal y no solo eso, sino que además, y como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente, es necesario que haya existido una resolución judicial motivada en la que se atribuya la presunta participación de una persona determinada en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, es decir, que tenga una cierta verosimilitud. En todo caso, debe destacarse que resulta altamente improbable que la Administración Tributaria inicie actuaciones en relación con ejercicios ya prescritos (2007) a los efectos de remitir el expediente a la vía penal, pues la posible regularización en vía administrativa ya sería imposible por dicha prescripción. Innecesario es señalar además que el Ministerio Fiscal, sin la correspondiente noticia criminal proveniente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), jamás presentaría denuncia o querella alguna, al carecer de todo conocimiento a tal fin.

II.3. Bienes y derechos a declarar

Como ya hemos adelantado, aunque la regularización afecte a rentas ocultas al Fisco, la Declaración Tributaria Especial no impone declarar tales rentas opacas, sino que lo que se declara son los bienes o derechos (incluidos, por supuesto, el dinero en efectivo o los productos financieros) adquiridos con dichas rentas. En consecuencia la regularización de rentas no declaradas se realiza de un modo indirecto presentando el modelo 750 de ingreso (anexo I de la OM) y declarando el conjunto de bienes o derechos en que se materializaron las rentas defraudadas en el modelo D-750 (anexo II de la OM). Así, el modelo D-750 por el que se realiza la regularización voluntaria recuerda más a una declaración del Impuesto sobre el Patrimonio, donde se relacionan bienes y derechos que se han adquirido con rentas ocultas y que ahora voluntariamente se ponen de manifiesto, consignándolos en la Declaración Tributaria Especial por su precio de adquisición, para así sanar las rentas no declaradas que se invirtieron en la adquisición de los mismos y que de esta forma indirecta quedan plenamente regularizadas. Acogerse a la regularización voluntaria, exige facilitar a la Agencia Tributaria toda la información necesaria que permita identificar los citados bienes y derechos en que se invirtieron las rentas ocultas. Por ejemplo, habría que indicar los productos financieros en cuestión o los números de cuenta en el extranjero donde está el dinero que se pretende regularizar.

Debe destacarse, además, que el Informe de la DGT de 27 de junio de 2012 establece ciertas limitaciones al alcance de la regularización en aquellos supuestos en los que, existiendo irregularidades que hubieran dado lugar a un menor pago de impuestos, no existieran rentas ocultas o tales rentas no se hubiesen materializado en bienes concretos. Cita como ejemplos de estos supuestos los gastos incorrectamente deducidos por amortizaciones o provisiones, rentas puestas de manifiesto por correcciones valorativas, y en general cualesquiera otras rentas que estuvieran materializadas en otros bienes o derechos distintos de los bienes ocultos no declarados. Por lo tanto, el mecanismo para la regularización voluntaria de tales errores u omisiones, seguiría siendo la declaración complementaria habitual del impuesto y periodo correspondiente, con aplicación del régimen de recargos del artículo 27 de la LGT, pero nunca la presentación del modelo 750.

A pesar de lo expuesto, ni la disposición adicional primera ni la OM realizan una enumeración de los bienes o derechos a declarar, lo que resulta de todo punto lógico, ya que no existe limitación alguna por el tipo de bienes. No obstante, el modelo D-750 que se aprueba como Anexo II de la OM contiene una lista de los distintos bienes y derechos a declarar, así como los datos básicos a incluir para cada uno de ellos, que comprende:

1. Bienes inmuebles.
2. Bienes y derechos afectos a actividades económicas, excepto inmuebles.
3. Depósitos en cuenta corriente o de ahorro, a la vista o a plazo, cuentas financieras y otros tipos de imposiciones en cuentas.
4. Valores representativos de la cesión a terceros de capitales propios.
5. Valores representativos de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.
6. Efectivo.
7. Restantes bienes y derechos.

II.4. Importes o bases a consignar en la declaración

Cuestión más relevante es, sin duda alguna, el importe que debe incluirse en la declaración tributaria. Tanto la disposición adicional primera como la OM prevén que, con carácter general, se declare el precio de adquisición de los bienes y derechos. Sin embargo, ninguna de las dos normas explica cómo se determina dicho valor de adquisición. La parte primera del Plan General de Contabilidad (PGC) define el precio de adquisición como el importe satisfecho o por satisfacer por la adquisición de un activo, que incluye todas las contraprestaciones futuras comprometidas derivadas de dicha adquisición y relacionadas directamente con esta, así como otros gastos accesorios que sean necesarios para la puesta en funcionamiento del activo.

A nuestro juicio, no resulta aplicable esta definición, pues lo que se está regularizando no son realmente los bienes, aunque los incluya el legislador como objeto inmediato de la declaración, sino

las rentas ocultas materializadas en esos bienes, por lo que en el precio de adquisición de la Declaración Tributaria Especial cabe incluir únicamente las cantidades ya satisfechas en los periodos no prescritos a los que podría afectar la declaración. De esta manera, las cantidades no satisfechas o aplazadas no pueden formar parte del precio de adquisición a declarar. Proponemos un ejemplo para una mejor comprensión de lo indicado. Una persona física adquirió en 2008 un inmueble en Estados Unidos por valor de 2 millones de euros, pagando en el momento de su adquisición un millón de euros y financiando el resto con un crédito concedido por una entidad financiera norteamericana. En cada uno de los años 2009, 2010, 2011 y 2012 ha satisfecho 50.000 euros por dicho préstamo. Todos estos pagos se han realizado con rentas no declaradas. El valor de adquisición comprendido en la Declaración Tributaria Especial o, dicho de otro modo, el importe de las rentas no declaradas en los periodos que pueden ser objeto de la declaración, es de 1.100.000 euros (1.000.000 de 2008, 50.000 de 2009 y 50.000 de 2010). Las rentas no declaradas en 2011 no pueden ser objeto de la Declaración Tributaria Especial y deberían regularizarse en una declaración complementaria ordinaria. Respecto a las rentas de 2012 todavía no se ha completado su devengo en el IRPF, por lo que aún no podría hablarse de rentas ocultas. No puede considerarse, evidentemente, la existencia de una renta oculta con la que se haya adquirido el bien por la parte correspondiente a la deuda aún no devuelta.

Para el caso de bienes o derechos cuya titularidad se corresponda solo parcialmente con rentas no declaradas, la Declaración Tributaria Especial únicamente deberá incluir la parte del valor de adquisición que se corresponda con tales rentas no declaradas u opacas. Se incluyen en este caso, por ejemplo, los sobrepagos encubiertos o, como se suele decir en lenguaje coloquial, la parte pagada «en negro» al adquirir un bien. Aunque, como veremos, el legislador «penaliza» estos supuestos al mantener el valor fiscal del activo en el valor resultante de la parte satisfecha con rentas no ocultas.

La Declaración Tributaria Especial supone la incorporación de los bienes o derechos en los que se ha materializado la renta oculta al patrimonio «oficial» del contribuyente. Ello supone que tales bienes, que han dejado de estar «sumergidos», tengan el tratamiento fiscal normal o habitual. Por lo tanto, cuando se realice una futura transmisión de los mismos se restará el valor declarado al regularizar del valor de transmisión para calcular el beneficio o ganancia obtenida en la transmisión a gravar en ese momento y podrá aplicarse cualquier beneficio fiscal no excluido expresamente (por ejemplo, la exención por reinversión en vivienda habitual, o la deducción por reinversión en IS).

La OM se preocupa de realizar ciertas matizaciones en cuanto al valor de estos bienes:

- Los elementos patrimoniales se incorporan al patrimonio declarado por su valor histórico, correspondiente al precio de adquisición. No obstante, se limitan los efectos que puedan producirse por las diferencias entre dicho valor de adquisición y el valor de mercado que tuvieran los bienes en el momento de presentar la Declaración Tributaria Especial; así, no podrá computarse pérdida patrimonial en la enajenación por la diferencia entre ambos valores, aunque podrá existir pérdida en la enajenación por la diferencia de valor de mercado en el momento de presentar la Declaración Tributaria Especial y el valor de transmisión.
- En ningún caso serán fiscalmente deducibles las pérdidas derivadas de la transmisión de tales bienes y derechos cuando el adquirente sea una persona o entidad vinculada.

- Tampoco y en ningún caso serán fiscalmente deducibles las pérdidas por deterioro o correcciones de valor correspondientes a los bienes y derechos objeto de la declaración especial.

La aplicación práctica de algunas de estas reglas se puede apreciar en el siguiente ejemplo: una persona física adquirió unos terrenos con rentas no declaradas por 1.000.000 de euros. Formaliza el modelo 750 y regulariza, pero el valor de mercado de ese inmueble, en el momento de presentar la declaración especial, asciende a 500.000 euros. Si posteriormente lo transmite por 600.000 euros no podrá computar una pérdida fiscal por 400.000 euros, ni ninguna otra, pues la pérdida no excede de la diferencia entre el valor de adquisición del elemento patrimonial (1.000.000 de euros) y el valor normal de mercado en el momento de presentar la declaración modelo 750 (500.000 euros). Continuando con el mismo supuesto, si se transmitiese el bien por 300.000 euros, se obtendría una pérdida económica de 700.000 euros, de la que solo podrían computarse fiscalmente 200.000 euros, que es el importe en que excede la pérdida real de la diferencia entre el valor de adquisición y el valor normal de mercado en el momento de presentar la declaración (en definitiva, la pérdida ya generada antes de regularizar). Por el contrario, si el mercado se recuperase y el bien anterior se transmitiera por 1.500.000 euros, el contribuyente obtendría una ganancia real y fiscal de 500.000 euros, resultando a estos efectos irrelevante el valor de mercado del elemento patrimonial en el momento de la presentación de la Declaración Tributaria Especial.

Como ya avanzábamos, por excepción, cuando el objeto de la declaración especial son bienes o derechos cuya titularidad se corresponda solo parcialmente con rentas declaradas, dichos bienes o derechos mantendrán a efectos fiscales el valor que tuvieran con anterioridad a la presentación de la declaración especial. Es decir, por la vía de la regularización especial no se puede «actualizar» el valor de bienes que no estuvieran totalmente opacos u ocultos.

Por otro lado, aunque todas las cantidades incluidas en el valor de adquisición de un elemento patrimonial procedan de rentas ocultas, si alguna de dichas rentas proviene de un periodo prescrito y esta circunstancia pudiera acreditarse, solo debería declararse la parte del valor de adquisición que se correspondiese con aquellas rentas para las que no se hubiese consumado el beneficio de la prescripción. Imaginemos un caso concreto de cantidades invertidas en entidades de crédito (evidentemente se podría aplicar a inversiones de cualquier otro tipo). Con relación a esta cuestión, el artículo 4.2 del OM señala: «Las cantidades depositadas en cuentas (...) se declararán por el importe total del saldo a 31 de diciembre de 2010...». Ahora bien, la DGT, en su Informe de 27 de junio de 2012, admite expresamente que si el contribuyente se encuentra en condiciones de acreditar que la titularidad de todo o parte del saldo invertido corresponde a un ejercicio ya prescrito, podrá declarar exclusivamente la parte que se corresponda con ejercicios no prescritos. Veamos un sencillo ejemplo: un obligado tributario ingresó en un ejercicio ya prescrito 500.000 euros en una cuenta bancaria en Andorra, procedentes de rentas no declaradas; posteriormente ingresó en un ejercicio no prescrito otros 400.000 euros de otra renta no declarada. Saldo total de la cuenta a 31 de diciembre de 2010: 900.000 euros. El contribuyente podrá regularizar declarando solo la parte del saldo de dicha cuenta que se corresponde con ejercicios no prescritos (en este caso, 400.000 euros). Al final, como sucede en la mayoría de los casos, nos encontraremos con un tema de prueba, siendo importantísimo reunir los elementos necesarios para demostrar qué parte de esas rentas no declaradas se obtuvieron en ejercicios ya prescritos.

Por otra parte, la Declaración Tributaria Especial permite la regularización, tanto de las rentas ocultas que posibilitaron la adquisición de un elemento patrimonial, como de los rendimientos de ese elemento que hayan quedado igualmente ocultos, siempre que unos y otros se hubiesen producido o generado en el ámbito temporal que hemos expuesto en el epígrafe II.2. anterior. El supuesto más habitual de aquello a lo que nos referimos, sería también el de cantidades depositadas en cuentas de entidades de crédito, que podrían incluir tanto la imposición inicial o las sucesivas efectuadas con fondos ocultos, como los rendimientos generados por tal cuenta y materializados en la misma, también ocultos a la Administración Tributaria española. Este supuesto puede concurrir, a la vez, con la existencia de imposiciones o incluso remuneraciones procedentes de ejercicios en los que ya ha prescrito el derecho de la Administración Tributaria española a exigir la deuda tributaria, siendo en consecuencia aplicables conjuntamente ambas reglas.

Veamos otro ejemplo numérico. Así, una persona física, titular de una cuenta corriente en el extranjero, ingresó en años anteriores ya prescritos, 6.500.000 euros, siendo el saldo total a 31 de diciembre de 2010 7.000.000 de euros. A este contribuyente le bastaría declarar la parte del saldo de dicha cuenta que se corresponde con ejercicios no prescritos de 500.000 euros y pagar un 10 por 100 de ese importe, mientras que los 6.500.000 euros restantes no tendrían que someterse a tributación. No obstante, y como ya hemos reiterado, debe tenerse presente el «riesgo» de una posible infracción penal no prescrita que pudiéramos estar poniendo de manifiesto, dado lo elevado de las cuantías que hemos reflejado en nuestro ejemplo, cuestión a la que luego me referiré.

El Informe de la DGT de 27 de junio de 2012 permite también que se declare un saldo en cuenta corriente superior al existente a 31 de diciembre de 2010, que se corresponda con rentas ocultas que estuvieron en dichas cuentas y que, en parte, hayan sido consumidas. Resulta lógica esta previsión, pues al fin y al cabo, el objeto último de la regularización son las rentas ocultas y no los bienes, y de esta forma queda reconocido que existieron tales rentas y que se han regularizado plenamente. Un supuesto prototípico de estos casos sería el siguiente: un obligado tributario ingresó en una cuenta de entidad de crédito extranjera 5.000.000 de euros procedentes de una venta no declarada; a 31 de diciembre de 2010 tenía un saldo de 5,5 millones de euros (consecuencia de la percepción de unos intereses de 500.000 euros). Debería presentar la declaración tributaria por dicho importe (5,5 millones de euros). La regularización alcanzaría a las rentas no declaradas originariamente (5.000.000) y a los rendimientos generados por la cuenta (500.000 euros). Pero si se hubiera producido una retirada de fondos de dicha cuenta con posterioridad a la percepción de los intereses, imaginemos que por importe de 300.000 euros, el saldo a 31 de diciembre de 2010 sería de 5.200.000 euros. En este caso, se podría presentar la declaración especial por el saldo anterior y superior (el previo a la retirada de fondos) por importe de 5.500.000 euros, lo que posibilitaría la regularización completa de las rentas ocultas por el contribuyente.

En este mismo informe, la DGT también trata el tema de la cuantificación de los saldos existentes en cuentas bancarias cuando hayan existido ingresos y retiradas de fondos de tales cuentas, tanto en periodos prescritos como no prescritos. Así, según la DGT, en el supuesto de que se hubieran efectuado en ejercicios no prescritos nuevas imposiciones en la cuenta y retiradas de fondos, no puede entenderse que la totalidad del saldo de la cuenta a la finalización del último ejercicio prescrito se encuentra igualmente incorporado en el saldo de la misma a 31 de diciembre de 2010, teniendo en cuenta, en particular, que las retiradas de fondos efectuadas en ejercicios no prescritos minoran en

primer lugar el saldo procedente de ejercicios prescritos. La DGT se decanta, pues, por la aplicación de una especie de criterio FIFO, que aclara con el siguiente ejemplo que reproducimos literalmente:

«De esta manera, en el caso de una cuenta cuyo saldo en el último ejercicio prescrito era de 500.000 euros y en la que en 2009 se ha ingresado una renta no declarada de 300.000 euros y posteriormente se ha efectuado una retirada de fondos para fines particulares por importe de 100.000 euros, el contribuyente podrá declarar la parte del saldo de la misma que se corresponda con ejercicios no prescritos (en este caso, 300.000 euros, ya que se entiende que 400.000 euros del saldo final proceden de ejercicios prescritos).»

II.5. La titularidad de los bienes y derechos a regularizar

Uno de los problemas fundamentales que se acometía con esta regularización tributaria especial era la acreditación de la titularidad de los bienes y derechos. No en vano, en el ámbito de la inversión financiera internacional, resulta bastante habitual que la identidad del inversor real quede más o menos difuminada a través de contratos basados en el concepto de la fiducia, donde una persona o entidad interpuesta permite ocultar a los titulares reales de las inversiones que detentan el verdadero control de los bienes o derechos a través de entidades, o de instrumentos jurídicos o de personas jurídicas que administran o distribuyen los fondos de múltiples inversores. Esta situación –inicialmente no contemplada por la redacción original de la disp. adic. primera, que se limitaba a señalar que la propiedad podía acreditarse de cualquier modo admitido en Derecho– ha sido regulada por la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 19/2012, de Medidas Urgentes de Liberalización del Comercio y de Determinados Servicios, incorporando un nuevo apartado a la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012.

Así, la declaración regularizadora debe ser acometida por el titular de los bienes, persona que, en principio, coincide con el titular jurídico, pero si no es así puede regularizar el titular real (hasta ahora oculto) siempre que llegue a ser titular jurídico antes de 31 de diciembre de 2013. También ha sido explicitado este criterio por la DGT en su Informe de 27 de junio de 2012, admitiendo la presentación de la declaración especial (modelo 750) por persona que en ese momento aún no sea el titular jurídico de los bienes o derechos objeto de la misma (titular real no coincidente con el titular formal).

La Orden HAP/1182/2012 aclara este concepto de «titular real» como persona distinta del titular jurídico aparente, señalando que «se considerarán titulares reales las personas físicas o entidades que tengan el control de los bienes o derechos a través de entidades, o de instrumentos jurídicos o de personas jurídicas que administren o distribuyan fondos».

A este respecto, el Informe de la DGT de 27 de junio de 2012 contiene el siguiente ejemplo: cuatro socios con el 25 por 100 cada uno de ellos son titulares de una sociedad interpuesta en el extranjero que es titular formal de unos bienes inmuebles. En este caso podrán presentar la Declaración Tributaria Especial cada uno de ellos, como titulares reales de las inversiones, reconociendo el 25 por 100 de las mismas que individualmente les corresponde, siempre y cuando se conviertan en los titulares jurídicos de esas inversiones antes de 31 de diciembre de 2013.

Evidentemente la conclusión de la DGT descansa en la idea de que el contrato de sociedad es una pura simulación que debe dismantelarse, pues de existir la voluntad real de constituir la sociedad en el extranjero, se podría considerar que el elemento oculto a regularizar no son los bienes inmuebles pertenecientes a la compañía en cuestión, sino las acciones o participaciones en el capital de la propia entidad, que deberían declararse por su propio valor de adquisición por los socios que las hubieran adquirido con rentas ocultas.

II.6. La declaración del dinero en efectivo

Una de las principales preocupaciones que se suscitó tras la promulgación del Real Decreto-Ley 12/2012 fue la posibilidad de regularizar el dinero mantenido en efectivo por sus titulares, por ejemplo, en cajas fuertes, ante la prácticamente imposible demostración de su procedencia y, consecuentemente, de su fecha de adquisición. El apartado 4 del artículo 3 de la Orden HAP/1182/2012 ha venido a dar solución a este problema, con la siguiente sencilla regulación:

«La titularidad de los bienes o derechos, así como su fecha de adquisición podrá acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. En particular, tratándose de dinero en efectivo será suficiente la manifestación, a través del modelo 750, de ser titular del mismo con anterioridad a 31 de diciembre de 2010, siempre que con carácter previo a la presentación de la declaración se hubiera depositado en una cuenta titularidad del declarante en entidad de crédito en España, en otro Estado de la UE, o en un Estado integrante del Espacio Económico Europeo con convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información.»

Con esta simple manifestación en el modelo 750 —en la que un contribuyente dice ser titular de una determinada cantidad de dinero en efectivo con anterioridad a 31 de diciembre de 2010, dinero que podría haber estado incluso «debajo del colchón»— y con su ingreso en una cuenta bancaria en España o en el extranjero, se consiguen los efectos previstos para la Declaración Tributaria Especial y se regularizan rentas no declaradas obtenidas con anterioridad a dicha fecha. Es más, ni siquiera es necesario que el dinero se deposite en una entidad financiera en España, pudiendo permanecer en otros países que ofrezcan una seguridad mayor para el inversor, dadas las graves inestabilidades que afectan a la economía española.

Debe, no obstante, destacarse, tal y como señala el Informe de la DGT de 27 de junio de 2012, que en todo caso las rentas a regularizar son las incluidas en el ámbito de la disposición adicional primera, es decir, que deben haberse obtenido antes de 31 de diciembre de 2010, aunque su ingreso en las cuentas bancarias se produzca en 2012 (como acabamos de ver, solo se exige que el depósito se haya realizado en un momento anterior a la presentación de la Declaración Tributaria Especial). Con ello se pretende aclarar que la mera declaración permitiría la regularización de tales fondos, por ser de prueba imposible su fecha de procedencia, pero lo que no permitirá, en ningún caso, es justificar las rentas de periodos posteriores, por ejemplo de 2011, que nunca pueden estar incluidas en la regularización. Por lo tanto, si en una posible inspección posterior la Administración reuniera pruebas que le permitieran descubrir unas rentas obtenidas en 2011, no se podría invocar que la renta oculta se regularizó en la Declaración Tributaria Especial al hacer aflorar el dinero en efectivo.

II.7. La cuota resultante de la regularización y su ingreso

El ingreso a realizar por la Declaración Tributaria Especial es de un 10 por 100 del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos ocultos en los que se hubiesen invertido las rentas no declaradas. Las cantidades ingresadas tienen el concepto de cuota del IRPF, IS o IRNR, a pesar de que no se identifique el periodo concreto al que corresponden. Evidentemente, esta regularización especial supone un clarísimo beneficio tributario, en la medida en que el único mecanismo de regularización voluntaria de rentas no declaradas existente en nuestra legislación es la declaración extemporánea, cuando no exista requerimiento administrativo previo, con el devengo de los recargos contemplados en el artículo 27 de la LGT. Para la aplicación del mismo se exige la presentación de una declaración normal del periodo al que correspondan las rentas, lo que comporta una obligación de pago de hasta el 43 por 100 en el IRPF (nos referimos a los tipos de 2010, no a los vigentes) y de un 30 por 100 (con carácter general) en el IS y en el IRNR si pensamos en establecimientos permanentes, devengándose además un recargo, cuyo importe es variable del 5, 10, 15 o 20 por 100 según que el tiempo de retraso no sea superior a 3, 6 o 12 meses, o que sea superior a 12 meses, respectivamente. Además, si fuera de aplicación el recargo del 20 por 100, por exceder el retraso de 12 meses, también se exigirán intereses de demora. En todo caso, la aplicación del recargo excluiría la sanción.

La única desventaja que presenta la Declaración Tributaria Especial frente a la regularización voluntaria habitual contemplada en la LGT es que indefectiblemente tiene que realizarse el ingreso de la cuota resultante de la misma. El Informe de la DGT de 27 de junio de 2012 advierte expresamente sobre la imposibilidad de solicitar un aplazamiento o fraccionamiento del importe resultante de la Declaración Tributaria Especial, puesto que la disposición adicional primera establece que las personas que se acojan a la regularización voluntaria «deberán» ingresar la cuantía resultante, por lo que no resulta de aplicación el aplazamiento o fraccionamiento previsto en la normativa general de la LGT, aunque se ofrezcan avales bancarios u otras garantías.

A diferencia de este régimen especial, en la regularización habitual prevista en el artículo 27 de la LGT si no se ingresa la deuda al presentar la declaración extemporánea, se liquida el recargo procedente y, en su caso, los intereses de demora y, además, a salvo de posibles solicitudes de aplazamiento, se inicia el periodo ejecutivo o de apremio, por lo que también se exigirán los recargos del periodo ejecutivo procedentes, pero en ningún caso se invalida la declaración presentada y la regularización realizada, que se considera a todos los efectos como válida.

II.8. La regularización y las posibles responsabilidades derivadas de la falta de declaración de las rentas ocultadas

La disposición adicional primera que aprueba la regularización voluntaria especial señala expresamente que la presentación de esta declaración especial determinará la inexigibilidad de sanciones, intereses ni recargos. Por lo tanto, las responsabilidades administrativas generadas por la falta de declaración inicial de las rentas ocultadas en los periodos impositivos correspondientes, quedan extinguidas con la regularización voluntaria realizada al declarar, a través del modelo 750, los

bienes en los que se han invertido dichas rentas. Y, como ya sabemos, esta regularización implica mucho más, pues tampoco pueden exigirse al contribuyente que hubiese regularizado las cuotas inicialmente devengadas y los intereses de demora correspondientes desde el momento del incumplimiento inicial de una obligación tributaria ya extinta gracias a la regularización. Del precepto citado se desprende con claridad, tal y como ya hemos destacado, que el importe declarado por el contribuyente como valor de adquisición de esos bienes o derechos tiene la consideración de renta declarada, por lo que esos fondos, bienes o derechos, han dejado de ser activos ocultos u opacos y ahora son activos «legales» adquiridos con rentas ya declaradas.

Esto último equivale a decir que ya no se pueden imputar a los contribuyentes, que han regularizados, ganancias patrimoniales no justificadas por el descubrimiento de esos bienes o derechos que han dejado de estar ocultos, precisamente porque el contribuyente los ha puesto en conocimiento de la Administración Tributaria voluntariamente y ha pagado sus impuestos por el sistema especial que el legislador le ha ofrecido a tal fin.

Insistimos en que ya no existe una cuota defraudada dejada de ingresar, imprescindible para que se pueda dictar una liquidación administrativa que exija su ingreso, puesto que el contribuyente ha pagado sus impuestos acogiéndose a esta vía favorable que es la regularización voluntaria al tipo especial del 10 por 100.

Se ha suscitado por diversos autores si la regularización especial permite, no obstante, que sigan exigiéndose responsabilidades penales por las rentas que se dejaron de ingresar y que dieron lugar a la adquisición de los activos ocultos. La razón que más frecuentemente se esgrime es que la regulación de las responsabilidades penales está reservada a ley orgánica, por lo que es claro que un decreto-ley no puede reformar el Código Penal, ni incidir en materia penal. Partiendo de esta idea, se han puesto de manifiesto ciertas reticencias a la regularización. Pero antes de abordar nuestra opinión sobre este aspecto de la regularización, debemos empezar recordando que los delitos contra la Hacienda Pública exigen para su comisión que la cuota defraudada por cada periodo impositivo anual supere los 120.000 euros. Si la cuota anual defraudada individualmente por tributo y año fuera inferior a esos 120.000 euros, no se habría cometido delito alguno. Partiendo de lo anterior, a nuestro juicio, que el legislador haya ratificado de forma expresa que la renta con la que se adquirieron los bienes objeto de la Declaración Tributaria Especial es renta declarada, cierra no solo la responsabilidad administrativa, sino también la penal, pues si bien es verdad que la reserva de ley orgánica impide al decreto-ley la regulación del ilícito penal, no es menos cierto que el artículo 305 del Código Penal, al definir el tipo penal del delito contra la Hacienda Pública, hace una remisión total a favor de la norma tributaria para cuantificar la cuota dejada de ingresar (tipo penal en blanco), siendo por tanto esta la que debe servir para determinar o cuantificar cuál sea el importe dejado de ingresar, y la disposición adicional primera señala de una forma meridianamente clara que las rentas con cargo a las cuales se hayan adquirido los bienes incluidos en la Declaración Tributaria Especial ya son rentas perfectamente declaradas en el IRPF, IS o IRNR, según corresponda a la condición y residencia del sujeto pasivo. Por lo tanto, no existiendo ya cuota dejada de ingresar por expresa disposición legal, tampoco podría haberse incurrido en la comisión de delito alguno (*Roma locuta, causa finita*).

Por ello, frente a esas posiciones reticentes y un tanto agoreras, queremos dejar constancia de nuestra opinión mucho más favorable a la oportunidad que se ha brindado a aquellos contribuyentes

incumplidores que deseen «legalizar» fondos o bienes que habían venido manteniéndose ocultos. La voluntad del Gobierno y del Parlamento es clara y pretende que la regularización extraordinaria sea un éxito y permita obtener la mayor recaudación posible (se habla de más de 2.500 millones de euros, lo que supondría la regularización de bienes ocultos por más de 25.000 millones de euros), posibilitando además que se afloren recursos monetarios ociosos o invertidos en el extranjero y que puedan ser libremente repatriados y puestos en circulación en los mercados financieros españoles, invirtiéndose en la maltrecha economía española. No obstante, y como ya ha quedado dicho, la repatriación de los fondos no es necesaria para regularizar, puesto que se puede materializar esta y seguir manteniendo los fondos, ahora ya legales y declarados, en el extranjero.

Además, con el fin de clarificar aún más las consecuencias que una hipotética regularización voluntaria del contribuyente produciría en relación a las posibles responsabilidades penales, el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, también ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico (nuevo art. 180.2 de la LGT) una mención expresa: si el obligado tributario, antes de recibir la notificación del inicio de actuaciones administrativas de comprobación o investigación, regulariza su situación corrigiendo los incumplimientos tributarios inicialmente cometidos, mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria correspondiente (en nuestro caso la deuda sería el 10%), esta regularización espontánea le exoneraría de toda responsabilidad infractora, y la Administración, aunque podría iniciar un futuro procedimiento administrativo, no tendría ya que pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal, puesto que las posibles defraudaciones ya habrían sido corregidas, extinguiéndose así también, y a su vez, toda responsabilidad penal.

II.9. Plazo para la regularización

A salvo de posibles prórrogas, no previstas legalmente en la actualidad, el plazo para la presentación de la Declaración Tributaria Especial termina el 30 de noviembre de 2012. Antes de esta fecha, debe presentarse el modelo 750 y realizar el pago del 10 por 100 del valor de adquisición de los bienes y derechos que se declaren y que hubieran sido adquiridos con las rentas que se quieren regularizar.

II.10. La Declaración Tributaria Especial y sus consecuencias en otros tributos

Tal y como resulta de su propio tenor literal, la Declaración Tributaria Especial supone que la cantidad pagada por la misma, se considere cuota satisfecha a efectos del IRPF, IS o del IRNR según las características del declarante. No extiende sus efectos, sin embargo, a otros tributos distintos de los anteriormente citados. Pero precisamente por ello, una cuestión que frecuentemente se ha puesto de manifiesto en relación con esta previsión es la existencia de posibles consecuencias que pudiera tener esta falta de efectos en otros tributos, particularmente en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Me explico. Imaginemos un profesional que presenta la Declaración Tributaria Especial, declarando dinero en efectivo o ser propietario de un bien adquirido con rentas ocultas. Si no se prueba otro origen diferente (como, por ejemplo, la venta de un inmueble no declarada), lo lógico y normal sería presuponer que tales rentas ocultas provienen del ejercicio de su propia actividad económica. En ese

caso, si bien la declaración supone la regularización a efectos de la imposición directa, carece de efectos en el IVA, tributo que normalmente grava también las operaciones realizadas en el ejercicio de la actividad profesional (análogas consideraciones podrían verse para una actividad empresarial, por ejemplo, el empresario dedicado a la explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas que declara tan solo un porcentaje de las mismas). Existe el riesgo, por tanto, de que la declaración sirva a la Administración para regularizar la situación del obligado en este último tributo y, sobre todo, para evidenciar la cartografía de sus reales posibilidades de evasión, tanto pretéritas como futuras.

El riesgo existe, y si lo ignorásemos estaríamos omitiendo un aspecto fundamental del problema. No obstante, no debemos magnificar este peligro y mucho menos agigantarlo. La razón principal que atenúa el riesgo, a nuestro juicio, es la inexistencia de una regla equiparable a la de los incrementos no justificados de patrimonio en el IVA. El descubrimiento de un bien o derecho oculto no permite en este impuesto considerar automáticamente que existen unas cuotas de IVA devengadas y no declaradas, sino que el incremento de estas sobre las declaradas por el sujeto pasivo, sigue exigiendo un esfuerzo probatorio, por parte de la AEAT, para demostrar el origen de tales cuotas de IVA ocultas, que no puede ampararse exclusivamente en la mera suposición o conjetura de que si se defraudó en el seno del IRPF, se hizo lo propio en el IVA. Además, se plantearía también la duda acerca del periodo impositivo de IVA a que se refieren esas cuotas supuestamente asociadas a las rentas regularizadas. Y en tal sentido, poco ayudará a probar el supuesto devengo de cuotas de IVA el contenido concreto de la Declaración Tributaria Especial que, como hemos dicho, no identifica rentas, sino bienes; que nunca indica el origen de las rentas, y ni siquiera relaciona esos bienes con periodos impositivos concretos (se refiere a todos aquellos periodos no prescritos) en los que pudieron ponerse de manifiesto tales rentas.

Resta a pesar de ello un riesgo relativo que no es otro que una hipotética conducta «corsaria» de la Inspección. Esta calificación de algunas de esas actuaciones administrativas desviadas, no es nuestra, sino de una persona con mayor conocimiento que el nuestro de la metodología de trabajo y de la práctica de los funcionarios. Me refiero al antiguo Director General de la Agencia Tributaria, don Ignacio RUIZ-JARABO COLOMER en su libro *Estado Fiscal y Democracia (La Agencia Tributaria en perspectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 127 págs.). Alude el ex Director General de la AEAT a aquellos casos en los que el funcionario actúa en defensa de la Hacienda Pública, incluso donde el legislador no ha querido que se actúe. Así, resulta al menos imaginable que en su interpretación particular de la normativa vigente, un funcionario entienda que la Declaración Tributaria Especial, en las condiciones que reflejábamos con anterioridad, habilita a acudir a la estimación indirecta de las bases imponibles en otros impuestos (el IVA, por ejemplo) apoyándose en el artículo 53 de la LGT, al señalar que «el método de estimación indirecta se aplicará cuando la Administración tributaria no pueda disponer de los datos necesarios para la determinación completa de la base imponible como consecuencia de alguna de las siguientes circunstancias: (...) c. Incumplimiento sustancial de las obligaciones contables o registrales»; habiendo sido desarrollado este precepto por el artículo 193 del RGAT, que incluye como circunstancia acreditativa de la existencia de incumplimiento sustancial de la obligación contable el siguiente supuesto: «Cuando la contabilidad no recoja fielmente la titularidad de las actividades, bienes o derechos».

En mi modesta opinión este riesgo es mayor para las personas jurídicas (en las que la obligación contable comprende el conjunto de su patrimonio, esté o no destinado a las propias actividades económicas) que para las personas físicas (ya que las obligaciones contables o registrales en este caso solo alcanzan a los bienes afectos a la actividad económica, que no serán generalmente los activos

ocultos, sin que sea necesario registrar contablemente los bienes del patrimonio particular no afectos, ni siquiera aunque hayan sido adquiridos con las rentas obtenidas en la actividad).

En resumen, la posibilidad expuesta nos parece fruto de una interpretación forzada y guiada de un espíritu más propio de un «justiciero del oeste» que de un empleado público obligado a aceptar que la voluntad rotunda y expresa del Legislador ha sido aprobar esta forma especial de regularizar y cumplir con las obligaciones tributarias pendientes, guste o no a las asociaciones profesionales de Inspectores y Técnicos de Hacienda. Es más, la voluntad del Ministerio está clara y así se desprende con rotundidad de la simple lectura de la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, cuyo artículo 6.2 establece:

«2. La presentación de la declaración especial y la realización del ingreso correspondiente no tendrá efecto alguno en relación con otros impuestos distintos de los citados en el apartado 1 anterior.»

Por lo tanto, los datos incluidos en la declaración modelo 750 solo tienen efectos en IRPF, IS, o IRNR, por lo que ni siquiera podrían utilizarse los hechos reconocidos en esa declaración especial como indicio probatorio a efectos de liquidar cualquier otro tributo. Así pues, la acreditación de la existencia de cualquier cuota defraudada en un impuesto como el IVA, exige, por parte de la Inspección, el mismo esfuerzo probatorio que se necesitaría si no se hubiese presentado tal Declaración Tributaria Especial. O dicho de otra forma, a efectos del IVA o de cualquier otro tributo, la Inspección debería considerar que la Declaración Tributaria Especial nunca existió.

II.11. La regularización especial y las futuras comprobaciones tributarias

La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 contiene sendas previsiones en relación con la Declaración Tributaria Especial y la comprobación tributaria. En primer lugar, establece la improcedencia de la comprobación aislada de dicha declaración especial, ya que, a pesar de tener la naturaleza de declaración tributaria, no se presenta en cumplimiento de una obligación tributaria concreta, ni tan siquiera de carácter informativo. Las comprobaciones administrativas deben desarrollarse sobre una obligación tributaria concreta, determinada por conceptos tributarios específicos (IRPF, IS, IRNR) con indicación precisa del periodo impositivo que corresponda. Sin embargo, y como ya hemos tenido ocasión de comentar reiteradamente, esta declaración especial no se refiere a ningún periodo en particular. Ello no obsta a que cuando se inicie la comprobación de un determinado concepto tributario (IRPF, IS o IRNR) y periodo, poniéndose de manifiesto rentas o bienes o derechos no declarados, el obligado tributario pueda justificar unas y otros mediante su invocación a la correspondiente Declaración Tributaria Especial regularizadora, presentada antes del inicio de la comprobación administrativa.

Por otro lado, no se permite presentar la Declaración Tributaria Especial cuando se haya iniciado un procedimiento de comprobación o investigación que incluya en su alcance las obligaciones que se pueden regularizar por la misma. No obstante, podrá presentarse esa Declaración Tributaria Especial cuando la actuación de comprobación hubiese ya finalizado, siempre y cuando esta hubiese tenido alcance parcial y en la misma no hubiesen sido objeto de regularización los elementos de la

obligación tributaria en relación con los cuales debería surtir efectos dicha regularización especial. En otro caso, carecería totalmente de sentido la Declaración Tributaria Especial, ya que si la comprobación hubiese sido de alcance general y no se hubiese regularizado la renta oculta (por el efecto de cierre que tiene una liquidación definitiva de alcance general) no podría volverse a comprobar al obligado en cuestión, careciendo en consecuencia de propósito la regularización especial de lo ya no comprobable; y si siendo el alcance de la comprobación parcial se hubiesen regularizado las rentas no declaradas, de nuevo no existiría ya nada a regularizar.

Se ha suscitado, finalmente, y a ello hemos aludido con anterioridad, si la presentación de la Declaración Tributaria Especial no constituirá un indicio a utilizar por la Inspección para planificar sus futuras actuaciones inspectoras. Nada concreto podemos contestar a esta cuestión, y quien lo haga estará jugando un tanto a las artes adivinatorias. Ciertamente es que cualquier asesor versado o acostumbrado a la forma de actuación de la Administración Tributaria advertirá que parece no solo un supuesto verosímil, sino incluso hasta una conducta más o menos previsible o esperable. Aún así, la experiencia parece aconsejar que esta circunstancia será más residual de lo que en un principio pudiera pensarse. No en vano, tengo para mí que la mayoría del dinero que se pueda regularizar, pertenece a un tipo de negocios que nuestro país no va a ver con tanto vigor en muchísimo tiempo, tras la explosión de la conocida burbuja inmobiliaria, y que algunas de las personas que pretendan regularizar, en una gran medida, ya no operan en el mercado al menos con los volúmenes de actividad que dieron lugar a la cantidad de activos ocultos que se pretenden aflorar. Es decir, aunque la Administración tuviera la tentación de utilizar estos datos, son variables que ahora mismo ya no reflejan la actividad económica española. Como suele decirse a la hora de comercializar los productos financieros, rentabilidades pasadas nunca presuponen rentabilidades futuras.

Pero precisamente por estas mismas circunstancias, la regularización podría ser algo más arriesgada para un empresario o profesional que mantenga los mismos niveles de actividad —una actividad no relacionada directamente con la promoción o construcción— y que no esté decidido a modificar el comportamiento que le ha llevado a acumular esos fondos o activos ocultos. El problema, sin embargo, no se presenta irresoluble. Si existe la preocupación de llamar la atención sobre una concreta empresa por la regularización de un capital en efectivo mediante la presentación del modelo 750, hay que recordar que la misma puede realizarla una persona distinta de la propia sociedad, toda vez que el dinero en efectivo es un bien fungible cuya propiedad muchas veces cambia por su mera entrega física. Obviamente, si existiese riesgo de que las ventas no declaradas por esta sociedad en años no prescritos fuesen descubiertas, sería muy recomendable que la regularización sí se hiciera directamente por la misma sociedad.

Pero habría que analizar cada caso en particular. Por ejemplo, en el caso del dinero en efectivo ya «antiguo», en el que el problema está en que no se puede demostrar su origen remoto en años ya prescritos, pero del que tampoco resulta posible que la Inspección demuestre que se ha obtenido a través de la actividad económica actual de la sociedad o empresa, podría ser más adecuado que regularizase una persona física como titular de esos fondos, puesto que, conforme a lo ya comentado, el procedimiento es tan sencillo como depositar los fondos que se afloran en una cuenta bancaria y presentar la Declaración Tributaria Especial por parte de dicha persona física. Esta actuación, permitida expresamente por la norma, no refleja más que una realidad económica: la sociedad pudo obtener unos beneficios años atrás (en ocasiones esto es indemostrable) pero el socio se apropió de

esos beneficios (también indemostrable o de difícil prueba) que ahora se regularizan. Esta declaración estaría ya regularizando el IRPF no declarado por los rendimientos de capital o dividendos encubiertos recibidos de la empresa que un día se pudieran descubrir por la Inspección. Obviamente, no se estaría regularizando el IS de la empresa, pero sucede que en ese tributo ya no habría nada que regularizar, pues los beneficios se obtuvieron en años prescritos.

Incluso cuando el dinero quiera reinvertirse en la empresa –y se decida regularizar mediante declaración de una persona física que nunca reconocerá expresamente que la sociedad ocultó ingresos–, esos fondos se podrían aportar a la empresa, sin coste fiscal alguno, por la vía de la ampliación de capital o a través de la constitución de una nueva sociedad, actuaciones que además incrementarían el valor de adquisición de la participación en el capital de la sociedad limitada o sociedad anónima, a los efectos de futuras transmisiones. Es más, la ocasión facilita también el cambio de generación en el control de la empresa familiar. Así, si quien regulariza no es el empresario propietario mayoritario del capital de la empresa sino, por ejemplo, un hijo que aflora el dinero en efectivo y luego lo invierte en la sociedad, va a ser imposible presumir que existió una donación encubierta (recordemos que hablamos de dinero opaco o en billetes de alto valor facial), con el efecto añadido de que la distancia entre la empresa a la que le preocupa ser inspeccionada y la persona que regulariza, es mayor.

Por otro lado, la selección de los contribuyentes a comprobar por parte de la AEAT sigue siendo uno de los puntos oscuros en la aplicación práctica de nuestro sistema fiscal, donde nunca se sabe a quién le va a tocar esa «anti lotería» que implica la obligación de soportar una inspección tributaria. Es más, una hipotética selección masiva para ser inspeccionados de todos aquellos contribuyentes que hubiesen regularizado y de sus sociedades vinculadas, nos parece un actuación absolutamente desleal por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y del propio Gobierno, que primero invita o llama a la regularización de un dinero que puede llevar décadas oculto, y ahora resulta especialmente necesario para el Estado y la economía española en su conjunto, y paralelamente utiliza esa regularización voluntaria como una trampa para incautos dirigida a identificar a posibles defraudadores susceptibles de comprobación. Recordemos, de nuevo, que la regularización voluntaria no deja de ser la «afloración a la economía legal» de bienes o derechos ocultos al Fisco y de los que la Inspección ha demostrado también durante décadas su escasísima eficacia en cuanto a su investigación y descubrimiento. Estamos hablando de dinero negro que según parece también ha visto ralentizada su hasta hace pocos años frenética circulación, por la paralización actual de la economía española y de su sector estrella, pero que está guardado a buen recaudo y cuya regularización es también una forma de ayudar a la recuperación económica, no implicando reconocer que se ha ganado u obtenido de una forma concreta o determinada.

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO-LEY 12/2012. CONSECUENCIAS DE UNA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA LEGAL QUE HA APROBADO LA REGULARIZACIÓN VOLUNTARIA ESPECIAL

Es de conocimiento público que el Grupo Parlamentario Socialista ha planteado recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional del Decreto-Ley 12/2012 que aprobó la regularización tributaria a través de la Declaración Tributaria Especial que estamos analizando. En tal sentido, se ha difundido por los medios de comunicación que afamados despachos profesionales y

determinados colectivos de prestigiosos profesionales del Derecho Tributario, no recomiendan acogerse a la regularización ante la incertidumbre sobre la propia constitucionalidad de la norma.

III.1. La posible inconstitucionalidad del Decreto-Ley 12/2012

Los principales argumentos en contra de la constitucionalidad de la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 se centran precisamente en el hecho de que formalmente ha sido aprobada por un decreto-ley. Se invoca así la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 182/1997, de 28 de octubre de 1997 (NFJ005623), del Pleno del Alto Tribunal que resuelve los recursos de inconstitucionalidad n.º 2548/1992 y 553/1993 (acumulados). Para comprender mejor el sentido de la STC que acabamos de mencionar y haciendo un poco de historia tributaria, recordemos que allá por el año 1992, también ante una grave situación de déficit público, se aprobó por parte del Grupo Socialista, y ya iniciado el periodo impositivo, una importante y generalizada subida de las escalas que contenían los tipos de gravamen del IRPF, incremento impositivo aplicable para ese mismo periodo impositivo 1992 que ya estaba en curso. La aprobación de esta medida también se hizo por medio de real decreto-ley (RDL 5/1992). En aquel entonces, fue el Grupo Parlamentario Popular el que presentó dicho recurso de inconstitucionalidad.

El Abogado del Estado, en defensa de la constitucionalidad del citado real decreto-ley, argumentó la gran «desviación» respecto de lo presupuestado, por: «... no ser producto de un momento determinado, sino fruto de una acumulación de circunstancias económicas adversas, viene a achacarse al empeoramiento de la "situación internacional", a la consiguiente desaceleración de la actividad económica y a la paulatina reducción de nuestro crecimiento económico, a consecuencia de lo cual "los ingresos se reducían al disminuir la actividad y los gastos se incrementaban"». Ciertamente, la música nos resulta familiar.

El TC, en su Sentencia 182/1997, entre otras cuestiones señaló lo siguiente:

«Conforme a la propia literalidad del artículo 31.1 de la CE queda claro, pues, que el Decreto-ley no podrá alterar ni el régimen general ni a aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo. Lo que no significa otra cosa que dar cumplimiento a la finalidad última del límite constitucional de asegurar el principio democrático y la supremacía financiera de las Cortes mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario, de modo que "la regulación de un determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes", como se afirmó en la STC 19/1987, fundamento jurídico 4.º. De manera que vulnerará el artículo 86 de la CE cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario...»

Partiendo de esta idea, el TC declaró la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 5/1992 por haber elevado los tipos impositivos del IRPF habiendo vulnerado el límite material aplicable a los decretos-leyes (art. 86 CE) por afectar al deber constitucional de contribuir. El juicio de inconstitucionalidad se fundamentaba también en otro hecho: que se trataba de una elevación general de los

tipos de IRPF valorable a la luz del carácter primordial o básico de este impuesto dentro de nuestro sistema tributario, como elemento fundamental de reparto de la carga fiscal u obligación de contribuir, según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, es decir, de los principios de justicia tributaria establecidos por el artículo 31.1 de la Constitución Española (CE).

Se nos plantea aquí la interrogante relativa a si el «calado» de la medida actualmente aprobada que admite la posibilidad de la regularización voluntaria especial y que el TC debe enjuiciar, aunque afecte tanto a personas físicas como jurídicas, será valorado como suficiente para concluir que se trata de una modificación sustancial de los derechos y obligaciones de todos los contribuyentes en el conjunto de nuestro sistema tributario, tanto más cuando se trata de una norma excepcional, de aplicación temporal muy limitada (hasta 30 de noviembre de 2012), que afectará a un número muy reducido de contribuyentes, por lo que la conclusión final sobre una posible inconstitucionalidad puede resultar un tanto incierta. También hay que recordar aquí que, en esta misma Sentencia 182/1997, el TC consideró constitucional la Ley 28/1992 que convalidó la misma elevación de las escalas de IRPF para el año 1992 aunque había sido aprobada en un momento en el que el periodo impositivo del IRPF ya estaba muy avanzado (el cambio normativo se produjo el día 24 de noviembre), pero aún no había llegado a concluir. Por ello, dejando a salvo posibles devengos anticipados del tributo, la sentencia admitió esta retroactividad parcial de la Ley 28/1992 que aunque se aplicó a la renta de todo el año, se aprobó en noviembre y, por tanto, entró en vigor antes de que a 31 de diciembre de 1992 se hubiera producido el devengo del impuesto. Por consiguiente, esta misma STC nos está ya mostrando bien a las claras las amplias posibilidades que tiene abiertas el Gobierno y el Parlamento de la Nación para evitar una supuesta inconstitucionalidad de la actual norma de aprobación de la regularización, y que no dudamos utilizará de considerarlo necesario.

Así, para aumentar las posibilidades de éxito recaudatorio de la medida –pues como se suele decir el dinero es temeroso– se podría reforzar la seguridad jurídica de los candidatos a regularizar (siempre preocupados por el incierto resultado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto), tramitando una ley formal, mediante el procedimiento de urgencia. Ley que iría dirigida a ratificar la regularización ya aprobada por el real decreto-ley. Esta convalidación por ley formal la consideramos válida incluso si tal ley se aprobara después de noviembre y una vez los contribuyentes ya hubieran presentado sus declaraciones regularizadoras, pues el mismo TC reconoce la aplicación retroactiva, con determinadas matizaciones, de las leyes tributarias. Igualmente la medida «sanadora» se podría incorporar en las disposiciones adicionales de cualquier otra ley ordinaria en fase de tramitación parlamentaria.

Predecir decisiones de los Tribunales y más del TC siempre es arriesgado, pero existen otros razonamientos en defensa de la constitucionalidad de la medida que sin duda también serán valorados por el máximo intérprete de la Carta Magna. Por todo esto, es asimismo importante recordar que la posible inconstitucionalidad en este momento no deja de ser una mera hipótesis que aún no se ha producido, ni existe la certeza de que pueda verificarse en un futuro.

III.2. Argumentos que podrían defender la constitucionalidad del Decreto-Ley 12/2012

Es evidente que el Servicio Jurídico del Estado defenderá la constitucionalidad de la norma con los argumentos que entienda más convenientes. Al abajo firmante se le ocurren modestamente los siguientes:

- Como ya hemos señalado, se puede argumentar el carácter no sustancial de la medida respecto del sistema tributario en su conjunto.
- Otros muchos países de la Unión Europea han aprobado regularizaciones tributarias, más o menos próximas a la española. Incluso la OCDE ha recomendado abiertamente medidas de este tipo¹.
- La regularización aprobada no es discriminatoria, en cuanto está abierta a cualquier contribuyente. Toda persona que, por ejemplo, haya omitido en su IRPF rentas de los años 2008, 2009 o 2010 (o cualquier empresa que haya incurrido en estas omisiones en su IS) puede acogerse a la regularización declarando los bienes o derechos en que invirtió esas rentas y pagando el 10 por 100 correspondiente. Por lo tanto, y aunque a veces se olvida, la regularización no está prevista únicamente para el «gran defraudador» que tenga miles de millones en el extranjero, sino que resulta voluntariamente aplicable por cualquier contribuyente que tenga la intención de regularizar sus pasados incumplimientos tributarios, sea cual sea su montante.
- Tampoco puede soslayarse la situación de extrema necesidad en la que se encuentran las arcas públicas. No vamos a hablar aquí de primas de riesgo o de rescates, pero nadie puede obviar la extraordinaria y urgente necesidad (legitimadora de la utilización del decreto-ley según el art. 86 de la Constitución) de reducir el déficit público no tanto o solo como imposición comunitaria, sino como condición necesaria –no sabemos si suficiente– para la imprescindible reactivación económica. La situación extraordinariamente grave de la actual coyuntura española permite aducir razones de interés general que fundamentarían la medida fiscal aprobada, que junto a una importante inyección de ingresos públicos podría permitir también la puesta

¹ Como señala el profesor GONZALO Y GONZÁLEZ, L. «Barrabás nuevamente amnistiado», *VOZPÓPULI.com*, Opinión/blog, 7 de abril de 2012, «algunos, indagando antecedentes remotos, han hallado el más lejano en la célebre Piedra de Rosetta, pues, al parecer, la misma hace referencia a un decreto dado en Menfis, en 190 a. C., por Tolomeo V Epifane, mediante el cual este monarca dispuso la excarcelación de ciertos evasores del Fisco». En opinión de este mismo autor, «numerosos son, en efecto, los países que han recurrido a alguna fórmula de amnistía o de regularización fiscal extraordinaria como medio para drenar, en lo posible, las bolsas de fraude. En la UE, por ejemplo, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, y la propia España (esta, en 1984 y en 1991), lo han hecho. En Oriente distante: Filipinas e India, también. Como Argentina, Colombia, Ecuador, Honduras y Panamá, en la América hispana. Y 48 estados de los EE.UU. han llegado a aprobar hasta 110 medidas de este tipo, al parecer, con resultados nada despreciables. Claro que en casa del Tío Sam el fraude fiscal no es tan fácil y está muy mal visto; por eso, a la primera oportunidad que se ofrece la gente sale del hoyo». Otra cosa es, como sigue afirmando el prestigioso catedrático de la UNED, el resultado final práctico del proceso (al menos apreciado el fenómeno de una manera directa o inmediata, pues como señalaremos a continuación, hay ciertamente otras perspectivas de análisis menos cortoplacistas): «Por lo que a España respecta, sin embargo, la cosecha de liquidez obtenida por este medio ha sido muy modesta. En su estudio acerca de la incidencia de la amnistía fiscal de 1991 en el IRPF, LÓPEZ LABORDA y RODRIGO SAUCO concluyen que, sobre la base de la serie correspondiente a la recaudación en el periodo 1979-1998, la misma no tuvo ningún efecto ni a corto ni a largo plazo. La recaudación por declaraciones complementarias supuso un 0,8 por 100 de la recaudación ordinaria, estimándose un afloramiento de un 0,24 por 100 del fraude acumulado del IRPF. Y en cuanto a la regularización de los célebres Pagarés de Tesoro (cuya opacidad fiscal llegó a justificarse por el ministro Borrell en atención a que los recursos obtenidos por su conducto eran destinados a la financiación de gastos públicos, como si el resto de la Deuda del Estado pudiera dedicarse a otro fin), la misma no alcanzó el 63 por 100 de los títulos emitidos. La tesis doctoral del propio RODRIGO SAUCO sobre las amnistías fiscales de la Hacienda española en la democracia, como también un estudio realizado por DÍAZ FUENTES, llegan a idéntica conclusión: las escasas consecuencias positivas de las amnistías tributarias entre nosotros. Por eso me parece optimista la pretensión del Gobierno de allegar ahora por este medio 2.500 millones de euros, esto es, el 10 por 100 de los 25.000 millones que se estima aflorarán. Más eficaz será, sin duda, el reforzamiento del Plan de Prevención del Fraude, cuyos resultados se estimaron para 2011 en 7.617 millones, obteniéndose finalmente 10.400 millones» (Op. loc. ult. cit.).

en circulación dentro de la economía española «legal» de unos fondos muy cuantiosos, hasta ahora ocultos, que han venido escapando a todos los controles administrativos, fondos que podrían seguir permaneciendo en esta misma situación sin coste fiscal y *sine die*, puesto que la Administración Tributaria ha demostrado su absoluta inoperancia en el descubrimiento de estos fraudes tributarios, ya sean los especialmente cualificados, o aquellos más burdos asociados al pago de dinero en efectivo. La incorporación de ese dinero oculto a la actividad económica, podría ser un factor favorecedor del crecimiento y de la creación de empleo.

- Aunque el objetivo inmediato de la regularización especial es incrementar la recaudación a corto plazo, concretamente antes del 30 de noviembre de 2012, no podemos obviar que además permitirá incrementar la recaudación impositiva a medio y largo plazo, al incorporar al circuito económico legal y tributariamente controlable importantes rentas y patrimonios que hasta hoy han eludido todos los controles y que a partir de ahora pasarían a tributar anualmente.
- Está en fase de tramitación parlamentaria un Proyecto de Ley de Modificación de la Normativa Tributaria y Presupuestaria y de Adecuación de la Normativa Financiera para la Intensificación de las Actuaciones en la Prevención y Lucha contra el Fraude. Este proyecto normativo, que evidentemente pretende reforzar los controles tributarios, puede también invocarse para defender la decisión adoptada por el Gobierno y el Parlamento, al aprobar la Declaración Tributaria Especial, como una última oportunidad concedida a los incumplidores para ponerse al día voluntariamente antes de que se apruebe un conjunto amplio y muy duro de nuevas medidas de control tributario.

En resumen, nos hallamos ante una hipotética inconstitucionalidad que, por los motivos antes señalados, podría suceder que no se declarara nunca como tal. Es más, queremos manifestar que esta regularización voluntaria, junto con las medidas legales que se le asocian y que están en fase de tramitación parlamentaria, constituye el primer esfuerzo de un Gobierno español para conseguir que tributen las inversiones ocultas en el exterior. Lo que contradice muchos de los vicios que desde el prisma de la equidad se achacan a esta medida, cuando además, y desde un punto de vista meramente prospectivo, la regularización permitirá que importantes rentas que hasta ahora siempre habían sido esquivas al control de la Hacienda española, se vean, por primera vez, sometidas a tributación incluso ya por el ejercicio 2011 que no puede ser regularizado (deberán tributar mediante las declaraciones complementarias habituales), por el presente ejercicio 2012, y por los años sucesivos con todas las declaraciones tributarias ordinarias que habrán de presentarse a partir de 2013, en cuanto esos patrimonios, hasta ahora desconocidos por el Fisco, van a quedar directamente sometidas al control y conocimiento de las autoridades tributarias españolas.

III.3. Consecuencias de una posible declaración de inconstitucionalidad del Decreto-Ley 12/2012

Un aspecto relevante que no puede soslayarse es que de momento el TC, aunque haya admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad (lo que, por supuesto, no significa que vaya a estimarlo), no ha acordado la suspensión de la vigencia de la norma impugnada. Recordemos que en otros casos sí que lo ha hecho; sin remontarnos mucho en el tiempo, el TC acordó la suspensión de

una reforma legal que aprobó la Generalitat Valenciana, en materia de Derecho Civil, estableciendo el régimen de separación de bienes como régimen legal y supletorio en sustitución del régimen común de sociedad legal de gananciales, aunque luego el Alto Tribunal no acabó apreciando la inconstitucionalidad de la Ley valenciana recurrida.

La no suspensión de la eficacia de la norma reguladora de la regularización voluntaria (disp. adic. primera del RDL 12/2012) evidentemente pone de manifiesto que cualquier contribuyente que regulariza está actuando conforme a Derecho, pues está aplicando una norma vigente. Actuación regularizadora que entendemos no podría ser revocada por aplicación de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, principios estos también reconocidos por toda la jurisprudencia, tanto del TC, Tribunal Supremo o Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, quien regularice antes del 30 de noviembre de 2012 estamos convencidos que habrá alcanzado los beneficios previstos en la norma actualmente en vigor, incluso cuando posteriormente esta norma pudiera declararse inconstitucional.

Es más, otro principio que también habría de considerarse es el relativo a la responsabilidad del Estado Legislador. Es decir, un contribuyente que regularizara conforme a esta normativa legalmente aprobada, pero después declarada inconstitucional, tendría derecho a ser indemnizado de los posibles perjuicios que esa ley inconstitucional anulada le hubiera podido causar². En nuestro caso, la responsabilidad entendemos que debería alcanzar a cubrir las posibles cuotas o sanciones que liquidara la Inspección por negar el derecho a una regularización declarada posteriormente inconstitucional (cuotas que además serían de muy difícil concreción al desconocerse los años a los que corresponden y las rentas concretas que se intentó regularizar), pudiéndose beneficiar además de una prescripción que, como ya hemos señalado, sigue corriendo. En este sentido, si la regularización especial continuase estando regulada solo en un real decreto-ley que en el futuro se declarase inconstitucional, creemos que cualquier Gobierno en ese momento en el poder (fuese cual fuese su signo político) promovería una ley formal para convalidar las regularizaciones realizadas en 2012.

Por todo ello, y como conclusión, una hipotética y futura inconstitucionalidad de la norma sinceramente no creemos que debiera ser un obstáculo a la hora de tomar la decisión de acogerse o no a esta regularización especial.

III.4. La legalidad de la orden ministerial por la que se aprueba el modelo 750

En íntima relación con el recurso de inconstitucionalidad, el Partido Socialista Obrero Español también ha presentado un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la orden ministerial que aprueba el modelo 750 (Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo) que lleva aparejada la petición de su suspensión cautelar, y que sepamos también está pendiente de fallo. Este recurso va dirigido especialmente contra la regularización del dinero en efectivo mediante su depósito en una cuenta bancaria y pago del 10 por 100 correspondiente, en cuanto la OM admite expre-

² Sobre ello, pueden consultarse los detallados estudios de CHECA GONZÁLEZ, C.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración Tributaria*, Aranzadi, 2011, *passim* y SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A.: «IVA, violación del derecho de la Unión Europea y responsabilidad patrimonial del Estado», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, mayo 2011, págs. 123 a 140.

samente que se entiende probado que el capital se poseía ya antes del 31 de diciembre de 2010, puesto que tal reconocimiento no estaba recogido o regulado en el real decreto-ley y se considera un exceso reglamentario.

Es claro que las normas reglamentarias, y más aún una simple orden ministerial, no pueden, sin autorización legal, introducir limitaciones restrictivas de los derechos legalmente reconocidos, pero aquí sucede justamente lo contrario. Simplemente el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, ante su voluntad manifiesta de que el dinero oculto se incorpore a la economía legal y comience a tributar –insistimos en que al menos hasta ahora no venía haciéndolo, y ante la prácticamente imposible demostración de que tal dinero en efectivo se poseía en años anteriores– ha decidido ordenar a todos los órganos administrativos del Ministerio la consideración de que en este supuesto especial se considere probada la existencia de tal capital a 31 de diciembre de 2010, posibilitando así una regularización que de no ser de esta forma resultaría de todo punto imposible. También aquí, nos permitimos insistir en el hecho de que una hipotética anulación de la OM no afectaría a las regularizaciones ya realizadas, que tendrían que ser convalidadas por los mecanismos que fueran necesarios y oportunos.

IV. OTROS INCONVENIENTES QUE PODRÍAN DESACONSEJAR LA UTILIZACIÓN DE LA REGULARIZACIÓN VOLUNTARIA ESPECIAL

Como ya ha sido expuesto y frente a las voces que se han levantado en contra de la utilización de la regularización voluntaria especial, mi opinión es plenamente favorable al uso de la misma. La oportunidad concedida por el legislador, en cuanto permite regularizar rentas no declaradas pagando solo un 10 por 100, rentas estas que deberían haber tributado en años anteriores a tipos de gravamen muy superiores (aproximadamente entre el 18% y el 43% en IRPF o en torno al 30% en IS) no debe desaprovecharse por posibles dudas sobre la constitucionalidad de su norma de aprobación. Una segunda e importante razón para recomendar esta regularización especial es la previsible aprobación por las Cortes Generales de un nuevo régimen legal para las inversiones en el extranjero y para los pagos en efectivo que se prevé mucho más duro y exigente, actualmente en fase de tramitación parlamentaria y sobre la que luego volveremos.

No obstante, vamos a añadir algún comentario más sobre otros posibles inconvenientes que se han venido discutiendo.

IV.1. La naturaleza no vinculante del informe de la Dirección General de Tributos de 27 de junio de 2012

Como ya se ha señalado, la normativa reguladora de la amnistía fiscal se contiene en el Real Decreto-Ley 12/2012 y en la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo. Este pobre, y un tanto impreciso conjunto normativo, se ha pretendido completar por el Ministerio con un Informe emitido por la

DGT, de 27 de junio de 2012, del que se puede afirmar que carece de rango normativo alguno e incluso del efecto vinculante propio de las consultas tributarias previsto en el artículo 89 de la LGT, lo que podría generar dudas a la hora de decantarse por la regularización especial.

Sin embargo, no podemos olvidar que dicho Informe muestra los criterios administrativos y la opinión oficial del órgano, que junto al Tribunal Económico-Administrativo Central, constituye el máximo intérprete administrativo de la normativa tributaria. Por ello, creemos que no se puede obviar la fuerza vinculante de este Informe para la actuación de todos los órganos administrativos encargados de la aplicación de los tributos. La estructura orgánica en entidades como la AEAT está fuertemente jerarquizada, por ello, nos resistimos a creer que los órganos de Inspección o Gestión encargados de la aplicación de los tributos vayan a dictar liquidaciones que contradigan directamente los criterios de dicho Informe. El riesgo de una excepcional actuación «corsaria» (en terminología de RUIZ JARABO) por parte del funcionario de turno que se crea supremo defensor de la justicia tributaria siempre existe, desde luego, pero este tipo de actuaciones casi siempre va asociado a aspectos relacionados con la valoración de las pruebas obrantes en el expediente, no a los propios criterios de aplicación de las normas, máxime cuando estos están fijados por órganos jerárquicamente superiores, a los que está claro que el inferior debe el debido acatamiento. Además, este tipo de situaciones, nunca deseadas, estamos convencidos que serían corregidas precisamente por los superiores jerárquicos del órgano actuante. Así, por ejemplo, creemos que un acta de disconformidad que contraviniera frontalmente las aclaraciones contenidas en el Informe de la DGT no sería confirmada por el Inspector Jefe, como órgano responsable último de dictar la liquidación.

Por ello, albergamos la convicción de que los criterios contenidos en el Informe de la DGT, mientras la normativa no sea modificada o no se alumbre una jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo contraria a los mismos, van a ser seguidos al pie de la letra por la Administración Tributaria en la aplicación de la regularización tributaria especial.

IV.2. La Declaración Tributaria Especial y las normas sobre la prevención del blanqueo de capitales y su posible incidencia para el asesor fiscal

Se han difundido también dudas sobre la compatibilidad de la colaboración de los asesores fiscales en la presentación de la Declaración Tributaria Especial con el cumplimiento de las normas contenidas en Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo. Esta ley, que supuso la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2005, impone a empresas y a profesionales la obligación de desarrollar una serie de prácticas y conductas preventivas destinadas a evitar la colaboración en actuaciones de blanqueo de capitales. De ahí que al aprobarse el Real Decreto-Ley 12/2012, surgieran dudas sobre su compatibilidad con la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

Sin embargo, creemos que la situación no es sustancialmente distinta de cualquier otro caso en que un asesor fiscal presenta las declaraciones complementarias habituales de sus clientes, some-

tidas a los recargos generales del artículo 27 de la LGT. No obstante, cualquier posible duda previa creemos que ha sido aclarada por la escueta, pero elocuente, comunicación emitida por el Secretario General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Competitividad, de 24 de mayo de 2012, que literalmente dice lo siguiente:

«... La disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, ha establecido que los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto de Sociedades o Impuesto sobre la Renta de no Residentes que sean titulares de bienes o derechos que no se correspondan con las rentas declaradas en dichos impuestos podrán presentar una declaración tributaria especial con el objeto de regularizar su situación tributaria.

La presentación de dicha declaración tributaria especial, al igual que ocurre con el resto de declaraciones tributarias, resulta plenamente compatible con la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

En este contexto, resulta importante subrayar que el artículo 1 de la Ley 10/2010 exige que los bienes objeto de blanqueo de capitales procedan de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. En consecuencia, al igual que ocurre con las operaciones financieras vinculadas a otras regularizaciones tributarias, no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deban reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012.»

Por lo tanto, dejando a un lado el supuesto en que un asesor fiscal tuviera indicios sólidos o manifiestamente claros de que el dinero a regularizar pudiera proceder de la droga, del tráfico de armas u otras actividades delictivas que sí le obligarían a cumplir con las reglas de las normas «anti blanqueo», no puede considerarse la realización de actividades económicas legales o la venta de bienes o derechos como actividades delictivas, aunque parte del precio se hubiera ocultado a la Hacienda Pública. En este sentido, el delito podría haberse cometido por no declarar (tipificado en el art. 305 del Código Penal), pero no por la realización de la actividad económica en sí que generó la renta. Por consiguiente, entendemos que ninguna obligación de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales estaría incumpliendo el asesor fiscal que colaborara presentando la declaración modelo 750 a solicitud o encargo de cualquiera de sus clientes.

V. OTRAS REGULARIZACIONES A REALIZAR POR EJERCICIOS YA VENCIDOS

La Declaración Tributaria Especial supone la regularización de las obligaciones pendientes devengadas antes del 31 de diciembre de 2010, tanto en el IRPF como en el IS (suponiendo que el periodo impositivo coincide con el año natural), por ello, las rentas ocultas, devengadas en el año 2011 cuyo plazo de declaración ya ha finalizado, quedan fuera de la regularización. Suscitará este hecho una cuestión recurrente, pues, en muchos casos, los bienes en los que se hayan materializado las rentas ocultas que van a regularizarse habrán generado a su vez unas rentabilidades en 2011 (evidentemente no en el caso de dinero mantenido en efectivo) que normalmente estarán igualmente

ocultas y sin declarar. Pensemos en un inmueble opaco que obligaría, al menos, a declarar el 2 por 100 o el 1,1 por 100 como renta inmobiliaria imputada, o las inversiones financieras en el exterior que durante 2011 habrán producido pingües rendimientos.

La regularización correspondiente a dicho ejercicio 2011 deberá realizarse mediante declaración complementaria ordinaria, a presentar fuera de plazo y sin que exista requerimiento previo, y dará lugar a que haya de efectuarse el pago de la cuota correspondiente que dependerá obviamente de la cuantía de esas rentas y de su misma naturaleza. Además, se exigirá al contribuyente el recargo correspondiente de los previstos en el artículo 27 de la LGT, al que ya hemos hecho alusión con anterioridad.

Igualmente, en el caso de personas físicas, habría que presentar una declaración complementaria por el Impuesto sobre el Patrimonio de 2011, si bien en el caso de algunas comunidades autónomas, a consecuencia de las bonificaciones aprobadas, no habría que ingresar cuota alguna. Una declaración del Impuesto sobre el Patrimonio presentada fuera de plazo, sin resultado a ingresar, determinaría la exigencia de una sanción de 75 euros, siempre que se preste la conformidad a la propuesta emitida por la Administración.

VI. LOS IMPUESTOS DEL AÑO 2012 Y SUCESIVOS

El reconocimiento de la existencia de importantes elementos patrimoniales implicará la obligación de declarar en todos los años sucesivos los rendimientos que los mismos vayan produciendo, tanto si los bienes se encuentran situados en España como en el extranjero, puesto que esas inversiones pasarán a ser conocidas por la Agencia Tributaria y, por lo tanto, sometidas a su control continuado en el tiempo. Piénsese, por ejemplo, que al conocer el país donde están invertidos los fondos, la Administración española puede solicitar información a las autoridades fiscales de ese país para conocer los rendimientos obtenidos y regularizar posibles incumplimientos futuros. Por idénticas razones, en el caso de personas físicas, las inversiones patrimoniales en que esté materializado el capital deberían declararse en el Impuesto sobre el Patrimonio del año 2012 y ejercicios sucesivos. Esta es la obvia consecuencia asociada a cualquier patrimonio opaco que deja de serlo: pasa a pagar el impuesto legalmente debido y es un efecto muy positivo de la regularización que muchas críticas olvidan.

VII. IMPLICACIONES DE LA PREVISIBLE APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA Y PRESUPUESTARIA Y DE ADECUACIÓN DE LA NORMATIVA FINANCIERA PARA LA INTENSIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES EN LA PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE

Señala la exposición de motivos de este proyecto de ley que la globalización de la actividad económica en general, y la financiera en particular, así como la libertad en la circulación de capitales, junto con la reproducción de conductas fraudulentas que aprovechan dichas circunstancias, hacen aconsejable el establecimiento de una nueva obligación específica de información en materia de bie-

nes y derechos situados en el extranjero. Para ello, se pretende incorporar una nueva disposición adicional a la LGT que podría entrar en vigor antes de fin de año, que en sí misma constituye un incentivo a acogerse a la regularización voluntaria que hemos analizado anteriormente. También se va a aprobar un nuevo régimen sancionador para el caso del incumplimiento de esta nueva obligación informativa. Este proyecto normativo puede también invocarse para defender la decisión adoptada por el Gobierno y convalidada posteriormente por el Parlamento, al aprobar la Declaración Tributaria Especial, que se ofrece como una especie de última oportunidad concedida a los incumplidores tributarios para que regularicen su situación, justo antes de que se apruebe un conjunto amplio de nuevas medidas legislativas que evidentemente van a aumentar el rigor de los controles tributarios (mucho nos tememos que exageradamente incluso, de no modificarse en sede parlamentaria los términos en los que dicho proyecto de ley está redactado).

Señala además la exposición de motivos del proyecto que la utilización de medios de pago en efectivo facilita los comportamientos defraudatorios, favorece la opacidad de operaciones y actividades y su ocultación. Frente a tales comportamientos, la actuación de los poderes públicos debe encaminarse no solo a la regularización de los incumplimientos, sino también a evitar que estos se produzcan, haciendo hincapié en los aspectos disuasorios de la lucha contra el fraude. La utilización de efectivo y su relación con el fraude constituye también una preocupación generalizada en países de nuestro entorno, donde ya se han adoptado limitaciones a su uso que evidentemente van encaminadas a dificultar los flujos de dinero negro.

El actual Gobierno ostenta una mayoría parlamentaria muy holgada que previsiblemente posibilitará la aprobación de este proyecto de ley para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude; un proyecto que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria y que puede considerarse, junto al cada vez más próximo pleno intercambio de información entre los diferentes Estados, un claro incentivo para acogerse a la actual regularización especial. Por ello, cualquier decisión que se adopte a este respecto debe partir de la situación que se producirá tras la futura promulgación de la ley en tramitación, lo que nos obliga a comentar dos grupos de medidas contra el fraude contenidas en dicho proyecto normativo.

Estos dos grupos de medidas están relacionados con los patrimonios en el exterior y con los pagos en dinero efectivo.

VII.1. Limitaciones a los pagos en efectivo

Es evidente que con la futura regulación el pago de bienes de consumo o de inversión, más o menos suntuarios, como forma de empleo del dinero negro, va a dificultarse en gran medida.

VII.1.1. Ámbito de aplicación

El artículo 6.Uno del proyecto señala que no podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un impor-

te igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de 15.000 euros cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional. Se excluye de la limitación a los pagos efectuados cuando ninguno de los intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional (pagos entre particulares), así como a los pagos o ingresos de efectivo realizados en entidades de crédito. Asimismo, se contempla una regla contra el fraccionamiento de operaciones, al señalar que a efectos del cálculo del límite: «... se sumarán los importes de todas las operaciones o pagos en que se haya podido fraccionar la entrega de bienes o la prestación de servicios». Se entenderá por efectivo los medios de pago definidos en el artículo 34.2 de la Ley 10/2010, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, que incluyen el papel moneda y la moneda metálica, nacionales o extranjeros, los cheques bancarios al portador denominados en cualquier moneda y cualquier otro medio físico, incluidos los electrónicos, concebidos para ser utilizados como medio de pago al portador.

VII.1.2. Obligación de los intervinientes en las operaciones

Deberán conservar los justificantes del pago durante el plazo de cinco años desde la fecha de dicho pago, para acreditar que se efectuó a través de alguno de los medios de pago distintos al efectivo. Además están obligados a aportar estos justificantes a requerimiento de la AEAT. Se impone la obligación de información a la AEAT para cualquier autoridad o funcionario que en el ejercicio de sus competencias tenga conocimiento de algún incumplimiento de la referida limitación.

VII.1.3. Régimen sancionador

Se considera sujeto infractor tanto a las personas o entidades que paguen como a las que reciban total o parcialmente cantidades en efectivo, incumpliendo dicha limitación. Se establece la responsabilidad solidaria del pagador y del receptor, es decir, la Administración podrá dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o contra ambos. La infracción se califica de grave y la base de la sanción es la cuantía pagada en efectivo. La sanción a imponer será el 25 por 100 de dicha base. Se trata de una infracción distinta y compatible con las infracciones tributarias habituales (por ejemplo las previstas en el art. 191 de la LGT asociadas al incumplimiento de la obligación de ingresar) puesto que el proyecto de ley literalmente señala que: «La sanción derivada de la comisión de la infracción prevista en este apartado será compatible con las sanciones que, en su caso, resultaran procedentes por la comisión de infracciones tributarias». Se ha previsto un plazo especial de prescripción de estas infracciones de cinco años. Además, como forma de incentivar la delación, se prevé la exención de responsabilidad para una de las partes que intervengan en la operación pagada en efectivo, cuando esta denuncie ante la AEAT, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la entrega de efectivo, el posible pago efectuado incumpliendo la prohibición. En este caso, deberá informarse de la operación realizada, su importe y la identidad de la otra parte interviniente. La denuncia que pudiera presentar con posterioridad la otra parte interviniente se entenderá por no formulada.

VII.1.4. Entrada en vigor

La entrada en vigor de la limitación del uso de dinero en efectivo como medio de pago se proyecta que se produzca a los 20 días de la publicación de la futura ley en el BOE. Pero se establece la aplicación de la limitación del uso de efectivo como medio de pago a todos los pagos realizados desde su entrada en vigor, aunque se refieran a operaciones concertadas con anterioridad al establecimiento de la limitación.

VII.2. La nueva regulación sobre las inversiones en el exterior

Como ya hemos comentado, se pretende establecer una nueva obligación informativa asociada a los bienes y derechos en el extranjero, que se incorporará a una nueva disposición adicional decimoctava de la LGT.

VII.2.1. Información a suministrar

La información a suministrar anualmente, en la nueva declaración informativa que se proyecta aprobar, incluirá los siguientes elementos:

- a) Cuentas abiertas en entidades dedicadas al tráfico bancario y crediticio situadas en el extranjero de las que sea titular o beneficiario el contribuyente o en las que figuren como autorizado o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.
- b) Cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios contratados en el extranjero.
- c) Bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.

VII.2.2. Infracciones y sanciones asociadas al incumplimiento de esta nueva obligación informativa

La transgresión de estas nuevas obligaciones de información constituirá infracción tributaria muy grave:

- a) En el caso del incumplimiento de la obligación de informar sobre cuentas en entidades de crédito situadas en el extranjero, la sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 5.000 euros

por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma cuenta que hubiera debido incluirse en la declaración o que hubieran sido aportados de forma incompleta, inexacta o falsa, con un mínimo de 10.000 euros.

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

VII.2.3. Nueva regulación en tramitación de las ganancias patrimoniales no justificadas

Íntimamente relacionada con esta obligación de informar sobre los bienes o derechos en el extranjero, el proyecto de ley también pretende introducir una modificación en la LIRPF y en el TRLIS que regule la incidencia, en la posible liquidación de ganancias de patrimonio no justificadas, de la no presentación en plazo de la nueva declaración informativa sobre elementos patrimoniales en el extranjero, introduciéndose, además, un agravamiento de las sanciones por falta de ingreso de las deudas tributarias vinculadas a estos mismos supuestos. La regulación en el momento presente de las ganancias de patrimonio no justificadas, en caso del IRPF, se contiene en el artículo 39 de la LIRPF. Este artículo, en su redacción actualmente vigente, señala que se consideran ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por IRPF o por el Impuesto sobre el Patrimonio, o su contabilización en los libros o registros oficiales. Además las ganancias de patrimonio no justificadas que se puedan descubrir, se integran en la base liquidable general del IRPF del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

Este precepto se comprende mucho mejor con un sencillo ejemplo. Supongamos que una persona viene declarando una renta anual de unos 20.000 euros, no disponiendo de ahorros u otros bienes patrimoniales significativos y la Inspección de Hacienda descubre que repentinamente ha adquirido un bien que cuesta 1.000.000 de euros (puede ser un inmueble, un barco, activos financieros, etc.) sin que se sepa fehacientemente de dónde proviene esa elevada cantidad de dinero que evidentemente no se corresponde con las rentas declaradas. La LIRPF ha venido señalando que esa subida repentina del patrimonio del contribuyente, es decir, esa afloración de renta oculta, tributa como ganancia de patrimonio no justificada y se integra en la base liquidable general del IRPF del

periodo impositivo respecto del que se descubran, lo que supone tributar a los tipos más elevados de la escala progresiva del IRPF. En la actualidad, estos tipos pueden alcanzar, dependiendo de la comunidad autónoma de residencia, un gravamen acumulado en torno al 54 por 100. Ahora bien, el contribuyente siempre ha podido demostrar que ha sido titular de esos bienes o derechos, o de los recursos empleados en la adquisición de los mismos, desde un ejercicio ya prescrito, lo que determinaría que no se habría producido ninguna ganancia de patrimonio no justificada, puesto que su origen ya había sido justificado, y por lo tanto no existiría renta gravable alguna. Así, por ejemplo, si el contribuyente demuestra que la casa, el barco, las acciones, etc., las compró o adquirió en un año ya prescrito (por ejemplo 2007) o que en 2010 vendió unas acciones reinvertiendo el dinero en el nuevo bien, no tendría que pagar nada porque ese impuesto ya no podría exigirse, en cuanto la obligación tributaria devengada en el pasado se extinguió por prescripción.

Pues bien, el proyecto normativo que el Gobierno ha remitido al Parlamento pretende establecer lo que se ha llamado la «imprescriptibilidad» de las ganancias patrimoniales no justificadas, en el caso de bienes situados en el extranjero no consignados por los contribuyentes en la declaración informativa especial que deberían haber presentado. Así, en dicho proyecto se incorpora un nuevo apartado 2 al artículo 39 de la LIRPF que establece literalmente lo que sigue: «2. En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la Base Liquidable General del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos, la titularidad de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información prevista en disposición adicional decimoctava de la LGT». Esto significa que si no se hubieran incluido en esa nueva declaración informativa en ciernes, esos bienes, acciones, depósitos, etc., que el contribuyente posee en el extranjero, y fueran descubiertos, Hacienda consideraría en todo caso, y sin admitir prueba en contrario, que existen unas ganancias patrimoniales no justificadas, exigiendo el IRPF correspondiente al 54 por 100 sobre el valor total de esos bienes, incluso aunque el contribuyente pudiera demostrar que los adquirió en un periodo ya prescrito. Esta es una norma extraordinariamente severa para los contribuyentes con patrimonios en el exterior, y puede considerarse una de las razones que podrían impulsar a tales obligados tributarios a regularizar sus patrimonios en otros países que han venido manteniendo tradicionalmente ocultos a la Hacienda Pública española. Con la regularización especial, dichos contribuyentes tienen una última oportunidad de aflorarlos, antes de que entre en vigor la reforma prevista, pudiendo luego incluirlos sin temor en la nueva declaración informativa que se apruebe, lo que les exoneraría de tributar por ellos.

Una reforma equivalente se pretende para el IS, con la nueva redacción propuesta para el artículo 134.6 del TRLIS, por lo que análogas razones que abogan por la regularización pueden predicarse del IS.

VII.2.4. Nuevo régimen sancionador por ganancias de patrimonio no justificadas asociadas a bienes o derechos ocultos en el extranjero

La disposición adicional única, del Proyecto de Ley de Medidas de Represión del Fraude, también pretende incorporar un nuevo régimen sancionador para los supuestos de ganancias patrimoniales no justificadas en que se aplique la presunción de obtención de rentas por el valor de elementos

patrimoniales fuera de España que puedan descubrirse por la Agencia Tributaria. En los supuestos en los que resulte de aplicación lo dispuesto en los futuros artículos 39.2 de la LIRPF o 134.6 del TRLIS, y resultase acreditada la comisión de una infracción tributaria por dejar de ingresar la deuda tributaria regulada en el artículo 191 de la LGT, se va a establecer que tal infracción tendrá la consideración, en todo caso, de muy grave, y se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por 100 del importe de la base de sanción que sería la cuota liquidada a consecuencia del patrimonio oculto descubierto en el extranjero.

Nos hallamos pues ante otro claro incentivo a regularizar los patrimonios que hasta ahora han permanecido opacos fiscalmente en el exterior, atendidas las graves consecuencias que podría acarrear su descubrimiento futuro por la Inspección en el caso de contribuyentes que optaran por seguir manteniéndolos ocultos a las autoridades fiscales españolas.

OBLIGACIONES DE LOS ASESORES FISCALES EN LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MARTOS

Inspector de Hacienda del Estado

Extracto:

LA Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, da cumplimiento a las exigencias de la normativa europea, regulando una serie de obligaciones que han de cumplir los sujetos obligados, entre los que se encuentran los asesores fiscales y otros profesionales, para que el sistema financiero y otros sectores de actividad económica no sean utilizados para blanquear el dinero procedente de actividades delictivas.

En el artículo se exponen los conceptos básicos sobre la prevención del blanqueo de capitales, la consideración del asesor fiscal como sujeto obligado, las obligaciones a las que le somete la normativa vigente, y el régimen sancionador aplicable en el caso de su incumplimiento.

Se exponen también dos temas que afectan directamente al asesor, como la aplicación del secreto profesional respecto de la información que conozcan de sus clientes, y las consecuencias que puedan derivarse en el ámbito penal del incumplimiento de las normas administrativas de prevención.

Palabras clave: asesores fiscales, obligaciones, prevención blanqueo capitales y secreto profesional.

OBLIGATIONS OF TAX ADVISORS IN THE PREVENTION OF MONEY LAUNDERING

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MARTOS

Inspector de Hacienda del Estado

Abstract:

THE Law 10/2010, 28th April, for the prevention of money laundering and terrorism financing, complies with the requirements of European legislation, regulating a number of obligations to be accomplished by the obligated parties, including tax advisers and other professionals, for not employing the financial system and other sectors of the economic activity to launder money from criminal activities.

The article outlines the basic topics of prevention of money laundering, the consideration of the tax adviser as an obligated party, his obligations in the current regulation, and the system of penalties applicable in the case of noncompliance.

This paper also displays two issues that directly affect the tax advisers, such as the application of professional secrecy regarding the information known from their customers, and the consequences that may result from the noncompliance in the criminal breach of administrative rules of prevention.

Keywords: tax advisers, obligations, prevention of money laundering and professional secrecy.

Sumario

1. Introducción.
2. Normativa sobre prevención del blanqueo en España.
3. Concepto de blanqueo a efectos de la prevención.
4. Los asesores fiscales como sujetos obligados.
5. Obligaciones.
6. Régimen sancionador de la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Existe gran desconocimiento de las obligaciones que la normativa sobre prevención del blanqueo impone a los asesores fiscales y a otros profesionales. La norma vigente, Ley 10/2010, de 28 de abril, actualmente está pendiente de desarrollo reglamentario, pero se establece en la misma que sigue vigente el reglamento de desarrollo de la ley anterior en todo lo que no se oponga a su contenido.

Así pues, las obligaciones que se detallan a continuación obligan a asesores fiscales, contemplándose en la ley un severo régimen sancionador en caso de incumplimiento. El asesor fiscal no estará exento de responsabilidad porque un porcentaje muy alto del colectivo las desconozca y no las cumpla, porque el SEPBLAC no haya ejecutado hasta ahora campañas masivas para verificar su cumplimiento, o porque no se haya promulgado todavía el desarrollo reglamentario de la nueva ley.

Se exponen a continuación los conceptos básicos sobre la prevención del blanqueo de capitales, la consideración del asesor fiscal como sujeto obligado, las obligaciones a las que le somete la normativa vigente y el régimen sancionador aplicable en el caso de su incumplimiento.

2. NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO EN ESPAÑA

El contenido de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE de 29 de abril), da cumplimiento a las exigencias de la normativa europea, regulando una serie de obligaciones que han de cumplir los sujetos obligados, entre los que se encuentran los asesores fiscales y otros profesionales, para que el sistema financiero y otros sectores de actividad económica no sean utilizados para blanquear el dinero procedente de actividades delictivas.

La política de prevención del blanqueo de capitales surge a nivel internacional a finales de la década de los años 80, como reacción a la creciente preocupación que planteaba la criminalidad financiera derivada del tráfico de drogas. Esa preocupación hace reaccionar a las organizaciones internacionales ya existentes, como la Organización de Naciones Unidas (ONU), o la propia Unión Europea (UE), o incentiva la creación de nuevos organismos, como es el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

Dentro de las iniciativas de la Unión Europea hay que destacar la aprobación de varias Directivas, siendo la última, Directiva 2005/60/CE, o tercera Directiva, complementada por la Directiva 2006/70/CE, la que incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI, y constituye el marco general que ha de ser transpuesto y completado por los Estados miembros. En el caso de España, la Ley 10/2010 cumple dicho cometido.

3. CONCEPTO DE BLANQUEO A EFECTOS DE LA PREVENCIÓN

3.1. Diferencia entre prevención y represión

Podemos hablar del blanqueo de capitales desde dos puntos de vista diferentes, según nos refiramos a la represión o a la prevención.

En el ámbito de la **represión**, el artículo 301 de nuestro Código Penal, dentro del capítulo XIV relativo a la receptación y el blanqueo de capitales, establece que comete delito de blanqueo de capitales el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

En el blanqueo de capitales existen **dos delitos**. El primero de ellos es el llamado delito fuente o subyacente, y el segundo se refiere a la actividad que tiene como fin blanquear el dinero, o sea, darle una apariencia lícita a los bienes procedentes del delito fuente o actividad ilícita.

La **prevención del blanqueo de capitales** pretende evitar que importantes sectores económicos sean utilizados para blanquear el dinero procedente de los delitos. Para ello, en la normativa sobre prevención del blanqueo se establecen los sectores que pueden ser utilizados más habitualmente, como es el caso de las entidades financieras, y las obligaciones que se les imponen para evitar su utilización. Con ese fin se han aprobado las diferentes leyes de prevención, que son, a su vez, desarrolladas por otras normas de rango inferior.

Las normas sobre prevención del blanqueo no son de carácter punitivo. No pretenden penalizar el blanqueo, sino impedir que ciertos sectores o actividades profesionales, entre los que se cita expresamente a los asesores fiscales, sean utilizados para ese fin y, por ello, una de las obligaciones es la de rechazar al cliente, o abstenerse de hacer determinadas operaciones, cuando existen indicios de blanqueo.

3.2. Fases del blanqueo

El blanqueo de dinero pretende dar apariencia de legalidad a los fondos procedentes de actividades ilícitas. Para conseguir dicho objetivo, el blanqueador tiene que realizar una serie de actua-

ciones para borrar los nexos de unión entre la actividad delictiva que genera los fondos y el destino de los mismos. Dichas actuaciones van dirigidas a cambiar la localización de los fondos, su naturaleza y su titularidad. Para ello, se utilizan una serie de instrumentos financieros, de operaciones societarias y de los paraísos fiscales, que, por su característica de opacidad de información, permiten encubrir a los verdaderos titulares de esos fondos.

Toda organización que blanquea capitales trata, a través de técnicas muy sofisticadas, de lograr el objetivo de que el dinero no levante sospecha y parezca puro y limpio, una vez borrada cualquier huella acerca de su origen delictivo.

Si el dinero de la actividad delictiva se genera en metálico y billetes pequeños, como ocurre en el caso de la droga, las posibles actuaciones para hacer desaparecer directamente esa ingente cantidad de dinero, ocultando su origen, son las siguientes:

- Inversión en negocios con gran movimiento de dinero en metálico.
- Efectuar inversiones en bienes en los que se pueda ocultar parte del precio, como los bienes inmuebles.
- Situar el dinero fuera del país, utilizando compañías internacionales de transporte aéreo, naval o terrestre, aviones privados, coches trucados. En determinadas zonas es habitual la utilización de los llamados «correos», que realizan gran cantidad de viajes utilizando diversos medios y rutas.
- Envío del dinero a paraísos fiscales utilizando la banca corresponsal y las nuevas tecnologías, como internet.
- Compra de billetes de lotería premiados.
- Blanqueo del dinero simulando que son ganancias de casinos y casas de juego.
- Compras de artículos de valor, tales como obras de arte, aviones, metales y piedras preciosas.

Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones se utilizan principalmente los canales del sistema financiero para blanquear el dinero. En este caso, podemos dividir el procedimiento de blanqueo en tres **etapas o fases**: colocación, transformación e integración.

a) Colocación de ganancias. Se trata de introducir el dinero obtenido ilícitamente en el sistema financiero utilizando los siguientes canales:

- Entidades bancarias nacionales. Si la legislación del país establece límites a partir de los cuales se imponen obligaciones adicionales de control o identificación, se intentan burlar efectuando ingresos por debajo de esos límites, o se utilizan sociedades cuyos administradores o accionistas no pueden ser identificados en el país donde está su sede social.
- Otras instituciones financieras, como intermediarios financieros, servicios telegráficos, oficinas de cambio de moneda, etc.

Durante esta etapa inicial, el objetivo es introducir las ganancias ilegales en el sistema financiero, y resulta habitual efectuar transacciones, tales como:

- Depósitos directos en instituciones financieras.
- Fraccionar grandes cantidades de efectivo en sumas más pequeñas para depositar en cuentas bancarias.
- Servicios de otros tipos de instituciones y envío del efectivo a través de las fronteras para ser depositados en instituciones financieras en el extranjero.

b) Transformación. Con el dinero ya depositado en una entidad financiera, el segundo paso es moverlo, realizando operaciones sucesivas con el fin de fraccionar, acumular, ocultar y borrar el origen del dinero. Para ello, se canaliza hacia inversiones o compras en otras localidades o países, haciendo una sucesión compleja de transacciones (generalmente informáticas, casi nunca con dinero físico) con el fin de ocultar el origen de los fondos.

Lo que se busca es convertir el dinero u otros activos obtenidos ilegalmente a otra forma, estructurar la apariencia y crear complejas capas de transacciones financieras para disfrazar el camino, fuente y origen de los fondos.

Esta etapa puede incluir:

- Múltiples transacciones a diferentes niveles para proveer anonimato a los dueños, encubriendo el origen de los fondos.
- Giros de depósitos en efectivo de una cuenta a otra.
- Conversión de depósitos en efectivo en instrumentos monetarios.
- Inversión en Bienes Raíces y otros negocios legítimos.
- Venta de bienes de alto valor e instrumentos monetarios.
- Utilización de negocios legítimos (industria turística, diversiones, casinos, hipódromos, etc.).
- Transacciones con abogados que actúan como frente para ocultar a los verdaderos dueños o principales.

c) Integración. El capital movido se reintroduce en el circuito legal mediante transacciones aparentemente legítimas, utilizando procedimientos complejos y sofisticados. A partir de este momento ya no se puede distinguir el dinero legal del ilegal.

Un problema que surge con el control del sistema financiero para que no sea utilizado en el blanqueo de capitales, o financiación del terrorismo, es la utilización de entidades financieras no tradicionales, como los bancos islámicos, cambistas de dinero, o los banqueros clandestinos, conocidos usualmente como sistemas alternativos de remesa, tales como la Hawala o Hundí, frecuentes en toda Asia y el Mediano Oriente.

3.3. Concepto de blanqueo en la Ley 10/2010

En el concepto de blanqueo que establece la Ley 10/2010 se contemplan las siguientes actividades:

- a) **La conversión o la transferencia de bienes**, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b) **La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización**, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c) **La adquisición, posesión o utilización de bienes**, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d) **La participación en alguna de las actividades** mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

3.4. El delito fiscal como delito subyacente en el blanqueo de capitales.

Internacionalmente, el blanqueo de capitales se limitó inicialmente a delitos relacionados con el tráfico de drogas. Sin embargo, en los últimos años se ha tendido a definirlo de manera mucho más amplia, tomando en consideración una gama mucho más extensa de delitos. En el caso de España, se ha seguido la tendencia internacional, ampliando sucesivamente el catálogo de delitos fuente. Así, en la Ley 19/1993, se relacionaba el delito de blanqueo de capitales solamente con las actividades delictivas relacionadas con drogas, bandas armadas y organizaciones o grupos terroristas. En la modificación introducida en el año 2003 se definió el blanqueo de una forma más amplia, relacionándolo con los delitos castigados con pena de prisión superior a tres años. Por último, en la Ley 10/2010, el blanqueo de capitales se relaciona con los bienes que procedan de cualquier actividad delictiva, entre la que se incluye la comisión de delitos fiscales, tema que ha sido objeto de intensos debates en el ámbito judicial y doctrinal, en los que predominaba la opinión negativa a dicha inclusión. A pesar de ello, la polémica ya no existe, porque la Ley 10/2010 ha dejado bien claro que la cuota defraudada, en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública, está incluida dentro de los bienes procedentes de los delitos que pueden dar lugar al blanqueo de capitales.

El Real Decreto-Ley 12/2012, de 31 de marzo, regula la llamada **amnistía fiscal**, mediante la presentación de una declaración tributaria especial en la que se pueden aflorar bienes y derechos ocultos, pagando un 10 por 100 de su valor. El plazo para la presentación de dicha declaración fina-

liza el 30 de noviembre. Esta norma ha planteado dudas respecto de la aplicación de la normativa, penal y administrativa, sobre el blanqueo de capitales.

En el ámbito penal, si el contribuyente regularizara su situación tributaria, quedaría exculpa-do del delito contra la Hacienda Pública, pero su conducta supondría una autoinculpación que podría ser objeto de persecución por delito de blanqueo de capitales.

Para facilitar la práctica de la regularización, eliminando la posibilidad de que la misma conllevara responsabilidades penales cuando la cuota resultante fuera superior a 120.000 euros, el propio Real Decreto-Ley 12/2012 modifica el artículo 180 de la Ley General Tributaria (LGT) para exonerar de responsabilidad penal a los obligados tributarios que, con anterioridad a que se les notifique el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, regularicen su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, incluso en el supuesto de que el pago de la deuda tributaria se efectuara una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación.

No obstante, el inicio de la vía judicial en el ámbito tributario puede tener otros orígenes distintos (no solo puede denunciar la Administración Tributaria), por lo que la aplicación de la medida genera algunas que pretende resolver la modificación del Código Penal que se está tramitando en las Cortes Generales. En el proyecto de ley se modifica la llamada excusa absolutoria, en el sentido de que la regularización tributaria se convierte en un elemento del delito, por lo que el contribuyente que regularice su situación no ha cometido el delito fiscal, y, por tanto, no puede existir delito de blanqueo de capitales, ya que el delito previo no ha existido.

En el ámbito administrativo de la prevención del blanqueo de capitales, regulado en la Ley 10/2010, surge la duda de si los asesores fiscales tienen que cumplir la obligación de comunicar como operaciones sospechosas las que conozcan de sus clientes durante el asesoramiento que le requieran sobre la amnistía fiscal. La Secretaria General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía y Competitividad ha emitido una nota en la que manifiesta que, al igual que ocurre con las operaciones financieras vinculadas a otras regularizaciones tributarias, no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deban reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012.

4. LOS ASESORES FISCALES COMO SUJETOS OBLIGADOS

4.1. Actividades profesionales sujetas a la prevención del blanqueo

En la relación de sujetos obligados que figura en el artículo 2 de la Ley 10/2010, figuran las siguientes actividades profesionales, que se considera que podrían ser utilizadas para el blanqueo de dinero:

- Los auditores de cuentas, contables externos o **asesores fiscales**.
- Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

- Los abogados, procuradores u **otros profesionales independientes** cuando participen en la concepción, realización o **asesoramiento de operaciones** por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos (*trusts*), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.
- Las **personas que con carácter profesional** y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable **presten los siguientes servicios** a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicos; ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso (*trust*) expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

Como se puede apreciar, la ley cita en unos casos textualmente a determinadas profesiones, como notarios, asesores fiscales y auditores. En otros, como abogados, procuradores u otros profesionales independientes, dichas actividades profesionales se someten a las obligaciones de la ley, pero solo respecto de determinadas operaciones. Por último, en otros casos, se refiere a determinadas actividades ejercidas con carácter profesional, siendo en este supuesto lo importante el servicio que se presta al cliente, y no la actividad profesional ejercida por quien lo presta, por lo que el abanico de actividades profesionales que puede estar sometido a las obligaciones de la ley es abierto.

4.2. Problemática del secreto profesional

En relación con el secreto profesional, la Ley 10/2010 cita expresamente la obligación de que los abogados lo cumplan, situación que no se reproduce para el resto de profesionales. Por otro lado, la norma no deja dudas respecto de determinadas obligaciones que tienen que cumplir los abogados en relación con la prevención del blanqueo, en función de los diferentes servicios que pueden prestar a sus clientes, y de la compatibilidad de dichas obligaciones con el deber de secreto profesional.

No ocurre lo mismo con el resto de profesionales, entre los que están **los asesores fiscales**, siendo la normativa confusa en este sentido.

La Ley 10/2010 establece en su artículo 22 que **los abogados** —no cita al resto de profesionales— pueden establecer relaciones de negocio y ejecutar operaciones con los clientes, y no están sometidos

a la obligaciones de proporcionar información y de colaborar con el SEPBLAC, con respecto a la **información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso**, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos.

De acuerdo con lo expuesto, surge la duda respecto de si la actividad de los **asesores fiscales**, consistente en el asesoramiento a los clientes sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, o la relativa a su defensa en la jurisdicción administrativa está incluida o no en el ámbito del artículo 22 de la Ley 10/2010, al no citarlo expresamente, como sí hacía la Ley 19/1993, ahora derogada. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de asesoramiento efectuado por un asesor fiscal en un expediente de comprobación tributaria que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 180 de la LGT, se remita al Ministerio Fiscal por haberse apreciado que existen indicios de Delito contra la Hacienda Pública. Aunque el texto de la Ley 10/2010 hace referencia solo a los abogados respecto de la no sujeción a determinadas obligaciones, en todos los antecedentes internacionales se hace referencia a los profesionales, entre los que se incluyen los asesores fiscales, y no solamente a los abogados, por lo que hay que entender que dicho supuesto, de defensa o asesoramiento para la defensa jurídica, abarca también a los asesores fiscales y, por tanto, no tendrían la obligación de proporcionar al SEPBLAC la información obtenida de sus clientes en dicha actividad de defensa jurídica.

En conclusión, las actividades de los asesores fiscales que no están sujetas a las obligaciones de la Ley de blanqueo son solamente aquellas que estén relacionadas con el asesoramiento jurídico, o la defensa de sus clientes, y que tengan como objetivo determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso. Las restantes actividades y operaciones, como el asesoramiento fiscal, no están amparadas por el secreto profesional y, por tanto, los asesores fiscales deben cumplir las obligaciones de información y colaboración que se contemplan en la normativa.

4.3. Consecuencias en el ámbito penal del incumplimiento de las normas administrativas de prevención

Una de las preocupaciones de los profesionales en general, y de los abogados y asesores fiscales en particular, se refiere a las consecuencias que se puedan derivar de una condena de sus clientes en delitos de blanqueo, y, en concreto, si el incumplimiento de determinadas obligaciones relativas a la prevención puede suponer su implicación o condena por delito imprudente, ya que en el artículo 301 del Código Penal, que define el blanqueo de capitales, se establece, en su apartado 3, que si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.

Las obligaciones que la Ley 10/2010 impone a los sujetos obligados, entre los que están los asesores fiscales, y cuyo detalle se expone en el apartado siguiente, son:

1. Identificación formal de los clientes.
2. Identificación del titular real del negocio u operación.
3. Información sobre el propósito e índole de la relación de negocios.
4. Seguimiento continuo de la relación de negocios de los clientes.
5. Examen especial de operaciones complejas, inusuales o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presenten indicios de simulación o fraude.
6. Comunicación de operaciones sospechosas por indicio.
7. Abstención de ejecución en determinadas operaciones.
8. Comunicación sistemática de operaciones.
9. Colaboración con el SEPBLAC.
10. Prohibición de revelación a los clientes de las comunicaciones al SEPBLAC.
11. Conservación de documentos.
12. Aprobación por escrito y aplicación de políticas y procedimientos adecuados.
13. Aprobación de una política expresa de admisión de clientes.
14. Designación de un representante ante el SEPBLAC.
15. Creación de un órgano de control interno.
16. Aprobación de un manual de prevención del blanqueo.
17. Examen anual por un experto externo.
18. Formación de empleados.
19. Protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes.
20. Obligación de declarar movimientos de medios de pago.

En relación con las obligaciones anteriores, conviene precisar que no todo incumplimiento de los deberes y obligaciones legalmente establecidos por la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo, es capaz de generar responsabilidad penal. Así ocurre, por ejemplo, con las obligaciones de conservación de documentos (art. 25), de establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación (art. 26), de examen anual por experto externo (art. 28) y de adoptar las medidas oportunas para la adecuada formación y protección de los empleados de la entidad en esta materia (arts. 29 y 30). Las responsabilidades del incumplimiento de estas obligaciones solo serán exigibles en el procedimiento administrativo sancionador previsto a tal efecto, siendo su falta de cumplimiento intrascendente en el ámbito penal.

Por el contrario, el incumplimiento de otros deberes, como la identificación de los clientes y seguimiento de sus negocios (arts. 3 a 6), la comunicación de las operaciones al SEPBLAC (art. 18), abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 19) y la prohibición de revelación al cliente y a terceros de la comunicación de operaciones al SEPBLAC (art. 24), sí podrían resultar determinantes, bien individualmente bien acumulativamente, para la construcción de la figura imprudente.

Como referencia en nuestra jurisprudencia a la posibilidad de que los sujetos obligados puedan cometer el delito de blanqueo de imprudencia, y a su posible responsabilidad penal, podemos citar la Sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 23 de septiembre de 2010** (STS 4967/2010), en la que se considera probado que el asesor fiscal participó de forma activa en la formación de un entramado societario formado por mercantiles españolas, gibraltareñas y holandesas, contando con apoderamientos amplios para comprar y vender inmuebles en nombre de las mismas. Bajo su asesoramiento, las sociedades son utilizadas para llevar a cabo la labor de ocultación de los bienes adquiridos con los beneficios del tráfico de drogas.

En dicha sentencia se condena al asesor fiscal como autor de un delito consumado de blanqueo de capitales provenientes del narcotráfico perpetrado por profesional por imprudencia grave, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de cinco millones de euros, con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago de tres meses de privación de libertad a cumplir en el centro penitenciario más próximo a su domicilio, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de asesor fiscal, contable y agente inmobiliario durante tres años.

En esta sentencia, se hace referencia, además, a la utilización de la prueba indiciaria y a la necesidad de utilización por los profesionales respecto de la actividad dudosa de sus clientes.

Por último, en relación con los efectos que produce en el ámbito penal el incumplimiento de las obligaciones que impone la normativa administrativa sobre prevención del blanqueo, como comunicar operaciones sospechosas, en la sentencia mencionada se expresa lo siguiente:

*Ley 19/1993, modificada en este punto la Ley 19/2003, se establece un listado de obligaciones dirigidas a un elenco cerrado de personas físicas y jurídicas que se conocen como «sujetos obligados». La Ley 19/2003 incluyó, entre dichos sujetos obligados, a los asesores fiscales. El recurrente venía incumpliendo varias de las obligaciones impuestas a tenor del art. 3 de la Ley 19/1993, según la redacción conferida por la Ley 19/2003 (comunicar al SEPBLAC...). **De cualquier forma, el delito no consiste propiamente en la omisión de esas obligaciones.** Esa obligación de informar de las operaciones sospechosas no convierte al obligado en autor de un delito de blanqueo de capitales por omisión por virtud del art. 11, entre otras razones porque esa omisión no equivale a la acción, según el sentido de la ley. Ahora bien, cuando, como en este caso, se constata una contribución activa a cualquiera de las operaciones descritas en el art. 301, con conocimiento de la finalidad perseguida por el cliente; o con una desidia grave (un mínimo de cautela –y la ley le obliga a esas precauciones– le hubiese alertado), el asesor fiscal, agente mobiliario, o cualquier otro profesional, podrá ser cooperador del delito del*

*cliente o responder por la modalidad imprudente de blanqueo de capitales. No cabe duda del encaje de la conducta del recurrente en el tipo del art. 301.3 en esos casos. Es más, **podría afirmarse que ni siquiera el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley y el reglamento, serían criterio concluyente para excluir su eventual responsabilidad penal**, pues se estaría ante un cumplimiento puramente formal realizado en la confianza de que no se iban a activar los mecanismos de persecución de la actividad supuestamente delictiva. La responsabilidad penal del profesional por participación en operaciones de blanqueo de capitales puede discurrir por senderos diferentes a esas obligaciones administrativas y, en concreto, por contribuir a la actividad blanqueadora, como sucede aquí, pese a existir indicios poderosísimos de que se trataba de bienes y metálico procedentes de actividades ilícitas. **Otra cosa es que el incumplimiento de esas obligaciones administrativas sea un dato que permite apuntalar la convicción de esa responsabilidad, o sobre el que construir la negligencia.***

5. OBLIGACIONES

5.1. Obligaciones respecto de los clientes y sus negocios

La normativa sobre prevención del blanqueo de capitales es muy exigente en determinadas obligaciones que se imponen a los sujetos obligados, ya que estas no se refieren exclusivamente a la verificación de hechos o documentos, sino que, en algunas de ellas, el sujeto obligado tiene que averiguar aspectos subjetivos de sus clientes, como el propósito de los negocios, o si el cliente es el titular real de las operaciones, teniendo que adoptar medidas para efectuar una auténtica labor de investigación para poder cumplir las obligaciones que le impone la nueva Ley de prevención del blanqueo.

La Ley 10/2010, siguiendo el contenido de las Directivas de la UE, distingue tres grupos de medidas de diligencia debida respecto de los clientes y sus negocios: medidas normales, simplificadas y reforzadas.

Dentro de las **medidas normales**, se establecen las obligaciones de identificar formalmente al cliente, identificar al titular real en los supuestos en los que proceda, obtener información del propósito e índole de la relación de negocios y hacer un seguimiento continuo de la relación de negocios.

a) Identificación formal del cliente

Establece la Ley 10/2010 que los sujetos obligados identificarán a cuantas personas físicas o jurídicas pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualesquiera operaciones.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley 19/1993 (RD 925/1995), vigente en tanto no se apruebe el nuevo reglamento, establece que cuando el cliente sea persona física deberá presentar Documento Nacional de Identidad, permiso de residencia expedido por el Ministerio de Interior, pasaporte o documento de identificación válido en el país de procedencia que incorpore fotografía de su titular, todo

ello sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el número de identificación fiscal (NIF) o el número de identificación de extranjeros (NIE), según los casos, de acuerdo con las disposiciones vigentes. Asimismo se deberán acreditar los poderes de las personas que actúen en su nombre.

En el caso de personas jurídicas, deberán presentar documento fehaciente acreditativo de su denominación, forma jurídica, domicilio y objeto social, sin perjuicio de la obligación que proceda de comunicar el NIF. Asimismo se deberán acreditar los poderes de las personas que actúen en su nombre.

b) Identificación del titular real del negocio u operación

Los sujetos obligados identificarán al titular real y adoptarán medidas adecuadas a fin de comprobar su identidad con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones.

Esta obligación requiere en la práctica que el sujeto obligado no se tiene que limitar a verificar la documentación aportada por el cliente que comparece en las operaciones, sino que ha de adoptar las «medidas adecuadas» para tratar de averiguar si dicho cliente es verdaderamente el titular de la operación. Si esto es difícil, lo es aún más si, como establece la normativa, lo ha de hacer con carácter previo al inicio de las operaciones. No hay que olvidar que en el artículo 7 de la ley se dice que los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo mediante un previo análisis de riesgo, que en todo caso deberá constar por escrito.

La Ley 10/2010 define en su artículo 4 quién es titular real en los siguientes términos:

- a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones.
- b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por 100 del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la UE o de países terceros equivalentes.
- c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por 100 o más de los bienes de un instrumento o persona jurídicos que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aún por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos.

En la práctica, la identificación del titular real en algunos supuestos puede resultar fácil verificando determinada documentación, pero en otros esta va a ser una de las medidas más difíciles de cumplir por los sujetos obligados, ya que a veces solamente se podrá averiguar el titular real haciendo una verdadera investigación, ya que el cliente «aparente» no va a colaborar en identificar al titular real.

c) *Información sobre el propósito e índole de la relación de negocios*

Establece la Ley 10/2010 que los sujetos obligados obtendrán información sobre el propósito e índole prevista de la relación de negocios. En particular, los sujetos obligados recabarán de sus clientes información a fin de conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y adoptarán medidas dirigidas a comprobar razonablemente la veracidad de dicha información.

La obligación se refiere a las siguientes actividades:

- **Obtener información sobre el propósito del negocio.** Esta actividad depende, entre otras cuestiones, del tipo de actividad que desarrolle el sujeto obligado. A título de ejemplo, el propósito puede ser totalmente diferente en actividades como es la bancaria, en la que suele existir una relación con el cliente continuada en el tiempo, en relación con otras de carácter ocasional, como pueden ser los clientes de notarios, o de comercios, que pueden ser ocasionales o habituales.
- **Conocer la naturaleza de la actividad del cliente.** Será fácil de obtener en el caso de las personas jurídicas, ya que siempre se tendrá la información del Registro Mercantil, y más difícil en el caso de personas físicas.
- **Adoptar medidas para comprobar la veracidad de la información.** Esta actividad es consecuencia de las dos anteriores, y supone que los sujetos obligados tienen que efectuar una actividad de investigación. No se han de limitar, por tanto, a obtener la información del cliente, sino que, además, se deben obtener documentos e información ajena al propio cliente para verificar algo tan subjetivo como el propósito o índole de la relación de negocios.

Esta obligación, al contrario que otras ya expuestas, puede ser *formalmente* cumplida por el sujeto obligado, ya que el texto de la ley dice que los sujetos obligados obtendrán información y recabarán de sus clientes información para conocer la naturaleza de la actividad a realizar. Sin embargo, en determinados supuestos resultará difícil adoptar medidas encaminadas a comprobar la veracidad de la información suministrada por el cliente, sobre todo si dicho cliente no realiza ninguna actividad empresarial o profesional.

Entre los documentos que se podrían solicitar al cliente para cumplir esta obligación, se pueden señalar los siguientes:

- **Clientes personas físicas:**

Nóminas.

Recibos de pago del régimen de autónomos de la Seguridad Social.

Modelo 036/037 de declaración censal presentado a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT).

Declaración del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE).

Declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) (mensuales o trimestrales, y la declaración resumen anual).

Declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Justificación documental en el caso de que manifiesten depender de otros miembros familiares.

- **Cientes personas jurídicas:**

Modelo 036/037 de declaración censal presentado a la AEAT.

Declaraciones del IVA (mensuales o trimestrales, y la declaración resumen anual).

Declaración del Impuesto sobre Sociedades.

Cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil.

d) Seguimiento continuo de la relación de negocios de los clientes

Los sujetos obligados aplicarán medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga el sujeto obligado del cliente y de su perfil empresarial y de riesgo, incluido el origen de los fondos y garantizar que los documentos, datos e información de que se disponga estén actualizados.

Consecuencias de la falta de aplicación de las medidas

Los sujetos obligados no establecerán relaciones de negocio ni ejecutarán operaciones cuando no puedan aplicar las medidas de diligencia debida reguladas en la Ley 10/2010. Cuando se aprecie la imposibilidad en el curso de la relación de negocios, los sujetos obligados pondrán fin a la misma, procediendo a realizar un examen especial de la operación, y reseñando por escrito los resultados del mismo.

La negativa a establecer relaciones de negocio o a ejecutar operaciones, o la terminación de la relación de negocios por imposibilidad de aplicar las medidas de diligencia debida previstas en la ley, no conllevará, salvo que medie enriquecimiento injusto, ningún tipo de responsabilidad para los sujetos obligados.

Dentro del grupo de **medidas simplificadas**, se establecen una serie de supuestos en los que se autoriza a los sujetos obligados a no aplicar las medidas normales a determinados clientes, respecto de los que se considera que comportan un escaso riesgo de blanqueo de capitales. Asimismo, se establecen medidas simplificadas de diligencia debida respecto de determinados productos u operaciones, estableciendo en algunos supuestos límites cuantitativos.

Por último, se establecen una serie de **medidas reforzadas** de diligencia debida, que podrán ser ampliadas cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la ley, en supuestos que pueden pre-

sentar un mayor riesgo para el blanqueo de capitales, como son la actividad de banca privada, los servicios de envío de dinero, las operaciones de cambio de moneda extranjera, las relaciones de negocio y operaciones no presenciales, las relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza, las relaciones con personas con responsabilidad pública, o los productos u operaciones propicias al anonimato y nuevos desarrollos tecnológicos. Establece, además, la Ley 10/2010 que reglamentariamente podrán concretarse las medidas reforzadas de diligencia debida exigibles en las áreas de negocio o actividades que presenten un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

5.2. Examen de operaciones sospechosas y comunicación al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo (SEPBLAC)

A) Examen especial de operaciones sospechosas

Según el artículo 17 de la Ley 10/2010, los sujetos obligados examinarán con especial atención cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, reseñando por escrito los resultados del examen. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de simulación o fraude.

En relación con esta obligación hay que señalar las dificultades que van a tener los sujetos obligados para apreciar cuándo una operación se puede calificar de compleja, inusual, o sin propósito económico o lícito aparente, o en la que exista indicios de simulación o fraude. En muchas ocasiones dichas circunstancias no constan documentalmente, por lo que se deja a criterio del sujeto obligado apreciar cuándo se producen.

Según dispone el artículo 5.1 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, vigente hasta que no se desarrolle reglamentariamente la ley, el procedimiento interno de cada sujeto obligado determinará expresamente qué operaciones deben reputarse complejas, inusuales o sin propósito económico o lícito.

B) Comunicación al SEPBLAC

Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al SEPBLAC cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial mencionado, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

En particular, se comunicarán al SEPBLAC las operaciones que, en relación con las actividades que se consideran blanqueo de capitales, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo 17 de la Ley 10/2010 no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones.

Las comunicaciones a que se refiere el apartado precedente se efectuarán sin dilación y contendrán, en todo caso, la siguiente información:

- a) Relación e identificación de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y concepto de su participación en ella.
- b) Actividad conocida de las personas físicas o jurídicas que participan en la operación y correspondencia entre la actividad y la operación.
- c) Relación de operaciones vinculadas y fechas a que se refieren con indicación de su naturaleza, moneda en que se realizan, cuantía, lugar o lugares de ejecución, finalidad e instrumentos de pago o cobro utilizados.
- d) Gestiones realizadas por el sujeto obligado comunicante para investigar la operación comunicada.
- e) Exposición de las circunstancias de toda índole de las que pueda inferirse el indicio o certeza de relación con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo o que pongan de manifiesto la falta de justificación económica, profesional o de negocio para la realización de la operación.
- f) Cualesquiera otros datos relevantes para la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo que se determinen reglamentariamente.

En el caso de operaciones meramente intentadas, el sujeto obligado registrará la operación como no ejecutada, comunicando al SEPBLAC la información que se haya podido obtener.

Forma de cumplimentar la obligación

La comunicación de operaciones sospechosas se ha de reflejar en el modelo oficial, disponible en la página web del SEPBLAC.

5.3. Abstención de ejecución en determinadas operaciones

Establece el artículo 19 de la Ley 10/2010 que los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo 17 de la ley, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Esta obligación de abstención es independiente de la obligación de los sujetos obligados de abstenerse cuando no se puedan aplicar las medidas de diligencia debida con los clientes.

Forma de actuar cuando no se pueda cumplir dicha obligación

Establece la Ley 10/2010 que cuando la abstención no sea posible o pueda dificultar la investigación, los sujetos obligados podrán ejecutar la operación, efectuando inmediatamente una comu-

nicación al SEPBLAC. Dicha comunicación expondrá, además de la información a que se refiere dicho artículo, los motivos que justificaron la ejecución de la operación.

Esta exigencia nueva es muy importante, ya que arroja sobre las empresas y profesionales una gran responsabilidad en la profesionalización de las personas que deberán encargarse del examen especial de operaciones, porque deberán razonar ante el SEPBLAC el porqué de la no abstención cuando esta se produzca.

5.4. Prohibición de revelación a los clientes de las comunicaciones al SEPBLAC

Los sujetos obligados y sus directivos o empleados no revelarán al cliente ni a terceros que se ha comunicado información al SEPBLAC, o que se está examinando, o puede examinarse, alguna operación por si pudiera estar relacionada con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo. Esta prohibición no incluirá la revelación a las autoridades competentes, incluidos los órganos centralizados de prevención, o la revelación por motivos policiales en el marco de una investigación penal.

Cuando los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales, y los abogados, procuradores u otros profesionales independientes intenten disuadir a un cliente de una actividad ilegal, ello no constituirá revelación a efectos de lo dispuesto anteriormente.

5.5. Comunicación sistemática de operaciones

Establece la Ley 10/2010 que en todo caso los sujetos obligados comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión con la periodicidad que se determine las operaciones que se establezcan reglamentariamente.

De acuerdo con el artículo 7.2 del Reglamento de la Ley 19/1993, los sujetos obligados del régimen general (las entidades financieras) comunicarán **mensualmente** al Servicio Ejecutivo las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador librados por entidades de crédito, con excepción de las que sean objeto de abono o cargo en la cuenta de un cliente, por importe superior a 30.000 euros o su contravalor en moneda extranjera. En el supuesto de personas físicas o jurídicas que ejerzan la actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, sea o no como actividad principal, comunicarán al Servicio Ejecutivo las operaciones que lleven aparejado movimiento físico de moneda metálica, billetes de banco, cheques de viaje, cheques u otros documentos al portador por importe superior a 3.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

En principio, esta obligación afecta a todos los sujetos obligados, pero dado que el actual reglamento impone la obligación solamente a los sujetos pertenecientes al sector financiero, y que la Ley 10/2010 establece que reglamentariamente podrá exceptuarse de la obligación de comunicación siste-

mática de operaciones a determinadas categorías de sujetos obligados, ha de entenderse que los asesores fiscales no están sometidos a esta obligación, a resultas de lo que se establezca en el nuevo reglamento. Así lo ha confirmado el SEPBLAC en una nota publicada en su página web, en la que manifiesta que esta obligación solamente afecta a los sujetos obligados pertenecientes al sector financiero.

5.6. Obligación de colaboración con el SEPBLAC

La Ley 10/2010 establece las siguientes obligaciones de los sujetos obligados en sus relaciones con el SEPBLAC:

1. Facilitar documentación e información que le solicite. Para ello, los sujetos obligados establecerán, en el marco de las medidas de control interno, sistemas que les permitan responder de forma completa y diligente a las solicitudes de información que les curse el SEPBLAC, sus órganos de apoyo u otras autoridades legalmente competentes sobre si mantienen o han mantenido a lo largo de los diez años anteriores relaciones de negocios con determinadas personas físicas o jurídicas y sobre la naturaleza de dichas relaciones.
2. Atender los requerimientos efectuados por el SEPBLAC, dentro del ejercicio de las funciones legales que le atribuye la ley.
3. Deber de reserva respecto de las comunicaciones recibidas del SEPBLAC. El SEPBLAC podrá informar a los sujetos obligados respecto del curso dado a las comunicaciones, pero la información que dicho órgano facilite a los sujetos obligados tendrá carácter confidencial, debiendo sus receptores guardar la debida reserva.
4. Facilitar las actividades de supervisión e inspección del SEPBLAC.
5. Atender los requerimientos efectuados por el SEPBLAC sobre medidas correctoras después de una inspección.
6. Deber de reserva respecto de los informes o requerimientos solicitados por el SEPBLAC a los sujetos obligados.

5.7. Conservación de documentos

Los sujetos obligados conservarán durante un **periodo mínimo de diez años** la documentación en que se formalice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 10/2010.

Los documentos que se han de conservar son los siguientes:

- a) **Copia** de los documentos exigibles en aplicación de las medidas de diligencia debida, durante un periodo mínimo de diez años desde la terminación de la relación de negocios o la ejecución de la operación.

- Los relativos a la identificación formal, en todos los casos.
 - Los relativos a la identificación del titular real, en los casos en los que sea necesaria.
 - Los relativos a la averiguación del propósito e índole de la relación de negocios, en los casos en los que sea necesario.
 - Los relativos al seguimiento continuo de la relación de negocios, en los casos en los que sea necesario.
- b) **Original o copia con fuerza probatoria** de los documentos o registros que acrediten adecuadamente las operaciones, los intervinientes en las mismas y las relaciones de negocio, durante un periodo mínimo de diez años desde la ejecución de la operación o la terminación de la relación de negocios.
- Los relativos a las operaciones.
 - Los relativos a las personas que intervienen en las mismas.
 - Los relativos a las relaciones de negocio.

Establece la Ley 10/2010 que los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, **almacenarán las copias de los documentos de identificación** en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos que garanticen su integridad, la correcta lectura de los datos, la imposibilidad de manipulación y su adecuada conservación y localización. En la disposición final séptima de la ley se establece que esta obligación de almacenar las copias de los documentos de identificación en soportes ópticos, magnéticos o electrónicos, entrará en vigor a los dos años de la publicación de la Ley en el BOE, es decir, el día 29 de abril de 2012.

La Ley 10/2010 no regula el lugar de conservación, por lo que habrá que estar al desarrollo reglamentario que se produzca.

5.8. Medidas de control interno

Como medidas de control interno, la Ley 10/2010 establece que los sujetos obligados deberán adoptar las siguientes: aprobación por escrito y aplicación de políticas y procedimientos adecuados, aprobación por escrito de la política expresa de admisión de clientes, designación de un representante ante el SEPBLAC, creación de un órgano de control interno y la aprobación de un manual de prevención del blanqueo.

Se exponen a continuación las características de cada una de dichas medidas:

- **Obligación de aprobar por escrito y aplicar medidas y procedimientos**

Establece la Ley 10/2010 que los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados

en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

El artículo 11.1 del reglamento de la ley anterior establece que los sujetos obligados que sean bien personas jurídicas, bien establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados sea superior a 25, establecerán procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para conocer, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Por tanto, estarán excluidos de esta obligación aquellas empresas o profesionales que ejerzan la actividad como personas físicas y cuyo número de empleados sea inferior a 25.

- **Aprobación de una política expresa de admisión de clientes**

Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán una política expresa de admisión de clientes. Dicha política incluirá una descripción de aquellos tipos de clientes que podrían presentar un riesgo superior al riesgo promedio en función de los factores que determine el sujeto obligado, de acuerdo con los estándares internacionales aplicables en cada caso. La política de admisión de clientes será gradual, adoptándose precauciones reforzadas respecto de aquellos clientes que presenten un riesgo superior al riesgo promedio.

Cuando exista un órgano centralizado de prevención de las profesiones colegiadas sujetas a la ley, como en el caso de los notarios, corresponderá al mismo la aprobación por escrito de la política expresa de admisión de clientes.

- **Creación de un órgano de control interno**

Los sujetos obligados establecerán un órgano adecuado de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación.

Al frente de cada uno de los órganos de control interno existirá un representante del sujeto obligado ante el SEPBLAC, que será el encargado de transmitir a este la información y de recibir las solicitudes y requerimientos de aquel.

El artículo 11.2 del reglamento de la ley anterior establece que en los casos en que los sujetos obligados sean establecimientos o empresarios individuales cuyo número de empleados no sea superior a 25 el titular de la actividad desempeñará las funciones de órgano de control interno y de comunicación.

Para el ejercicio de sus funciones el órgano de control interno deberá contar con los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios.

Establece la Ley 10/2010 que reglamentariamente se determinará la exigencia, para determinadas categorías de sujetos obligados, de constitución de unidades técnicas para el tratamiento y análisis de la información.

Los órganos de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo operarán, en todo caso, con separación funcional del departamento o unidad de auditoría interna del sujeto obligado.

- **Designación de un representante ante el SEPBLAC**

Los sujetos obligados designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad. En el caso de empresarios o profesionales individuales será representante ante el SEPBLAC el titular de la actividad.

Para el ejercicio de sus funciones el representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión deberá contar con los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios.

El representante ante el SEPBLAC será la persona que comparecerá en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales en relación con los datos recogidos en las comunicaciones al SEPBLAC o cualquier otra información complementaria que pueda referirse a aquellas cuando se estime imprescindible obtener la aclaración, complemento o confirmación del propio sujeto obligado.

- **Aprobación de un manual de prevención del blanqueo**

Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, deberán aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno.

Para el ejercicio de su función de supervisión e inspección, el manual estará a disposición del SEPBLAC, que podrá proponer la formulación de requerimientos instando a los sujetos obligados a adoptar las medidas correctoras oportunas.

Los sujetos obligados podrán remitir voluntariamente su manual al SEPBLAC, a efectos de que por este se determine la adecuación de las medidas de control interno establecidas, o que se propongan establecer. La conformidad del manual con las recomendaciones formuladas por el SEPBLAC permitirá entender cumplida la obligación establecida.

5.9. Examen anual por un experto externo

Establece el artículo 28 de la Ley 10/2010 que serán objeto de examen anual por un experto externo las medidas de control interno mencionadas en los apartados anteriores, **no siendo exigible esta obligación a los empresarios o profesionales individuales.**

Los resultados del examen serán consignados en un informe escrito que describirá detalladamente las medidas de control interno existentes, valorará su eficacia operativa y propondrá, en su caso, eventuales rectificaciones o mejoras. No obstante, en los dos años sucesivos a la emisión del informe podrá este ser sustituido por un informe de seguimiento emitido por el experto externo, refe-

rido exclusivamente a la adecuación de las medidas adoptadas por el sujeto obligado para solventar las deficiencias identificadas.

5.10. Obligaciones en relación con los empleados

- **Obligación de formar a los empleados**

Los sujetos obligados adoptarán las medidas oportunas para que sus empleados tengan conocimiento de las exigencias derivadas de la Ley 10/2010.

La formación incluirá la participación debidamente acreditada de los empleados en cursos específicos de formación permanente orientados a detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo e instruirles sobre la forma de proceder en tales casos. Las acciones formativas serán objeto de un plan anual que, diseñado en función de los riesgos del sector de negocio del sujeto obligado, será aprobado por el órgano de control interno.

- **Protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes**

La Ley 10/2010 establece que los sujetos obligados adoptarán las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno.

Toda autoridad o funcionario tomará las medidas apropiadas a fin de proteger frente a cualquier amenaza o acción hostil a los empleados, directivos o agentes de los sujetos obligados que comuniquen indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

6. RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LEY 10/2010 DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS

6.1. Infracciones

El cuadro resumen de las principales infracciones tipificadas en la Ley 10/2010 y su calificación es el siguiente:

Artículo	Obligación	Circunstancias	Sanción
3	Identificación formal	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado	Leve
		Resto de circunstancias	Grave
.../...			

Artículo	Obligación	Circunstancias	Sanción
.../...			
4	Identificación del titular real	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
5	Obtener información sobre el propósito e índole de la relación de negocios	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
6	Aplicar medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
7	Aplicar medidas de diligencia debida a los clientes existentes	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
7.3	Establecimiento o mantenimiento de relaciones de negocio, o la ejecución de operaciones prohibidas		Grave
11 a 16	Aplicar medidas reforzadas de diligencia debida	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
17	Examen especial de determinadas operaciones		Grave
18	Comunicación por indicio de operaciones	Cuando algún directivo o empleado del sujeto obligado hubiera puesto de manifiesto internamente la existencia de indicios o la certeza de que un hecho u operación estaba relacionado con el blanqueo de capitales Resto de circunstancias	Muy grave Grave
19	Abstención de ejecución en operaciones		Grave
20	Comunicación sistemática		Grave
21	Colaboración con el SEPBLAC	Cuando medie requerimiento escrito de la Comisión Cuando medie requerimiento escrito de uno de los órganos de apoyo de la Comisión	Muy grave Grave
.../...			

Artículo	Obligación	Circunstancias	Sanción
.../...			
24	Prohibición de revelación		Muy grave
25	Conservación de documentos	No concurren indicios o certeza de blanqueo, o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave
26.1	Aprobar por escrito y aplicar políticas y procedimientos adecuados de control interno		Grave
26.1	Aprobar por escrito y aplicar una política expresa de admisión de clientes		Grave
26.2	Comunicar al SEPBLAC la propuesta de nombramiento del representante del sujeto obligado		Grave
26.2	Negativa a atender los reparos u observaciones formulados en relación con el nombramiento de representante		Grave
26.2	Establecer órganos adecuados de control interno, con inclusión, en su caso, de las unidades técnicas		Grave
26.2	Dotar al representante ante el SEPBLAC de los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios para el ejercicio de sus funciones		Grave
26.2	Dotar al órgano de control interno de los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios para el ejercicio de sus funciones		Grave
26.3	Adoptar las medidas correctoras en el manual de prevención comunicadas por requerimiento del Comité Permanente	Cuando concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento Cuando no concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Muy grave Grave
26.3	Aprobar y mantener a disposición del SEPBLAC un manual adecuado y actualizado de prevención del blanqueo de capitales		Grave
28	Examen por experto externo		Grave
29	Formación de empleados		Grave
30.1	Adoptar las medidas adecuadas para mantener la confidencialidad sobre la identidad de los empleados, directivos o agentes que hayan realizado una comunicación a los órganos de control interno		Grave
.../...			

Artículo	Obligación	Circunstancias	Sanción
.../...			
31.1	Aplicar las medidas de prevención de blanqueo respecto de las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países		Grave
31.2	Cumplimiento del requerimiento del SEP-BLAC para aplicar medidas adicionales respecto de filiales en terceros países	Cuando concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Muy grave
		Cuando no concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Grave
34	Declaración de movimientos de medios de pago		Grave
39	Obligaciones establecidas para las Fundaciones o Asociaciones		Grave
41	Obligaciones relativas al envío de dinero	Cuando medie requerimiento escrito de la Comisión	Muy grave
		Cuando no medie requerimiento escrito de la Comisión	Grave
42	Aplicar contramedidas financieras internacionales		Grave
43	Declarar la apertura o cancelación de cuentas corrientes, cuentas de ahorros, cuentas de valores y depósitos a plazo		Grave
44.2	Cumplimiento de requerimientos efectuados por el SEPBLAC	Cuando concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Muy grave
		Cuando no concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Grave
46.2	Deber de reserva respecto de las comunicaciones recibidas del SEPBLAC		Muy grave
47	Resistencia u obstrucción a la labor inspectora	Siempre que medie requerimiento del personal actuante expreso y por escrito al respecto	Muy grave
		Cuando no haya mediado requerimiento del personal actuante expreso y por escrito al respecto	Grave
47.3	Cumplimiento de requerimientos efectuados por el SEPBLAC sobre medidas correctoras después de una inspección	Cuando concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Muy grave
		Cuando no concorra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento	Grave
/			

Artículo	Obligación	Circunstancias	Sanción
.../...			
49.2 e)	Deber de reserva respecto de los informes o requerimientos solicitados por el SEPBLAC		Muy grave
DT 7. ^a	Aplicar medidas de diligencia debida a los clientes existentes	No concurren indicios o certeza de blanqueo o el incumplimiento es meramente ocasional o aislado Resto de circunstancias	Leve Grave

6.2. Sanciones

Las sanciones que se contemplan en la Ley 10/2010 por las infracciones cometidas son las siguientes:

1. Sanciones por infracciones muy graves

Las sanciones que se pueden imponer son las siguientes:

• Sanciones al sujeto infractor

Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá obligatoriamente multa cuyo importe mínimo será de 150.000 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5 por 100 del patrimonio neto del sujeto obligado, el duplo del contenido económico de la operación, o 1.500.000 euros.

Además, se impondrá simultáneamente alguna de las siguientes:

- Amonestación pública.
- Tratándose de entidades sujetas a autorización administrativa para operar, la revocación de esta.

• Sanciones a los cargos de administración o dirección

Además de la sanción que corresponda imponer al sujeto obligado por la comisión de infracciones muy graves, se podrá imponer a quienes ejerzan cargos de administración o dirección y fueran responsables de la infracción multa a cada uno de ellos por importe de entre 60.000 y 600.000 euros. Además, se podrá imponer simultáneamente la sanción consistente en la separación del cargo, con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad, o en cualquier entidad, por un plazo máximo de diez años.

2. Sanciones por infracciones graves

Las sanciones que se pueden imponer son las siguientes:

- **Sanciones al sujeto infractor**

Por la comisión de infracciones graves se impondrá obligatoriamente multa cuyo importe mínimo será de 60.001 euros y cuyo importe máximo podrá ascender hasta la mayor de las siguientes cifras: el 1 por 100 del patrimonio neto del sujeto obligado, el tanto del contenido económico de la operación, más un 50 por 100, o 150.000 euros. Además, se impondrá simultáneamente alguna de las siguientes:

- a) Amonestación privada.
- b) Amonestación pública.

- **Sanciones a los cargos de administración o dirección**

Además de la sanción que corresponda imponer al sujeto obligado por la comisión de infracciones graves, se podrá imponer a quienes ejerzan cargos de administración o dirección y fueran responsables de la infracción multa a cada uno de ellos por un importe mínimo de 3.000 euros y máximo de hasta 60.000 euros. Además, se podrán imponer simultáneamente las sanciones consistentes en amonestación privada, amonestación pública o la suspensión temporal en el cargo por plazo no superior a un año.

3. Sanciones por infracciones leves.

Las sanciones que se pueden imponer son la amonestación privada y multa por importe de hasta 60.000 euros.

6.3. Criterios de graduación de las sanciones

Criterios en general.

Las sanciones se graduarán atendiendo a las siguientes circunstancias:

- a) La cuantía de la operación o las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de las omisiones o actos constitutivos de la infracción.
- b) La circunstancia de haber procedido o no a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

- c) Las sanciones firmes en vía administrativa por infracciones de distinto tipo impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años con arreglo a esta ley.

En todo caso, se graduará la sanción de modo que la comisión de las infracciones no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

6.4. Criterios para las infracciones a imponer a cargos de administración o dirección de los sujetos obligados

Para determinar la sanción aplicable, se tomarán en consideración las siguientes circunstancias:

- a) El grado de responsabilidad o intencionalidad en los hechos que concurra en el interesado.
- b) La conducta anterior del interesado, en la entidad inculpada o en otra, en relación con las exigencias previstas en esta ley.
- c) El carácter de la representación que el interesado ostente.
- d) La capacidad económica del interesado, cuando la sanción sea multa.

7. CONCLUSIONES

El asesor fiscal figura en la relación de sujetos obligados que tienen que cumplir la normativa sobre prevención del blanqueo, Ley 10/2010. Aunque no se haya producido el desarrollo reglamentario, todas las obligaciones están vigentes.

Las obligaciones que impone dicha norma, sobre todo las relativas a comunicar operaciones sospechosas de blanqueo al órgano supervisor, el SEPBLAC, priman sobre el secreto profesional, y su incumplimiento podrían dar lugar a responsabilidad penal, por considerar que el asesor ha cometido también el delito de blanqueo por imprudencia.

El asesor fiscal ha de cumplir, con carácter general, todas las obligaciones reguladas en la Ley 10/2010. En concreto, tiene que cumplir las medidas de identificación y seguimiento de los clientes y sus negocios, comunicar las operaciones sospechosas al SEPBLAC, abstenerse de intervenir –o rechazar al cliente– en operaciones sospechosas de blanqueo, colaborar con el SEPBLAC, conservar los documentos durante diez años, establecer medidas de control interno, someterse al examen de un experto externo y formar a los empleados.

No obstante, las obligaciones relativas al control interno se simplifican cuando la actividad se ejerce como profesional individual, y se tiene menos de 25 trabajadores, y la obligación de someter-

se al examen de experto externo no obliga a los profesionales individuales. Así mismo, en el momento actual no está sujeto a la obligación de presentar una comunicación sistemática de operaciones, de carácter mensual y en función, principalmente, del importe, en tanto no se apruebe el nuevo reglamento.

Por último, el régimen sancionador de la Ley 10/2010 impone severas sanciones pecuniarias y no pecuniarias, tanto a los sujetos obligados como a sus cargos de administración o dirección, en el caso de incumplimiento de las obligaciones reguladas en dicha norma.

RIESGO OPERATIVO Y CRISIS EN EL SECTOR CERÁMICO ESPAÑOL

LUIS MARTÍNEZ ISACH

*Exdirector de control de gestión de la división
cerámica y sanitarios del Grupo Uralita
Profesor en el Máster en Financiación y Contabilidad.
Universidad Jaume I.*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Ana María MARTÍNEZ PINA, don Vicente CON-DOR LÓPEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Carlos PUIG DE TRAVY y don Rafael CÁMARA RODRÍGUEZ-VALENZUELA.

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

Extracto:

EL objetivo de este artículo es analizar el efecto del riesgo operativo sobre el riesgo de crédito. Para ello, se utiliza una muestra de empresas no cotizadas que operan en el sector cerámico español para el periodo 1997-2008. Considero que este sector constituye un interesante experimento natural por dos razones: a) sufrió un *shock* inesperado de demanda posterior al pinchazo de la burbuja inmobiliaria en España, y b) la tecnología de producción es intensiva en capital generando un alto grado de apalancamiento operativo en las empresas del sector. La evidencia empírica aportada en este trabajo, que se basa en dos medidas alternativas del grado de apalancamiento operativo de las empresas (DOL), sugiere que: a) el DOL aumenta significativamente la volatilidad del resultado, y b) el DOL guarda una relación positiva y significativa con la probabilidad de quiebra.

Palabras clave: riesgo operativo, volatilidad del resultado, fracaso empresarial y crisis financiera.

OPERATING LEVERAGE AND CRISIS IN THE SPANISH CERAMIC TILE INDUSTRY

LUIS MARTÍNEZ ISACH

*Exdirector de control de gestión de la división
cerámica y sanitarios del Grupo Uralita
Profesor en el Máster en Financiación y Contabilidad.
Universidad Jaume I.*



Este trabajo ha obtenido el 2.º **Premio Estudios Financieros 2012** en la modalidad de **CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña Ana María MARTÍNEZ PINA, don Vicente CON-DOR LÓPEZ, doña María Antonia GARCÍA BENAÚ, don Carlos PUIG DE TRAVY y don Rafael CÁMARA RODRÍGUEZ-VALENZUELA.

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

Abstract:

THE aim of this paper is to analyze the effects of operating leverage on a firm's credit risk. To do so, I use a sample of non-listed firms belonging to the Spanish tile industry for the period 1997-2008. I view this industry as a significant natural experiment because of two reasons: a) firms suffered an unexpected negative demand shock subsequent to the burst of the construction bubble in Spain, and b) prior to the crisis, firms used capital intensive technologies, which increased their degree of operating leverage (DOL). The empirical evidence reported in this paper, based on two alternative indicators of DOL, suggests that: a) the higher the DOL the higher the volatility of earnings, and b) the higher the DOL the higher the likelihood of a firm to go bankrupt.

Keywords: operating leverage, earnings volatility, bankruptcy and financial crisis.

Sumario

1. Introducción.
2. El *cluster* azulejero ante la crisis global.
 - 2.1. La cerámica en España: una historia de éxito.
 - 2.2. El sector cerámico tras el estallido de la burbuja inmobiliaria: respuestas tardías ante una crisis inesperada.
 - 2.3. Factores agravantes de la crisis.
3. Descripción de la muestra.
 - 3.1. El tamaño de las empresas.
 - 3.2. Los subsectores de actividad: entrada y salida de empresas durante el periodo analizado.
4. Los gastos fijos en el sector cerámico español
 - 4.1. Gastos fijos y riesgo operativo en la industria cerámica.
 - 4.2. Estimación de los gastos fijos por empresa.
 - 4.3. Gastos fijos por naturaleza y subsector de actividad.
 - 4.4. Gastos fijos totales, producción y riesgo operativo.
5. Estimación directa del riesgo operativo (DOL).
 - 5.1. Procedimiento de estimación.
 - 5.2. El grado de apalancamiento operativo (DOL) en el *cluster* azulejero.
 - 5.3. Incremento del riesgo operativo en la última década.
6. Efectos del riesgo operativo: variabilidad del resultado y probabilidad de quiebra.
 - 6.1. Gastos fijos y variabilidad del resultado.
 - 6.2. Riesgo operativo y variabilidad del resultado.
7. Concursos de acreedores y apalancamiento operativo en la industria cerámica.
 - 7.1. Hacia el concurso de acreedores: anatomía del fracaso empresarial en el sector cerámico.
 - 7.2. Análisis multivariante del fracaso empresarial: estimación de un modelo LOGIT.
8. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Cualquier analista que hubiera estudiado la situación económico-financiera del sector de esmaltes y el sector cerámico a 31 de diciembre de 2006 habría concluido que ambos sectores constituían una historia de éxito empresarial sin precedentes.

Con una producción equivalente al 7,8 por 100 de la producción mundial, el sector cerámico español era el segundo productor a escala internacional y el tercero en cuanto a la cifra de exportación. La rentabilidad media de las empresas, medida en términos de EBITDA sobre cifra neta de negocios, se situaba en torno a un 12 por 100, lo cual favorecía la renovación continua del equipamiento tecnológico, sin recurrir a fuentes de financiación externas. Por su parte, el sector de esmaltes ocupaba la primera posición mundial en términos de producción y exportaciones, después de registrar un crecimiento espectacular desde 1997. Al igual que en el sector cerámico, las empresas esmalteras obtenían una elevada rentabilidad sobre activos que reinvertían en el propio negocio. Hasta un 60 por 100 del *cash-flow* neto del ejercicio se aplicaba a la adquisición de bienes de equipo.

Nadie habría podido intuir que una posición aparentemente tan sólida escondía importantes debilidades que pondrían en riesgo la viabilidad de ambos sectores tras el estallido de la burbuja inmobiliaria registrado en 2007. En tan solo dos años, la producción del sector cerámico español se contrae un 37 por 100; las exportaciones disminuyen un 30 por 100; y se destruye el 40 por 100 de los puestos de trabajo en el sector. El EBITDA medio sobre cifra neta de negocios queda reducido al 7 por 100, de modo que el 41 por 100 de las empresas entra en pérdidas en el ejercicio 2008. A finales de 2010, las sociedades extinguidas o en situación concursal ascienden al 23 por 100 del total. En el sector de esmaltes, la evolución es algo menos dramática, aunque los datos también son preocupantes. Las ventas caen un 39 por 100 en el mercado nacional y un 12 por 100 en el mercado de exportación. Las empresas del sector destruyen el 13 por 100 de los puestos de trabajo.

Indudablemente, el agotamiento del ciclo expansivo de la construcción, que se produce en paralelo a la crisis financiera internacional, afecta gravemente al sector cerámico español. Sin embargo, no todas las empresas digieren por igual el *shock* externo provocado por la crisis: algunas saben ajustar su estructura productiva a las nuevas circunstancias, mientras otras se ven abocadas a la extin-

ción o el concurso de acreedores. Entender las razones de este comportamiento diferencial equivale a comprender por qué el sector cerámico en su conjunto ha sufrido de un modo tan intenso los embates de la crisis. Este es básicamente el objetivo de este trabajo.

Este estudio plantea la hipótesis de que la reacción del sector cerámico a la crisis viene condicionada por una continua acumulación de riesgos operativos en la fase de expansión. Debido a las características socioeconómicas del *cluster* azulejero, las empresas optan por un crecimiento endógeno, que trata de mantener el statu quo de cada productor en la comunidad. Este modelo de crecimiento fomenta el incremento de los costes fijos más allá del crecimiento de la producción y de los márgenes de explotación. A la postre, la acumulación de costes fijos exacerba los problemas inherentes a la caída de la demanda, poniendo en peligro la supervivencia de las empresas.

Para contrastar esta hipótesis, se utiliza la base de datos SABI que contiene las cuentas anuales depositadas en los Registros Mercantiles por las empresas azulejeras y de esmaltes desde 1997 hasta 2008. En concreto, el estudio se basa en 1.712 observaciones año-empresa, de las cuales el 88 por 100 corresponde al sector cerámico y el 12 por 100 al sector de esmaltes. La evidencia empírica obtenida en el estudio confirma ampliamente la hipótesis previamente enunciada. Los gastos fijos aumentan durante la etapa de expansión, y con ellos el riesgo operativo de las empresas. Fruto de ello, las empresas experimentan una mayor variabilidad del resultado, que aumenta la probabilidad de entrar en situación concursal.

El caso del sector cerámico español es relevante básicamente por dos razones. En primer lugar, porque la historia del sector cerámico español es la historia de otros muchos sectores industriales de nuestro país, afectados directa o indirectamente por el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Entender las causas de la crisis en este sector equivale en cierto modo a entender las causas del efecto diferencial de la crisis financiera internacional sobre el tejido productivo español. Y en segundo lugar, porque el sector cerámico cuenta con un número elevado de compañías relativamente homogéneas, lo cual facilita el análisis econométrico del fracaso empresarial al reducir los sesgos por variables omitidas derivados de la existencia de características no observables y específicas de las empresas.

Además, el estudio del riesgo operativo en la industria cerámica conecta con una importante línea de investigación en el ámbito de las finanzas corporativas, centrada en evaluar el efecto del apalancamiento operativo sobre el riesgo sistemático de las empresas. Los primeros estudios al respecto, publicados en la década de los 70, pusieron de manifiesto la existencia de una relación directa entre el riesgo operativo y la beta de mercado (HAMADA, 1972; RUBINSTEIN, 1973; LEV, 1974; y BOWMAN, 1979)¹. Recientemente, la literatura ha centrado su atención en el efecto del riesgo operativo sobre el ratio entre el valor en libros y el valor de mercado de la empresa (BE/ME), así como sobre la relación existente entre el riesgo operativo y el rendimiento de las acciones. Utilizando distintos enfoques, los modelos teóricos propuestos por CARLSON *et al.* (2004), ZHANG (2005), COOPER (2006) y NOVY-MARX (2011) sugieren que el riesgo operativo afecta positivamente al ratio BE/ME, debido a que las empresas con mayor capacidad productiva instalada tienen menos oportunidades

¹ Algunos estudios recientes obtienen resultados similares utilizando una estimación del riesgo operativo basada en el estudio de series temporales (LORD, 1996 y Ho *et al.*, 2004).

para ajustar la estructura de producción en condiciones adversas de mercado. GARCÍA FELJÓO y JORGENSEN (2010) y NOVY-MARX (2011) proporcionan evidencia empírica compatible con esta hipótesis para el mercado norteamericano y además comprueban la existencia de una relación directa entre el apalancamiento operativo y el rendimiento de las acciones en bolsa.

En este trabajo se analiza el riesgo operativo en un contexto de empresas no cotizadas. La aportación fundamental de este estudio a la literatura consiste en evaluar el efecto de esta variable sobre el riesgo de crédito de la empresa. En este sentido, la crisis experimentada por el *cluster* azulejero constituye un interesante experimento natural. Primero porque el sector cerámico cuenta con una tecnología intensiva en capital, que favorece la acumulación de gastos fijos. Y segundo, porque la crisis sobreviene por un *shock* externo de demanda, lo cual facilita el análisis econométrico de los efectos del riesgo operativo sobre el fracaso empresarial.

En adelante, este trabajo se estructura del siguiente modo. En el segundo apartado, el trabajo presenta las principales características del *cluster* del azulejo. El tercer apartado describe la muestra empleada en este trabajo. En el cuarto apartado, se explica el procedimiento empleado para estimar los gastos fijos en las empresas de la muestra y se proporciona información sobre su evolución a lo largo del tiempo. El apartado cinco se centra en la estimación del riesgo operativo mediante series temporales y desarrolla una estimación en ventanas móviles que permite estudiar su evolución a lo largo del tiempo. El sexto apartado relaciona los costes fijos y el riesgo operativo de la empresa con la variabilidad del resultado. El séptimo apartado evalúa los efectos del riesgo operativo sobre la probabilidad de fracaso. Y, por último, el octavo apartado presenta las conclusiones fundamentales de este estudio.

2. EL CLUSTER AZULEJERO ANTE LA CRISIS GLOBAL

El Sector español de Pavimentos y Revestimientos Cerámicos, conocido como «Distrito industrial cerámico»² o «Cluster azulejero»³, está compuesto principalmente por pequeñas y medianas empresas, que configuran un modelo productivo altamente atomizado. En 2008 el mayor fabricante produjo únicamente el 5,5 por 100 de la Cifra de Negocios agregada del Sector, situada en torno a 3.671 millones de euros según la Asociación Española de Fabricantes de Pavimentos y Revestimientos Cerámicos (ASCER).

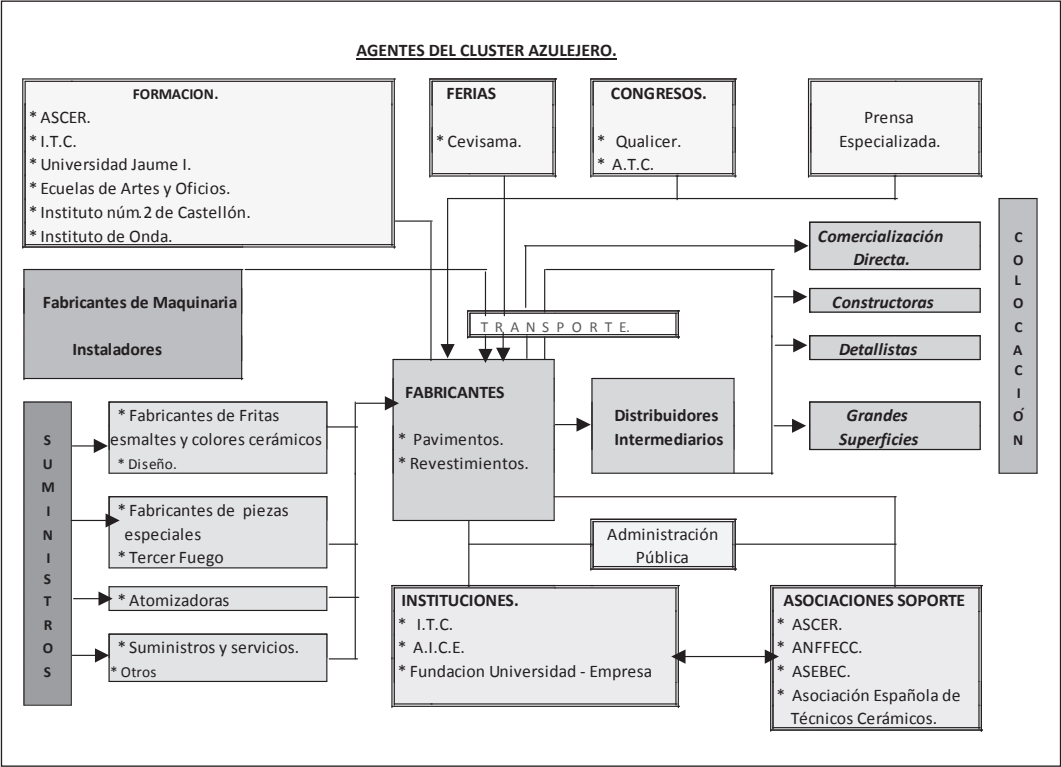
El sector se encuentra ubicado principalmente en la provincia de Castellón, cuyas empresas acumulan más del 90 por 100 de la producción total. La concentración de la producción en una zona geográfica concreta no es una característica específica del caso español. También se da en Italia y, más concretamente, en las provincias de Módena y Reggio Emilia, donde se genera más del 80 por 100 de la cifra neta de negocios conjunta del sector cerámico italiano.

² CAMISÓN, C. y MOLINA, J. [1998]: «El distrito industrial cerámico valenciano: ¿mito o realidad competitiva?», *Revista Valenciana D'estudis autonòmics*, número 22, primer trimestre 1998, págs. 83-101.

³ Cluster Competitividad [1999]: *Iniciativa de refuerzo de la competitividad. El Cluster azulejero de Castellón*. Generalitat Valenciana y Bancaja, febrero 1999.

El **cuadro 1** permite identificar a los distintos agentes que participan en el *cluster* azulejero (Fundación Bancaja, 1999). Las empresas fabricantes interactúan con un conjunto de sociedades e instituciones, que participan en la cadena de valor del producto terminado. En concreto, cuentan con la presencia próxima de proveedores de maquinaria, materias primas y otros materiales auxiliares, y con el apoyo de una densa red de distribuidores e intermediarios que, mediante unos medios de transporte modernos y adecuados, ponen el producto terminado a disposición del consumidor final.

CUADRO 1. *Los agentes del cluster azulejero.*



Además de albergar un importante centro de producción industrial, el *cluster* azulejero constituye un lugar idóneo para la creación y difusión del conocimiento. Las universidades, institutos tecnológicos y demás agentes con competencias educativas contribuyen decisivamente a la formación de un capital humano especializado, que se incorpora a las distintas etapas del proceso de producción. Los profesionales cuentan con foros específicos, como la feria anual CEVISAMA o los congresos de Qualicer y ATC (Asociación de técnicos cerámicos), en los cuales debatir y poner en común nuevas ideas y experiencias. En este sentido, también es destacable el papel de la prensa especializada, que permite publicar y difundir las últimas investigaciones, tanto en aplicaciones como en diseño. Todo ello, con la supervisión de instituciones y asociaciones empresariales, ubicadas en la zona y con una influencia permanente sobre los fabricantes.

2.1. La cerámica en España: una historia de éxito

Desde 1997 hasta 2008, las empresas cerámicas incrementaron su producción en un 13,8 por 100, alcanzando la cifra de 495,2 millones de metros cuadrados, un 5,8 por 100 de la producción mundial. En 2005 el sector alcanzó la mayor producción de su historia con 609,2 millones de metros cuadrados, convirtiéndose en el segundo productor del mundo, ligeramente por delante de Brasil e Italia, pero a considerable distancia del indiscutible primer fabricante, China, con 2.500 millones de metros cuadrados⁴.

El sector tiene una clara vocación exportadora: vende al exterior un 60 por 100 de su producción; tiene presencia en más de 181 países; y ocupa el tercer lugar en cuota de exportaciones mundiales, con el 15,4 por 100, después de China y muy próximo a Italia. Esta posición estratégica hace que la balanza comercial de las empresas cerámicas presente superávit todos los años. Según datos proporcionados por ASCER, en 2008 el superávit comercial fue superior a 2.000 millones de euros, siendo el importe acumulado desde 1997-2008 más de 22.000 millones de euros. Por otra parte, el sector también abastece con regularidad al mercado nacional. El consumo nacional alcanzó 240 millones de euros en 2008, representando la cuota de producto español en el mismo más del 94 por 100.

La elevada competitividad de este sector empresarial se deriva de una estrategia de innovación constante favorecida por: 1) la difusión de las mejores prácticas de gestión dentro del *cluster* azulejero y 2) la constante inversión en bienes de equipo (ESCARDINO, 2001), que constituye el destino mayoritario del *cash-flow* neto generado por las empresas cerámicas. En el plano estrictamente comercial, el sector ha llevado a cabo un importante esfuerzo, para poder disponer siempre de una cartera de productos en consonancia con la moda [FERNÁNDEZ *et al.* (2005); ALEGRE *et al.* (2006)], gracias al esfuerzo de los fabricantes de Fritas y Esmaltes Cerámicos, ubicados mayoritariamente en el mismo «Distrito Industrial».

Por todo ello, España encabeza junto a Italia la vanguardia en el diseño. En la actualidad ambos países compiten en igualdad de condiciones, como muestra la presencia de una gran mayoría de fabricantes en los certámenes feriales internacionales de promoción y presentación de producto. Esta práctica de progreso permanente ha supuesto que el marchamo «Azulejo Español» sea actualmente un certificado de calidad diferencial en todo el mundo.

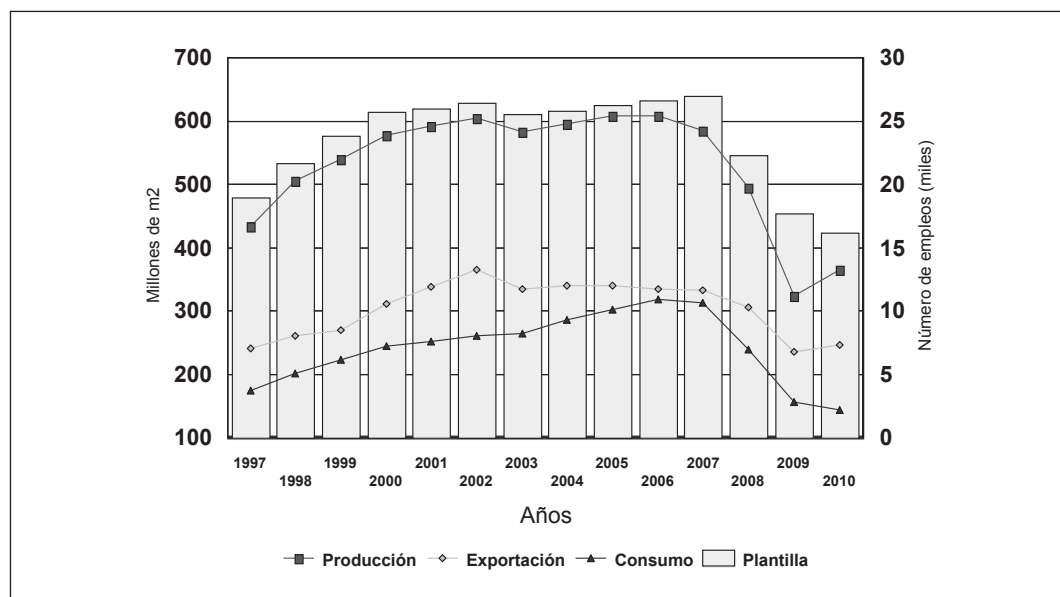
2.2. El sector cerámico tras el estallido de la burbuja inmobiliaria: respuestas tardías ante una crisis inesperada

A mediados de la pasada década, pocos sectores industriales españoles habían conseguido situarse en una posición tan favorable como la industria cerámica. El sector parecía cómodo en su papel innovador, anticipando los cambios de tendencia y abriendo nuevos mercados para los nuevos produc-

⁴ Aunque la distancia es muy amplia, no podría asegurarse que los parámetros para evaluar la producción sean equiparables a los españoles. China podría estar incurriendo en una duplicidad al incluir en la cifra de producción la fabricación de bizcocho sin esmaltar, un elemento considerado en España una materia prima necesaria para obtener el azulejo esmaltado y, por tanto, excluido de la cifra de producción.

tos. Sin embargo, como indica el **gráfico 1**, el estallido de la burbuja inmobiliaria, que sucede a la gran crisis financiera internacional, afecta dramáticamente al sector, cuestionando la que hasta ese momento era considerada como una de sus principales fortalezas: la facilidad para adaptarse al cambio.

GRÁFICO 1. *Evolución del sector cerámico español. Principales magnitudes económicas para el periodo 1997-2010.*



Es cierto que, justo antes del inicio de la crisis, el sector atravesaba una fase de reestructuración típica en sectores maduros, con un reajuste en la rentabilidad de las explotaciones. Esta circunstancia, unida a la expansión del mercado interior, inhibió la respuesta de los equipos directivos ante una realidad menos positiva de lo que indicaban las cifras de producción. De hecho, las ventas en el mercado exterior habían dejado de crecer en 2002, entrando en un lento pero inexorable declive.

El crecimiento del consumo interior, sin duda ligado a la incipiente actividad constructora, acabó siendo el principal motivo para conservar el tradicional paradigma de la industria, «mantener los hornos a plena producción», e interpretar el crecimiento de los *stocks*, como capacidad creciente de servicio a los clientes, al permitir la cumplimentación de los pedidos en menor plazo. Además, la evolución favorable de los tipos de interés reduce el coste financiero asociado a la acumulación de *stocks* y permite el crecimiento del endeudamiento hasta alcanzar cotas, que acabarían impidiendo la financiación de proyectos de innovación necesarios en un sector tan dinámico.

En definitiva, el drástico cambio que se produce en 2007 sorprende a las empresas sin la suficiente preparación para adaptarse a la brusca reducción de la demanda. La venta disminuye y el *stock* de producto terminado se acumula en los almacenes. Los titubeos en la interpretación de las circunstancias sobrevenidas y la proliferación de mensajes contradictorios sobre el alcance y la duración de

la crisis no favorecen en absoluto al sector⁵. De hecho, ASCER estima en 324 millones de metros cuadrados la producción del sector correspondiente a 2009, un 35 por 100 menos que en 2008 y un 47 por 100 menos que en 2005. Y las cifras de 2010, aunque presentan una ligera recuperación con respecto a 2009, se encuentran todavía lejos de las registradas diez años antes, al principio del *boom* inmobiliario en nuestro país.

2.3. Factores agravantes de la crisis

El tamaño medio de las empresas no parece haber contribuido a mejorar la situación. Desde distintos ámbitos se venía reclamando con insistencia la consolidación del sector en torno a un número menor de empresas más grandes, con el objetivo de aproximar las explotaciones a su tamaño óptimo y generar economías de escala en la fabricación y comercialización del producto terminado. Se sugería adoptar una estrategia similar a la emprendida por el sector cerámico italiano, que había efectuado ajustes en esta dirección en los años anteriores. De hecho, mientras España pugnaba por el segundo lugar en volumen de producción, Italia parecía ralentizar su actividad productiva, al tiempo que promovía alianzas estratégicas entre las empresas, aprovechando la pertenencia de las mismas a un único Distrito Industrial, con prácticas de gestión homogeneizadas, conocimiento de los fabricantes entre sí, y una experiencia conjunta en la fabricación y comercialización de los productos terminados.

¿Por qué en Italia fue posible y en España no? Nuestro sector parece todavía confiar en la desaparición parcial o total de las actuales circunstancias económicas. No se descarta la vuelta al modelo de producción atomizado, que tanto éxito ha producido en el pasado. Es el peaje que está pagando nuestro tejido industrial, conformado por empresas familiares, que se resisten a perder su idiosincrasia y no ven con buenos ojos la dilución de su «cultura empresarial», en aras al conjunto. Este celo por mantener el statu quo dentro del sector puede producir una rigidez difícil de superar, y por tanto una dirección adversa a la deseada.

⁵ En el periodo de maduración de un edificio, los pavimentos y revestimientos, se colocan muy hacia el final de la construcción; esta circunstancia –no adecuadamente interpretada– hizo que la verdadera profundidad en el desmoronamiento del mercado no fuera percibido con claridad, hasta que el alcance de las circunstancias desfavorables estaban muy consolidadas, puesto que a pesar de que decaía la actividad, aún se mantenían construcciones en curso.

En entrevista al diario *Levante* –EMV el 7 de febrero de 2008–, Fernando Diago, presidente de ASCER, vaticina «un futuro prometedor» para el sector cerámico castellanense y anuncia el inicio de una etapa que se caracterizará «por la cooperación entre empresas para ganar tamaño». Diago señala en la misma entrevista que «nuestra previsión para el futuro es buena gracias a la posición competitiva que tenemos a nivel mundial», y que «creemos que el motor que más tirará de la demanda será el mercado de reforma».

El 14 de febrero de 2008, el periódico *Mediterráneo* se hace eco de unas declaraciones de Scout Carothers, director ejecutivo de la Fundación para la Formación en Baldosas Cerámicas (NTCA-USA), en las que afirma: «Los azulejos españoles están luchando, pero la situación es idéntica para el resto de productores. Creemos que la coyuntura será la misma en los próximos seis meses, cuando la caída llegará al máximo y comenzará a recuperarse gradualmente».

En el mismo sentido, Bart Bettiga, director de la asociación estadounidense de distribuidores de baldosas cerámicas, vaticinó una recuperación de las exportaciones de cerámica castellanense en el mercado norteamericano a partir del próximo mes de agosto, cuando la crisis inmobiliaria haya tocado fondo «y se inicie una gradual recuperación» (El periódico *Mediterráneo*, 14 de febrero de 2008).

Los mensajes optimistas sobre el sector también aparecen en la prensa nacional. En declaraciones a *Expansión* (28 de febrero de 2008), el socio director de KPMG señala que: «aunque vienen tiempos difíciles, entendemos que, con esta situación patrimonial, [las empresas cerámicas] no tendrán problemas para afrontarlos».

Otro aspecto que limita el buen fin de las fusiones y/o acuerdos de cooperación es que los equipos directivos mayoritariamente pertenecen a la familia que ostenta la mayoría accionarial. En el caso de plantear fusiones entre dos grupos familiares, prima la discusión sobre cuál debería ser la dirección de la nueva organización empresarial, lo cual genera resistencias que en ocasiones impiden el acuerdo. Por otra parte, no es frecuente en estas empresas la existencia de una dirección profesionalizada. En algunas decisiones los propietarios pueden tener dificultades para acometer ciertas reformas, que produzcan cambios significativos en el «pseudo poder» en el ámbito de la organización.

En definitiva, una serie de factores endógenos impulsan a los equipos directivos a promover un crecimiento autónomo de las empresas, a través del cual explotar la evolución favorable de la demanda y mantener el statu quo dentro del distrito cerámico. Sin embargo, mientras las empresas crecían en los primeros años del *boom* inmobiliario, se fueron acumulando una serie de riesgos que podrían haber exacerbado las consecuencias de la crisis en la industria. Por un lado, buena parte del crecimiento fue financiado mediante fondos ajenos, aumentando el grado de apalancamiento de la empresa y, por ende, la sensibilidad de la rentabilidad financiera ante variaciones de la demanda. Y, por otro lado, el crecimiento de las explotaciones pudo haber provocado un incremento sostenido de los gastos fijos que elevó el riesgo operativo de las empresas.

Este estudio evalúa la interacción de estos dos riesgos y cuáles fueron sus consecuencias desde el punto de vista de la rentabilidad y la probabilidad de fracaso de las empresas cerámicas.

3. DESCRIPCIÓN DE LA MUESTRA

El análisis empírico desarrollado en este trabajo se basa en una muestra de empresas que operan en los Sectores productivos descritos: Fritas, Esmaltes y Colores Cerámicos (ESM) y Fabricantes de Pavimentos y Revestimientos Cerámicos (FBC). El eje central lo conforma el sector FBC, si bien el sector ESM es un subsector clave al elaborar la materia prima principal, que permite la diferenciación del producto terminado. La muestra incluye a las empresas con información financiera disponible a través de los Registros Mercantiles para el periodo 1998-2008. No obstante, han sido desestimadas aquellas compañías cuyas cuentas anuales fueron elaboradas mediante el formato abreviado, por no estar auditadas y no incluir el desglose del pasivo exigible a corto plazo. Los datos han sido extraídos directamente de la base de datos SABI (Sistema de Análisis de Balances Ibéricos), propiedad de la empresa Informa D&B. Entre otras variables, la base de datos incluye:

- a) Ítems que conforman la cuenta de pérdidas y ganancias y el balance de situación.
- b) Datos de las sociedades como: constitución, ubicación, NIF, código NACE, miembros del consejo de administración, directivos.
- c) Patentes y marcas que detenta la empresa.
- d) Empresas en las que participa la sociedad y % significativo.

- e) Accionista que tiene la empresa.
- f) Datos referidos al auditor y si el informe fue limpio o con salvedades.
- g) Principales bancos con los que trabaja.

El **cuadro 2** proporciona información acerca del número de observaciones disponibles para cada año en ambos subsectores. Aunque es obligatorio para la empresa depositar las cuentas anuales en el correspondiente Registro Mercantil, la disponibilidad de información financiera suele sufrir un retraso considerable. Cualquier defecto de forma que presente el depósito provoca la devolución del mismo por parte del registrador, quien otorga a la sociedad un nuevo plazo para la presentación de las cuentas anuales. Este procedimiento administrativo no acarrea sanción para la empresa, más allá de la imposibilidad de inscribir algún acto en el Registro, por lo que algunas empresas encuentran incentivos a prolongar el proceso de depósito en el tiempo, limitando la oportunidad y relevancia de la información financiera para el usuario externo.

A pesar del silencio registral y de haber excluido de la muestra las empresas con cuentas anuales abreviadas, la base de datos utilizada en este trabajo cubre un porcentaje mayoritario de la actividad productiva desarrollada en el *cluster* azulejero. La cifra neta de negocios acumulada por las empresas cerámicas incluidas en la muestra representaba en 2008 el 87 por 100 de la facturación total del sector cerámico estimada por ASCER. El porcentaje asciende al 88 por 100 para el subsector de esmaltes.

CUADRO 2. *Observaciones año empresa por subsectores de actividad.*

Número de empresas			
Año	Esmaltes	Cerámica	Total
1997	17	122	139
1998	17	124	141
1999	17	130	147
2000	17	129	146
2001	17	131	148
2002	17	133	150
2003	17	132	149
2004	17	130	147
2005	17	127	144
2006	17	127	144
2007	17	118	135
2008	17	105	122
Total	204	1.508	1.712
Número de empresas por año y sector de actividad			

3.1. El tamaño de las empresas

El **cuadro 3** muestra la distribución de las empresas por tamaños, utilizando los criterios de clasificación propuestos por la Comisión Europea para la definición de PYME, en vigor desde enero de 2005⁶. En concreto, la CE clasifica a los productores como empresas micro, pequeñas o medianas si se cumplen dos de las tres condiciones que establece el **cuadro 3** para cada nivel de tamaño.

CUADRO 3. *Criterio de clasificación de la empresa según su tamaño.*

	Núm. trabajadores	Ventas anuales	Total activos
Microempresa	< 10	≤ 2 Mill. €	≤ 2 Mill. €
Pequeña	≥ 10 y < 50	≤ 10 Mill. €	≤ 10 Mill. €
Mediana	≥ 50 y < 250	≤ 50 Mill. €	≤ 43 Mill. €

Como puede observarse en el **cuadro 4**, en el sector cerámico predominan las pequeñas y medianas empresas. En 1997 representaban el 90 por 100, si bien en 2008 su importancia relativa había disminuido hasta un 77 por 100 debido a la reducción en el número de empresas pequeñas (de 35 empresas en 1997 se ha pasado a 14 en 2008). Como ya hemos comentado anteriormente, la muestra utilizada en este trabajo solo incluye a las empresas que presentan cuentas anuales normales, por lo que las empresas pequeñas, que suelen depositar cuentas anuales abreviadas, podrían estar infrarrepresentadas en el **cuadro 4**.

CUADRO 4. *Observaciones año empresa por subsector de actividad y tamaño.*

Año	Sector esmaltes				Sector cerámico				Total
	Grande	Mediana	Pequeña	Total	Grande	Mediana	Pequeña	Total	
1997	4	10	3	17	10	80	32	122	139
1998	4	10	3	17	14	87	23	124	141
1999	4	12	1	17	15	89	26	130	147
2000	5	11	1	17	17	86	26	129	146
2001	6	10	1	17	18	88	25	131	148
2002	6	10	1	17	20	92	21	133	150
2003	6	10	1	17	17	95	20	132	149
2004	6	10	1	17	17	94	19	130	147
.../...									

⁶ Véase el artículo 12, apartado 3, y artículo 28, de la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basado en el artículo 54, apartado 3, letra g), del Tratado relativo a las cuentas anuales de determinados tipos de empresas. Diario Oficial L222, págs. 11-31, de 14 de agosto de 1978.

Año	Sector esmaltes				Sector cerámico				Total
	Grande	Mediana	Pequeña	Total	Grande	Mediana	Pequeña	Total	
.../...									
2005	6	10	1	17	17	88	22	127	144
2006	7	9	1	17	22	88	17	127	144
2007	7	9	1	17	23	82	13	118	135
2008	6	10	1	17	22	70	13	105	122
Nota: En este cuadro se recogen las observaciones año empresa en los dos subsectores considerados en este trabajo, clasificadas por tamaño de empresa.									

3.2. Los subsectores de actividad: entrada y salida de empresas durante el periodo analizado

La ausencia de barreras de entrada en el *cluster* azulejero, así como la tradicional facilidad para el acceso de los emprendedores a la financiación bancaria, han consolidado un tejido industrial muy disperso, especialmente en el subsector cerámico, donde algunas empresas han sido promovidas por ejecutivos escindidos de las fábricas donde trabajaban. Esta circunstancia no se produce en el sector de esmaltes, cuya tecnología de producción favorece la existencia de empresas de mayor tamaño.

Como se comentó en el segundo apartado de este trabajo, en el periodo 1997-2008 se había iniciado un ciclo de ajuste coronado en sus postrimerías por una crisis económica, que no ha dejado al margen al *cluster* cerámico, muy al contrario ha «golpeado» con fuerza los cimientos del mismo, poniendo a prueba su solidez de un modo muy intenso. El fuerte incremento de las producciones en los comienzos se ha visto frenado por la fuerte caída de la demanda, efecto directo de la contracción de la construcción.

En el **cuadro 5**, se incluye el detalle del número de empresas de nueva creación, junto con aquellas que han tenido un desenlace económico fallido, entendiendo por tal el número de empresas en situación de insolvencia o extinguidas, en función de la fecha en que se publica dicha circunstancia. No hay empresas de esmaltes, que hayan atravesado estas circunstancias.

CUADRO 5. *Creación y destrucción de empresas en el sector FBC.*

Años	Destrucción de empresas				Creación
	Total	Grandes	Medianas	Pequeñas	Total
2001	1	–	1	–	1
2002	2	–	2	–	1
2006	1	–	1	–	1
2007	1	–	1	–	–
.../...					

Años	Destrucción de empresas				Creación
	Total	Grandes	Medianas	Pequeñas	Total
.../...					
2008	2	–	2	–	–
2009	15	3	10	2	–
2010	5	1	4	–	–
Total	27	4	21	2	3
Nota: En este cuadro se recoge la creación y destrucción de empresas en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos.					

4. LOS GASTOS FIJOS EN EL SECTOR CERÁMICO ESPAÑOL

4.1. Gastos fijos y riesgo operativo en la industria cerámica

En un mundo sin imprevistos, con todas las variables de oferta y demanda bajo control, y sin rigideces en la contratación de los factores de producción, no hay margen para la existencia de gastos fijos. La empresa cerámica compra la maquinaria que necesita para alcanzar la previsión de producto terminado, y alimenta el proceso de producción mediante la contratación secuencial del resto de *inputs*, básicamente materias primas, mano de obra y servicios externos. Si la gerencia prevé una reducción de la actividad, la empresa reajusta instantáneamente su capacidad productiva, reduce la mano de obra, contrata menos servicios externos y, por supuesto, adquiere menos materias primas.

Sin embargo, en el mundo real muchas variables escapan al control de la gerencia. De hecho, es frecuente la existencia de *shocks* inesperados de demanda, que obligan a reducir sustancialmente la cantidad de *output* terminado. Generalmente, cuando estas situaciones se producen, la empresa encuentra dificultad para llevar a cabo un ajuste instantáneo de su capacidad productiva instalada: resulta difícil segregar y vender las instalaciones técnicas que dejan de ser necesarias, y algunos *inputs* de producción no pueden reducirse, o bien porque dependen directamente del tamaño de las instalaciones –los servicios de seguridad por ejemplo–, o bien porque su disminución implica costes no asumibles para la empresa –como sucede por ejemplo con el coste salarial–. En la práctica, muchos gastos de explotación guardan poca relación con el nivel de producción y, por tanto, se consideran fijos.

En este sentido, la microeconomía distingue entre la función de beneficios a corto y largo plazo. El beneficio a largo plazo se corresponde con el mundo ideal previamente descrito, sin costes de ajuste de la capacidad productiva instalada y, por tanto, sin gastos fijos; mientras que el día a día del empresario vendría dado por la función de beneficios a corto plazo, en la cual los gastos de la empresa se obtendrían como suma de gastos fijos y variables. El **gráfico 2** representa la función de beneficios a corto plazo de la industria cerámica. Los ejes de abscisas y ordenadas representan respectivamente el número de unidades de producto terminado (X) y el beneficio asociado a las mismas [$B(X)$]. Para un nivel de producción bajo, la empresa entra en pérdidas ($B < 0$) porque los ingresos obtenidos no permiten cubrir los gastos fijos (GF). A medida que aumenta la producción, la empresa libera margen

suficiente para pagar los gastos fijos y consigue finalmente entrar en beneficios. El margen unitario se obtiene por diferencia entre el precio (P) y el gasto variable unitario (GVu).

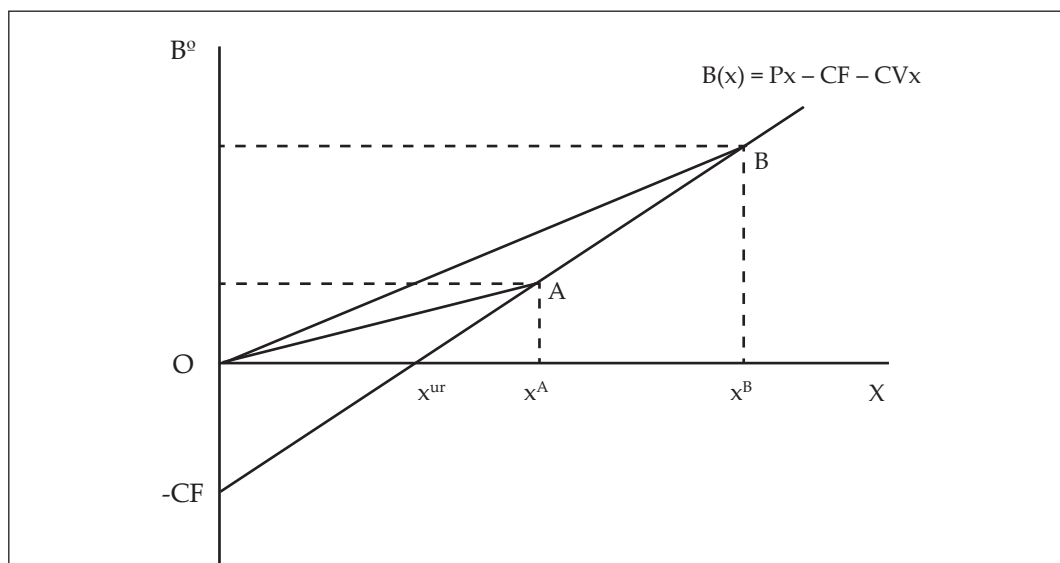
Un aspecto importante, ligado a la relevancia de los gastos fijos en el sector, es el elevado grado de apalancamiento operativo que caracteriza a los productores de pavimentos y revestimientos cerámicos. Como muestra el **gráfico 2**, una vez superado el umbral de rentabilidad (x^{ur}), el beneficio por unidad de producto aumenta con el volumen de producción. Nótese que el ángulo de la recta $\overline{OA}$ es menor que el de la recta $\overline{OB}$, indicando que el ratio B/X es mayor a medida que aumenta X . Lógicamente si la empresa no tuviera costes fijos, el beneficio sería proporcional al nivel de output terminado (X) y el ratio B/X sería constante e igual a $(P - CVu)$ para todo $X > 0$. En definitiva, los gastos fijos implican una mayor volatilidad del resultado, por lo que es habitual utilizar la expresión *riesgo operativo* para referirse al apalancamiento operativo. En este trabajo utilizamos indistintamente ambos términos.

Analíticamente, el concepto de riesgo operativo equivale a la elasticidad del beneficio ante cambios en la producción:

$$\epsilon_{BX} = \frac{\partial BX}{\partial XB} = (P - GVu) \frac{X}{PX - GF - GVuX} = \frac{1}{1 - \frac{GF}{PX - GVuX}}$$

Nótese que si $(PX - GVuX) > 0$ y $GF > 0$, $\epsilon_{BX} > 1$, indicando que la volatilidad del beneficio crece con el nivel de gastos fijos que asume la empresa. Ante una caída (aumento) súbita(o) de la actividad, la reducción (incremento) del beneficio por unidad de producto depende positivamente del nivel de gastos fijos de la empresa.

GRÁFICO 2. *Función de beneficio a corto plazo, costes fijos y apalancamiento operativo en la industria cerámica.*



En definitiva, los gastos fijos inducen volatilidad en la serie de beneficios de la empresa, aumentando su sensibilidad ante los incrementos y disminuciones de la actividad. De ahí que las empresas que acumularon mayores gastos fijos durante la fase de expansión se encontraran más expuestas, que las demás al pinchazo de la burbuja inmobiliaria. Los siguientes apartados de este estudio se centran en estimar los gastos fijos de las empresas cerámicas, conocer sus determinantes fundamentales y cuantificar su importancia, tanto en la evolución de la rentabilidad del sector, como en la probabilidad de quiebra de las empresas.

4.2. Estimación de los gastos fijos por empresa

La cuenta de pérdidas y ganancias de las empresas ofrece una clasificación de los gastos de explotación en función de su naturaleza. En concreto, distingue cuatro tipos distintos de gastos: aprovisionamientos; amortización y depreciación; gastos de personal; y servicios externos. En este trabajo, consideramos variable al gasto en aprovisionamiento, porque es relativamente sencillo para la empresa reducir el consumo de materias primas ante una caída inesperada de demanda. Y consideramos fijo al gasto en amortización y depreciación, porque, por regla general, el método de cálculo de estos gastos no depende del grado de utilización efectivo del inmovilizado, sino de otros criterios vinculados generalmente a la política fiscal de la empresa.

Por desgracia, los estados financieros de la empresa no proporcionan información suficiente para discernir en qué medida el resto de gastos de explotación –gastos de personal y servicios externos– deben ser considerados como fijos o variables. Teóricamente, ambas rúbricas de la cuenta de pérdidas y ganancias dependen positivamente del nivel de producción. El personal de fábrica por ejemplo, o el consumo energético de la empresa, aumentan con el número de pedidos. Sin embargo, existe la posibilidad de que al menos una parte de estos gastos sea relativamente insensible a las variaciones en el nivel de producto terminado. Primero por la existencia de rigideces en la contratación de la mano de obra, y segundo porque no todos los trabajadores ni todos los servicios externos están directamente vinculados al proceso de producción.

En este trabajo, planteamos un procedimiento de estimación para segregar el componente fijo de ambos gastos de explotación. Utilizando datos correspondientes al periodo 1997-2007, estimamos para cada empresa i de la muestra el siguiente modelo de regresión no lineal por mínimos cuadrados ordinarios:

$$i: \frac{GP_t^i}{A_{t-1}^i} = \alpha_0^i e^{\left[\alpha_1^i \frac{O_t^i}{A_{t-1}^i} \right]} + \varepsilon_t^i \quad \text{Modelo [I]}$$

$$i: \frac{SE_t^i}{A_{t-1}^i} = \beta_0^i e^{\left[\beta_1^i \frac{O_t^i}{A_{t-1}^i} \right]} + \varepsilon_t^i \quad \text{Modelo [II]}$$

donde GP_t y SE_t son los gastos de personal y el gasto en servicios externos en el año t , A_{t-1} es el activo al principio del periodo, O_t es el nivel de *output* terminado, ε_t y ε_t son dos términos de error.

A los efectos de este trabajo, el nivel de *output* terminado $-O_t-$ se obtiene como suma de la cifra neta de negocios, las diferencias netas de cambio y la variación de existencias de productos terminados y en curso, ya que los *inputs* incorporados al proceso de producción se aplican tanto a las unidades vendidas, como a aquellas que quedan en *stock*⁷. Los gastos fijos son aquellos que corresponden a un nivel de producción nulo ($O_t = 0$), de modo que el nivel de gastos fijos que corresponde a *GP* y *SE* en la empresa *i* se obtiene multiplicando A_{t-1}^i por α_0^i y β_0^i respectivamente.

Dado que tanto las variables dependientes como la variable independiente son estrictamente positivas, la especificación econométrica utilizada impone que las estimaciones de los gastos fijos por unidad de activo (α_0^i y β_0^i) sean estrictamente positivas. Además, se ha optado por estimar ambos modelos por separado, debido a que generalmente los dos *inputs* de producción aludidos $-GP$ y $SE-$ no son sustitutivos en la empresa cerámica. La penetración de las empresas de trabajo temporal en el sector es relativamente baja y el grado de subcontratación de los servicios de administración es relativamente homogéneo en las distintas empresas, de modo que no se espera una correlación significativa entre los dos términos de error $-\varepsilon_t$ y ε_{t-} . En cualquier caso, los resultados de la estimación conjunta $-no$ reportados en este trabajo $-$ no plantearon cambios significativos con respecto a los expuestos en este apartado.

Una vez realizadas las estimaciones, se decidió eliminar el 5 por 100 de observaciones situadas en la cola derecha de la distribución de los coeficientes α_0^i y β_0^i . Para el resto de observaciones de la muestra, los gastos fijos se obtuvieron aplicando la siguiente expresión a las observaciones año-empresa incluidas en la muestra:

$$i: GF_t^i = AM_t^i + (\alpha_0^i + \beta_0^i) A_{t-1}^i$$

Los gastos variables se calcularon por diferencia entre los gastos de explotación y los gastos fijos:

$$i: GV_t^i = GExp_t^i - GF_t^i$$

donde *GF* y *GV* son los gastos fijos y variables respectivamente, *GExp* son los gastos de la explotación y *AM* es la amortización y depreciación del ejercicio, minorada por los ingresos de subvenciones traspasadas al resultado del ejercicio.

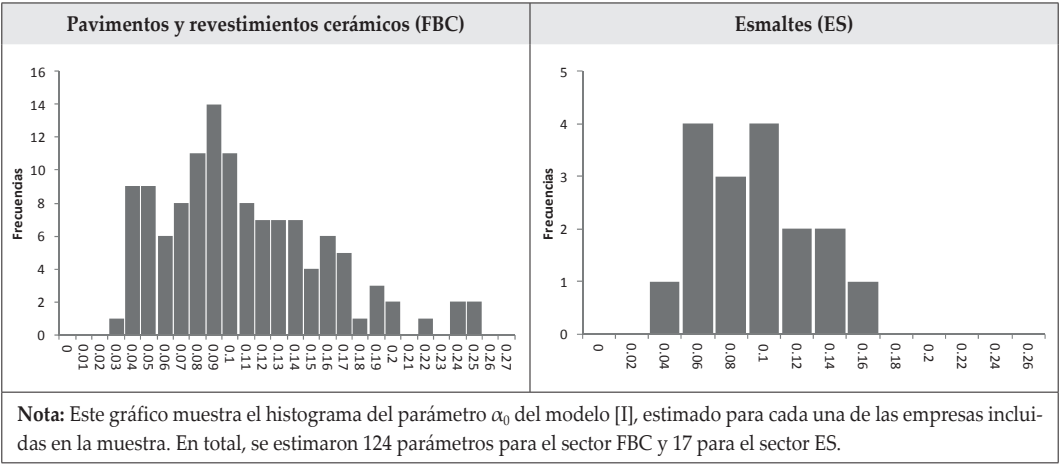
4.3. Gastos fijos por naturaleza y subsector de actividad

El **gráfico 3** muestra el histograma de los gastos fijos de personal sobre activos para ambos subsectores, fabricación de pavimentos y revestimientos cerámicos (FBC) y producción de esmaltes (ES). En el primer subsector, compuesto por 124 compañías, los sueldos y salarios fijos representan en promedio el 10,3 por 100 de los activos al principio del ejercicio (9,5% en mediana), si bien el

⁷ En los sectores objeto de estudio en este trabajo, el tratamiento otorgado a la variación de existencias tiene especial relevancia, puesto que los productos terminados han aumentado dramáticamente en la última década, especialmente en el sector cerámico, en donde la preocupación por reducir el coste unitario del producto ha estimulado la utilización a pleno rendimiento de las instalaciones.

histograma muestra que hay una notable dispersión en torno a este valor. Para 19 compañías del sector FBC los gastos fijos de personal alcanzan menos del 5 por 100 del activo, mientras que para otras tantas empresas del sector los sueldos y salarios fijos superan el 15 por 100 del activo inicial. En el sector de esmaltes, los gastos fijos de personal son menores, en torno a un 8,75 por 100 sobre el activo inicial tanto en media como en mediana para el conjunto del subsector. También se observa una mayor concentración en torno a los valores centrales, situándose los valores mínimos y máximos de la variable en un 3,5 por 100 y 15 por 100, respectivamente.

GRÁFICO 3. *Histograma del ratio «gastos fijos de personal/activo inicial».*



El **cuadro 6** proporciona información adicional sobre la dispersión de los gastos fijos de personal en las empresas de la muestra. En concreto, se presentan los resultados de un modelo de regresión, cuya variable dependiente son los sueldos y salarios de naturaleza fija, y cuyas variables independientes son el logaritmo de la edad de la empresa y el logaritmo del número de trabajadores. Dado que, por construcción, disponemos de un único dato de gastos fijos por empresa, las variables independientes toman valores medios correspondientes al periodo 1997-2008. Los resultados indican que los gastos de personal fijos aumentan con la edad de la empresa y disminuyen con el tamaño de la explotación. No en vano, la edad de la empresa es un indicador de la antigüedad media de la plantilla y, por tanto, está directamente relacionado con el coste del despido. Cuanto mayor es el coste del despido más difícil resulta para la empresa reducir las plantillas en un contexto de caída de la demanda.

CUADRO 6. *Determinantes de los gastos fijos de personal.*

V. independientes	Coefficiente
LN_EDAD	0.0123 ** (0.014)
.../...	

V. independientes	Coefficiente
.../...	
LN_PLANTI	-0.0114 ** (0.036)
N. obs.	147
R ² aj.	5,7%
F	4,17 **
Nota: Este cuadro muestra los resultados obtenidos al regresar por mínimos cuadrados ordinarios el coeficiente α_0 del modelo [I] sobre el logaritmo de la edad de la empresa (LN_EDAD) y el logaritmo del número de trabajadores (LN_PLANTI). Para realizar la estimación se ha utilizado una muestra de 141 observaciones, una para cada empresa objeto de estudio. LN_EDAD y LN_ACTIVO son valores medios para cada empresa correspondientes al periodo 1997-2008. Los p-valores de los coeficientes estimados aparecen entre paréntesis. ** denota significatividad estadística al 5 por 100.	

El **gráfico 4** muestra el histograma del ratio «gastos fijos por servicios externos/activo inicial», para los dos subsectores contemplados en este trabajo. La media y la mediana de este ratio, en torno al 10 por 100, es similar a la de los gastos fijos de personal, tanto para las empresas de esmaltes como para las empresas cerámicas. Y, en ambos casos, el ratio también muestra una elevada dispersión. Un aspecto interesante del análisis por naturaleza y sector de los gastos fijos consiste en comprobar si las empresas que tienen tendencia a producir gastos fijos de personal, también tienden a registrar mayores gastos fijos por servicios externos. En este sentido, el **gráfico 5** permite comprobar que ambos tipos de gastos fijos están positivamente correlacionados, especialmente en las empresas cerámicas. Esta circunstancia es compatible con la posibilidad de que la acumulación de gastos fijos esté vinculada a aspectos idiosincráticos de las empresas cerámicas. Una gestión despreocupada por la estructura de costes tiende a manifestarse en las distintas partidas de la cuenta de pérdidas y ganancias.

GRÁFICO 4. *Histograma del ratio «gastos fijos por servicios externos/activo inicial».*

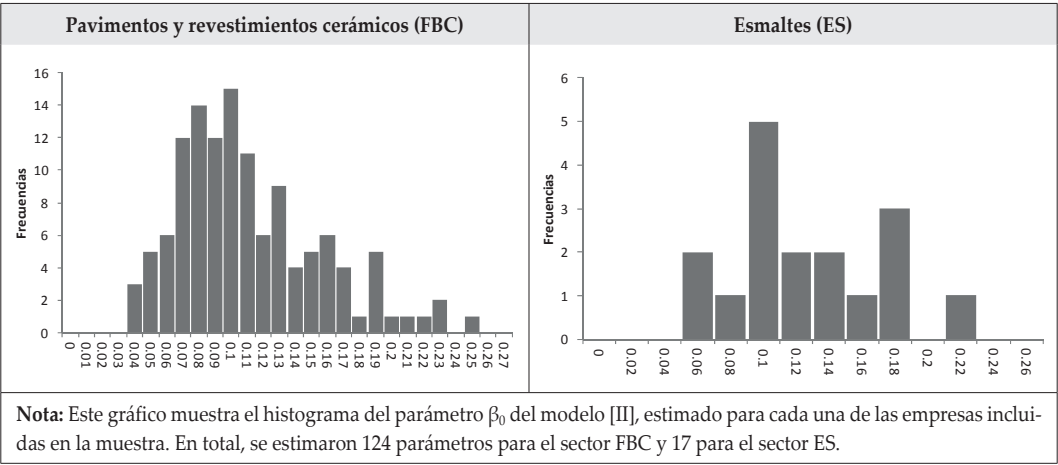
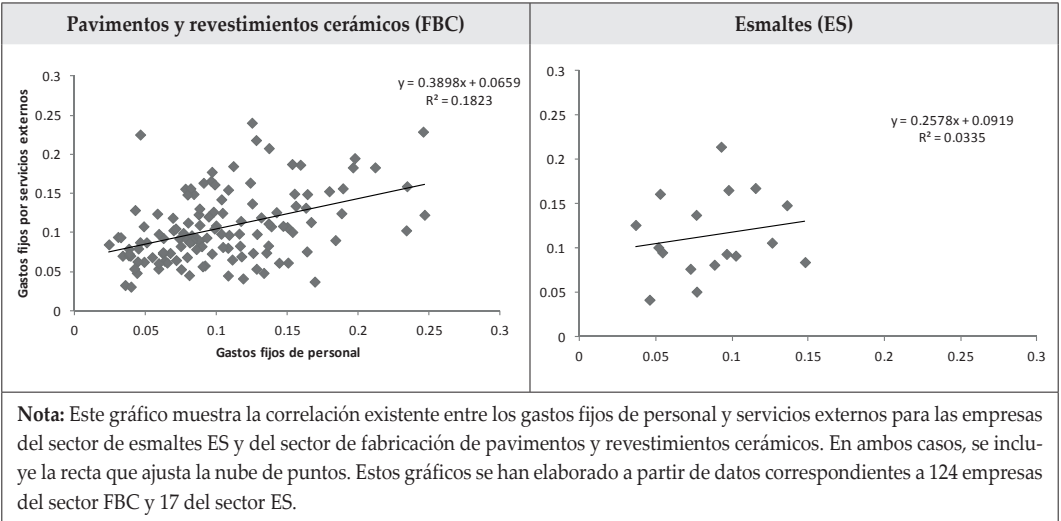
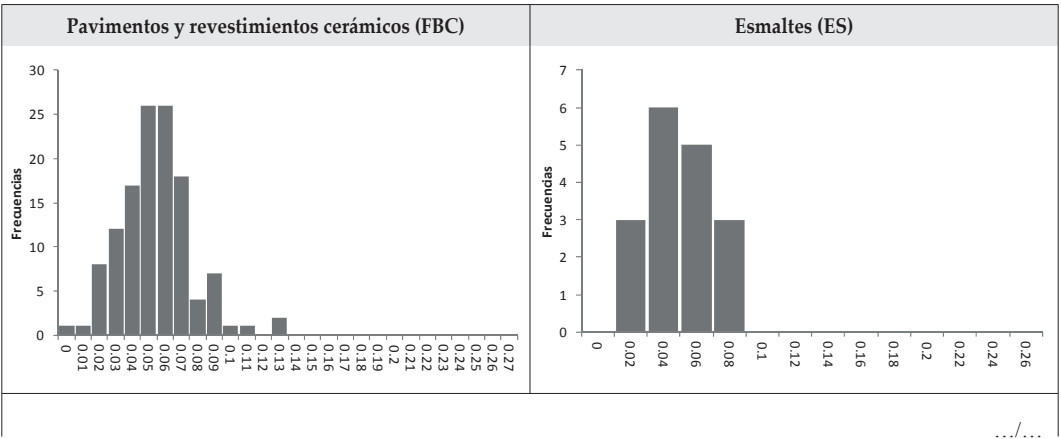


GRÁFICO 5. *Correlación entre los gastos fijos de personal y los gastos fijos por servicios externos.*



Finalmente, el **gráfico 6** presenta el histograma del tercer componente de los gastos fijos de la empresa cerámica, la depreciación y amortización del inmovilizado, que aparece expresada en porcentaje del activo inicial. Dado que la amortización es per se un gasto fijo, no es necesario extraer mediante una regresión el componente de este gasto no vinculado directamente a la actividad productiva de la empresa. Los histogramas incluidos en el **gráfico 6** han sido elaborados a partir de los valores medios del ratio «amortización/activo inicial» para cada empresa durante el periodo 1997-2008. El valor medio se sitúa en torno al 4 por 100 en el sector de esmaltes y al 5 por 100 en el sector cerámico.

GRÁFICO 6. *Histograma del ratio «amortización y depreciación/activo inicial».*

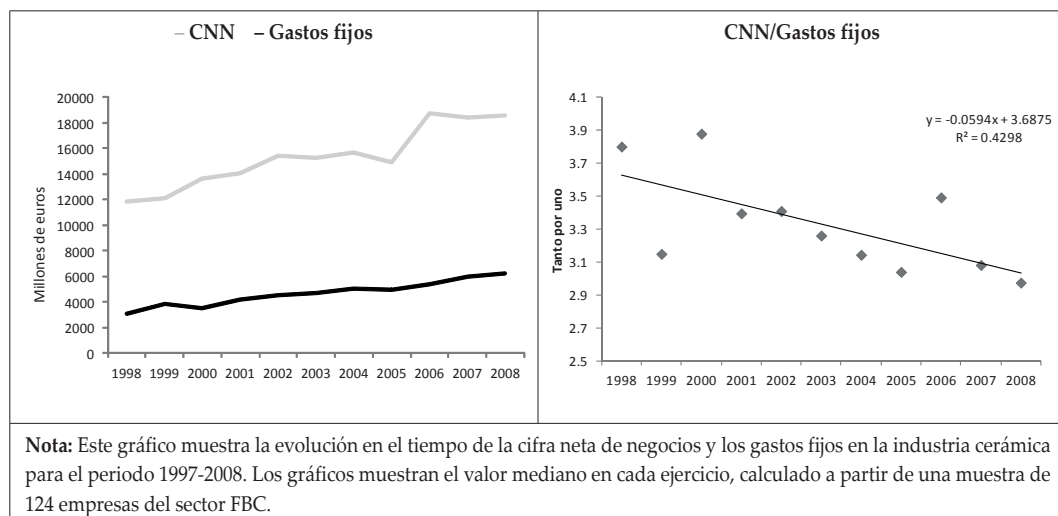


Pavimentos y revestimientos cerámicos (FBC)	Esmaltes (ES)
.../...	
<p>Nota: Este gráfico muestra el histograma del ratio «amortización y depreciación/activo inicial», calculado como media para cada empresa de la muestra a lo largo del periodo 1997-2008. Los histogramas representan los valores medios de 124 empresas del sector FBC y 17 del sector ES.</p>	

4.4. Gastos fijos totales, producción y riesgo operativo

Los **gráficos 7 y 8** muestran la evolución de los gastos fijos y la cifra neta de negocios en los subsectores FBC y ES respectivamente. En lo relativo al sector de pavimentos y revestimientos cerámicos, se observa un crecimiento sostenido de los gastos fijos. En 2008, la empresa mediana prácticamente duplica el nivel registrado once años antes. Sin embargo, la cifra neta de negocios crece sustancialmente menos. Como consecuencia de ello, el ratio cifra neta de negocios/gastos fijos cae significativamente a lo largo del periodo desde un nivel próximo a 4 hasta un nivel en el entorno de 3.

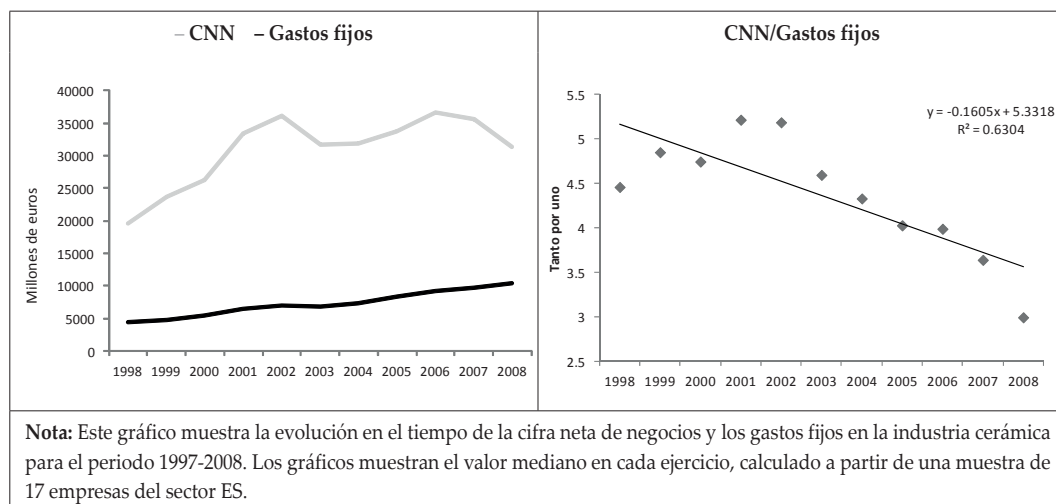
GRÁFICO 7. *Gastos fijos y cifra neta de negocios en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos (FBC).*



En el subsector de esmaltes, se aprecia un comportamiento similar al registrado por el sector FBC. Los gastos fijos de la empresa mediana pasa de menos de 4,5 millones de euros en 1998 a más de 10 millones en 2008, mientras que la cifra neta de negocios permanece estancada en torno a 36 millones de euros desde 2002. De ahí que la ratio cifra neta de negocios/gastos fijos, a

pesar de registrar valores más elevados que los del sector cerámico durante todo el periodo, muestre una evolución más desfavorable en el sector de esmaltes. De un nivel superior a 5, el ratio cae hasta el entorno de 3, convergiendo con el valor registrado por las empresas cerámicas al final del periodo.

GRÁFICO 8. *Gastos fijos y cifra neta de negocios en el sector de esmaltes (ES).*

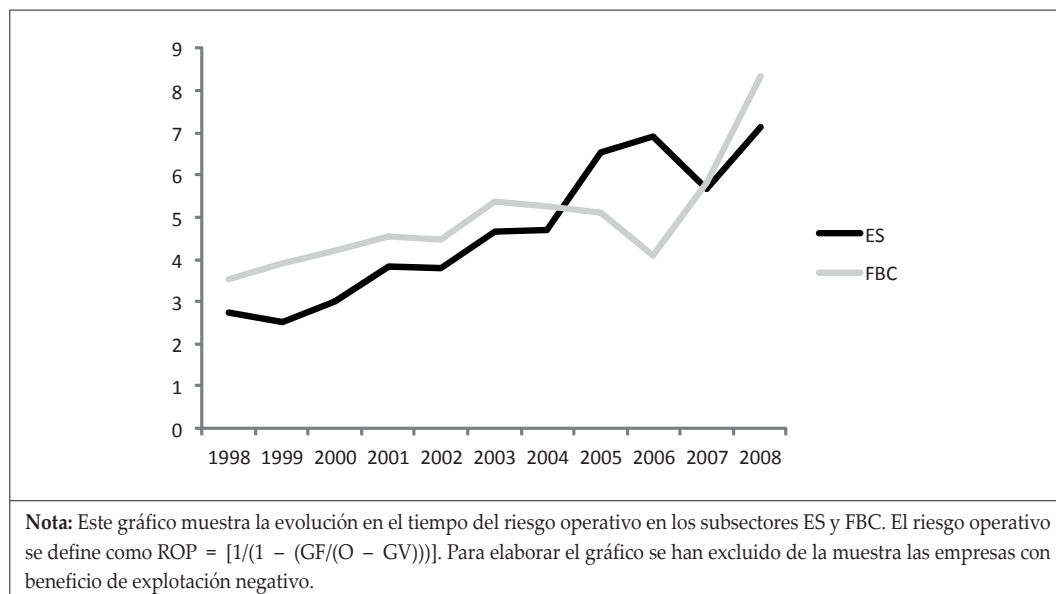


El incremento de los gastos fijos, unido al estancamiento observado en las cifras de facturación, ha elevado notablemente el riesgo operativo en ambos subsectores. El **gráfico 9** muestra la evolución en el tiempo de la elasticidad del beneficio ante cambios en la producción, estimado a partir de la expresión:

$$\epsilon_{BX} = \frac{\partial BX}{\partial XB} = \frac{1}{1 - \frac{GF}{O - GV}}$$

donde GF son los gastos fijos, O es el nivel de *output* terminado –cifra neta de negocios más diferencias netas de cambio más variación de producto terminado– y GV son los gastos variables. Para facilitar la interpretación del indicador, el gráfico ha sido elaborado excluyendo de la muestra las empresas cuyo beneficio de explotación es negativo.

GRÁFICO 9. *Riesgo operativo en el subsector de pavimentos y revestimientos cerámicos (FBC) y en el subsector de esmaltes (ES).*



Como puede apreciarse en el gráfico, fruto del incremento en los gastos fijos, el riesgo operativo aumenta de 3,5 a 8,3 en el sector cerámico y de 2,7 a 7,1 en el sector de esmaltes. En el momento del estallido de la burbuja inmobiliaria, la concentración de riesgo operativo es tal que una caída del 1 por 100 en la producción provocaba una caída de entre 7 y 8 puntos porcentuales para la empresa mediana incluida en este estudio. El sector cerámico era una bomba de relojería a punto de estallar.

5. ESTIMACIÓN DIRECTA DEL RIESGO OPERATIVO (DOL)

5.1. Procedimiento de estimación

Debido a que los costes fijos de una unidad productiva son por definición no observables, la literatura ha desarrollado un procedimiento para estimar el riesgo operativo distinto al contemplado en el apartado anterior. En lugar de basar la estimación en las variables que causan el riesgo operativo (los gastos fijos), el procedimiento adopta un enfoque teleológico que permite obtener un indicador del riesgo operativo a partir de las consecuencias del mismo sobre la cifra de beneficios publicada por la empresa. La idea consiste básicamente en regresar el beneficio antes de intereses e impuestos (EBIT) sobre las ventas de la empresa (CNN), de modo que el coeficiente asociado a las ventas en la regresión se considera una medida directa de riesgo operativo.

Generalmente, antes de regresar EBIT sobre CNN se procede a eliminar la tendencia de ambas variables. Siguiendo a MANDELKER y RHEE (1984), VANDERHEIDEN (1987) y GARCÍA FELJÓO y JORGENSEN (2010), desarrollamos un procedimiento en dos etapas:

1. Estimamos los dos siguientes modelos de regresión:

$$\forall i: \ln(EBIT_{it}) = \ln(EBIT_{i0}) + \beta_i t + \varepsilon_{it}$$

$$\forall i: \ln(CNN_{it}) = \ln(CNN_{i0}) + \alpha_i t + \varphi_{it}$$

donde los subíndices i y t hacen referencia a la empresa i y el año t respectivamente, $EBIT_{i0}$ y CNN_{i0} son los beneficios antes de intereses e impuestos y la cifra neta de negocios correspondientes al año base, en nuestro caso 1997, y ε y φ son dos términos de error. Para computar logaritmos en el beneficio antes de intereses e impuestos utilizamos una transformación muy frecuente en la investigación en contabilidad:

$$\ln(EBIT_{it}) = \begin{cases} \ln(1 + EBIT_{it}) & \text{si } EBIT_{it} \geq 0 \\ -\ln(1 - EBIT_{it}) & \text{si } EBIT_{it} < 0 \end{cases}$$

2. Una vez eliminada la tendencia de ambas variables, procedemos a estimar el siguiente modelo de regresión:

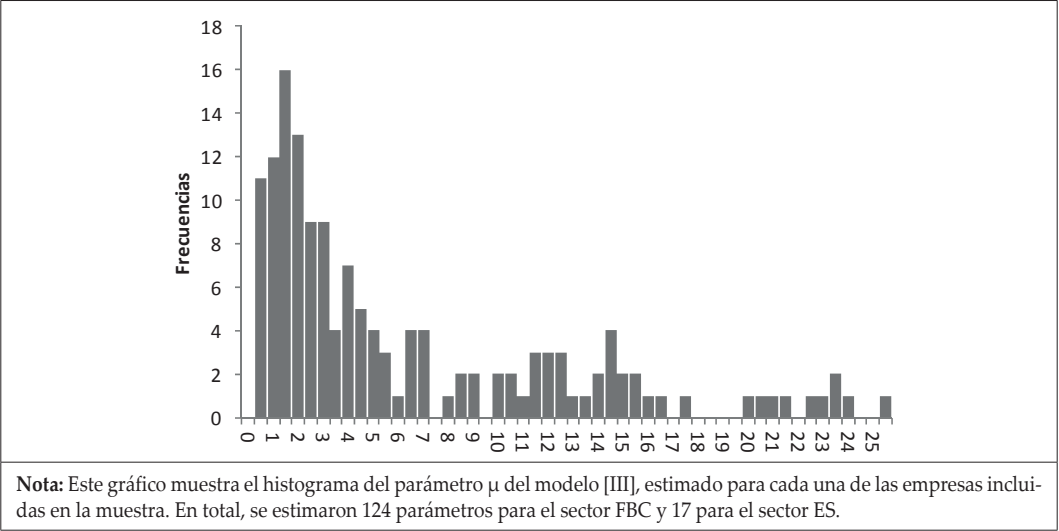
$$\forall i: \varepsilon_{it} = \mu_i \varphi_i + \theta_{it} \quad [III]$$

donde el coeficiente μ es el grado de apalancamiento operativo (DOL) correspondiente a la empresa i .

5.2. El grado de apalancamiento operativo (DOL) en el *cluster* azulejero

El **gráfico 10** muestra el histograma del apalancamiento operativo para las distintas empresas de la muestra, una vez eliminado el 5 por 100 de observaciones extremas incluidas en la cola derecha de la distribución del parámetro μ del modelo [III]. Para el conjunto del periodo, la mediana del grado de apalancamiento operativo (DOL) se sitúa en 3,39, si bien se observan diferencias significativas por subsectores. El subsector de esmaltes registra un DOL en torno a 2,38, mientras que en el subsector de pavimentos y revestimientos cerámicos el riesgo operativo equivale a 3,51. Como muestra el histograma, la variable acredita una importante variabilidad con respecto a la mediana, observándose valores máximos en el entorno de 25.

GRÁFICO 10. *Histograma del grado de apalancamiento operativo en los subsectores FBC y ESM. Estimación en dos etapas basada en la relación entre el beneficio y las ventas.*



Un aspecto interesante asociado al grado de riesgo operativo es el análisis de sus principales determinantes, entre los que lógicamente se encuentran los distintos tipos de gastos fijos de la empresa, así como otros factores asociados al tamaño, la experiencia del equipo directivo o el subsector de actividad. El **cuadro 7** ofrece los resultados obtenidos al regresar nuestra medida directa de riesgo operativo sobre los gastos fijos de personal, servicios externos y amortizaciones. El modelo incorpora como variables de control el tamaño, medido como el logaritmo del número de trabajadores, la antigüedad de la empresa y una variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa opera en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos y 0 en caso contrario.

CUADRO 7. *Grado de apalancamiento operativo (DOL) y gastos fijos.*

Variables independientes	Pred. Sign.	Variable dependiente = DOL			
		Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)
Intercepto		-3.1437 (0,444)	-1,8973 (0.641)	-1,5945 (0.221)	-3,7670 (0.368)
Fijos_personal	(+)	21,8388 (0,005)			
Fijos_servicios	(+)		13,965 (0,224)		
Fijos_amortización	(+)			28,749 (0,221)	
.../...					

Variables independientes	Pred. Sign.	Variable dependiente = DOL			
		Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)	Coefficientes (P-value)
.../...					
Fijos_total	(+)				13,037 (0,038)
Antigüedad	(-)	1,4159 (0,031)	1,5761 (0,016)	1,8331 (0,006)	1,5376 (0,022)
Tamaño	(-)	0,3163 (0,667)	0,0312 (0,966)	-0,1222 (0,866)	0,1048 (0,883)
Subsector	(+)	1,6141 (0,032)	1,9745 (0,224)	1,6913 (0,229)	1,6868 (0,294)
N		135	135	135	135
R ² ajustado		0,0868	0,0703	0,0727	0,0926
F		(0,018)	(0,049)	(0,042)	(0,013)
Nota: Este cuadro muestra los resultados obtenidos al regresar por mínimos cuadrados ordinarios el riesgo operativo de la empresa por sus principales determinantes: Fijos_personal, Fijos_servicios, Fijos_amortización y Fijos_total, que aluden respectivamente a los gastos fijos de personal, por servicios externos, amortización y depreciación y total respectivamente. Además se consideran tres regresores adicionales: la Antigüedad de la empresa, el Tamaño, medido como logaritmo del número de trabajadores, y Subsector, que es una variable dicotómica que toma valor 1 si la empresa opera en el sector cerámico y 0 si opera en el sector de esmaltes.					

Los resultados indican que los gastos fijos de la empresa, estimados conforme a lo establecido en el apartado 4 de este trabajo, están directamente relacionados con el grado de apalancamiento operativo de las empresas de ambos subsectores, FBC y ES. En concreto, el coeficiente asociado a la variable *Fijos_total* es positivo y significativo a niveles estándar. Curiosamente, no todos los gastos fijos tienen la misma incidencia sobre el nivel de riesgo operativo de la empresa. Únicamente el coeficiente asociado a la variable *Fijos_personal* es positivo y significativo. En lo referente a las variables de control, la antigüedad de la empresa guarda una relación positiva con el grado de apalancamiento. Como se indicó en el apartado anterior, la antigüedad es una *proxy* de la proporción de empleados con mayor protección por despido. No es extraño que, al estar correlacionada con los gastos fijos de personal, la antigüedad afecte positivamente el grado de apalancamiento operativo. Ni la *dummy* sectorial considerada en la regresión ni el tamaño de la empresa tienen un efecto significativo sobre la variable dependiente.

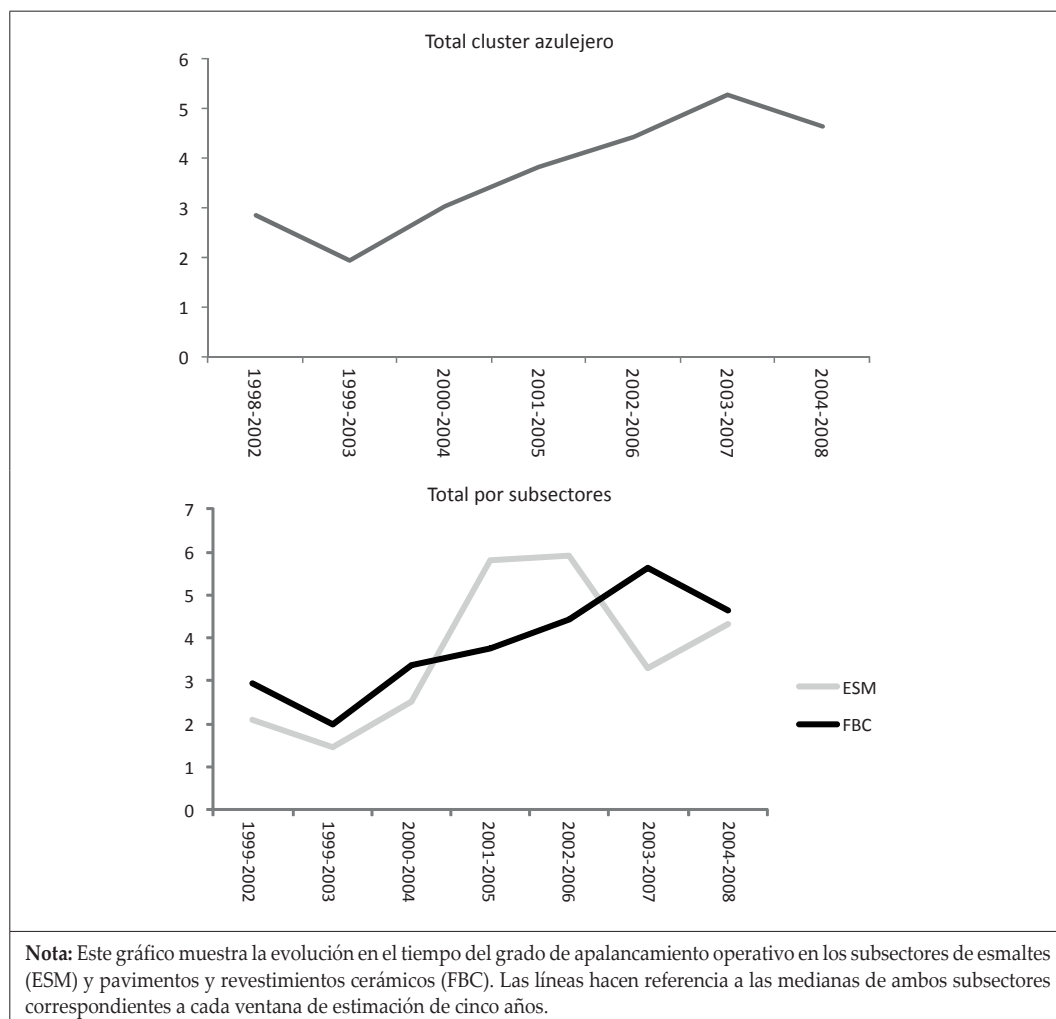
5.3. Incremento del riesgo operativo en la última década

Como se ha venido indicando en las páginas anteriores, la hipótesis fundamental de este trabajo es que la acumulación de riesgos operativos acabó situando al sector cerámico en una situación difícilmente sostenible, que solo requería de un «accidente» de demanda para abocar al sector a una crisis generalizada. En este sentido, en el apartado anterior, se señaló que la elasticidad del beneficio

ante cambios en la producción creció de un modo prácticamente sostenido a lo largo del periodo considerado en este estudio. La estimación DOL planteada en este apartado también puede ser utilizada para este extremo.

Siguiendo a GARCÍA FEIJÓO y JORGENSEN (2010), estimamos distintas medidas de DOL para cada empresa utilizando ventanas móviles de cinco años cada una. La primera estimación abarca el periodo 1998-2002, perdiendo el año base (1997) debido a la eliminación de la tendencia. La segunda cubre el periodo 1999-2003, y así sucesivamente hasta completar la estimación de la última ventana 2004-2008. En total, el análisis proporciona siete estimaciones del grado de apalancamiento operativo para cada empresa de la muestra. El **gráfico 11** muestra la evolución de la mediana de DOL para el total del *cluster* azulejero y para cada subsector de actividad ESM y FBC.

GRÁFICO 11. *Evolución en el tiempo DOL para los subsectores ESM y FBC.*



Aunque con importantes oscilaciones con respecto a la tendencia, especialmente notables en el caso del sector de esmaltes, los resultados de la estimación por ventanas móviles de cinco años confirman la hipótesis de trabajo planteada en este estudio. El riesgo operativo aumenta de forma relevante en el sector hasta situarse en su máximo justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. El riesgo operativo mediano, que se situaba en 2,85 para el periodo 1998-2003, alcanza un valor de 5,28 en la ventana 2003-2007.

6. EFECTOS DEL RIESGO OPERATIVO: VARIABILIDAD DEL RESULTADO Y PROBABILIDAD DE QUIEBRA

Ajeno a las connotaciones negativas del incremento en la capacidad productiva instalada, durante los años previos al estallido de la burbuja inmobiliaria el *cluster* azulejero acumuló riesgos tanto de naturaleza financiera, como de carácter operativo. En este apartado, evaluamos las consecuencias derivadas del aumento registrado en el riesgo operativo y los gastos fijos de las empresas cerámicas sobre la variabilidad del resultado a lo largo del periodo 1998-2008.

6.1. Gastos fijos y variabilidad del resultado

Como se señaló en el cuarto apartado de este trabajo, la elasticidad del beneficio ante cambios en la producción depende positivamente del nivel de gastos fijos. En sectores como el cerámico, que precisan elevadas dotaciones de capital y, por tanto, cuentan con una elevada proporción de costes fijos sobre costes totales, una caída (incremento) de la demanda genera una disminución (aumento) más que proporcional del beneficio. En estos casos, una caída en el nivel de actividad reduce el beneficio no solo por la menor rotación que registra la empresa, sino también por el menor margen que provoca la infrautilización de las instalaciones.

Para cuantificar el efecto de los gastos fijos sobre la volatilidad de la rentabilidad en las empresas de la muestra, se calculó para cada sociedad el rango intercuartílico de la rentabilidad sobre activos correspondiente al periodo 1998-2008. A estos efectos, la rentabilidad sobre activos se midió de dos formas alternativas: mediante el ratio «Beneficio del ejercicio después de impuestos sobre activos medios» (*roa_1*), y mediante el ratio «beneficio de la explotación sobre activos medios» (*roa_2*). El **cuadro 8** presenta la media del rango intercuartílico de ambas variables (*inter_roa_1* e *inter_roa_2*), en función del nivel y naturaleza de los gastos fijos de la empresa. También se presenta la media de ambas variables correspondiente a los distintos cuartiles de la variable DOL, que como vimos en el apartado anterior constituye una estimación directa del grado de apalancamiento operativo de la empresa.

CUADRO 8. Variabilidad del resultado en el cluster azulejero. 1998-2008. Mediana por tipo y nivel de gastos fijos.

	Inter_roa_1				Inter_roa_2			
	Fijos_personal	Fijos_servicios	Fijos_amort	Fijos_total	Fijos_personal	Fijos_servicios	Fijos_amort	Fijos_total
Q1	3,68%	4,67%	5,84%	4,25%	4,90%	6,05%	7,79%	5,61%
Q2	4,35%	3,38%	4,83%	4,04%	5,99%	5,04%	7,08%	5,85%
Q3	5,91%	6,08%	4,56%	5,67%	8,40%	8,02%	6,03%	7,76%
Q4	5,97%	5,81%	4,86%	5,90%	8,29%	8,53%	6,80%	8,27%
F	4,73 (0,004)	5,52 (0,001)	0,88 (0,45)	3,14 (0,027)	6,45 (<0,001)	5,66 (0,001)	0,93 (0,428)	3,54 (0,016)
TOT	Media 4,96%; Desv. típica: 3,25%				Media 6,87%; Desv. típica: 4,29%			
Nota: Este cuadro muestra el valor medio que toman las variables Inter_roa_1 e Inter_roa_2 en los distintos cuartiles de las variables Fijos_personal , Fijos_servicios, Fijos_amortización y Fijos_total. Inter_roa_1 e Inter_roa_2 son los rangos intercuartílicos de las variables roa_1 y roa_2, calculados para cada empresa de la muestra para el periodo 1998-2008. Roa_1 y roa_2 aluden a los ratios «Beneficio del ejercicio/Activo medio» y «Beneficio de la explotación/Activo medio», respectivamente. Para cada variable categórica se presenta el resultado de un análisis de la varianza, desarrollado para contrastar si la distribución de probabilidad de las variables Inter_roa_1 e Inter_roa_2 es independiente de dichas variables categóricas. En cada caso, se ofrece el estadístico F y el p-value entre paréntesis. El cuadro ha sido elaborado a partir de 140 observaciones, correspondientes a otras tantas empresas de los subsectores de esmaltes y pavimentos y revestimientos cerámicos.								

Como era previsible, la variabilidad de la rentabilidad depende positivamente de los gastos fijos. De hecho, el rango intercuartílico de *roa_1* correspondiente al 25 por 100 de las empresas con más gastos fijos es un 1,65 por 100 mayor que el registrado por el 25 por 100 de las empresas con menos gastos fijos. Esta diferencia no solo es estadísticamente significativa, sino que también lo es desde el punto de vista económico. De hecho, esta variación de 1,65 puntos porcentuales en *inter_roa_1* representa algo más del 50 por 100 de la desviación típica de la variable. Los resultados son prácticamente idénticos cuando utilizamos *inter_roa2* en lugar de *inter_roa1*. La diferencia es ahora de dos puntos porcentuales, estadísticamente significativa, y ligeramente por debajo del 50 por 100 de la desviación estándar de la variable.

El efecto de los gastos fijos sobre la volatilidad de la rentabilidad parece depender de la naturaleza de los gastos fijos. El diferencial de volatilidad es mayor cuando se segregan las empresas en función de los gastos fijos de personal sobre activo (2,3% y 3,39% de diferencia entre el cuarto y el primer cuartil en *Inter_roa_1* e *Inter_roa_2* respectivamente) y los gastos fijos por servicios externos sobre activo (1,15% y 2,5%). En cambio, al separar las empresas en función del ratio «amortización sobre activo inicial», no se observa una relación positiva entre el nivel de gastos por amortización y la variabilidad del resultado. Es posible que este resultado esté relacionado con la utilización de estos gastos por parte de las empresas cerámicas como instrumento para reducir artificialmente la volatilidad del resultado. De hecho, *inter_roa2* se sitúa en un valor medio de 7,79 por 100 para las empresas del primer cuartil de la variable *Fijo_amortización*, y desciende hasta un 6,80 por 100 para las empresas del último cuartil.

En realidad, la volatilidad del beneficio no está ligada únicamente al nivel y naturaleza de los gastos fijos. Las fluctuaciones en la cifra neta de negocios, el tamaño de la empresa, la habilidad del equipo directivo y otros muchos factores podrían también incidir en la variabilidad del resultado. Si alguna de estas variables guardara también relación con los gastos fijos, los resultados presentados en el **cuadro 8** podrían inducir a error, atribuyendo un efecto a estos gastos que realmente vendría motivado por variables relevantes omitidas en el análisis. Para dar respuesta a este problema se decidió estimar por mínimos cuadrados ordinarios un modelo de regresión, que además de los gastos fijos incorpora un conjunto de variables de control:

$$inter_roa_i = \beta_0 + \beta_1 Fijos_i + \beta_2 Rotación_i + \beta_3 Tamaño_i + \beta_4 Deuda_i + \varepsilon_i \quad (IV)$$

donde el subíndice i alude a la empresa i ; $inter_roa$ es indistintamente el rango intercuartílico de roa_1 o roa_2 ; $Fijos$ es indistintamente $Fijos_personal$, $Fijos_servicios$, $Fijos_amortización$ o $Fijos_total$; $Rotación$ representa el ratio *Producción/Activo medio*; $Tamaño$ se refiere al logaritmo del número de trabajadores; $Deuda$ es el grado de apalancamiento de la empresa (recursos ajenos/activo), y ε es un término de error. El modelo se estima utilizando una única observación para cada una de las 140 empresas incluidas en la muestra.

Los resultados obtenidos al estimar el modelo (IV) han sido incluidos en el **cuadro 9**. A pesar de la incorporación al modelo de las variables de control previamente señaladas, los coeficientes asociados a los gastos fijos son consistentes con la evidencia empírica reportada en el **cuadro 8**. En ambas especificaciones, con $inter_roa_1$ e $inter_roa_2$ como variables dependientes, tanto los gastos fijos totales, como los gastos fijos de personal y servicios externos están positiva y significativamente relacionados con la volatilidad del resultado. El coeficiente asociado a los gastos fijos por amortización también tiene signo positivo, aunque es únicamente significativo para una de las especificaciones – $Inter_roa_1$ –. Además de ser estadísticamente significativo, el efecto de los gastos fijos es relevante desde el punto de vista económico. Un incremento equivalente a una desviación típica en los gastos fijos de personal sobre activos generaría un incremento ligeramente superior al 25 por 100 de la desviación típica de la variable $Inter_roa_1$ (31% para la variable $Inter_roa_2$). El efecto también es importante para el resto de variables relacionadas con los gastos fijos de la empresa. Tomando como referencia la primera especificación del modelo, con $Inter_roa_1$ como variable dependiente, el porcentaje se situaría en un 16,5 por 100 para los gastos fijos por servicios externos, 9,3 por 100 para las amortizaciones y 27,25 por 100 para los gastos fijos totales.

Con respecto a las variables de control, los resultados del **cuadro 10** confirman que la volatilidad del resultado depende de la variabilidad de la demanda. El ratio «producción/activo medio» es positivo y significativo en todas las especificaciones. En cambio, el ratio de endeudamiento está inversamente relacionado con la volatilidad de la rentabilidad. De nuevo, la política contable de la empresa aparece como la opción más plausible para explicar este comportamiento. Las empresas más endeudadas tienen incentivos a presentar un resultado alisado para tranquilizar al acreedor y obtener mejores condiciones de financiación. No es extraño por tanto que un mayor endeudamiento implique una menor volatilidad del beneficio. Por último, y sorprendentemente, el tamaño no parece afectar a la variabilidad del resultado.

CUADRO 9. Gastos fijos y variabilidad del resultado.

Variables independientes	Pred. Sign.	Variable dependiente = inter_roa_1				Variable dependiente = inter_roa_2			
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
Intercepto		0,0367 (0,061)	0,0491 (0,013)	0,0569 (0,004)	0,0343 (0,086)	0,0724 (0,003)	0,0889 (<0,001)	0,1023 (<0,001)	0,0668 0,007
Fijos_personal	(+)	0,1854 (<0,001)				0,2765 (<0,001)			
Fijos_servicios	(+)		0,1196 (0,035)				0,2021 (0,004)		
Fijos_amortización	(+)			0,0995 (0,043)				0,1659 (0,290)	
Fijos_total	(+)				0,1035 (0,001)				0,1616 (<0,001)
Inter_rotación	(+)	0,0597 (<0,001)	0,0643 (<0,001)	0,0692 (<0,001)	0,0635 (<0,001)	0,0845 (<0,001)	0,0909 (<0,001)	0,0991 (<0,001)	0,0898 (<0,001)
Tamaño		0,0012 (0,711)	-0,0001 (0,953)	-0,0001 (0,968)	0,0003 (0,933)	-0,0013 (0,753)	-0,0035 (0,407)	-0,0034 (0,428)	-0,0026 (0,515)
Apalancamiento		-0,0428 (0,001)	-0,0441 (0,001)	-0,0461 (0,001)	-0,0459 (<0,001)	-0,0753 (<0,001)	-0,0775 (<0,001)	-0,0808 (<0,001)	-0,0799 (<0,001)
N		140	140	140	140	141	141	141	141
R ² ajustado		0,23	0,19	0,16	0,23	0,32	0,28	0,24	0,33
F		10,2 (<0,001)	7,7 (<0,001)	6,5 (<0,001)	9,9 (<0,001)	16,3 (<0,001)	13,0 (<0,001)	10,5 (<0,001)	16,5 (<0,001)
.../...									

Variables independientes	Pred. Sign.	Variable dependiente = inter_roa_1			Variable dependiente = inter_roa_2		
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
.../...							
<p>Nota: Esta tabla muestra los resultados de la estimación por mínimos cuadrados ordinarios de distintos modelos de regresión cuyas variables dependientes son alternativamente inter_roa_1 e inter_roa_2. Inter_roa_1 (inter_roa_2) es el rango intercuartílico de la rentabilidad sobre activos de cada empresa durante el periodo 1998-2008, siendo la rentabilidad sobre activos el coeficiente entre el resultado del ejercicio (resultado de la explotación) y el activo medio. Se ha eliminado de la muestra el 1 por 100 de las observaciones situadas en la cola derecha de la distribución de ambas variables dependientes. Las variables independientes son: Fijos_personal, que alude a los gastos fijos por sueldos y salarios sobre activo inicial para cada empresa de la muestra; Fijos_servicios, referida a los gastos fijos por servicios externos sobre activo inicial; Fijos_amortización, que representa el gasto medio por amortización y depreciación del inmovilizado sobre el activo inicial; Fijos_total, que constituye la suma de los tres componentes de gastos fijos previamente citados; DOL es la estimación directa del grado de riesgo operativo; Inter_rotación, que alude al rango intercuartílico del ratio «producción/activo medio»; Tamaño, equivalente al logaritmo del número de trabajadores; y finalmente, Apalancamiento, definido como el ratio «deuda media/activo medio». Tanto las variables dependientes como las independientes han sido calculadas utilizando valores medios para cada empresa durante el periodo muestral, de modo que las regresiones han sido estimadas utilizando 140 observaciones, correspondientes a otras tantas empresas de los subsectores de esmaltes y pavimentos y revestimientos cerámicos. La tabla reporta los coeficientes correspondientes a cada variable independiente. Los p-values aparecen entre paréntesis.</p>							

6.2. Riesgo operativo y variabilidad del resultado

Como vimos en el apartado 5, al margen del cálculo puntual de los gastos fijos, la literatura ha planteado una estimación directa del riesgo operativo (DOL). Como complemento al análisis desarrollado en el punto anterior, el **cuadro 10** proporciona evidencia empírica sobre la relación existente entre las estimaciones DOL y la variabilidad del resultado. El Panel A del **cuadro 10** plantea un análisis de la variabilidad de la rentabilidad en los términos propuestos en el **cuadro 8**. Se divide la muestra por cuartiles de DOL y se obtiene la media del rango intercuartílico de *roa_1* y *roa_2* para cada cuartil. Al igual que sucedía con los gastos fijos totales, el efecto de DOL sobre la volatilidad del beneficio es positivo, aunque en este caso no es significativo. El incremento del rango intercuartílico de las variables se reduce a 1,2 por 100 para *roa_1* y 1,6 por 100 para *roa_2*.

El Panel B del **cuadro 10** incorpora al análisis el efecto de un conjunto de variables de control que, como indica el **cuadro 9**, son potencialmente relevantes para explicar ambas variables independientes. En concreto, la volatilidad de la demanda y el nivel de deuda de la empresa tienden a influir significativamente en la variabilidad de la rentabilidad. Al considerar estas variables, el signo del coeficiente asociado al grado de apalancamiento es positivo y, además, estadísticamente significativo. Como predice la teoría, un incremento en DOL provoca un incremento de la volatilidad del beneficio.

CUADRO 10. Variabilidad del resultado y grado de apalancamiento operativo (DOL).

Panel A. Variabilidad del resultado por cuartiles de DOL.

DOL	Inter_roa_1	Inter_roa_2
Q1	4,25%	6,25%
Q2	4,99%	6,48%
Q3	5,31%	7,41%
Q4	5,45%	7,86%
F	0,95 (0,41)	1,11 (0,34)

Nota: Este cuadro muestra el valor medio que toman las variables *Inter_roa_1* e *Inter_roa_2* en los distintos cuartiles de la variable DOA. El cuadro presenta además el resultado de un análisis de la varianza, desarrollado para contrastar si la distribución de probabilidad de las variables *Inter_roa_1* e *Inter_roa_2* es independiente de DOL. En cada caso, se ofrece el estadístico F y el p-value entre paréntesis. El cuadro ha sido elaborado a partir de 140 observaciones, correspondientes a otras tantas empresas de los subsectores de esmaltes y pavimentos y revestimientos cerámicos.

Panel B. Regresión del rango intercuartílico de *roa_1* y *roa_2* sobre DOL y variables de control.

Variables independientes	Pred. Sign.	inter_roa_1	inter_roa_2
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
Intercepto		0,0506 (0,010)	0,0970 (<0,001)
.../...			

Variables independientes	Pred. Sign.	inter_roa_1	inter_roa_2
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
.../...			
DOL	(+)	0,0008 (0,056)	0,0011 (0,025)
Inter_rotación	(+)	0,0704 (<0,001)	0,1046 (<0,001)
Tamaño		0,0012 (0,736)	-0,0029 (0,511)
Apalancamiento		-0,0462 (<0,001)	-0,0756 (<0,001)
N		145	146
R ² ajustado		0,18	0,25
F		7,8 (<0,001)	11,9 (<0,001)

Nota: Esta tabla muestra los resultados de la estimación por mínimos cuadrados ordinarios de distintos modelos de regresión cuyas variables dependientes son alternativamente inter_roa_1 e inter_roa_2. Inter_roa_1 (inter_roa_2) es el rango intercuartílico de la rentabilidad sobre activos de cada empresa durante el periodo 1998-2008, siendo la rentabilidad sobre activos el coeficiente entre el resultado del ejercicio (resultado de la explotación) y el activo medio. Se ha eliminado de la muestra el 1 por 100 de las observaciones situadas en la cola derecha de la distribución de ambas variables dependientes. Las variables independientes son: DOL, que alude a la estimación directa del grado de riesgo operativo; Inter_rotación, que alude al rango intercuartílico del ratio «producción/activo medio»; Tamaño, equivalente al logaritmo del número de trabajadores; y finalmente, Apalancamiento, definido como el ratio «deuda media/activo medio». Tanto las variables dependientes como las independientes han sido calculadas utilizando valores medios para cada empresa durante el periodo muestral, de modo que las regresiones han sido estimadas utilizando 140 observaciones, correspondientes a otras tantas empresas de los subsectores de esmaltes y pavimentos y revestimientos cerámicos. La tabla reporta los coeficientes correspondientes a cada variable independiente. Los p-values aparecen entre paréntesis.

En definitiva, los resultados de los **cuadros 4, 5 y 6** confirman que la acumulación de costes fijos en el sector cerámico, claramente por encima del crecimiento de la cifra neta de negocios, generó una mayor volatilidad del resultado. Cualquier reducción inesperada en la facturación suponía para las empresas con mayores gastos fijos –de personal, servicios externos o amortizaciones– una caída más brusca en el beneficio del ejercicio. No sería extraño por tanto que el nivel de costes fijos de la empresa estuviera relacionado con la posibilidad de impago de sus obligaciones financieras y, finalmente, con la declaración de un concurso de acreedores. Exploramos esta posibilidad en el apartado siguiente.

7. CONCURSOS DE ACREEDORES Y APALANCAMIENTO OPERATIVO EN LA INDUSTRIA CERÁMICA

A lo largo del periodo considerado en este trabajo, 24 de un total de 134 empresas azulejeras con cuentas anuales auditadas han entrado en concurso de acreedores. Lógicamente, los concursos

se concentran en la parte final del periodo muestral, después de que el pinchazo de la burbuja inmobiliaria provocara el hundimiento del mercado nacional. De hecho, solo nos constan 3 concursos declarados con anterioridad al ejercicio 2007, cifra compatible con la tasa de mortalidad estándar en los sectores industriales. Aunque la crisis también ha afectado de un modo significativo al sector de esmaltes, ninguna compañía de este subsector ha entrado todavía en situación de concurso de acreedores. Por ello, en este último apartado centramos nuestra atención únicamente en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos.

7.1. Hacia el concurso de acreedores: anatomía del fracaso empresarial en el sector cerámico

La declaración de concurso de acreedores, que se corresponde con las anteriores figuras de suspensión de pagos y quiebra, ha sido frecuentemente utilizada como indicador de fracaso empresarial. Su principal virtud reside en su carácter extracontable, lo cual la distingue de otros indicadores como la rentabilidad o la disminución en la cifra neta de negocios, teóricamente vinculados con el fracaso de la empresa, pero estadísticamente relacionados con las variables financieras que habitualmente se utilizan para predecirlo o explicarlo. Sin embargo, la utilización de la declaración de concurso de acreedores como indicador de fracaso no está exenta de problemas metodológicos. En economías altamente bancarizadas como la española es frecuente que las empresas alcancen acuerdos con los proveedores de financiación antes de que la mala situación de la empresa derive en la declaración de un concurso. Generalmente, el prestamista prefiere reestructurar la deuda del prestatario antes que incorporarse como acreedor a un proceso concursal que, de entrada, conlleva el reconocimiento inmediato de pérdidas por deterioro en el valor de los créditos con cargo al beneficio del ejercicio. En puridad, el mero retraso en el pago de alguna de las obligaciones financieras de la empresa constituiría una medida más precisa del fracaso del deudor. Sin embargo, debido a las limitaciones de nuestra base de datos, utilizamos como indicador fundamental la declaración de concurso.

El **cuadro 11** presenta los principales indicadores económico-financieros de las empresas que entraron en situación de concurso a lo largo del periodo muestral. El cuadro permite apreciar la evolución en el tiempo de los valores medianos de estos indicadores desde 10 años antes de la declaración del concurso (-10) hasta el año inmediatamente anterior al mismo (-1). Además, se incluyen los valores inicial, medio y final de los indicadores correspondientes a las empresas sanas, considerando por tales aquellas que en la fecha de realización de este estudio (septiembre 2011) todavía no habían solicitado entrar en concurso. Por su parte, en el **cuadro 12** se incluyen los valores medianos, tanto para empresas sanas como para empresas en concurso, de aquellas variables que reflejan características fijas de la empresa. Ambos cuadros incluyen un análisis de la varianza planteado para comprobar si los valores de los indicadores correspondientes a las empresas sanas y quebradas proceden de la misma distribución de probabilidad. Del análisis de ambos cuadros se desprenden los siguientes hechos estilizados:

1. En los años inmediatamente anteriores a la declaración de concurso, disminuye notablemente el número de empresas con cuentas anuales disponibles en el Registro Mercantil. De hecho, un año antes del concurso solo 11 de las 24 empresas analizadas depositó las cuentas anuales.

2. El tamaño de la empresa no parece asociado a la solicitud de concurso de acreedores. El tamaño medio del activo de las empresas que entran en concurso no es estadísticamente diferente del de las empresas sanas.
3. La rentabilidad sobre activos de las empresas en concurso sufre un lento declive a lo largo del tiempo, que es muy similar al del resto de empresas de la muestra. No obstante, dos años antes de la declaración del concurso, una vez el fracaso de la empresa es prácticamente inevitable, tanto ROA como Margen sobre ventas se hunden dramáticamente. Esta circunstancia invita a pensar que su evolución en el tiempo no es una causa del fracaso empresarial, sino una simple manifestación del propio proceso que deriva en el concurso. Desde esta perspectiva, su capacidad predictiva es muy limitada.
4. En cambio, la rotación muestra una disminución mucho más pronunciada para las empresas en concurso que para las empresas sanas. Incluso ocho años antes de la declaración, la rotación de las empresas fallidas es ocho puntos porcentuales inferior a la media del sector. Todo ello apunta a que la baja rotación, en tanto que indica insuficiencia de demanda, es un buen predictor del concurso, al reflejar una de las principales causas de fracaso empresarial.

CUADRO II. Evolución de los indicadores financieros de las empresas cerámicas en los años previos al concurso de acreedores.

	N obs	Activo	ROA	Margen	Rotación	Acid test	Existencias	Deuda_act	Com_act	Bank_act
1998	103	13.389	0,0523	0,0750	0,8634	-0,0877	0,1715	0,5995	0,2513	0,3178
Media	1.264	18.122	0,0306	0,0459	0,8213	-0,0941	0,2052	0,5867	0,2301	0,3422
2008	95	24.725	0,0055	0,0070	0,7218	-0,0948	0,2605	0,5619	0,1940	0,3744
Años antes del concurso					En concurso					
-10	18	20.503	0,0194	0,0301	0,9549	-0,2304	0,2206	0,7001	0,2462	0,4506
-9	21	18.108	0,0169	0,0167	0,8154	-0,2047	0,2292	0,7205	0,2525	0,4580
-8	21	19.733	0,0102	0,0154	0,7461	-0,2170	0,2093	0,7651	0,2463	0,4899
-7	22	23.030	0,0125	0,0173	0,7090	-0,2019	0,1993	0,7511	0,2469	0,4918
-6	23	20.507	0,0031	0,0043	0,7274	-0,2210	0,2171	0,7635	0,2546	0,5028
-5	24	17.324	0,0038	0,0061	0,7350	-0,2381	0,2313	0,7871	0,2836	0,5004
-4	24	17.979	0,0058	0,0152	0,6463	-0,2382	0,2249	0,7864	0,2798	0,5117
-3	24	16.598	0,0014	0,0024	0,6424	-0,2208	0,2391	0,7912	0,2740	0,4843
-2	19	20.423	-0,0212	-0,0431	0,6850	-0,2797	0,2543	0,7864	0,2514	0,4924
-1	11	21.403	-0,0891	-0,1373	0,6782	-0,3804	0,2556	0,8359	0,2417	0,5351
F		1,65 (0,201)	15,33 (<0,001)	16,19 (<0,001)	4,9 (0,028)	28,44 (<0,001)	0,00 (0,963)	29,09 (<0,001)	14,87 (<0,001)	14,38 (<0,001)

Nota: El cuadro II muestra la evolución de los principales indicadores financieros de las empresas cerámicas durante el período 1998-2008. En concreto, la muestra se segrega en dos categorías: la primera formada por empresas sanas y la segunda compuesta por empresas que a lo largo del periodo mencionado se acogieron al concurso de acreedores. Con respecto a las empresas sanas, el cuadro presenta el dato inicial, la media y el dato final para cada indicador financiero. En cambio, para las empresas que se acogieron al concurso, el cuadro muestra la evolución anual de los valores medianos de los indicadores, desde 10 años antes de la declaración del concurso (-10) hasta el año inmediatamente anterior al mismo (-1). La última fila de la tabla presenta los resultados de un análisis de la varianza planteado para contrastar si los valores que toman los indicadores en las empresas sanas y quebradas proceden de la misma distribución de probabilidad. Para calcular el estadístico F se utiliza un único dato por empresa correspondiente al último año con información disponible en la base de datos. Los indicadores utilizados son: el Activo medido en miles de euros, la rentabilidad sobre activos (ROA), el ratio «beneficio antes de intereses e impuestos/cifra neta de negocios» (Margen), el ratio «cifra neta de negocios/activo» (Rotación), el ratio «(Activo circulante - Pasivo circulante)/Activo» (Acid test), el ratio «existencias/activo» (Existencias), el ratio «pasivo exigible/activo» (Deuda_act), el ratio «acreedores por operaciones de tráfico/activo» (Com_Act), y el ratio «deuda bancaria/activo» (Bank_act). Los datos incluidos en el cuadro hacen referencia a 134 empresas con cuentas anuales auditadas pertenecientes al sector de pavimentos y revestimientos cerámicos, de las cuales 24 se acogieron al concurso de acreedores durante el periodo muestral.

5. Igualmente, el ratio *acid-test*, «(Activo circulante – Existencias – Pasivo circulante)/ Activo» es significativamente inferior en las empresas en concurso que en las empresas sanas. El diferencial se acentúa en los dos años inmediatamente anteriores al concurso, pero la diferencia es estadísticamente significativa incluso diez años antes de la declaración. Este ratio viene determinado por la posición de tesorería de la empresa, reflejando la inexistencia o insuficiencia de un colchón de efectivo en las empresas en dificultades que agrava la situación en caso de impagos por parte de terceros.
6. La deuda, tanto bancaria como comercial, constituye un factor de primer orden en la predicción de la insolvencia empresarial. Las empresas fallidas no solo acumulan más deuda, incluso diez años antes del concurso, sino que la evolución de la misma es más desfavorable que en las empresas sanas, especialmente la deuda bancaria que aumenta hasta cinco puntos porcentuales del activo desde el tercer hasta el primer año anterior al concurso. La deuda comercial permanece relativamente estable en las empresas fallidas, a pesar de la reducción en el nivel de actividad experimentada por el sector, lo cual apunta a un proceso de renovación automática de créditos no atendidos desde varios años antes de la declaración de concurso. A tenor de estos resultados, y en la medida en que la deuda es un factor de volatilidad ampliamente reconocido en la literatura, consideramos que la deuda es junto a la rotación y el *acid-test* un buen predictor del fracaso empresarial.
7. La antigüedad de la empresa no parece incidir en la evolución negativa de la empresa. Las empresas que se declaran en concurso son ligeramente más antiguas que las empresas sanas. Si bien, esta diferencia no es estadísticamente significativa.
8. Finalmente, los indicadores de gastos fijos tampoco parecen afectar al fracaso empresarial, ni conjuntamente ni considerándolos por separado en función de su naturaleza. En cambio, el indicador de riesgo operativo (DOL) es prácticamente el doble en las empresas en concurso que en las empresas sanas, siendo las diferencias significativas a niveles estándar. Como se indicó en el apartado 5 de este trabajo, el apalancamiento operativo no solo depende de los gastos fijos, sino que además se ve afectado por otras variables como la cifra neta de negocios y el margen de explotación. La evidencia empírica presentada en el **cuadro 12** sugiere que es la combinación de estos tres factores en un único indicador y no solamente la acumulación de gastos fijos la que aumenta significativamente el riesgo de que la empresa entre en concurso de acreedores.

CUADRO 12. *Características fijas de las empresas sanas y las empresas quebradas.*

	Antigüedad	Personal	Servicios	Amortización	Total fijos	DOL
Sanas	27.8	0.116	0.114	0.037	0.267	6.567
En concurso	30.6	0.108	0.104	0.050	0.262	11.122
F	0.70 (0,405)	0.27 (0,606)	0.66 (0,417)	3.71 (0,056)	0.04 (0,849)	6.00 (0,016)
.../...						

	Antigüedad	Personal	Servicios	Amortización	Total fijos	DOL
.../...						
<p>Nota: Este cuadro muestra el valor medio de un conjunto de indicadores que representan características fijas de la empresa, distinguiendo entre compañías sanas y compañías que se acogieron al concurso de acreedores durante el periodo muestral. La última fila de la tabla presenta los resultados de un análisis de la varianza planteado para contrastar si los valores que toman los indicadores en las empresas sanas y quebradas proceden de la misma distribución de probabilidad. Los datos incluidos en el cuadro hacen referencia a 134 empresas con cuentas anuales auditadas pertenecientes al sector de pavimentos y revestimientos cerámicos, de las cuales 24 se acogieron al concurso de acreedores durante el periodo muestral.</p>						

En definitiva, el análisis de los **cuadros 11 y 12** permite afirmar que el proceso de quiebra en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos está vinculado a cuatro factores esenciales: 1) insuficiencia de demanda, 2) posición de tesorería, 3) riesgo financiero, y 4) riesgo operativo. En el epígrafe siguiente combinamos estos cuatro factores en un único modelo para comprobar la relevancia específica de cada uno de ellos y contrastar si, una vez contemplados el resto de factores, el riesgo operativo constituye una causa fundamental del fracaso de la empresa cerámica.

7.2. Análisis multivariante del fracaso empresarial: estimación de un modelo LOGIT

El **cuadro 13** presenta los resultados obtenidos al tener en cuenta un modelo Logit para estimar la probabilidad de que las empresas de pavimentos y revestimientos cerámicos entren en concurso de acreedores. En concreto, el modelo estimado es el siguiente:

$$P(\text{Concurso} = 1) = \beta_0 + \beta_1 DOL + \beta_2 Atest + \beta_3 Rotación + \beta_4 Deuda + \varepsilon \quad [V]$$

donde *Concurso* es una variable dicotómica que toma valor si la empresa ha entrado en concurso durante el periodo muestral y cero en caso contrario, *DOL* es el riesgo operativo estimado para la empresa con información correspondiente a todo el periodo muestral, *Atest* es el ratio «(Activo circulante – Existencias)/Pasivo Circulante», *Rotación* es el ratio entre la cifra neta de negocios y el activo de la empresa y *Deuda* es el ratio entre el pasivo exigible y el activo total. El **cuadro 13** plantea además una especificación alternativa del modelo en la cual la variable *Deuda* se descompone en deuda bancaria (*D_Bank*) y deuda con proveedores por operaciones comerciales (*D_Com*):

$$P(\text{Concurso} = 1) = \gamma_0 + \gamma_1 DOL + \gamma_2 Atest + \gamma_3 Rotación + \gamma_4 D_Com + \gamma_5 D_Bank + \varepsilon$$

Para estimar el modelo se utilizan dos muestras alternativas. La primera muestra (FINAL) incluye 134 empresas cerámicas, 24 en concurso y 110 sanas, cuyos indicadores financieros se obtienen a partir de los últimos estados financieros disponibles en nuestra base de datos. Como se ha comentado previamente, únicamente la tercera parte de las empresas que se acogen al proceso concursal depositaron en el Registro Mercantil las cuentas anuales del ejercicio inmediatamente anterior a la declaración de concurso, siendo necesario en muchos casos recurrir a las cuentas anuales referidas a dos e incluso tres ejercicios anteriores al concurso. En el caso de las empresas sanas, el último

ejercicio disponible es generalmente el relativo al año 2008. Se utilizan los datos de este último ejercicio como referente para la comparación porque en 2008 el deterioro de la situación económico-financiera causada por la crisis era ya generalizado entre las empresas del sector. De este modo, se pretende que los coeficientes del modelo reflejen aspectos específicos de las empresas cerámicas fallidas y no aspectos generales causados por la adversa coyuntura sectorial.

Además, el modelo ha sido realizado con una muestra alternativa (PROMEDIO) compuesta por 131 empresas cerámicas, las mismas que en la muestra anterior pero eliminando tres empresas que entran en concurso antes del ejercicio 2007. Además, en este caso los indicadores financieros de cada empresa se obtienen como promedio de los datos disponibles para cada empresa durante el periodo 1998-2006. De este modo, se pretende evaluar la capacidad de los indicadores para ofrecer una estimación a medio plazo de la probabilidad de fracaso empresarial.

La estimación del modelo (V) con la muestra FINAL produce una variedad de resultados interesantes. El coeficiente asociado a la variable DOL es positivo y estadísticamente significativo, indicando que el riesgo operativo de la empresa es un factor determinante del fracaso empresarial, incluso después de controlar por otros factores relevantes de riesgo en la industria cerámica. En lo referente a las variables de control, todos los coeficientes tienen los signos esperados, si bien el ratio *acid-test* no afecta significativamente a la probabilidad de que la empresa entre en concurso. Los coeficientes asociados a la deuda total, bancaria y comercial son positivos y estadísticamente significativos, mientras que el coeficiente de la variable rotación es negativo indicando que la insuficiencia de demanda es un factor significativo de riesgo en la industria cerámica.

Por último, el **cuadro 13** muestra los resultados obtenidos al estimar el modelo (V) con la muestra PROMEDIO. Sorprendentemente, cuando se calculan los indicadores de las empresas de la muestra como promedio del periodo 1998-2006, tanto la deuda total como la deuda bancaria y comercial pierden su significatividad estadística. Esta circunstancia sugiere que, una vez controlados otros factores de riesgo, el excesivo endeudamiento de las empresas fallidas es un síntoma muy próximo al desenlace final del proceso, pero con escasa capacidad para predecir el fracaso a medio plazo. Sin embargo, los coeficientes de las variables *DOL* y *Rotación* continúan siendo significativos y mantienen sus signos conforme a lo esperado a priori. A medio plazo, la insuficiencia de demanda, medida a través de una baja rotación, y el elevado riesgo operativo son los mejores predictores del fracaso empresarial en la industria cerámica.

CUADRO 13. Concurso de acreedores y riesgo operativo. Análisis LOGIT.

Variables independientes	Pred. Sign.	Muestra = FINAL		Muestra = PROMEDIO	
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
Intercepto		-3,541 (0,047)	-3,331 (0,063)	-2,876 (0,224)	-2,854 (0,225)
.../...					

Variables independientes	Pred. Sign.	Muestra = FINAL		Muestra = PROMEDIO	
		Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)	Coef. (P-value)
.../...					
DOL	(+)	0,0579 (0,060)	0,0617 (0,049)	0,085 (0,013)	0,085 (0,014)
ATest	(-)	-3,130 (0,150)	-2,555 (0,275)	-7,459 (0,124)	-7,582 (0,126)
Rotación	(-)	-4,708 (0,004)	-5,034 (0,004)	-4,171 (0,015)	-4,104 (0,027)
Deuda	(+)	5,694 (0,022)		3,747 (0,303)	
D_Bank	(+)		5,063 (0,054)		3,836 (0,304)
D_Com	(+)		7,334 (0,042)		3,836 (0,225)
N		134	134	131	131
Pseudo R ²		0,3626	0,3660	0,3284	0,3284
LR chi ²		45,68 (<0.001)	46,10 (<0.001)	32,84 (<0.001)	32,84 (<0.001)

Nota: Este cuadro muestra los resultados obtenidos al estimar una serie de modelos LOGIT, cuya variable dependiente (CONCURSO) es una *dummy* que toma valor 1 si la empresa se acogió al concurso de acreedores durante el periodo muestral, y 0 en caso contrario. Como variables independientes se considera el riesgo operativo (DOL) y cuatro variables de control: ATest, ratio «(Activo circulante – Existencias – Pasivo circulante)/ Activo»; Rotación, el ratio «cifra neta de negocios/activo»; y Deuda, el ratio «pasivo exigible/activo». En una especificación alternativa la variable deuda se reemplaza por dos ratios complementarios D_Bank, el ratio «deuda bancaria/activo total» y D_Com, el ratio «acreedores comerciales/activo total». Para estimar el modelo se han utilizado dos muestras alternativas. En la primera muestra, denominada FINAL, se incluye un único dato por empresa correspondiente al último ejercicio con información disponible en la base de datos. En la segunda muestra, PROMEDIO, se eliminan las empresas que entran en concurso con anterioridad a 2007 y se considera un único dato por empresa que corresponde al promedio del periodo 1998 -2006. La tabla presenta los coeficientes estimados para cada variable. Los p-values aparecen entre paréntesis.

8. CONCLUSIONES

A finales de 2011, la situación del sector cerámico español es ciertamente preocupante. De un total de 134 empresas cerámicas consideradas en este estudio, 24 compañías han entrado en concurso de acreedores. La producción agregada del sector se ha situado en niveles desconocidos durante la década anterior y similares a los registrados a mediados de los 90. El empleo ha disminuido dramáticamente en los dos últimos años. Y la rentabilidad media del sector se ha hundido hasta situarse en pérdidas en el ejercicio 2009. Aunque su situación parece menos grave que la del sector de pavimen-

tos y revestimientos cerámicos, el sector español de esmaltes y fritas también está sufriendo una merma significativa de la rentabilidad, a pesar de su importante presencia en los mercados internacionales.

Es evidente que el pinchazo de la burbuja inmobiliaria ha afectado notablemente al sector cerámico al producir una caída brusca de la demanda interna. Pero como sugiere la evidencia empírica presentada en este trabajo, el sector cerámico estuvo acumulando riesgos durante la década previa a la crisis financiera internacional que explican la intensidad de la recesión que vive el sector en la actualidad. La apuesta por un crecimiento endógeno en el marco de un modelo de producción atomizado propició la acumulación de gastos fijos, y elevó de forma significativa el riesgo operativo de las empresas, especialmente de aquellas con plantillas más antiguas y menores márgenes de explotación. Los resultados presentados en este trabajo confirman que el incremento de los riesgos operativos generó una mayor volatilidad del resultado y, a la postre, una mayor probabilidad de que la empresa dejara de atender sus obligaciones financieras y entrara en situación de concurso de acreedores.

Este estudio viene a confirmar la evidencia empírica presentada en trabajos de investigación recientes acerca de la relevancia del apalancamiento operativo como factor de riesgo en las empresas industriales. Hasta ahora los estudios se han centrado en el análisis del riesgo operativo como factor explicativo de la dispersión en los rendimientos de las acciones de empresas cotizadas. Este trabajo utiliza un procedimiento propuesto recientemente en la literatura para estimar el riesgo operativo, y documenta por primera vez la relación existente entre este indicador y el riesgo de que la empresa entre en concurso de acreedores.

Para ello se utiliza una muestra de empresas pertenecientes a un sector industrial –el cerámico–, que constituye un marco de análisis idóneo para evaluar la relación entre ambas variables. Primero porque su tecnología es intensiva en capital y, por tanto, las empresas son susceptibles de acumular elevados gastos fijos. Segundo, porque el sector cuenta con un importante número de empresas relativamente homogéneas, que permiten el análisis sin incurrir en sesgos potenciales derivados de variables no observables omitidas en los modelos econométricos. Y tercero, porque el sector ha sufrido una caída repentina de la demanda, derivada de un *shock* externo –la crisis internacional–, que permite evaluar los efectos del riesgo operativo de una forma directa y natural.

En este sentido, las implicaciones de este trabajo trascienden a los límites geográficos de la provincia de Castellón, donde se ubican mayoritariamente las empresas que forman parte del sector cerámico. La historia de este sector es la historia de otras muchas empresas españolas, ligadas directa o indirectamente al ciclo expansivo de la construcción en nuestro país. En cierto modo, el abrupto aterrizaje del *cluster* azulejero es fiel reflejo de la realidad económica de la España posterior a la debacle de la promoción inmobiliaria. Por ello, al haber detectado un importante *driver* de la crisis que atraviesan nuestros sectores industriales, este trabajo abre interesantes líneas de investigación para el futuro. Más allá de los efectos del riesgo operativo sobre la probabilidad de fracaso de las empresas, es imprescindible analizar por qué motivo algunas compañías acumularon mayores riesgos que otras durante la etapa de crecimiento. Igualmente resulta necesario evaluar cuál fue el papel de los bancos y cajas de ahorros españoles a la hora de supervisar los planes de crecimiento de sus deudores. En suma, el análisis de las causas y consecuencias del apalancamiento operativo es una condición necesaria para que la situación de crisis que vivimos en la actualidad no vuelva a producirse de nuevo.

Bibliografía

- ALEGRE, J. *et al.* [2006]: «La innovación de productos en el sector cerámico: un análisis de las empresas innovadoras y menos innovadoras». *Revista Europea de Dirección y Economía de la empresa*, vol. 15, núm. 4, págs. 55-68.
- Ascer [2011]: «Datos Económicos del Sector». Página web de asociados de la Asociación Española de Fabricantes de Azulejos y Pavimentos Cerámicos, www.ascer.es/asociados.
- Cluster competitividad [1999]: «Iniciativa de refuerzo de la competitividad. El cluster azulejero de Castellón», *Generalitat Valenciana y Bancaja*, 1999.
- BOWMAN, R.G. [1979]: «The Theoretical Relationship between the systematic Risk and Financial (Accounting) Variables», *Journal of Finance*, 34, págs. 617-630.
- CAMISÓN, C. y MOLINA, J. [1998]: «El cluster industrial cerámico valenciano: ¿mito o realidad competitiva?», *Revista Valenciana D'estudis autonòmics*, núm. 22, primer trimestre 1998, págs. 83-101.
- CARLSON, M. *et al.* [2004]: «Corporate Investment and Asset Price Dynamics: Implications for the Cross Section of Returns», *Journal of Finance*, 59, págs. 2.577-2.603.
- COOPER, I. [2006]: «ASSET Pricing Implications OF noN-Convex Adjustment Costs AND Irreversibility of Investment», *Journal of Finance*, 61, págs. 139-170.
- Directiva CEE [1978]: *Directiva 78/660/CEE del Consejo*, de 25 de julio de 1978. Diario Oficial L222, 11-31, de 14 de agosto de 1978.
- FERNÁNDEZ *et al.* [2005]: «La innovación en el sector de pavimentos y revestimientos cerámicos de la Comunidad Valenciana». Ed. Alto Consejo consultivo en I+D de la Presidencia de la Generalitat Valenciana, 1999.
- Fundación Bancaja [1999]: «El cluster cerámico de Castellón: iniciativa de refuerzo de la competitividad. *Bancaja*, Valencia, 1999.
- GARCÍA, L. y JORGENSEN R. [2010]: «Can Operating Leverage be the Cause of the Value Premium», *Financial Management Association*, 39, págs. 1.127-1.154.
- HAMADA, RS. [1972]: «The Effect of the Firm's Capital Structure on the Systematic Risk of Common Stock», *Journal of Finance*, 27, págs. 435-452.
- HO, Y.K. *et al.* [2004]: «R&D Investment and Systematic Risk», *Accounting and Finance*, págs. 393-418.
- LEV, B. [1974]: «On the association between Operating Leverage and Risk», *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 9, págs. 627-641.
- LORD, R. [1996]: «The Impact of Operating and Financial Risk on Equity Risk», *Journal of Economics and Finance*, 20, págs. 27-38.
- MANDELKER, G.N. y RHEE, D.G. [1984]: «The Impact of the Degrees of Operating and Financial Leverage on Systematic Risk of Common Stock», *Journal of Financial Quantitative Analysis*, 19, págs. 45-57.
- NOVY-MARX, R. [2011]: «Operating Leverage», *Review of Finance*, 15 (1), págs. 103-134.
- O'BRIEN, T.J. y VANDERHEIDEN, P.A. [1987]: «Empirical Measurement of Operating Leverage for Growing Firms», *Financial Management*, 16, págs. 45-53.
- RUBISTEIN, M.E. [1973]: «A Mean-Variance Synthesis of Corporate Financial Theory», *Journal of Finance*, 28, págs. 167-182.
- ZANG, L. [2005]: «The Value Premium», *Journal of Finance*, 60, págs. 67-103.

¿HACIA UNA SIMPLIFICACIÓN DE LAS CARTERAS DE ACTIVOS FINANCIEROS?: IFRS 9

JUAN DEL BUSTO MÉNDEZ

Profesor del CEF

Extracto:

EL organismo IASB se ha embarcado en un proyecto para modificar el tratamiento contable actual de los instrumentos financieros, recogidos en la NIC 39. Ese proyecto se ha dividido en tres fases, habiendo finalizado hasta la fecha únicamente la primera de ellas sobre la clasificación y medición de los instrumentos financieros. En el presente artículo se analizan las nuevas carteras que recoge la IFRS 9 para los activos financieros.

Palabras clave: instrumentos financieros, NIC 39, carteras de activos financieros, valor razonable y IFRS 9.

IFRS 9: A STEP TOWARDS REDUCTION OF COMPLEXITY IN FINANCIAL ASSETS ACCOUNTING?

JUAN DEL BUSTO MÉNDEZ

Profesor del CEF

Abstract:

THE IASB is replacing the notoriously complex IAS 39 with a new standard, IFRS 9. The Board has divided the development of the new standard, IFRS 9 Financial Instruments, into three main phases. Under phase one, the categories of financial assets in IAS 39, each with its own classification criteria, are replaced. This article tries to explain the new categories introduced by the IFRS 9.

Keywords: financial instruments, IAS 39, financial assets, fair value and IFRS 9.

Sumario

1. Motivaciones del cambio: un modelo contable excesivamente complejo.
2. Carteras de activos financieros actuales: NIC 39.
3. Nuevas carteras de activos financieros recogidos en la IFRS 9.
 - a) Cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.
 - b) Cartera de coste amortizado.
 - c) Opción de valor razonable.
 - d) Instrumentos de patrimonio con cambios en patrimonio neto.
 - e) Eliminación de la valoración a coste como excepción para ciertas inversiones en el patrimonio de otras empresas.
4. Modificaciones a la IFRS 9: nueva cartera para los instrumentos de renta fija.
5. Conclusiones.

1. MOTIVACIONES DEL CAMBIO: UN MODELO CONTABLE EXCESIVAMENTE COMPLEJO

El modelo contable actual de instrumentos financieros que supone la NIC 39 ha sido criticado por ser excesivamente complejo¹. Dicho modelo va a ser objeto de sustitución por una nueva norma de instrumentos financieros, la IFRS 9. El proyecto de instrumentos financieros del IASB se ha dividido en tres fases, aprobándose hasta el momento la primera de ellas, relativa a la clasificación y medición de instrumentos financieros². Todavía quedan pendientes de desarrollo las dos últimas fases del proyecto de instrumentos financieros (las relativas al deterioro de activos financieros y coberturas contables).

En línea con ese objetivo de reducir la complejidad de la contabilidad de instrumentos financieros, se publicó por el organismo IASB, en noviembre de 2008, el documento «Discussion Paper: Reducing Complexity in Reporting Financial Instruments». En ese documento no solo se recogía la intención del IASB de simplificar la normativa contable de instrumentos financieros, sino que además se apuntaban una serie de alternativas para conseguir ese fin.

Se suele atribuir a David Tweedie, anterior presidente del IASB, que la NIC 39 podría ser sustituida por una norma mucho más sencilla con solo dos puntos:

1. *Valora todo a valor razonable.*
2. *¡Vuelve a leer la primera frase!*

El documento del 2008 parece perseguir esa finalidad. Propone como tratamiento contable «ideal» la aplicación de un único criterio de medición para todos los instrumentos financieros. Argu-

¹ El hecho de que la versión española de dicha norma (incluyendo los ejemplos, guía de aplicación y fundamentos de conclusiones) ocupe 302 páginas nos da una idea de la complejidad que arrastra ese modelo contable.

² Dentro de esa fase en 2009 se aprobaron los criterios de clasificación y medición de activos financieros contenidos en la IFRS 9. En 2010 se aprobaron los criterios de clasificación y medición de pasivos financieros.

menta dicho documento que ese criterio único, como ya podrá imaginar el lector, no debiera ser otro que el valor razonable.

Sin embargo, reconoce el IASB que ese tratamiento «ideal» constituye una solución a largo plazo, por lo que apunta una serie de soluciones intermedias para reducir la complejidad de las normativa de instrumentos financieros, entre las que se encontraba reducir las carteras de instrumentos financieros.

Esa alternativa de reducir las carteras contables, como veremos más adelante, es la que adopta la IFRS 9 aprobada en 2009. Dicha norma será aplicable a partir de 2015³, si bien a nivel europeo todavía no ha sido aprobada⁴.

2. CARTERAS DE ACTIVOS FINANCIEROS ACTUALES: NIC 39

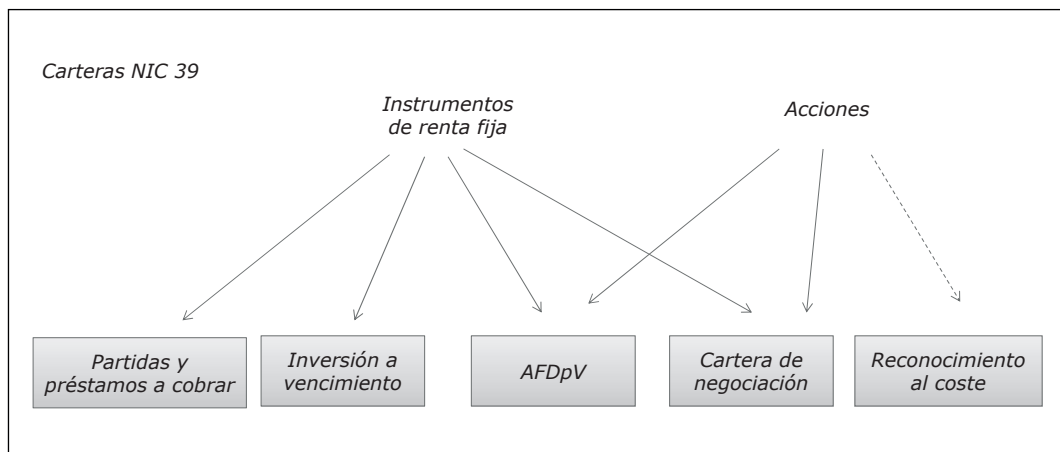
Bajo la norma contable actual, la clasificación contable, y por tanto el tratamiento contable adecuado, de las inversiones en activos financieros se basa en la intención de la empresa. Las principales carteras que establece la NIC 39:

- Los **préstamos y partidas a cobrar**: se reconocerán mediante su **coste amortizado**.
- La cartera de **inversión al vencimiento**, para aquellos instrumentos de renta fija en los que la entidad tiene la intención efectiva de mantener los mismos hasta el vencimiento. Estas inversiones se reconocen a su **coste amortizado**.
- Las **inversiones mantenidas para negociar**, calificando como tales aquellas que se adquieren con la finalidad de venderse en el corto plazo. Esas inversiones se reconocen al **valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias**.
- Los **activos financieros disponibles para la venta** se tratan de una categoría residual. Aquellos que no se hayan designado en las carteras previas deberían reconocerse en dicha cartera. Estos instrumentos se reconocen por su valor razonable, con cambios en patrimonio neto.

Recoge la norma una excepción al reconocimiento posterior de los instrumentos de patrimonio por su valor razonable: aquellas inversiones que no tengan un precio de mercado, y cuya valoración no pueda realizarse con la suficiente fiabilidad.

³ La fecha original de aplicación de la IFRS 9 era el 1 de enero de 2013, sin bien finalmente el IASB decidió posponer la fecha de aplicación hasta el 1 de enero de 2015.

⁴ La estrategia europea, según lo aconsejado por el EFRAG, ha sido no aprobar la primera de las fases de la modificación de la NIC 39, de modo que se retrasa la aprobación de la IFRS 9 hasta que el proyecto de instrumentos financieros se encuentre finalizado (se hayan aprobado por el IASB todas las fases de las que consta).



3. NUEVAS CARTERAS DE ACTIVOS FINANCIEROS RECOGIDOS EN LA IFRS 9

La nueva norma trata de simplificar las diversas carteras que recoge la NIC 39, estableciendo únicamente dos carteras básicas: una cartera de valor razonable y otra de coste amortizado. Esa clasificación en carteras ya no se basa en la intención perseguida con la inversión, sino que viene determinada por el modelo de negocio de la entidad.

a) Cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias

La cartera por defecto que establece la norma es la cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias. A no ser que cumpla algunos de los criterios que veremos más adelante, los instrumentos financieros deben clasificarse dentro de esa cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.

b) Cartera de coste amortizado

Adicionalmente a la cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias, se recoge como segunda cartera básica la cartera de instrumentos a coste amortizado. Si bien para reconocer los instrumentos financieros en esta cartera la entidad deben cumplirse dos condiciones:

- Dichos instrumentos se mantengan dentro de un **modelo de negocio**, cuyo objetivo sea **mantener los activos para obtener los flujos de efectivo contractuales**.
- Las **condiciones contractuales** del activo dan lugar **únicamente a pagos de principal e intereses** sobre el importe del principal pendiente.

Si no se cumplen esas dos condiciones, los activos financieros deberían reconocerse en la cartera por defecto que establece la IFRS 9: la cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias.

c) Opción de valor razonable

La clasificación de algunos activos financieros en la cartera de coste amortizado puede dar lugar a asimetrías contables. Para atajar esas asimetrías, brinda la norma una opción de clasificar en la cartera de valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias instrumentos financieros, que de no ejercitarse la opción debiera clasificarse en la cartera de coste amortizado.

d) Instrumentos de patrimonio con cambios en patrimonio neto

Además de esas dos carteras «básicas» (coste amortizado y valor razonable), permite la norma designar una inversión en patrimonio de otras empresas a valor razonable con cambios en el patrimonio neto. Si bien esta cartera se asimila a la cartera de activos financieros disponibles para la venta que contempla actualmente la NIC 39, hay dos diferencias significativas:

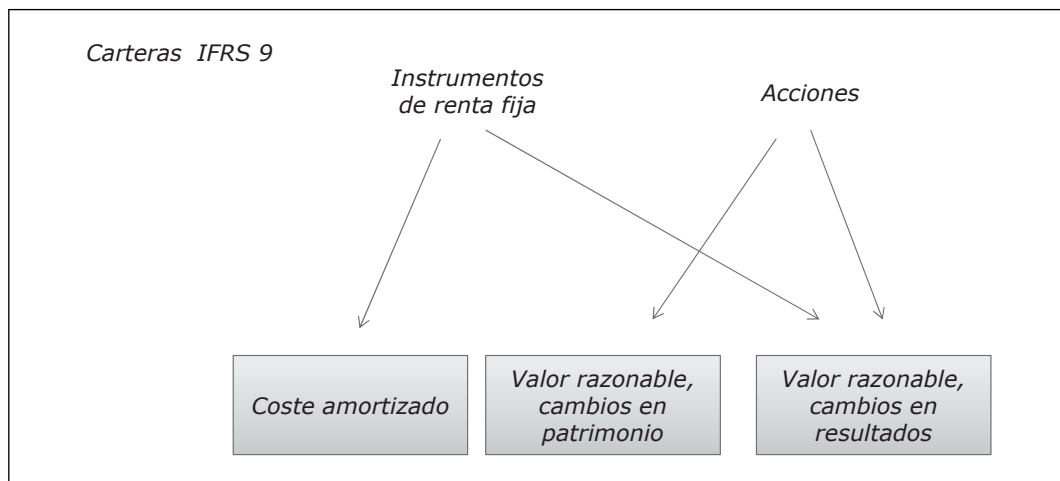
- No se permite la inclusión en esta cartera de instrumentos de renta fija, solo las inversiones en patrimonio podrán designarse como valor razonable con cambios en patrimonio neto.
- En la cartera actual de activos financieros disponibles para la venta, los cambios de valor se recogen de forma transitoria en el patrimonio neto. Esos ajustes de valoración se deben transferir al resultado del ejercicio cuando los mismos se entiendan realizados, por la baja o deterioro. En la IFRS 9 esos cambios de valor se recogen de forma directa en el patrimonio neto, sin reclasificarse al resultado de ejercicios futuros.

e) Eliminación de la valoración a coste como excepción para ciertas inversiones en el patrimonio de otras empresas

La excepción de reconocimiento posterior al valor razonable de los instrumentos financieros para los que no haya un precio de cotización en un mercado activo o se pueda estimar de modo fiable ese valor razonable no se recoge en la IFRS 9. Fueron varias las críticas que se recibieron a la eliminación de esa opción del criterio de coste para esos casos. Reconoce el propio IASB haber trabajado en metodologías de valoración alternativas⁵, sin embargo introducir criterios de valoración adicional solo serviría, a juicio del organismo, para introducir mayor complejidad en la elaboración e interpretación de la información financiera. Reconoce el IASB que en ocasiones el coste puede ser una bue-

⁵ Entre esos métodos de valoración se citan en las bases de conclusiones de la propia IFRS 9 la mejor estimación de la entidad del precio de venta, o la atribución del cambio de activos netos atribuibles.

na aproximación al valor razonable de una inversión, con lo que se alivia esa carga de estimar un valor razonable en casos complejos, aunque ese criterio nunca será adecuado para instituciones financieras o fondos de inversión.



4. MODIFICACIONES A LA IFRS 9: NUEVA CARTERA PARA LOS INSTRUMENTOS DE RENTA FIJA

Es previsible que esas carteras que recoge la IFRS 9 sean objeto de algunos cambios. El IASB y el FASB hicieron público en enero de este año su intención de reducir las diferencias en la clasificación y medición de instrumentos financieros. Dentro de ese compromiso de convergencia contable ambos organismos han llevado a cabo varias reuniones conjuntas. En la reunión de junio, ambos organismos abordaron la creación de una nueva cartera contable: la de instrumentos de deuda a valor razonable, con cambios a reconocer en el patrimonio neto. En dicha cartera se clasificarían los instrumentos de deuda que cumplan dos condiciones:

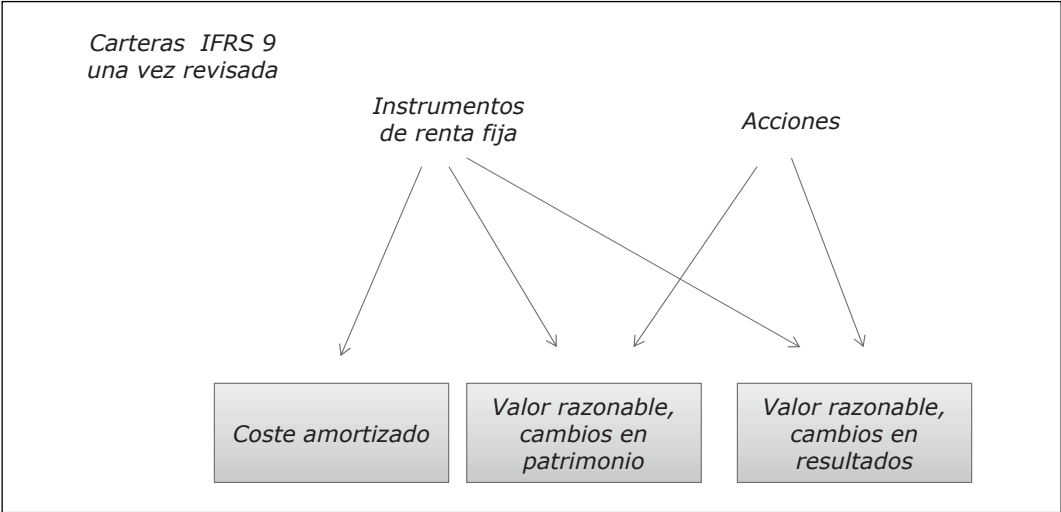
- Dichos instrumentos se mantengan dentro de un **modelo de negocio**, cuyo objetivo sea **mantener los instrumentos de deuda y la venta de los mismos**. Aquellos modelos de negocio consistentes en mantener los instrumentos de deuda para negociar no serían adecuados para calificar esas inversiones dentro de esta categoría.
- Al igual que para la cartera de instrumentos a coste amortizado, se exige que las **condiciones contractuales** del activo dan lugar **únicamente a pagos de principal e intereses** sobre el importe del principal pendiente.

Los intereses de esos instrumentos de deuda, mediante la aplicación del tipo de interés efectivo, y las pérdidas por deterioro se reconocerán en el resultado del ejercicio. El resto de cambios en el valor razonable de los instrumentos se reconocerá en el patrimonio neto. Esos ajustes de valor se

reconocen de forma transitoria en el patrimonio neto, debiendo reciclarse al momento de la baja del instrumento. Ese tratamiento, si bien en línea con lo dispuesto en la actual cartera de activos financieros disponibles para la venta que recoge la NIC 39, es contrario a la cartera de instrumentos de patrimonio con cambios en el patrimonio neto que recoge la IFRS 9 (que establece que esos ajustes no deben transferirse al resultado en ningún momento).

El IASB decidió que la opción de valor razonable se extendería también a los instrumentos de deuda que deban clasificarse en esta cartera, siempre que de aplicarse el tratamiento contable previsto (reconocer los cambios de valor en el patrimonio neto) se produzca una asimetría contable.

Será necesaria una modificación de la IFRS 9 para introducir esos cambios. La representación de las diferentes carteras, una vez introducida esas modificaciones en la IFRS 9, quedaría de la siguiente forma:



5. CONCLUSIONES

En lo relativo a los instrumentos de deuda, a nuestro juicio, el principal cambio que introducirá la nueva norma es el relativo a la clasificación de inversiones financieras entre las diferentes carteras, sin recoger cambios significativos en cuanto a los criterios de valoración. El modelo actual se basa en la intención de la entidad en cuanto a la inversión concreta, para asignarle la cartera contable adecuada, y por lo tanto el tratamiento contable aplicable. Con la nueva norma, una vez se revise para recoger las decisiones de la reunión de Junio, se identifican tres modelos de negocio posibles, asignándose diferentes tratamientos contables diferentes a cada uno de ellos:

- Mantener los activos para obtener los flujos de efectivo contractuales. Los instrumentos de deuda que se mantengan en ese modelo de negocio deben reconocerse al coste amortizado.

- Mantener los activos para obtener flujos de efectivo y venta de los mismos. Bajo ese modelo de negocio, se reconocerán los instrumentos de deuda por su valor razonable, reconociendo los cambios de valor que no sean debidos a intereses o deterioro de forma transitoria en el patrimonio neto.
- Mantener los activos para vender en el corto plazo, beneficiándose de la revalorización de los mismos. Esas inversiones se reconocerán por su valor razonable, reconociendo los cambios de valor en el resultado del ejercicio.

En el caso de los instrumentos de patrimonio, sí que parece que supondrá mayores cambios la aplicación de la IFRS 9. La valoración de ciertos instrumentos de patrimonio al coste, por no disponer de un mercado activo de referencia, queda más limitada. También se ve modificada la «dinámica contable» de aquellas inversiones reconocidas a valor razonable con cambios en patrimonio neto, ya que los ajustes de valoración no se reciclarán al resultado de ejercicios futuros.

Como ya habrá advertido el lector, esa simplificación de las carteras contables que se perseguía con la aprobación de la IFRS 9 es, cuanto menos, relativa. Si bien la clasificación de las inversiones financieras no depende de la intención de la entidad, sino del modelo de negocio bajo el que se mantenga la inversión, los resultados son muy similares. Ya en la aprobación de la IFRS 9, de los trece miembros del IASB, dos⁶ emitieron un voto particular criticando que esa simplificación no parecía haberse conseguido (no debemos olvidar que esa versión de la IFRS 9 no recoge la nueva cartera de instrumentos de deuda con cambios a patrimonio neto, por lo que la crítica es, aún si cabe, más correcta).

⁶ Los miembros que emitieron un voto en contra criticando que esa simplificación no parecía haberse logrado fueron James J. Leisenring y Patricia McConnell. La alternativa que defienden ambos miembros es el reconocimiento de todas las inversiones financieras al valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias. Sus puntos de vista se recogen en los fundamentos de conclusiones de la IFRS 9, por lo que remitimos a dicho documento al lector si le interesa profundizar en este tema.

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 86, junio 2011. Consulta 1. Marco Conceptual de la Contabilidad. Cálculo del valor en uso de un activo que se ha financiado parcialmente con una subvención.

SUMARIO:

Sobre la determinación del valor en uso de un activo que se ha financiado parcialmente con una subvención.

Respuesta:

Cuando una empresa identifica un indicio de deterioro en un activo debe calcular su valor razonable menos los costes de venta y el valor en uso o cantidad que puede recuperar si lo emplea en el curso ordinario de sus operaciones, considerando el valor temporal del dinero y los riesgos específicos del elemento patrimonial. El activo estará deteriorado si la mayor de estas dos cantidades es inferior a su valor en libros.

El valor en uso de un activo o de una unidad generadora de efectivo se define en el apartado 6.º «Criterios de valoración» del Marco Conceptual de la Contabilidad, incluido en la primera parte del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, como sigue:

«(...) es el valor actual de los flujos de efectivo futuros esperados, a través de su utilización en el curso normal del negocio y, en su caso, de su enajenación u otra forma de disposición, teniendo en cuenta su estado actual y actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo, ajustado por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros. (...)».

Si el activo está subvencionado, para otorgar un adecuado tratamiento contable al flujo de efectivo que origina la subvención y que se aplica en la adquisición del activo, es preciso considerar las siguientes circunstancias.

La recuperación del valor en libros del activo en forma de flujos de efectivo a través de la venta de bienes o la prestación de servicios, previsiblemente carezca de relevancia desde la perspectiva del plan de negocios de la empresa, en la medida en que dichos costes han sido subvencionados y, en consecuencia, puede afirmarse que se han recuperado en el mismo momento en que se incurren.

Por otro lado, si el cálculo del valor en uso desconociese el efecto que origina la subvención, la incorporación del activo al patrimonio de la empresa previsiblemente vendría acompañada, ante la ausencia de un valor razonable, de la simultánea corrección valorativa y la correspondiente imputación de la subvención a la cuenta de pérdidas y ganancias, mostrándose en el balance de la entidad un efecto similar al que se derivaría de una presentación compensada del activo y la subvención, y contrario por tanto al criterio seguido por el PGC al considerar que el ingreso que pone de manifiesto la subvención recibida debe tener plenos efectos económicos.

Al amparo de estos argumentos, la subvención pendiente de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias vinculada a un activo subvencionado se calificará como un componente más del valor en uso del activo para determinar si existe una pérdida por deterioro.

Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto de que la empresa se viera obligada a reembolsar la subvención, esta circunstancia debería ser considerada como un indicio de deterioro de valor.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «LOS PÁRAMOS, SA» adquirió el 1 de enero de 20X11 unos equipos informáticos necesarios para el desarrollo de sus actividades relacionadas con contenidos multimedia. El precio de adquisición de los equipos ha sido de 100.000 euros y se han financiado en un 20 por 100 con una subvención estatal ya que se cumplían las condiciones de un programa de subvenciones para emprendedores. La obtención de la subvención es automática sin perjuicio de que pueda ser comprobada por la administración, y el importe obtenido se ingresa en la cuenta corriente de la sociedad el 1 de marzo de 20X11.

La amortización de los equipos se realiza de forma lineal en un plazo de cuatro años.

Al cierre del ejercicio 20X12, durante la comprobación de la existencia de indicios de deterioro de los equipos se tienen los siguientes datos:

• Valor razonable menos los costes de venta	25.000
• Flujos de caja estimados para el año 20X13	23.000
• Flujos de caja estimados para el año 20X14	18.000

.../...

.../...

Se pide:

Contabilizar las operaciones que realizará la sociedad hasta el 31 de diciembre de 20X12 considerando las siguientes cuestiones:

- Tipo de impuesto sobre sociedades 30%
- Tipo de actualización 10%
- A efectos de actualización los flujos se consideran generados a final del ejercicio.

Solución:

El 1 de enero de 20X11 por la adquisición de los equipos informáticos y la obtención de la subvención:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
217	Equipos para procesos de información	100.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		100.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas	20.000	
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital (100.000 × 20%)		20.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido	6.000	
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles (20.000 × 30%)		6.000

El 1 de marzo de 20X11 se ingresa la subvención obtenida:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	20.000	
4708	Hacienda Pública, deudora por subvenciones concedidas		20.000

A 31 de diciembre de 20X11 por la amortización de los equipos, el traspaso a resultados de la subvención y la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	25.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (100.000/4)		25.000

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	5.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (20.000/4)		5.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	1.500	
8301	Impuesto diferido (5.000 × 30%)		1.500

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
940	Ingresos de subvenciones oficiales de capital	20.000	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital		5.000
8301	Impuesto diferido		4.500
130	Subvenciones oficiales de capital		10.500

El 31 de diciembre de 20X12 se realizará la amortización y el traspaso a resultados correspondientes a este ejercicio:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	25.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (100.000/4)		25.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	5.000	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio (20.000/4)		5.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	1.500	
8301	Impuesto diferido (5.000 × 30%)		1.500

Además habrá que registrar el correspondiente deterioro si el importe recuperable, entendido este como el mayor importe entre su valor razonable menos los costes de venta y su valor en uso, es mayor que el valor contable del bien.

El valor contable asciende a $100.000 - 25.000 \times 2 = 50.000$ euros. El valor razonable menos los costes de venta que es facilitado por el enunciado del ejercicio es de 25.000. En cuanto al valor en uso¹, la consulta objeto de estudio indica que la subvención pendiente

¹ Se define en la primera parte del PGC, Marco Conceptual, de la siguiente forma: El valor en uso de un activo o de una unidad generadora de efectivo es el valor actual de los flujos de efectivo

.../...

.../...

de imputar a la cuenta de pérdidas y ganancias vinculada a un activo subvencionado, se calificará como un componente más del valor en uso del activo para determinar si existe una pérdida por deterioro.

- Valor actual flujos de caja estimados 35.785,12
$$\left(\frac{23.000}{1,1} + \frac{18.000}{1,1^2} \right)$$
- Subvención pendiente de imputar a resultados 10.000,00
- Valor en uso de los equipos 45.785,12

Al ser el valor en uso mayor que el valor razonable menos los costes de venta, este será el importe recuperable a los efectos del deterioro.

- Valor contable 50.000,00
- Importe recuperable 45.785,12
- Deterioro 4.214,88

La norma de registro y valoración 18.^a del PGC señala al respecto de la transferencia a resultados de las subvenciones:

«Activos del inmovilizado intangible, material e inversiones inmobiliarias: se imputarán como ingresos del ejercicio en proporción a la dotación a la amortización efectuada en ese periodo para los citados elementos o, en su caso, cuando se produzca su enajenación, corrección valorativa por deterioro o baja en balance.»

La misma señala:

«Se considerarán en todo caso de *naturaleza irreversible* las correcciones valorativas por deterioro de los elementos en la parte en que estos hayan sido financiados gratuitamente».

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	4.214,88	

.../...

futuros esperados, a través de su utilización en el curso normal del negocio y, en su caso, de su enajenación u otra forma de disposición, teniendo en cuenta su estado actual y actualizados a un tipo de interés de mercado sin riesgo, ajustado por los riesgos específicos del activo que no hayan ajustado las estimaciones de flujos de efectivo futuros. Las proyecciones de flujos de efectivo se basarán en hipótesis razonables y fundamentadas; normalmente la cuantificación o la distribución de los flujos de efectivo está sometida a incertidumbre, debiéndose considerar esta asignando probabilidades a las distintas estimaciones de flujos de efectivo. En cualquier caso, esas estimaciones deberán tener en cuenta cualquier otra asunción que los participantes en el mercado considerarían, tal como el grado de liquidez inherente al activo valorado.

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
...			
291	Deterioro de valor del inmovilizado material (4.214,88 × 80%)		3.371,90
217	Equipos para procesos de información (4.214,88 × 20%)		842,98

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital	842,98	
746	Subvenciones, donaciones y legados de capital transferidos al resultado del ejercicio		842,98

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles	252,89	
8301	Impuesto diferido (842,98 × 30%)		252,89

Por la regularización de las cuentas de los grupos 8 y 9:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
8301	Impuesto diferido (1.500 + 252,89)	1.752,89	
130	Subvenciones oficiales de capital	4.090,09	
840	Transferencia de subvenciones oficiales de capital (5.000 + 842,98)		5.842,98

BOICAC núm. 86, junio 2011. Consulta 2. «Instrumentos financieros», NRV 9.^a. Compromiso de adquisición de acciones propias.

SUMARIO:

Sobre el tratamiento contable de la suscripción de acciones por parte de una Entidad de Capital Riesgo, con el compromiso de recompra en un plazo determinado, desde la perspectiva de la entidad que emite el capital.

Respuesta:

Una sociedad realiza una ampliación de capital que es parcialmente suscrita por una Entidad de Capital Riesgo (ECR). En esa misma fecha se firma un contrato entre la sociedad emisora, la ECR y los restantes socios, en cuya virtud, la sociedad emisora de las acciones o los restantes socios, indistintamente, asumen los siguientes compromisos frente a la ECR:

- a) Comprar las acciones suscritas por la ECR en un plazo de seis años por la mayor de las siguientes cantidades:
 - a.1) El importe representativo de la participación de la ECR en el patrimonio neto que se deduzca del balance correspondiente al mes inmediatamente anterior a la finalización del plazo acordado, o
 - a.2) El 150 por 100 de la inversión realizada por la ECR.
- b) Abonar anualmente a la ECR una cantidad a cuenta del precio final, que en ambos casos se deducirá de este último.

La consulta versa sobre el adecuado tratamiento contable de la operación desde la perspectiva de la sociedad que emite el capital.

En primer lugar, es preciso señalar que este Instituto no entra a valorar el fondo jurídico de la operación, dado que carece de competencias para realizar pronunciamientos de naturaleza mercantil. La respuesta simplemente parte de la hipótesis de que los hechos descritos por el consultante no constituyen un negocio prohibido sobre las acciones propias. Si esta hipótesis no se ajustase a derecho, lógicamente el tratamiento contable propuesto debería decaer.

El registro de cualquier operación requiere un previo análisis del fondo económico y jurídico de la misma, tal y como exige el artículo 34.2 del Código de Comercio y, en su desarrollo, el Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC) recogido en la primera parte del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en cuya virtud, «en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica».

Al amparo de este principio, y de las definiciones de patrimonio neto y pasivo incluidas en el artículo 36 del Código de Comercio y en el propio MCC, la norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros», en su apartado 3, dispone:

«Los instrumentos financieros emitidos, incurridos o asumidos se clasificarán como pasivos financieros, en su totalidad o en una de sus partes, siempre que de acuerdo con su realidad económica supongan para la empresa una obligación contractual, directa o indirecta, de entregar efectivo u otro activo financiero, o de intercambiar activos o pasivos financieros con terceros en condiciones potencialmente desfavorables, tal como un instrumento financiero que prevea su recompra obligatoria por parte del emisor, o que otorgue al tenedor el derecho a exigir al emisor su rescate en una fecha y por un importe determinado o determinable, o a recibir una remuneración predeterminada siempre que haya beneficios distribuibles. En particular, determinadas acciones rescatables y acciones o participaciones sin voto.»

Adicionalmente, el apartado 4 de la citada NRV 9.^a señala:

«(...) En el caso de que la empresa realice cualquier tipo de transacción con sus propios instrumentos de patrimonio, el importe de estos instrumentos se registrará en el patrimonio neto, como una variación de los fondos propios, y en ningún caso podrán ser reconocidos como activos financieros de la empresa ni se registrará resultado alguno en la cuenta de pérdidas y ganancias (...))»

De acuerdo con lo anterior, el compromiso de entregar efectivo que asume la sociedad en el momento inicial deberá contabilizarse como un pasivo por su valor razonable, equivalente al valor actual del ciento cincuenta por ciento de la inversión realizada por la ECR salvo que el importe calculado por referencia al patrimonio neto fuese superior, empleando como contrapartida una cuenta con adecuada denominación que deberá mostrarse con saldo negativo en el epígrafe IV. («Acciones y participaciones en patrimonio propias») de los fondos propios. A tal efecto se propone emplear la cuenta 107, «Compromisos de adquisición de acciones propias».

Con posterioridad al reconocimiento inicial, la empresa aplicará el siguiente tratamiento contable:

1. Con carácter general, el pasivo se incluirá en la categoría de «Débitos y partidas a pagar» y se valorará siguiendo el criterio del coste amortizado.
2. La variación de valor del pasivo se contabilizará como un gasto financiero en la cuenta de pérdidas y ganancias. En su caso, aplicando por analogía el criterio recogido en la consulta 1 publicada en el Boletín de este Instituto n.º 78, de junio de 2009, sobre la contabilización de los préstamos participativos.
3. Los pagos a cuenta del precio final se contabilizarán minorando el valor del pasivo.
4. Por último, en la fecha en que se produzca la recompra pueden presentarse dos escenarios:

- a) La empresa adquiere las acciones. En este supuesto cancelará la deuda y reclasificará el saldo de la cuenta 107 a la cuenta 108 o 109, según proceda.
- b) Los socios adquieren las acciones. En tal caso la empresa cancelará la deuda con abono a la cuenta 107 reconociendo la diferencia entre ambos importes en una cuenta de reservas.

Si la sociedad pudiese optar por la aplicación del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, las conclusiones de la presente contestación, en esencia, no variarían.

EJEMPLO:

La junta general de la sociedad anónima «CASTROJERIZ, SA», cuyo capital social está compuesto por 1.000.000 de acciones de 2 euros de valor nominal aprueba una ampliación de capital de una acción nueva por cuatro antiguas con un valor de emisión del 400 por 100 y con desembolso total en el momento de la suscripción. Los gastos de la ampliación se han elevado a 10.000 u.m. Estas operaciones se han realizado a finales del año 20X20 quedando la ampliación inscrita el 2 de enero de 20X21.

Las acciones serán suscritas por los antiguos accionistas en un 40 por 100 y por la sociedad «INVERSOTA, Sociedad de Capital Riesgo» el 60 por 100 restante. Para estructurar la operación anterior se han suprimido parcialmente los derechos de suscripción según lo establecido en el artículo 308 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación con las acciones suscritas por «INVERSOTA, SCR» se firma un contrato entre la sociedad de capital riesgo, «CASTROJERIZ, SA» y el resto de los accionistas en el que existen entre otras las siguientes cláusulas:

- La sociedad «CASTROJERIZ, SA» o el resto de los accionistas se comprometen a comprar las acciones suscritas por «INVERSOTA, SCR» en el plazo de seis años por el mayor de los siguientes precios:
 - El 150 por 100 de la inversión realizada por «INVERSOTA, SCR».
 - El valor que represente la inversión de «INVERSOTA, SCR» en el patrimonio «CASTROJERIZ, SA» en el balance correspondiente al mes inmediato anterior a la finalización de plazo del compra.
- Abonar al final de cada ejercicio¹ una cantidad de 150.000 euros a cuenta del precio final que será descontada del pago final, por lo que este será de 1.050.000 euros.

Se pide:

Contabilizar las operaciones de «CASTROJERIZ, SA» sabiendo que al cabo de los 6 años las operaciones similares en el mercado tienen un tipo de 5 por 100 anual.

¹ La consulta se refiere a pagos mensuales que se han sustituido a efectos del ejercicio por un único pago al final del ejercicio con el objeto de simplificar los cálculos financieros.

.../...

.../...

Solución:

Por la emisión de las acciones de la ampliación que teniendo en cuenta la relación de canje se emiten:

$$1.000.000 \times 1/4 = 250.000 \text{ acciones}$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (250.000 × 2 × 400%)	2.000.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		2.000.000

Por la suscripción e inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.000.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		2.000.000

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	2.000.000	
100	Capital social (250.000 × 2)		500.000
110	Prima de emisión o asunción (250.000 × 6)		1.500.000

Por los gastos de la ampliación:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	10.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

La distribución de la suscripción de las acciones ha sido la siguiente:

- «INVERSOTA, SCR» (250.000 acciones × 60%) 150.000 acciones
- Restantes accionistas «CASTROJERIZ, SA»
(250.000 acciones × 40%) 100.000 acciones

La consulta señala que el compromiso de entregar efectivo que asume la sociedad en el momento inicial deberá contabilizarse como un pasivo por su valor razonable, equivalente al valor actual del 150 por 100 de la inversión realizada por la ECR, utilizando como contrapartida la cuenta 107, «Compromisos de adquisición de acciones propias» que figurará en los fondos propios con signo negativo.

El importe del precio de recompra es:

$$150.000 \text{ acciones} \times 2 \times 400\% \times 150\% = 1.800.000$$

.../...

.../...

Y su valor actual, teniendo en cuenta que al final de cada uno de los años hace un pago de 150.000 euros y un pago final en el sexto año de 1.050.000 euros descontado al 5 por 100 es el siguiente:

$$\frac{150.000}{1,05} + \frac{150.000}{1,05^2} + \frac{150.000}{1,05^3} + \frac{150.000}{1,05^4} + \frac{150.000}{1,05^5} + \frac{150.000}{1,05^6} = 1.432.947,67 \text{ €}$$

El cuadro de imputación de la carga financiera de la operación a lo largo de la vida de la operación es:

Años	Capital inicio del ejercicio	Intereses 5%	Pagos a cuenta	Amortización	Capital a cumulado
	I	II = I × 5%	III	IV = III - II	V = I - IV
1	1.432.947,67	71.647,38	150.000,00	78.352,62	1.354.595,05
2	1.354.595,05	67.729,75	150.000,00	82.270,25	1.272.324,80
3	1.272.324,80	63.616,24	150.000,00	86.383,76	1.185.941,04
4	1.185.941,04	59.297,05	150.000,00	90.702,95	1.095.238,10
5	1.095.238,10	54.761,91	150.000,00	95.238,10	1.000.000,00
6	1.000.000,00	50.000,00	1.050.000,00	1.000.000,00	0
		367.052,33	1.800.000,00	1.432.947,67	

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
107	Compromisos de adquisición de acciones propias	1.432.947,67	
171-	Deudas a largo plazo por adquisición de acciones propias		1.354.595,05
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias		78.352,62

Al final del año 20X21 por la actualización del pasivo y del pago a cuenta.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	71.647,38	
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias		71.647,38

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias	150.000,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		150.000,00

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
171-	Deudas a largo plazo por adquisición de acciones propias	82.270,25	
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias		82.270,25

.../...

.../...

Al final de los años 20X22, 20X23, 20X24 y 20X25 se realizarán los mismos asientos que los que se han hecho al final del año 20X21 obteniendo las cantidades correspondientes a partir de los datos de cuadro de amortización y cargas financieras.

Al final del año 20X26 se pueden producir dos situaciones:

a) *La empresa «CASTROJERIZ, SA» compra las acciones propias pagando el importe final.*

Por el reconocimiento de la carga financiera del año:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	50.000,00	
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias		50.000,00

Por el pago final:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias	1.050.000,00	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.050.000,00

Por la reclasificación de la cuenta «Compromisos de adquisición de acciones propias» (107).

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales	1.432.947,67	
107	Compromisos de adquisición de acciones propias		1.432.947,67

b) *Los restantes accionistas de «CASTROJERIZ, SA» compran las acciones de «INVER-SOTA, SCR».*

Por la cancelación de las cuentas recogiendo la diferencia en una cuenta de reservas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
521-	Deudas a corto plazo por adquisición de acciones propias	1.050.000,00	
107	Compromisos de adquisición de acciones propias		1.432.947,67
113	Reservas voluntarias	382.947,67	

Aunque la consulta no menciona nada respecto a ello, parece lógico que en esta segunda alternativa la sociedad tendría un crédito con los accionistas por las cantidades que ha pagado en concepto de anticipo.

BOICAC núm. 86, junio 2011. Consulta 3. Corrección de errores contables, NRV 22.^a. Sobre si la subsanación de un error contable implica la reformulación de cuentas anuales.

SUMARIO:

Sobre si la subsanación de un error contable implica la reformulación de cuentas anuales.

Respuesta:

La norma de registro y valoración (NRV) 22.^a «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables» recogida en la segunda parte del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, señala que los errores contables incurridos en ejercicios anteriores se subsanarán en el ejercicio en que se detecten, contabilizando el ajuste en una partida de reservas por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos que ponga de manifiesto la subsanación del error. Asimismo, la empresa modificará las cifras de la información comparativa e incorporará la correspondiente información en la memoria de las cuentas anuales.

Adicionalmente, la norma de elaboración de las cuentas anuales n.º 8, «Estado de cambios en el patrimonio neto», establece lo siguiente:

«(...) Cuando se advierta un error en el ejercicio a que se refieren las cuentas anuales que corresponda a un ejercicio anterior al comparativo, se informará en la memoria, e incluirá el correspondiente ajuste en el epígrafe A.II. del Estado total de cambios en el patrimonio neto, de forma que el patrimonio inicial de dicho ejercicio comparativo será objeto de modificación en aras de recoger la rectificación del error. En el supuesto de que el error corresponda al ejercicio comparativo dicho ajuste se incluirá en el epígrafe C.II. del Estado total de cambios en el patrimonio neto.(...)»

Por su parte, la reformulación de cuentas es un hecho excepcional previsto en el artículo 38 c) del Código de Comercio y en el Marco Conceptual de la Contabilidad del PGC que, al desarrollar el principio de prudencia, dispone:

«Excepcionalmente, si los riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas».

En este mismo sentido se pronuncia el PGC en su introducción al señalar:

«Esta regla legal relativa a hechos posteriores al cierre del ejercicio no tiene como objetivo imponer a los administradores una exigencia de reformulación de las cuentas anuales ante cualquier circunstancia significativa que se produzca antes de la aprobación por el órgano competente. Por el contrario solo situaciones de carácter excepcional y máxima relevancia en relación con la situación patrimonial de la empresa, de riesgos que aunque conocidos con posterioridad existieran en la fecha de cierre de las cuentas anuales, deberían llevar a una reformulación de estas. Dicha reformulación debería producirse con carácter general hasta el momento en que se ponga en marcha el proceso que lleva a la aprobación de las mismas.»

En definitiva, con carácter general, los errores contables deben subsanarse en el ejercicio en que se detectan, debiendo reflejarse la citada rectificación en las cuentas anuales de dicho ejercicio.

EJEMPLO:

La sociedad «SRB, SA» en el año 20X16 ha solicitado y le ha sido aprobado por la Administración un expediente de regulación de empleo por el que despedirá a 50 trabajadores que de forma voluntaria se acogerán al proceso.

«SRB, SA» asumirá el coste total de este proceso, incluyendo el paro y el pago a la Seguridad Social de sus cotizaciones.

La estimación del valor actual de las deudas comprometidas al cierre del año 20X16 es de 3.500.000 euros que se han cargado a reservas voluntarias mediante el siguiente asiento:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.500.000	
140	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal		3.500.000

Se pide:

- Comentarios y registro contable si el error contable se detecta en el proceso de formulación de las cuentas anuales sabiendo que las cuentas anuales se pueden formular hasta el 31 de marzo de 20X16.
- Comentarios y registro contable si el error se detecta en la revisión de los auditores en el mes de abril y se considera que el importe tiene un efecto significativo sobre las cuentas anuales.
- Los mismo términos que en el apartado b) pero en este caso el efecto no es significativo.

.../...

.../...

Solución:

Apartado a)

El error cometido por la empresa en la contabilización del expediente de regulación de empleo es que el importe estimado del valor actual de los compromisos ha sido cargado a reservas cuando lo correcto hubiese sido llevarlo a gasto del ejercicio. El error se detecta en el proceso de formulación de las cuentas anuales porque puede ser corregido mediante el siguiente ajuste contable para que las cuentas formuladas con fecha 31 de diciembre de 20X15 sean correctas:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	3.500.000	
113	Reservas voluntarias		3.500.000

Apartado b)

En este caso la sociedad ha formulado las cuentas con fecha 31 de diciembre de 20X15 con el error que es posteriormente descubierto en la revisión de los auditores en el mes de abril de 20X16, es decir, una vez finalizado el plazo de formulación de las cuentas anuales pero antes de la celebración de la junta general de accionistas y en este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 38 del Código de Comercio:

«Excepcionalmente, si tales riesgos se conocieran entre la formulación y antes de la aprobación de las cuentas anuales y afectaran de forma muy significativa a la imagen fiel, las cuentas anuales deberán ser reformuladas. En cualquier caso, deberán tenerse en cuenta las amortizaciones y correcciones de valor por deterioro en el valor de los activos, tanto si el ejercicio se salda con beneficio como con pérdida.»

Por tanto, considerando que el error afecta de forma muy significativa a las cuentas anuales elaboradas con fecha 31 de diciembre deberían ser reformuladas, proceso que implicará los siguientes ajustes:

- Balance

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	3.500.000	
140	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal		3.500.000

- Cuenta de pérdidas y ganancias

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
678	Gastos excepcionales	3.500.000	
–	Saldo		3.500.000

.../...

.../...

Apartado c)

En el caso de que el error se considere no significativo, se seguirá la regla general, esto es, deben subsanarse en el ejercicio en que se detectan, debiendo reflejarse la citada rectificación en las cuentas anuales de dicho ejercicio, por lo que si el error se ha descubierto en el ejercicio 20X16 estando ya formuladas las cuentas anuales con fecha 31 de diciembre de 20X15, se aplicará la NRV 22.^a «Cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables», por lo que la subsanación se hará de forma retroactiva y su efecto se calculará desde el ejercicio más antiguo para el que se disponga de información. El ingreso o gasto correspondiente a ejercicios anteriores que se derive de dicha aplicación motivará, en el ejercicio en que se produce el cambio de criterio, el correspondiente ajuste por el efecto acumulado de las variaciones de los activos y pasivos, el cual se imputará directamente en el patrimonio neto, en concreto, en una partida de reservas salvo que afectara a un gasto o un ingreso que se imputó en los ejercicios previos directamente en otra partida del patrimonio neto.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	3.500.000	
140	Provisión por retribuciones a largo plazo al personal		3.500.000

SEGUNDO EJERCICIO DEL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE TÉCNICOS DE HACIENDA

SECOND EXAM OF THE SELECTIVE EXAMINATION FOR THE ADMISSION TO THE MANAGEMENT BODY OF THE EMPLOYEE OF THE TREASURY

MIGUEL ÁNGEL GÁLVEZ LINARES

ÁNGEL MONTES CARRILLO

Profesores del CEF

[Resolución de 27 de junio de 2011, por la que se convoca el proceso selectivo para el ingreso, por el sistema general de acceso libre, en el Cuerpo Técnico de Hacienda (BOE de 11 de julio)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad de sociedades.** Distribución del resultado. Ampliación de capital liberada. Ampliación con aportaciones no dinerarias. Reparto de dividendo complementario con derechos de suscripción. Acciones propias en situaciones especiales. Activos financieros disponibles para la venta.
- Caso 2. Contabilidad financiera.** Préstamo tipo de interés cero. Gastos de personal.
- Caso 3. Contabilidad financiera.** Gastos de personal y préstamo al personal.
- Caso 4. Contabilidad financiera.** Liquidación y contabilidad del impuesto sobre sociedades. Combinaciones de negocios con efecto fiscal.
- Caso 5. Matemática financiera.** Capital prestado y términos amortizativos de préstamos.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

APARTADO 1

La sociedad anónima «LACRECIDA» presenta el 31-12-20X4 el siguiente balance de situación, expresado en euros:

	Activo	Patrimonio neto y pasivo	
64.000.000	Inmovilizado intangible	Capital social	40.000.000
120.000.000	Inmovilizado material	Prima de emisión de acciones	50.000.000
8.400.000	Inv. fin. l/pl. instrumentos patrimonio	Reserva legal	7.600.000
105.600.000	Activo corriente	Reservas voluntarias	80.000.000
		Acciones propias	(64.000.000)
		Resultado del ejercicio	60.000.000
		Pasivo no corriente	42.000.000
		Pasivo corriente	82.400.000
298.000.000	Total	Total	298.000.000

Información complementaria referida al contenido del balance:

- El valor nominal de cada acción es de 0,5 euros y cotizan en la Bolsa de Valores.
- La sociedad adquirió a lo largo del ejercicio 15.000.000 de acciones propias. Al cierre del ejercicio las acciones cotizan en el mercado secundario a 6 euros cada una y los gastos de la venta supondrían en ese momento 0,02 euros la acción.
- La sociedad adquirió al cierre del ejercicio 20X4 acciones de la sociedad «LAORILLA» que calificó como inversión disponible para la venta por importe de 4 euros cada una. El nominal de las acciones es de 2 euros la acción.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X5:

1. El 1-04-20X5 se celebra la junta general de accionistas y toma, entre otros, los siguientes acuerdos que se ejecutarán a lo largo del ejercicio:

- Aprueba las cuentas anuales que se presentan así como la propuesta del Consejo de Administración acerca del reparto del resultado y que consiste en lo siguiente:
 1. Cumplir con los requisitos establecidos por la ley.
 2. Aprobar un primer dividendo por acción de 0,2 euros.
 3. Destinar a reservas voluntarias las cantidades sobrantes. Con cargo a estas reservas voluntarias se ofrece a los accionistas la opción de recibir un segundo dividendo en efectivo o suscribir acciones totalmente liberadas. El importe del dividendo y el precio de las acciones a emitir se fijará más adelante. A cada accionista se le reconoce un derecho por acción que posee que podrá optar por cobrar en efectivo de la sociedad, o entregar los derechos correspondientes a las acciones que posee y recibir las acciones nuevas, o vender los derechos en el mercado secundario.
- 2. El 15-04-20X5 abona el primer dividendo acordado en la junta general de accionistas.
- 3. El 1-05-20X5 la sociedad tiene conocimiento de que la sociedad «LAORILLA», emisora de las acciones que posee como inversión, ha aprobado en junta destinar la totalidad del beneficio del ejercicio 20X4 a dotar reservas voluntarias. En ese momento las acciones tienen un valor en el mercado de 3,8 euros cada una. En la misma junta se aprueba una ampliación de capital con emisión de nuevas acciones, con nuevas aportaciones dinerarias y la exclusión del derecho preferente de suscripción para los accionistas. La ampliación será suscrita por la sociedad «LACRECIDA».
- 4. El 1-07-20X5 la sociedad procede a la suscripción y desembolso de acciones de la ampliación de capital. Las acciones se emiten a 4,2 euros cada una, siendo este el valor de mercado de las acciones antiguas. La emisión consta de 8.000.000 de acciones, suscrita íntegramente por la sociedad. En este momento la sociedad pasa a tener el control sobre la sociedad emisora al superar el 50 por 100 del capital.
- 5. El 31-08-20X5 se establece la media aritmética de los precios medio ponderados de cotización de la acción de la sociedad en los mercados secundarios dando como resultado el valor de 6 euros la acción y este es el valor que se tomará como referencia para emitir las acciones nuevas de aquellos accionistas que elijan esta opción. Para los accionistas que elijan la opción de cobrar el segundo dividendo en efectivo, la sociedad comprará en su momento los derechos que reciba abonando por derecho 2 euros, cantidad equivalente (redondeo incluido) al valor de los derechos de los accionistas que acuden a la ampliación de capital.
- 6. Hasta el día 15-09-20X5 la sociedad recibió la petición de 10.100.000 derechos que quieren cobrar el segundo dividendo en efectivo, mientras que el resto de accionistas aportan los derechos necesarios para acudir a la ampliación de capital totalmente liberada. La sociedad adquiere los derechos correspondientes al segundo dividendo, que abona a los accionistas en este momento. La ampliación de capital se efectuará cuando se inscriba en el Registro Mercantil.
- 7. El 1-10-20X5 se inscribe la escritura de ampliación de capital en el Registro Mercantil y se abonan por Bancos los gastos de la operación por importe 50.000 euros. Se tiene conoci-

miento de que los accionistas que suscriban acciones nuevas deberán soportar un gasto de intermediación de 0,02 euros por acción.

8. El 2-12-20X5 la sociedad se ve obligada a vender la totalidad de las acciones propias, por problemas de tesorería, a 7 euros la acción, soportando unos gastos de procedimiento de 0,02 euros cada una. Toda la operación se lleva a cabo a través de Bancos.
9. El 31-12-20X5 las acciones de la sociedad cotizan en el mercado secundario de valores a 7 euros cada una. Las acciones que posee como inversión en el activo tienen un valor en mercado de 4,5 euros cada una.

APARTADO 2

La sociedad «LAORILLA» posee al cierre del ejercicio 20X4, entre otras partidas, 400.000 acciones de la sociedad «LACRECIDA», calificadas para negociar. En el momento de la compra pagó por cada acción 5 euros, además de unos gastos de 0,02 euros por cada una. Al cierre del ejercicio 20X4 las acciones cotizan en el mercado secundario de valores a 6 euros la acción y los gastos de la venta por acción son de 0,02 euros.

Operaciones realizadas en el ejercicio 20X5:

1. El 1-04-20X5 la Sociedad asiste a la junta general de accionistas de la sociedad «LACRECIDA» y tiene conocimiento pleno de los acuerdos tomados en la misma.
2. El 15-04-20X5 cobra por Bancos el importe del primer dividendo aprobado en junta por la sociedad «LACRECIDA».
3. El 31-08-20X5 tiene conocimiento de las condiciones del dividendo a pagar por parte de la sociedad «LACRECIDA», así como el precio por el que serán emitidas las acciones totalmente liberadas. En este momento toma la decisión de vender 200.000 derechos a la sociedad «LACRECIDA» para cobrar el dividendo oportuno. En cuanto al resto de derechos que posee, desconoce cuántos ejecutará para acudir a la ampliación de capital y cuántos procederá a vender en el mercado.
4. El 15-09-20X5 cobra por Bancos el dividendo correspondiente a los 200.000 derechos y comunica a la sociedad «LACRECIDA» que aporta 150.000 derechos para suscribir las acciones liberadas que le corresponden y que recibirá más adelante. Al mismo tiempo vende en el mercado los derechos sobrantes a un precio cada uno de 1,6 euros, con cobro por Bancos.
5. El 1-10-20X5 recibe las acciones liberadas tal como estaba previsto, de la sociedad «LACRECIDA», abonando por gastos de intermediación 0,02 euros por acción a través de Bancos.
6. El 31-12-20X5 tiene conocimiento del valor de cotización de las acciones de la sociedad «LACRECIDA», que es de 7 euros cada una, así como los gastos de venta unitarios que es de 0,02 euros.

TRABAJO A REALIZAR:

Realice las anotaciones contables que corresponda siguiendo el orden señalado en los puntos desarrollados en ambas sociedades.

(Para la resolución de este supuesto puede proceder directamente, no siendo necesario que utilice las cuentas intermedias de los grupos 8 y 9 del PGC).

(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**

Análisis de la información complementaria:

- Número de acciones de la sociedad «LACRECIDA»: 80.000.000 (40.000.000/0,5).
- Número de acciones propias: 15.000.000. A este respecto, cabe indicar que el número de acciones propias excede del máximo de acciones propias que establece el artículo 509 del TRLSC para las sociedades cotizadas (10% del capital suscrito), por lo que la entidad «LACRECIDA» dispondrá de un año desde la fecha de la primera adquisición para enajenarlas o amortizarlas.
- Precio de las acciones propias: 64.000.000, resultando un precio unitario de 4,2666 (64.000.000/15.000.000).
- Número de acciones de la sociedad «LAORILLA»: 2.100.000 (8.400.000/4).

1. Reparto del resultado

Dotación reserva legal: el artículo 274 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC) establece que, en todo caso, se destinará a la reserva legal un 10 por 100 del beneficio hasta que esta alcance el 20 por 100 del capital social.

En principio, deberá destinarse a reserva legal: $10\% \times 60.000.000 = 6.000.000$

Capital social	40.000.000
20% del Capital social	8.000.000
Reserva legal previa	7.600.000
Diferencia	400.000

Por consiguiente, dado que esta diferencia es menor que el 10 por 100 del beneficio se destinará a la reserva legal un importe de 400.000 euros.

- Dividendos: de acuerdo con el artículo 148 a) del TRLSC los derechos económicos inherentes a las acciones propias se atribuirán proporcionalmente al resto de las acciones. Por consiguiente, el dividendo a repartir será de 13.000.000 ($0,2 \text{ €/acción} \times 65.000.000 \text{ de acciones en circulación}$)¹.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	60.000.000	
112	Reserva legal		400.000
526	Dividendo activo a pagar		13.000.000
113	Reservas voluntarias		46.600.000

2. Pago del dividendo

Código	Cuenta	Debe	Haber
526	Dividendo activo a pagar	13.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		13.000.000

3. Acuerdos de la sociedad «LAORILLA»

NO PROCEDE ANOTACIÓN CONTABLE

4. Suscripción de la ampliación de capital

- Por la suscripción de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo ($8.000.000 \times 4,2$)	33.600.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		33.600.000

¹ Se ha considerado que el importe de 0,2 euros por acción indicado en el enunciado se refiere a las acciones en circulación considerando que en ese importe ya figura la parte proporcional que les corresponde por las acciones propias.

- Por la reclasificación de la participación previa en la categoría de participaciones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas. La reclasificación se hará al valor razonable de las participaciones en ese momento imputándose los posibles resultados a patrimonio neto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2403	Participaciones a largo plazo en empresas del grupo ($2.100.000 \times 4,2$)	8.820.000	
250	Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio		8.400.000
133	Ajustes por valoración en activos financieros disponibles para la venta		420.000

5. Condiciones de la ampliación

NO PROCEDE ANOTACIÓN CONTABLE

6. Por los accionistas que optan por el cobro del segundo dividendo

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias ($10.100.000 \times 2$)	20.200.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		20.200.000

7. Ampliación de capital

Dado que el dividendo que se ha pagado a cada accionista que no acude a la ampliación de capital es de 2 euros y que las nuevas acciones se valoran a efectos de la ampliación liberada a 6, la proporción de la ampliación será de $2/6$, es decir, 1 nueva por cada 3 antiguas.

El número de acciones a emitir será: [las acciones que han vendido el derecho a la sociedad no participan en la ampliación, aunque sí las propias que tiene la sociedad dado que se trata de una ampliación liberada y de acuerdo con el art. 148 a) del TRLSC a las acciones propias les corresponde el derecho de asignación gratuita].

$$(80.000.000 - 10.100.000) \times 1/3 = 23.300.000$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias ($23.300.000 \times 0,5$)	11.650.000	
100	Capital social		11.650.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	50.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		50.000

8. Venta de acciones propias

El número de acciones propias que posee la sociedad después de la anterior ampliación de capital liberada es 20.000.000 (15.000.000 + 5.000.000 (15.000.000 × 1/3) por la ampliación de capital). Por la venta de las acciones propias se realizará la siguiente anotación contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros (20.000.000 × 6,98)	139.600.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		64.000.000
113	Reservas voluntarias		75.600.000

9. Valor de las acciones que posee como inversión

Valor contable (8.820.000 + 33.600.000) 42.420.000

Importe recuperable (10.100.000 × 4,5) 45.450.000

NO PROCEDE ANOTACIÓN CONTABLE

APARTADO 2

Aunque el enunciado del apartado 2 no indica nada, de acuerdo con la información del apartado 1, la sociedad «LAORILLA» debería registrar el reparto del resultado.

Código	Cuenta	Debe	Haber
129	Resultado del ejercicio	xxx	
113	Reservas voluntarias		xxx

1. Acuerdos de la junta de «LACRECIDA»

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar (400.000 × 0,2)	80.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		80.000

2. Cobro del dividendo

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	80.000	
545	Dividendo a cobrar		80.000

2 bis. Ampliación de capital. Aunque no se menciona expresamente en el apartado 2, el día 1 de julio se ha realizado una ampliación de capital de 8.000.000 de acciones como consecuencia de la cual las dos sociedades pasan a formar un grupo de sociedades

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (8.000.000 × 4,2)	33.600.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		33.600.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	33.600.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		33.600.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	33.600.000	
100	Capital social (8.000.000 × 2)		16.000.000
110	Prima de emisión o asunción		17.600.000

En este momento la inversión que posee en la sociedad «LACRECIDA» debe reclasificarse, obligatoriamente, como inversión en empresa del grupo ya que es la dominante y debería hacerse al valor contable que le corresponde en este momento de acuerdo con la cartera en la que están incluidas. Es decir, deberían valorarse a su valor razonable.

El enunciado no indica cuál es el valor razonable de las acciones de la sociedad «LACRECIDA» en este momento, por lo que, a efectos de solución, lo haremos al valor por el que figuraban al principio del ejercicio de 6 euros por acción.

Código	Cuenta	Debe	Haber
5303	Participaciones a corto plazo, en empresas del grupo	2.400.000	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio (400.000 × 6)		2.400.000

Por otro lado, al convertirse la participación en «LACRECIDA» en acciones de la sociedad dominante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 148 c) del TRLSC, procede dotar una reserva indisponible equivalente al importe de las participaciones o acciones de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las participaciones o acciones no sean enajenadas.

Por la dotación de la reserva indisponible procederá la siguiente anotación contable:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	2.400.000	
1140	Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante		2.400.000

3. Decisión de cobrar dividendo respecto a 200.000 acciones

La Consulta 1 del BOICAC n.º 88 establece el tratamiento contable desde el punto de vista del inversor cuando la sociedad en la que participa a efectos de su retribución plantea una triple alternativa:

1. Adquirir nuevas acciones totalmente liberadas,
2. Enajenar los derechos en el mercado secundario, o
3. Vender los derechos a la sociedad emisora, que abona el importe de la venta con la correspondiente retención fiscal.

A este respecto se concluye en la propia consulta que:

- Si el inversor decide ejecutar sus derechos recibiendo acciones liberadas el criterio aplicable será el recogido en la consulta publicada en el BOICAC n.º 47, es decir, si las acciones antiguas y las recibidas liberadas tienen iguales derechos, el valor total de la cartera no se verá alterado, siendo valoradas todas las acciones, tanto las antiguas como las nuevas, al precio medio ponderado.
- Si se opta por recibir el efectivo de la propia sociedad, el inversor reconocerá un derecho de cobro y el correspondiente ingreso cuando haya manifestado dicha opción.
- Si se decide enajenar el derecho en el mercado, en la medida en que el fondo económico de esta operación se corresponda, como parece, con la enajenación de un derecho de asignación gratuita, será de aplicación la norma de registro y valoración (NRV) 9.ª del Plan General de Contabilidad (PGC), que en su apartado 2.5.2, en relación con las inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas dispone que «(...) En el caso de venta de derechos preferentes de suscripción y similares o segregación de los mismos para ejercitarlos, el importe del coste de los derechos disminuirá el valor contable de los respectivos activos. Dicho coste se determinará aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación».

En este sentido, por los derechos por los que opta cobrar dinero en efectivo de la sociedad dominante, se reconocerá el derecho y el correspondiente ingreso por dividendos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
545	Dividendo a cobrar (200.000 × 2)	400.000	
760	Ingresos de participaciones en instrumentos de patrimonio		400.000

Por las otras 200.000 acciones calcularemos el coste del derecho de asignación gratuita. Para su cálculo, aunque el valor que se toma como referencia para la ampliación de capital es de 6 euros, debemos tener en cuenta que, realmente, se trata de una ampliación liberada.

$$d = \frac{1 \times (6 - 0)}{1 + 3} = 1,5$$

4. Cobro de los dividendos y venta de los derechos en el mercado

a) Por el cobro de los dividendos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	400.000	
545	Dividendo a cobrar		400.000

b) Por los derechos enajenados, dado que el coste de los mismos minorará el valor contable de la participación en la sociedad dominante realizaremos la siguiente anotación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros ($50.000 \times 1,6$)	80.000	
5303	Participaciones a corto plazo, en empresas del grupo ($50.000 \times 1,5$)		75.000
766	Beneficios en participaciones y valores representativos de deuda		5.000

Asimismo, en tanto que ha disminuido el valor contable de las acciones de la sociedad dominante, procederá de acuerdo con el artículo 148 c) del TRLSC ajustar el importe de la reserva indisponible reconocida:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1140	Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante	75.000	
113	Reservas voluntarias		75.000

5. Suscripción de las nuevas acciones y pago de los gastos

- Por las acciones liberadas recibidas en ejercicio de los derechos de asignación gratuita no se altera la valoración de la cartera, salvo por lo que se refiere a los gastos de intermediación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5303	Participaciones a corto plazo, en empresas del grupo ($150.000 \times 1/3 \times 0,02$)	1.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000

- Asimismo, por aplicación del 148 c), al haberse incrementado el valor contable de la participación en «LACRECIDA» procede incrementar la reserva indisponible en el mismo importe:

Código	Cuenta	Debe	Haber
113	Reservas voluntarias	1.000	
1140	Reservas para acciones o participaciones de la sociedad dominante		1.000

Después de las anteriores operaciones la sociedad posee 450.000 acciones de «LACRECIDA» con un valor total de 2.326.000 euros, resultando un coste unitario de 5,17 euros/acción.

6. Cierre del ejercicio

NO PROCEDE ANOTACIÓN CONTABLE ya que el importe recuperable, 7 euros/acción, es mayor que el coste de las acciones.

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

Operaciones realizadas por la sociedad anónima «ELDESCENSO»:

El 31-12-20X0 la sociedad recibe un préstamo por parte del Ministerio de Industria, en concepto de ayuda para el fomento de la competitividad de sectores industriales estratégicos, por importe de 760.000 euros.

El préstamo vence dentro de 15 años, el 31-12-20X15 y no supone pago alguno de intereses.

La amortización del préstamo se instrumentaliza en 10 cuotas de 76.000 euros cada una, con un periodo de carencia de 5 años, por lo que la primera cuota deberá abonarse el día 31-12-20X6 y la última cuota se abonará el día 31-12-20X15.

La sociedad recibe el importe íntegro del préstamo en su cuenta corriente bancaria el día 31-12-20X0.

TRABAJO A REALIZAR:

De acuerdo con la información que contiene este supuesto, realice los cálculos oportunos y contabilice las operaciones en las siguientes fechas:

1. 31-12-20X0.
2. 31-12-20X1.
3. 31-12-20X5.

4. 31-12-20X6.

5. 31-12-20X15.

Información a tener en cuenta: En el caso de que el opositor estime que deberá proceder a la realización de algún cálculo de actualización financiera de valores, el tipo que podrá utilizar es el 4 por 100 anual.

(Para la resolución de este supuesto puede proceder directamente, no siendo necesario que utilice las cuentas intermedias de los grupos 8 y 9 del PGC).

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

La Consulta 1 del BOICAC n.º 81 establece el tratamiento contable de los préstamos recibidos a tipo inferior de mercado, disponiendo que se registrarán del siguiente modo:

- El **préstamo** se registrará inicialmente por su valor razonable ajustado por los costes de transacción. El valor razonable en este caso será igual al **valor actual de los pagos del préstamo actualizados al tipo de interés de mercado**. Posteriormente se valorará por su coste amortizado aplicando el método del tipo de interés efectivo.
- Por la **diferencia entre el importe recibido y el valor actual de los pagos** ajustado por los costes de transacción se registrará una **subvención** que se reconocerá como ingreso de patrimonio neto y que se imputará a resultados de acuerdo con un criterio financiero (a medida que se devengan los intereses del préstamo), salvo que financien actividades específicas en cuyo caso se imputarán a resultados en correlación con los gastos de las actividades financiadas.

Teniendo en cuenta lo anterior y los datos del enunciado se realizarán las siguientes anotaciones:

1. 31-12-20X0

Importe recibido	760.000,00.
Valor actual pagos $(76.000 \times a_{10 \overline{0,04}} \times 1,04^{-5})$	506.658,95
Importe subvención	253.341,05

Utilizando la hoja de cálculo resultarán los siguientes cuadros de amortización del préstamo y el cuadro del coste amortizado que deberemos utilizar para registrar la operación.

Cálculos	
Importe recibido	760.000,00
Tipo de interés de mercado	4%
Valor actual	506.658,95
Importe subvención	253.341,05

Cuadro préstamo					
Fecha	Anualidad	Interés	Cuota de amortización	Cap. amortizado	Cap. pte. de amortizar
31-12-20X0					760.000,00
31-12-20X1	–	0,00	0,00	0,00	760.000,00
31-12-20X2	–	0,00	0,00	0,00	760.000,00
31-12-20X3	–	0,00	0,00	0,00	760.000,00
31-12-20X4	–	0,00	0,00	0,00	760.000,00
31-12-20X5	–	0,00	0,00	0,00	760.000,00
31-12-20X6	76.000,00	0,00	76.000,00	76.000,00	684.000,00
31-12-20X7	76.000,00	0,00	76.000,00	152.000,00	608.000,00
31-12-20X8	76.000,00	0,00	76.000,00	228.000,00	532.000,00
31-12-20X9	76.000,00	0,00	76.000,00	304.000,00	456.000,00
31-12-20X10	76.000,00	0,00	76.000,00	380.000,00	380.000,00
31-12-20X11	76.000,00	0,00	76.000,00	456.000,00	304.000,00
31-12-20X12	76.000,00	0,00	76.000,00	532.000,00	228.000,00
31-12-20X13	76.000,00	0,00	76.000,00	608.000,00	152.000,00
31-12-20X14	76.000,00	0,00	76.000,00	684.000,00	76.000,00
31-12-20X15	76.000,00	0,00	76.000,00	760.000,00	0,00

Cuadro coste amortizado					
Fecha	Anualidad	Int. efectivo	Cuota amortización	Capital amortizado	Cap. pte. de amortizar (coste amortizado)
31-12-20X0					506.658,95
31-12-20X1	-	20.266,36	–20.266,36	–20.266,36	526.925,31
31-12-20X2	-	21.077,01	–21.077,01	–41.343,37	548.002,32
31-12-20X3	-	21.920,09	–21.920,09	–63.263,46	569.922,41
.../...					

Cuadro coste amortizado					
Fecha	Anualidad	Int. efectivo	Cuota amortización	Capital amortizado	Cap. pte. de amortizar (coste amortizado)
.../...					
31-12-20X4	-	22.796,90	-22.796,90	-86.060,36	592.719,31
31-12-20X5	-	23.708,77	-23.708,77	-109.769,13	616.428,08
31-12-20X6	76.000,00	24.657,12	51.342,88	-58.426,25	565.085,20
31-12-20X7	76.000,00	22.603,41	53.396,59	-5.029,66	511.688,61
31-12-20X8	76.000,00	20.467,54	55.532,46	50.502,79	456.156,15
31-12-20X9	76.000,00	18.246,25	57.753,75	108.256,55	398.402,40
31-12-20X10	76.000,00	15.936,10	60.063,90	168.320,45	338.338,50
31-12-20X11	76.000,00	13.533,54	62.466,46	230.786,91	275.872,04
31-12-20X12	76.000,00	11.034,88	64.965,12	295.752,03	210.906,92
31-12-20X13	76.000,00	8.436,28	67.563,72	363.315,75	143.343,20
31-12-20X14	76.000,00	5.733,73	70.266,27	433.582,02	73.076,92
31-12-20X15	76.000,00	2.923,08	73.076,92	506.658,95	0,00

La subvención que procederá imputar en cada fecha vendrá dada por la diferencia entre el interés devengado de acuerdo con el cuadro del coste amortizado y el interés devengado de acuerdo con las condiciones contractuales del préstamo.

De acuerdo con los cálculos y la doctrina de la Consulta 1 del BOICAC n.º 81 la anotación que procederá realizar en el momento de la formalización del préstamo será la siguiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	760.000,00	
171	Deudas a largo plazo		506.658,95
132	Otras subvenciones, donaciones y legados		253.341,05

En las posteriores fechas que pide el enunciado, realizaremos los cálculos procedentes de acuerdo con las fórmulas de matemáticas financieras, resultando dichos cálculos idénticos a los resultantes de la hoja de cálculo anteriormente reproducida.

2. 31-12-20X1

Intereses devengados ($506.658,95 \times 0,04$)	20.266,36
Subvención a imputar	20.266,36

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	20.266,36	
171	Deudas a largo plazo		20.266,36

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados	20.266,36	
76-	Ingresos financieros por subvención de intereses		20.266,36

3. 31-12-20X5

Coste amortizado (valor del préstamo el 31-12-20X4) $(506.658,95 \times 1,04^4)$	592.719,31
Intereses devengados el 31-12-20X5 $(592.719,31 \times 0,04)$	23.708,77
Subvención a imputar	23.708,77
Coste amortizado a 31-12-20X5 $(592.719,31 + 23.708,77)$	616.428,08
Deuda que vence el 31-12-20X6 $(76.000 - 616.428,08 \times 0,04)$	51.342,88

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	23.708,77	
171	Deudas a largo plazo		23.708,77

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados	23.708,77	
76-	Ingresos financieros por subvención de intereses		23.708,77

Código	Cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	51.342,88	
521	Deudas a corto plazo		51.342,88

4. 31-12-20X6

Intereses devengados el 31-12-20X6 $(616.428,08 \times 0,04)$	24.657,12
Subvención a imputar	24.657,12
Deuda que vence el 31-12-20X7 $(51.342,88 \times 1,04)$	53.396,59

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	24.657,12	
521	Deudas a corto plazo		24.657,12

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados	24.657,12	
76-	Ingresos financieros por subvención de intereses		24.657,12

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	76.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		76.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
171	Deudas a largo plazo	53.396,59	
521	Deudas a corto plazo		53.396,59

5. 31-12-20X15

- Anualidad = capital amortizado + intereses
- Capital amortizado = Coste amortizado a 31-12-20X15
- Intereses = Coste amortizado a 31-12-20X15 × 0,04
- Si coste amortizado a 31-12-20X15 es igual a X

$76.000 = X + X \times 0,04.$

Donde $X = 73.076,92 = \text{Coste amortizado a 31-12-20X15}$

Por consiguiente:

Intereses a devengar ($73.076,92 \times 0,04$)	2.923,08
Subvención a imputar	2.923,08

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	2.923,08	
521	Deudas a corto plazo		2.923,08

Código	Cuenta	Debe	Haber
132	Otras subvenciones, donaciones y legados	2.923,08	
76-	Ingresos financieros por subvención de intereses		2.923,08

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	76.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		76.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 3

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

La sociedad anónima «LACORRIENTE» lleva a cabo las siguientes operaciones:

1. En el ejercicio 20X8 soporta los gastos del Consejo de Administración y la alta dirección por los siguientes conceptos:

- Remuneraciones fijas y variables: 3.000.000 de euros.
- Seguridad Social a cargo de la empresa: 300.000 euros.
- Dietas de asistencia a las reuniones del Consejo de Administración y de sus Comisiones: 1.000.000 de euros.
- Jubilaciones anticipadas: 200.000 euros.
- Indemnizaciones por cese de alta dirección: 4.000.000 de euros.
- Póliza de seguro de vida y de responsabilidad civil: 100.000 euros.
- Planes de pensiones de aportación definida: 800.000 euros.
- Premio de permanencia en el cargo del Presidente del Consejo y del Consejero Delegado: 200.000 euros.

Todas las partidas se abonan por bancos, a excepción del 50 por 100 del plan de pensiones que será abonado en los primeros días del mes de enero del ejercicio siguiente.

2. El 1-07-20X5 la Sociedad prestó 2.000.000 de euros a su presidente, con devengo de intereses al 4 por 100 anual y pago de estos al cierre del ejercicio, 31-12-de cada año. El crédito vence

el 31-12-20X7. La sociedad únicamente consiguió cobrar el importe correspondiente al crédito por intereses del año 20X5. La sociedad ha venido dotando provisión por deterioro al cierre de los ejercicios por las partidas no cobradas en su momento, incluido el importe del crédito no cobrado y que vencía en el año 20X7. La sociedad ha interpuesto una reclamación de dicho crédito, principal e intereses, a su expresidente, abonando por este concepto 1.000 euros el 1-10-20X8. El 31-12-20X8 la sociedad cobra 2.300.000 euros y queda saldada la cuantía del crédito, resarciéndose la sociedad del daño causado por los aplazamientos.

TRABAJO A REALIZAR:

De acuerdo con la información disponible, realice las operaciones que considere oportuno en las siguientes fechas:

- 1. 31-12-20X8
- 2. 1-07-20X5; 31-12-20X5; 31-12-20X6; 31-12-20X7; 1-10-20X8; 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 por 100 anual.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 3

APARTADO 1

31-12-20X8

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios (3.000.000 + 1.000.000 + 200.000)	4.200.000	
642	Seguridad Social a cargo de la empresa	300.000	
641	Indemnizaciones (4.000.000 + 200.000)	4.200.000	
649	Otros gastos sociales	100.000	
643	Retribuciones a largo plazo mediante sistemas de aportación definida	800.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		9.200.000
463	Remuneraciones mediante sistemas de aportación definida pendientes de pago		400.000

APARTADO 2**1-07-20X5**

Por la concesión del crédito:

Código	Cuenta	Debe	Haber
2425	Créditos a largo plazo a otras partes vinculadas	2.000.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		2.000.000

31-12-20X5

Por el devengo y cobro de los intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	40.000	
762	Ingresos de créditos ($2.000.000 \times 4\% \times 6/12$)		40.000

31-12-20X6

Por el devengo de intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
534	Intereses a corto plazo de créditos a partes vinculadas	80.000	
762	Ingresos de créditos ($2.000.000 \times 4\%$)		80.000

Por la reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5325	Créditos a corto plazo a otras partes vinculadas	2.000.000	
2425	Créditos a largo plazo a otras partes vinculadas		2.000.000

Por el registro del deterioro por las cantidades vencidas (intereses devengados a 31-12-20X6 y no cobrados):

Código	Cuenta	Debe	Haber
699	Pérdidas por deterioro de créditos a corto plazo	80.000	
5955	Deterioro de valor de créditos a corto plazo a otras partes vinculadas		80.000

31-12-20X7

Por el devengo de intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
534	Intereses a corto plazo de créditos a partes vinculadas	80.000	
762	Ingresos de créditos		80.000

Por el registro del deterioro por las cantidades vencidas y no cobradas (intereses devengados a 31-12-20X7 más el principal del crédito):

Código	Cuenta	Debe	Haber
699	Pérdidas por deterioro de créditos a corto plazo	2.080.000	
5955	Deterioro de valor de créditos a corto plazo a otras partes vinculadas		2.080.000

1-10-20X8

Por los gastos de reclamación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
629	Otros servicios	1.000	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000

31-12-20X8

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	2.300.000	
534	Intereses a corto plazo de créditos a partes vinculadas		160.000
5325	Créditos a corto plazo a otras partes vinculadas		2.000.000
769	Otros ingresos financieros ¹		140.000
5955	Deterioro de valor de créditos a corto plazo a otras partes vinculadas	2.160.000	
799	Reversión del deterioro de créditos a corto plazo		2.160.000

¹ Se podría separar entre intereses e indemnización y se podrían poner 1.000 euros en la cuenta 759 compensando los gastos de reclamación.

CASO PRÁCTICO NÚM. 4

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

La sociedad «ALVIA» presenta la siguiente información a efectos de contabilizar el impuesto sobre sociedades en el ejercicio 20X2:

1. El tipo impositivo aplicable es del 30 por 100.
2. Al inicio del ejercicio 20X2, las únicas cuentas de activo y pasivo por impuesto diferido son las que se derivan de la siguiente información:
 - a) La sociedad tiene un inmovilizado (máquina fresadora) adquirido por 10.000 euros que fiscalmente fue íntegramente amortizado. Contablemente está amortizado en 6.000 euros.
 - b) La sociedad tiene bases imponibles negativas pendientes de compensar de 5.000 euros.
3. En el ejercicio 20X2 «ALVIA» tiene un resultado contable antes de impuestos de 20.000 euros.
4. En el ejercicio 20X2 «ALVIA» amortiza contablemente la máquina fresadora en 1.500 euros.
5. Al calcular la base imponible del ejercicio 20X1 «ALVIA» había practicado un ajuste positivo de 2.500 euros, al no poder justificar adecuadamente unos gastos. En el ejercicio 20X2, «ALVIA» ha logrado justificar documentalmente estos gastos, siendo deducibles en la base imponible del ejercicio 20X2. En el ejercicio 20X1, «ALVIA» no había reconocido efecto impositivo por dicho concepto, al considerar, teniendo en cuenta la mejor información disponible entonces, que nunca iban a ser deducibles.
6. En el ejercicio 20X2 la empresa ha realizado dotaciones a provisiones por 4.000 euros que fiscalmente no serán deducibles hasta ejercicios futuros.
7. Deducciones de cuota producidas en el ejercicio 20X2: 1.100 euros. «ALVIA» puede aplicar las deducciones en el ejercicio o ejercicios siguientes, siempre que existan cuotas positivas.
8. Retenciones y pagos a cuenta en el ejercicio 20X2: 1.500 euros.
9. Política contable del ejercicio 20X2: «ALVIA» considera probable recuperar todos los activos por impuestos diferidos.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Calcular la cuota a pagar o a devolver del ejercicio 20X2.
2. Contabilizar el impuesto sobre sociedades del ejercicio 20X2, distinguiendo entre impuesto corriente y diferido.
3. Anotación contable que realizaría «ALVIA» para contabilizar en el ejercicio 20X3 la adquisición de los elementos patrimoniales de la sociedad «TALGO», teniendo en cuenta su efecto impositivo, patrimonio que está compuesto de los siguientes bienes:

	Valor razonable	Valor contable
Construcciones	5.000	2.000
Propiedad industrial	3.000	1.000

El patrimonio adquirido constituye un negocio.

La contraprestación entregada por «ALVIA» para realizar la adquisición son acciones de su capital con un valor nominal de 5.000 euros y valor razonable de 10.000 euros.

La operación de adquisición no tributa, y los elementos adquiridos mantienen como base fiscal la base previa. La base fiscal de estos elementos coincide con el valor contable de los elementos antes de la operación. Si en la operación se pone de manifiesto el fondo de comercio, este no es deducible.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 4

Análisis de la información:

A) MÁQUINA FRESADORA

Al inicio del año 20X2, los datos relativos a la máquina son:

Valor contable	4.000
Base fiscal	0
Diferencia temporaria imponible	−4.000

La sociedad tendrá registrado un pasivo por diferencias temporarias imponibles de 1.200 (4.000 × 30%).

En el año 20X2, la sociedad amortiza la máquina por un importe de 1.500 euros que no serán deducibles en el ejercicio actual y se producirá la reversión de una parte del pasivo fiscal.

Al cierre de 20X2:

Valor contable	2.500
Base fiscal	0
Diferencia temporaria imponible	-2.500

Revertirá el pasivo por 450 ($1.500 \times 30\%$).

B) BASES IMPONIBLES NEGATIVAS

En el activo del balance existirá un crédito por bases imponible negativas de 1.500 ($5.000 \times 30\%$). En el ejercicio actual, la sociedad compensará la base negativa si tiene beneficios fiscales suficientes.

C) GASTOS NO JUSTIFICADOS EN 20X1

En el año 20X1 en la medida en que un gasto no justificado no tendrá nunca la consideración de deducible y no tendría incidencia fiscal en el futuro (si no se justifica nunca sería deducible), se trató la citada diferencia como permanente.

En el año 20X2 se justifican los gastos registrados en el año 20X1 siendo deducibles en este año, en consecuencia procederá registrar un ajuste negativo en la liquidación fiscal del año 20X2 que tendrá la consideración de diferencia permanente.

No obstante, se podría haber considerado que dado que se han producido nuevas circunstancias, justificación adecuada de los gastos, se debería tratar como un cambio de estimación y en consecuencia tratarlo como una diferencia temporaria, y por consiguiente aflorar el activo diferido no registrado y posteriormente aplicarlo.

A efectos de solución, y dado que la consideramos más correcta, nos inclinamos por la primera alternativa.

D) DOTACIONES A PROVISIONES

La sociedad ha registrado un gasto que no será fiscalmente deducible hasta ejercicios siguientes. En el pasivo del balance figurará la provisión por un importe de 4.000. A efectos del impuesto sobre sociedades:

Valor contable	4.000
Base fiscal	0
Diferencia temporaria deducible	4.000

Esta diferencia dará lugar a un activo por diferencias temporarias deducibles de 1.200 ($4.000 \times 30\%$).

1. Liquidación del impuesto sobre sociedades

Beneficio antes de impuestos	20.000
± Diferencias permanentes	
Gastos no deducidos en 20X1	(2.500)
± Diferencias temporarias	
a) En origen	
Provisiones no deducibles	4.000
b) En reversión	
Amortización máquina fresadora	1.500
Resultado fiscal	23.000
– Bases imponible negativas de ejercicios anteriores	(5.000)
Base imponible	18.000
Tipo de gravamen	30%
Cuota íntegra	5.400
– Deducciones	(1.100)
Cuota líquida	4.300
– Retenciones y pagos a cuenta	(1.500)
Cuota diferencial: a ingresar	2.800

2. Por el registro del impuesto corriente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	4.300	
473	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		1.500
4752	Hacienda Pública, acreedora por impuesto sobre sociedades		2.800

Por la diferencia temporaria en origen resultante de las provisiones no deducibles:

Código	Cuenta	Debe	Haber
4740	Activos por diferencias temporarias deducibles. Provisión	1.200	
6301	Impuesto diferido		1.200

Por la diferencia temporaria en reversión resultante de la máquina fresadora:

Código	Cuenta	Debe	Haber
479	Pasivos por diferencias temporarias imponibles. Máquina fresadora	450	
6301	Impuesto diferido		450

Por las bases negativas que se compensan:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	1.500	
4745	Crédito por pérdidas a compensar del ejercicio 20X1		1.500

Por la regularización de las cuentas y la determinación del gasto por el impuesto sobre sociedades:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido	150	
129	Resultado del ejercicio	4.150	
6300	Impuesto corriente		4.300

3. Fusión

De acuerdo con el apartado 2.1 b) de la NRV 13.^a del PGC pueden surgir diferencias temporarias «... En una combinación de negocios, cuando los elementos patrimoniales se registran por un valor contable que difiere del valor atribuido a efectos fiscales».

En el caso propuesto la operación no tributa y los elementos mantienen como base fiscal el valor contable previo, por lo que surgirán diferencias temporarias.

Construcciones:

Valor contable	5.000
Base fiscal	2.000
Diferencia temporaria imponible	-3.000

Propiedad industrial:

Valor contable	3.000
Base fiscal	1.000
Diferencia temporaria imponible	-2.000

Estas diferencias originan pasivos por impuestos diferidos por un importe de 1.500 ($5.000 \times 30\%$).

Cálculo del fondo de comercio:

Coste de la combinación	10.000
Valor razonable de activos y pasivos	6.500
– Construcciones	5.000
– Propiedad industrial	3.000
– Pasivos por impuestos diferidos	(1.500)
Fondo de comercio	3.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
211	Construcciones	5.000	
203	Propiedad industrial	3.000	
204	Fondo de comercio	3.500	
479	Pasivos por diferencias temporarias imposables		1.500
100	Capital social		5.000
110	Prima de emisión o asunción		5.000

CASO PRÁCTICO NÚM. 5

MATEMÁTICA FINANCIERA

ENUNCIADO

El banco «ELPRESTAMISTA» ofrece préstamos hipotecarios a sus clientes con las siguientes características:

- Capital prestado: el 80 por 100 del valor de tasación.
- Duración: 8 años.
- Los dos primeros años se abonarán únicamente los intereses mensualmente. En los tres siguientes años las mensualidades serán constantes, y en los años restantes las mensualidades serán constantes, pero de cuantía doble que las anteriores.
- Tantos nominales anuales de valoración, el 4 por 100 en los cinco primeros años y el 5 por 100 los restantes.
- Comisión por cancelación anticipada del 2 por 100 de la deuda pendiente de amortizar.

La sociedad «LAEMPREDDEDORA» solicitó hace cinco años uno de estos préstamos para adquirir una nave industrial valorada en la tasación en 2.000.000 de euros.

En estos momentos, la sociedad «LAEMPREDDEDORA» decide cancelar el préstamo y solicitar otro en otra entidad, que le ofrecen con las siguientes características:

- Duración 3 años.
- Tanto efectivo anual del 3,5 por 100.
- Amortización del principal en cuantías semestrales constantes, más los intereses del periodo.
- Gastos periódicos del 0,1 por 100 sobre las semestralidades.

TRABAJO A REALIZAR:

1. Capital prestado y términos amortizativos del primer préstamo.
2. Cuantía a solicitar del segundo préstamo y términos amortizativos del primer año.

(El opositor debe hacer abstracción de las consideraciones fiscales derivadas de las operaciones).

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 5

1. CAPITAL PRESTADO Y TÉRMINOS AMORTIZATIVOS DEL PRIMER PRÉSTAMO

a) Capital prestado: $C_0 = 2.000.000 \times 80\% = 1.600.000$

b) Términos amortizativos del primer préstamo

Los tipos de interés efectivos mensuales serán:

- Los 5 primeros años: $4\%/12 = 0,33\%$.
- Los 3 restantes: $5\%/12 = 0,416\%$.

Los dos primeros años solo se pagan intereses mensuales al 4 por 100 nominal: $I = 1.600.000 \times 0,33\% = 5.280$

$$1.600.000 = a \times a_{36 \overline{0,00333}} + 2a \times a_{36 \overline{0,0041666}} \times (1 + 0,003333)^{-36}$$
$$a = 17.191,73$$

El término amortizativo durante los años 3 a 5 será de 17.191,73 euros y los restantes de 34.383,46 euros.

2. CUANTÍA A SOLICITAR DEL SEGUNDO PRÉSTAMO Y TÉRMINOS AMORTIZATIVOS DEL PRIMER AÑO

a) Cuantía del segundo préstamo:

El nominal de este préstamo tendrá dos componentes:

El capital vivo del primer préstamo que será $(34.383,46 \times a_{36 \overline{0,0041666}})$	1.147.228,02
Comisión por cancelación anticipada que será $(2\% \times 1.147.228,02)$	22.944,56
Total	1.170.172,58

b) Términos amortizativos del primer año:

El tipo de interés semestral será: $(1 + 0,035)^{1/2} - 1 = 0,0173495$.

La cuota de amortización semestral será: $1.170.172,58/6 = 195.028,76$.

De esta forma, los términos amortizativos del primer año serán:

$$a_1 = (195.028,76 + 1.170.172,58 \times 0,0173495) \times 1,001 = 215.546,00$$

$$a_2 = a_1 - 195.028,76 \times 0,0173495 \times 1,001 = 212.158,97$$