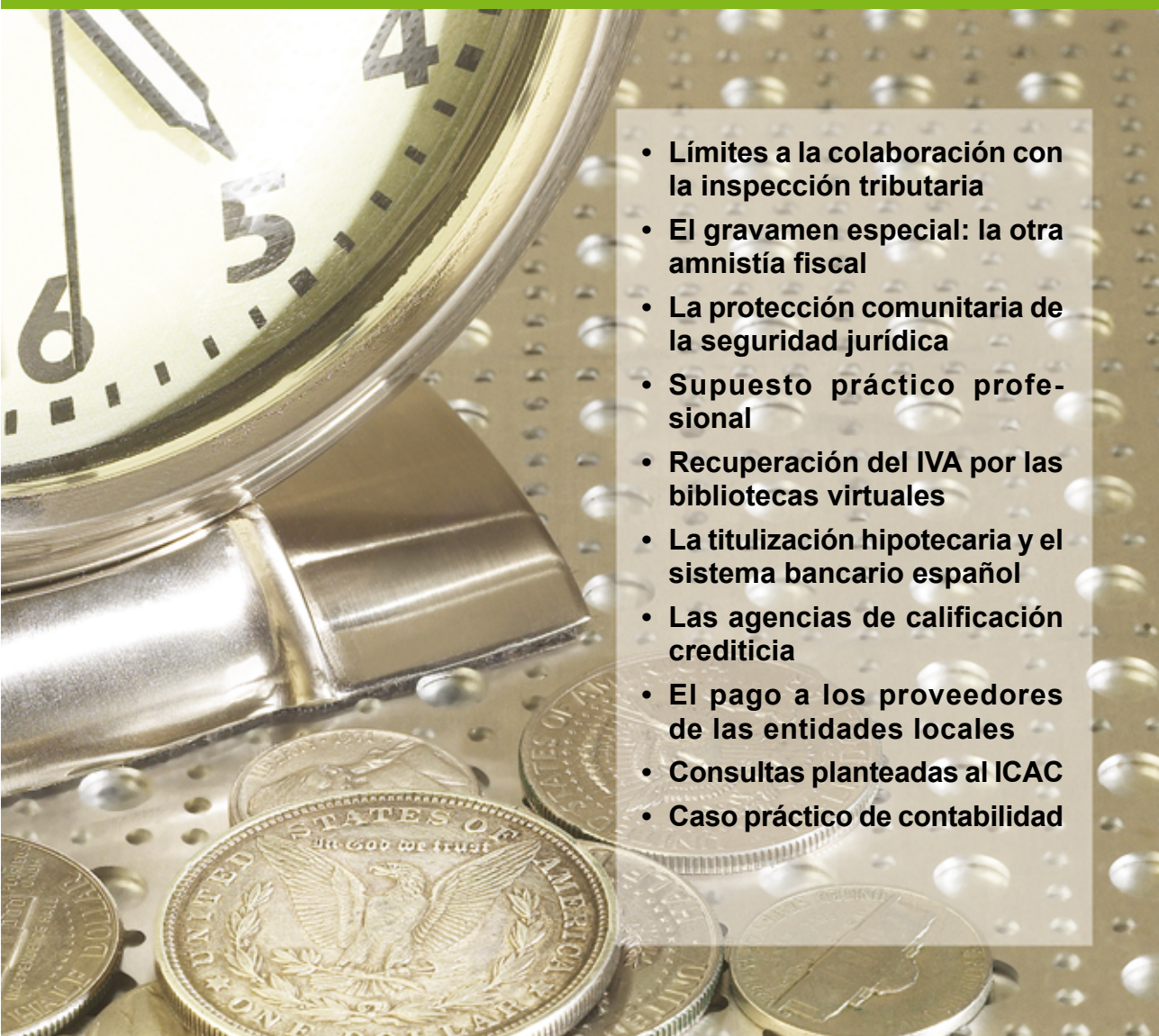




- Límites a la colaboración con la inspección tributaria
- El gravamen especial: la otra amnistía fiscal
- La protección comunitaria de la seguridad jurídica
- Supuesto práctico profesional
- Recuperación del IVA por las bibliotecas virtuales
- La titulización hipotecaria y el sistema bancario español
- Las agencias de calificación crediticia
- El pago a los proveedores de las entidades locales
- 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

NOVIEMBRE 2012 – NÚMERO 356

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

85/2012	El deber de colaboración con la inspección tributaria frente al derecho a no declarar contra sí mismo.	5
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012 (Bonifacio Rubio Montiel)	
86/2012	El gravamen especial sobre dividendos de fuente extranjera y otras medidas fiscales de 2012 contra la crisis.	51
	(Jesús Badás Cerezo)	
87/2012	La seguridad jurídica como límite comunitario a la articulación de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal: una nota sobre la STJUE de 5 de julio de 2012, Asunto <i>SIAT</i> , C-318/10.	81
	(José Manuel Calderón Carrero)	
88/2012	Supuesto práctico profesional (ejercicio propuesto para el ingreso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado).	105
	(Silvia de Antonio Franck, José Barrio Bondía, Alfonso García Tavares, Eva Martín Díaz, Fernando Salazar González y Manuel de los Santos Poveda)	
89/2012	Recuperación parcial del IVA no deducible que soportan las bibliotecas virtuales.	107
	(Lorenzo Gil Maciá y Ángel Sánchez Sánchez)	

CONTABILIDAD

90/2012	Análisis del impacto de la titulación hipotecaria en la estabilidad financiera del sistema bancario español.	111
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012 (Luis Otero González y Miguel María Ezcurra Pérez)	
91/2012	Las agencias de calificación crediticia (las hijas de Elena: la triple A).	145
	(A. Anguera de Sojo Hernández, J. Pazos Sierra, M.ª L. Campanario Hernández, J.A. Lara Torralbo, D. Lizcano Casas, M.ª A. Martínez Rey y J.A. Sánchez Pedroche)	
92/2012	Contabilidad del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, para el pago a los proveedores de las entidades locales.	175
	(Luis Miguel Palacios Albarsanz)	
93/2012	Consultas planteadas al ICAC.	215
	(Javier Romano Aparicio)	
94/2012	Supuestos propuestos en la oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra.	225
	(Fernando Vallejo Torrecilla)	

ENTREGA DEL PREMIO «ESTUDIOS FINANCIEROS» 2012, CLAUSURA DEL CURSO ACADÉMICO 2011-2012 DEL CEF Y GRADUACIÓN DE LA PROMOCIÓN DE LA UDIMA	271
--	-----

Solo disponible en versión digital

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

SUMMARY

Page

TAXATION

85/2012	Duty to collaborate with the tax inspection versus the privilege against self-incrimination.	5
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012 (Bonifacio Rubio Montiel)	
86/2012	The special tax on dividends and foreign and other tax measures against the crisis of 2012.	51
	(Jesús Badás Cerezo)	
87/2012	The legal certainty principle as an EU limitation for articulating anti-abuse clauses: a commentary to the ECJ ruling of July 5, 2012, <i>SIAT</i> case, C-318/10. 81 (José Manuel Calderón Carrero)	
88/2012	Exercise of professional practice (proposed to enter in the Corps of Revenue Agents in Spain).	105
	(Silvia de Antonio Franck, José Barrio Bondía, Alfonso García Tavares, Eva Martín Díaz, Fernando Salazar González y Manuel de los Santos Poveda)	
89/2012	Partial recovery of non-deductible VAT supported by virtual libraries.	107
	(Lorenzo Gil Maciá y Ángel Sánchez Sánchez)	

ACCOUNTING

90/2012	Analysis of the impact of mortgage securitization on the financial stability of Spanish banks.	111
	ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2012 (Luis Otero González y Miguel María Ezcurra Pérez)	
91/2012	Credit rating agencies (the daughters of Elena: the triple A rating).	145
	(A. Anguera de Sojo Hernández, J. Pazos Sierra, M.ª L. Campanario Hernández, J.A. Lara Torralbo, D. Lizcano Casas, M.ª A. Martínez Rey y J.A. Sánchez Pedroche)	
92/2012	Accounting Royal Decree Law 4-2012, of 24 February, payment providers local authorities.	175
	(Luis Miguel Palacios Albarsanz)	
93/2012	Questions formulated to ICAC.	215
	(Javier Romano Aparicio)	
94/2012	Exercises proposed in the competitive examination of Government of Navarra for Employee of the Treasury.	225
	(Fernando Vallejo Torrecilla)	

«ESTUDIOS FINANCIEROS» AWARDS CEREMONY 2012, CLOSING OF CEF ACADEMIC YEAR 2011-2012 AND GRADUATION OF THE FIRST CLASS OF UDIMA	271
---	-----

Available only in digital

EL DEBER DE COLABORACIÓN CON LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA FRENTE AL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

BONIFACIO RUBIO MONTIEL

Inspector de Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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 y doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Extracto:

HAN pasado más de 20 años desde que el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia n.º 76/1990, de 26 de abril. Entre otras cuestiones, se planteaba la duda sobre la constitucionalidad de la nueva redacción del artículo 83.3 f) de la Ley General Tributaria de 1963, es decir, la infracción consistente en no colaborar con la Administración Tributaria en la aportación o exhibición de documentación contable por parte de las empresas, puesto que podría afectar al derecho a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. La solución del Alto Tribunal fue la constitucionalidad de la norma, pero desde entonces hasta hoy han sido dictadas diversas sentencias del Tribunal Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que una parte de la doctrina de nuestro país entiende que han de servir de fundamento para reformular la solución. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dictado las Sentencias n.º 18/2005 y n.º 68/2006 que no han despejado las dudas y diferentes autores anuncian nuevos recursos, para que finalmente dicho Tribunal reconsidere o confirme su doctrina. El objeto de este trabajo es realizar una descripción de la jurisprudencia y la doctrina, para concluir con una solución al problema planteado.

Palabras clave: deber de colaboración, declarar contra sí mismo y derechos fundamentales.

DUTY TO COLLABORATE WITH THE TAX INSPECTION VERSUS THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION

BONIFACIO RUBIO MONTIEL

Inspector de Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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 y doña Violeta RUIZ ALMENDRAL.

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

Abstract:

MORE than 20 years have elapsed since the Spanish Constitutional Court entered its Judgement No. 76/1990 dated on 26th April. Amongst other issues, the question arised about the constitutionality of the new drafting of article 83.3 f) of the Spanish General Tax Law 1963 («Ley General Tributaria»), more precisely, the tax offence consisting in the failure of companies to collaborate with the Tax Authorities in the production or discovery of accounting documentation, since this could have a bearing on the privilege against self-incrimination and on the presumption of innocence. The solution given by the high court was the constitutionality of the law, but since then until the present time, several different judgements have been entered by the European Court for the Protection of Human Rights where it is stated that a part of the Spanish doctrine construes that those judgements must be used as a basis to reformulate the solution. On the other hand, the Spanish Constitutional Court has entered Judgments No. 18/2005 and No. 68/2006, but they have not actually clarified the existing doubts, and different authors have announced the filing of new appeals so that the Court eventually reconsiders or upholds its doctrine. This paper is intended is to provide an overview of the relevant jurisprudence and doctrine, in order to end up by offering a solution to the problem posed.

Keywords: duty to collaborate, self-incrimination and fundamental rights.

Sumario

1. Introducción.
2. El deber de colaboración con la Inspección tributaria.
 - 2.1. Fundamento: el deber de contribuir (art. 31 CE).
 - 2.2. Cumplimiento del deber de colaboración: confrontación con el principio constitucional *nemo tenetur seipsum accusare*.
3. La Inspección tributaria como órgano administrativo de investigación y sancionador. Comunicación de procedimientos.
4. Delimitación entre infracciones y delitos. Consecuencias ante posibles recursos al TEDH.
5. El derecho constitucional a no declarar contra sí mismo en la jurisprudencia.
 - 5.1. Introducción: antecedentes y normas internacionales.
 - 5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
 - 5.3. Tribunal Constitucional.
6. La Inspección tributaria y el contribuyente en el procedimiento administrativo y penal.
 - 6.1. Colaboración *versus* derecho a no autoincriminarse en el procedimiento inspector.
 - 6.2. Procedimiento penal por delito fiscal.
7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Han pasado ya más de 20 años desde la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (TC) n.º 76/1990 (NFJ000802), de 26 de abril. Entre otras cuestiones, se planteaba la duda sobre la constitucionalidad de la nueva redacción del artículo 83.3 f) de la Ley General Tributaria (LGT) de 1963, es decir, la infracción consistente en no colaborar con la Administración tributaria en la aportación o exhibición de documentación contable por parte de las empresas, puesto que podría afectar al derecho a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

La solución del TC fue la constitucionalidad de la norma, pero desde entonces hasta hoy han sido dictadas diversas sentencias del Tribunal Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (TEDH) que una parte de la doctrina de nuestro país entiende han de servir de fundamento para reformular la cuestión, la cual por cierto se ha planteado nuevamente ante el TC pero las Sentencias 18/2005 (NFJ019227) y 68/2006 (NFJ021852) no han despejado las dudas y diferentes autores anuncian nuevos recursos, para que finalmente el TC reconsidere o confirme su doctrina.

Hecha esta breve introducción, hemos de comenzar recordando que la Constitución Española (CE) obliga a todos los ciudadanos a contribuir «... al sostenimiento de los gastos públicos...», disposición que quedaría vacía de contenido si el sistema tributario al que se alude no dispusiera de mecanismos que obligaran a todos a colaborar en su aplicación, colaboración en la que se han de respetar todos los derechos que la propia Constitución reconoce a los llamados a contribuir, entre ellos, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

En este trabajo se va a tratar de la colisión del derecho del ciudadano a no declarar contra sí mismo en un procedimiento tributario, frente a la obligación que tiene de colaborar con la Administración Tributaria en la aplicación de los tributos. Y es que no es infrecuente que en este tipo de procedimientos, principalmente de inspección, el obligado tributario se plantee el dilema de aportar o no la documentación e información requerida por la inspección, porque con la misma se estarían suministrando pruebas que le podrían incriminar en un posterior proceso sancionador, administrativo o penal.

Para llevar a cabo el estudio, en primer lugar, vamos a detenernos en la regulación del deber de colaboración con la Administración Tributaria y más en concreto con la Inspección de Hacienda.

A continuación realizaremos un análisis comparativo entre las infracciones y sanciones tributarias con el delito fiscal y la posible consideración de una sanción o procedimiento sancionador como acusación de carácter penal a efectos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

Es a partir de entonces cuando entraremos de lleno a analizar la problemática que se nos plantea: la colisión de la obligación de colaborar con la Inspección de Hacienda en un procedimiento inspector de comprobación tributaria, frente al derecho del interesado a no contribuir con su colaboración a una sanción administrativa o penal, dado que tanto en nuestra Constitución como en las de los países de nuestro entorno geográfico y cultural, todo sospechoso de cometer una infracción, y por ello imputado en un procedimiento penal, tiene derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo, también denominado derecho a la no autoincriminación o principio *nemo tenetur seipsum accusare*.

Haremos una somera descripción de los orígenes y fundamentos de este derecho fundamental y su aplicación en el procedimiento penal, para a continuación examinar si es posible aplicarlo al procedimiento tributario de comprobación inspectora, con referencias principalmente a la Jurisprudencia de nuestro TC y al TEDH con sede en Estrasburgo.

Por último, abordaremos el debate en el procedimiento administrativo y penal en el que intervienen como actores principales la inspección y el contribuyente investigado. Es aquí donde defenderemos nuestra posición frente a la doctrina que se ha ido considerando a lo largo de la investigación. Para llegar a la misma, debemos tener en cuenta que nos enfrentamos a un conflicto de intereses constitucionales, por eso es la propia Constitución quien nos debe dar la solución al mismo, considerando que los derechos fundamentales no son absolutos, tal y como lo entiende el TC, sino que están sujetos a límites.

A la vista de toda esta realidad jurisprudencial y doctrinal, que por el momento no parece haber encontrado una solución definitiva, tomaremos una postura que permita encarar el problema de cara al futuro y que entendemos ayudará a cerrar el conflicto aún vigente.

2. EL DEBER DE COLABORACIÓN CON LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA

2.1. Fundamento: el deber de contribuir (art. 31 CE)

Con carácter general, la Administración pública ejerce la función constitucional de servir al interés general y para ello cuenta con medios personales y materiales¹. Como se ha anticipado, todos estamos obligados a contribuir para sufragar el gasto público, de manera que para ello el Estado ha diseñado un modelo o sistema tributario mediante el cual se persigue que quien más recursos econó-

¹ Artículo 103.1 de la CE.

micos dispone sea quien más deba contribuir². La Administración, por su parte, está llamada a que dicho sistema sea efectivo, se cumpla y el legislador le ha dotado de unas facultades para llevar a cabo dicho cometido, no solo mediante la imposición de una serie de obligaciones de carácter material a los ciudadanos, principalmente el ingreso de la deuda tributaria, sino además una serie de obligaciones formales como presentar declaraciones, realizar la liquidación, contestar a los requerimientos que se le formulen o colaborar con la inspección tributaria en el desarrollo de sus funciones³.

Esta colaboración se hace hoy en día más necesaria, en una economía cada vez más compleja y globalizada, donde los movimientos de capitales fluyen libremente buscando la menor presión impositiva, por lo que tienden a trasladarse a países de baja tributación. Por otra parte, qué duda cabe de que las relaciones económicas, y por ello con trascendencia tributaria, dan lugar a que todos los agentes que intervienen conozcan de terceros información que es especialmente relevante y que suministrándola a la Hacienda Pública, esta pueda exigir la capacidad de tributar de cada uno.

Por todo ello, se han establecido legal y reglamentariamente una serie de declaraciones tributarias periódicas informativas para los empresarios y profesionales que afectan a esas relaciones con terceras personas: trabajadores, clientes, otros empresarios, etc.⁴; pero también la LGT ha dispuesto la colaboración específica en casos especiales, como por ejemplo cuando la inspección exige la colaboración de las entidades financieras para que aporten movimientos de cuentas corrientes de sus titulares y, por último, se exige la colaboración del propio contribuyente y obligado tributario cuando está sometido a la comprobación de su situación tributaria, respetando en cualquier caso, y aunque la LGT no lo disponga expresamente, sus derechos fundamentales⁵.

Por lo tanto, la colaboración con la Administración Tributaria se nos presenta a todos los ciudadanos, bien sea con carácter general, periódico y sin requerimiento concreto, bien sea con carácter específico requiriendo nuestra colaboración en un procedimiento inspector en el que son inspeccionados otros contribuyentes o en el que somos nosotros mismos los inspeccionados. La STC 110/1984 (NFJ000067), de 26 de noviembre, y desde ella muchas otras, ya justificaba que la Administración pueda exigir de un tercero los datos relativos a la situación económica de un contribuyente, puesto que de lo contrario:

«Se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar» (FJ 3.º)⁶.

² Artículo 31.1 de la CE: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio» y artículo 3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE de 18 diciembre de 2003), Ley General Tributaria, en adelante LGT: «Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario».

³ Con carácter general la LGT y específicamente las leyes propias de cada tributo.

⁴ La obligación de suministro de información de trascendencia tributaria la regula el artículo 93.1 de la LGT, mientras que su segundo apartado se refiere a la petición de información periódica o individualizada.

⁵ Artículo 34 de la LGT.

⁶ En concreto, se analizaba si un requerimiento de cuentas corrientes a una entidad financiera suponía una intromisión en la intimidad de las personas, ex artículo 18.1 de la CE.

2.2. Cumplimiento del deber de colaboración: confrontación con el principio constitucional *nemo tenetur seipsum accusare*⁷

2.2.1. Funciones y facultades de la Inspección tributaria

Para llevar a cabo las funciones inspectoras, a la Inspección tributaria se le atribuyen unas facultades que se enumeran en el artículo 142 de la LGT, el cual además establece que «los obligados tributarios deberán atender a la inspección y le prestarán la debida colaboración en el desarrollo de sus funciones».

Luego esas funciones y facultades que el Ordenamiento Jurídico Tributario otorga a la Inspección constituyen al mismo tiempo una obligación de colaboración para con ella de todos los ciudadanos y que tiene su fundamento en el propio artículo 31.1 de la CE. La ya mencionada STC 110/1984 reconocía que la Administración pudiera exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente y lo justificaba por la «simple existencia del sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad», deber de colaboración que «recae no solo sobre los contribuyentes directamente afectados, sino que también puede extenderse... a quienes puedan presentar una ayuda relevante en esa tarea de alcanzar la equidad fiscal, como son los bancos y demás entidades de crédito». De ello se puede colegir que el Alto Tribunal considera que la colaboración va dirigida a la consecución del sistema tributario justo al que se refiere el anterior precepto constitucional.

Al propio tiempo, la LGT ha dispuesto que otra de las facultades de la Inspección es la de sancionar el incumplimiento de las obligaciones tributarias, entre ellas, la falta de colaboración. Por ello, el procedimiento sancionador tributario la faculta para iniciar, instruir y terminar los procedimientos sancionadores, como consecuencia de un procedimiento inspector realizado⁸.

De esta manera, la LGT continúa con la separación de los dos procedimientos que dispuso la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (LDGC)⁹: por un lado, el de comprobación, investigación y liquidación de las cuotas no ingresadas junto con los intereses de demora, previa incoación de las actas correspondientes y, por otro, el procedimiento sancionador. Como excepción, está el caso de las actas con acuerdo o cuando el obligado tributario renuncie a dicha tramitación separada.

Resumiendo, podemos decir que los ciudadanos sometidos a una investigación tributaria de la Inspección, desarrollada en el marco de un procedimiento administrativo inspector, están obligados a

⁷ Nadie está obligado a acusarse a sí mismo. Así lo denominaba el *Decretum Gratiani*, pars II, causa 33, *quaestio* 3, canon 87. El principio continúa vigente en el Derecho de la Iglesia, canon 1728.2 CIC: *accusatus ad confitendum delictum non tenetur* (el acusado no tiene obligación de confesar el delito).

⁸ La ley denomina resistencia, obstrucción, excusa o negativa a la actuación de la Inspección, que castiga en el apartado 5.º de su artículo 203, con una sanción que puede llegar a ser de hasta 400.000 euros. El procedimiento está regulado en el Reglamento Sancionador, aprobado por Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, BOE de 28 de octubre.

⁹ BOE n.º 50 de 1998. Estuvo vigente hasta el 1 de julio de 2004, con la entrada en vigor de la LGT de 2003.

colaborar con la misma, en especial en la aportación de la documentación que afecta a sus actividades económicas: libros, facturas, contratos, etc., bajo apercibimiento de sanción por la comisión de una infracción por resistencia, excusa o negativa a colaborar, sanción que impondrá también la propia Inspección y a través de un segundo e independiente procedimiento administrativo sancionador.

2.2.2. *Derechos de los obligados tributarios*

2.2.2.1. En el procedimiento inspector

La obligación de colaborar tiene su contrapeso, por una parte, en los principios del sistema tributario que se recogen en el artículo 3.2 de la LGT y, por otra, en los derechos que se reconocen en su artículo 34. Entre estos últimos se encuentra el de ser informado, al inicio de las actuaciones de comprobación o inspección sobre la naturaleza y alcance de las mismas, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones.

Dentro de esta información, existe un sector de la doctrina que exige la inclusión del derecho a no declarar contra sí mismo, puesto que es probable que en el procedimiento de inspección se puedan obtener documentos o información gracias a la colaboración del propio sujeto inspeccionado y que con ellos se descubra la comisión de una infracción tributaria administrativa o penal, dando lugar a la apertura de un segundo procedimiento sancionador gracias a la citada colaboración¹⁰.

Es este el conflicto planteado y que será objeto de estudio más adelante, pues a lo largo de los años se ha puesto de manifiesto que, en determinadas ocasiones, cuando los obligados tributarios son requeridos para prestar esa colaboración, han alegado que ello podría vulnerar su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, contenidos expresamente en el artículo 24.2 de la CE, puesto que de las pruebas obtenidas en el procedimiento inspector previa aportación de todo tipo de «datos» y documentos con «trascendencia tributaria» que le son requeridos, podría derivarse la incoación de un expediente sancionador o incluso la remisión de las mismas a la Jurisdicción Penal por ser constitutiva su conducta de Delito Fiscal¹¹.

A este respecto, hemos de decir que la STC 76/1990 (NFJ000802), siguiendo la estela de la STC 110/1984 (NFJ000067) y en cuanto al debate que aquí se suscita, dispuso:

FJ 10.º: «Que no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de datos con *relevancia fiscal* esgrimible ante la Administración Tributaria, pues ello iría en contra del artículo 31.1 de la CE y que los documentos contables acreditan la situación económica y financiera del contribuyente que han de ser aportados, porque no los considera igual que una *declaración* comprendida en el derecho procla-

¹⁰ PALAO TABOADA, C.: «Lo blando y lo duro del Proyecto de Ley de derechos y garantías de los contribuyentes», RCyT. CEF, n.º 171, 1997, pág. 34. Cita como exponente de esta doctrina a COLLADO YURRITA, P.: *La actuación de la inspección tributaria y financiera en la instrucción del proceso por delito fiscal*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 113.

¹¹ El delito fiscal se regula en el artículo 305 del Código Penal.

mado en el artículo 24.2 de la CE, puesto que con ellos *no se está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad*¹².»

El TC equipara este deber de colaboración con el que tienen los ciudadanos de tolerar a que se les someta al control de alcoholemia, pues dichas pruebas, tal y como expone la STC 161/1997 en su FJ 7.º: «no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto», pudiendo el ciudadano rehusar a dicha prueba, pero en tal caso debe «... soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar» (ATC 61/1983, FJ 2.º)¹³.

PALAO TABOADA matiza que no deben ser equiparados ambos supuestos, porque la prueba de alcoholemia tiene una potencialidad incriminatoria, mientras que los datos exigidos por las normas fiscales tienen inicialmente una finalidad tributaria y accidentalmente sancionatoria¹⁴. Si bien es cierta dicha apreciación, no afecta de lleno al asunto debatido porque en ambos casos la Administración trata de obtener datos que son independientes de la voluntad del ciudadano, según la deducción de nuestro máximo intérprete constitucional y no se entenderían así afectados sus derechos fundamentales a no declarar ni a confesarse culpable, porque no hay declaración alguna que revele su voluntad.

Interesante es la tesis de AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, según la cual hay que distinguir entre el concepto de soportar pruebas y de aportar pruebas. En cuanto a la primera, lo sería el control de alcoholemia y la incautación directa por la Inspección de los documentos contables, pero sería aportación el requerimiento de esta para que el obligado tributario lo ponga a su disposición¹⁵. Entendemos que tal distinción recurre a un excesivo formalismo y creemos, por el contrario, que el contribuyente debe aportar la documentación requerida cuando no existe indicio alguno de que haya cometido una infracción administrativa o penal. Además, hay que añadir que la colaboración exigible al ciudadano en general y al obligado tributario en particular hay que entenderla como una colaboración tanto activa como pasiva, como tendremos ocasión de defender en el epígrafe 6.

En resumen, el planteamiento es la prevalencia entre el artículo 24.2 y el 31.1 de la CE en el seno del procedimiento inspector, problema de difícil resolución, como así afirmaba ALONSO FERNÁNDEZ, al decir que habría tantas soluciones como autores lo abordasen¹⁶. Lo que parece fuera de

¹² La cursiva es nuestra. El Tribunal ya había establecido un concepto sobre esos documentos contables y su relevancia en una inspección tributaria en la Sentencia de 10 de febrero del mismo año 1990.

¹³ En el mismo sentido, criterio reconocido en otras como: STC 103/1985, 107/1985, 195/1987, 197/1995, 234/1997.

¹⁴ PALAO TABOADA, C.: «Lo blando y lo duro...», *cit.*, pág. 32.

¹⁵ Distinguen AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO entre aportar pruebas y soportar pruebas, siendo estas últimas las que el contribuyente está obligado a aportar en el procedimiento administrativo inspector, puesto que no sería lícito trasladar sobre el acusado la carga de suministrar evidencias que lo incriminen. AGUALLO AVILÉS, A. y GARCÍA BERRO, F.: «El Deber de colaborar con la Administración Tributaria y derecho a no autoincriminarse. Un análisis crítico de la cuestión a la vista de la jurisprudencia europea y norteamericana», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, n.º 1, 2001, pág. 261, obra citada por el propio GARCÍA BERRO en GARCÍA BERRO, F.: «El derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, n.º 19/2010. (Ref. westlaw BIB 2010/2210), pág. 7.

¹⁶ ALONSO FERNÁNDEZ, F.: «El procedimiento de inspección de los tributos en caso de delitos contra la Hacienda Pública: algunas cuestiones dudosas», *Impuestos*, vol. II, 1989, pág. 211.

toda duda es que el predominio del artículo 24.2 supondría hacer prevalecer la libertad del contribuyente inspeccionado a aportar la documentación, frente a la colaboración que se le exige en el procedimiento inspector, lo cual dejaría inermes a los poderes del Estado en el desarrollo de las funciones de protección del interés público¹⁷.

Hemos de añadir que el TC también ha relacionado el deber de colaboración en estos dos casos con el de identificar al conductor de un vehículo que ha cometido una infracción de tráfico (STC 197/1995, FJ 8.º, con dos votos particulares) pero los diferencia porque en este último sí se exterioriza una verdadera declaración, aunque mantiene la obligación de colaboración porque no existe una determinante y directa vinculación incriminatoria de quien se requiere dicha cooperación.

En este caso el TC, entendemos que acertadamente, hizo una interpretación de los preceptos constitucionales confrontados dando prioridad al de la colaboración con la Administración, por el riesgo potencial que la utilización de los vehículos tiene para la vida, salud e integridad de las personas y porque la prevalencia del derecho fundamental alegado impediría a los poderes públicos el mantenimiento de la seguridad de la circulación vial, siendo la obligación de colaboración impuesta una medida proporcionada para el fin previsto (FJ 8.º STC 197/1995). Esta interpretación se realiza a través de los matices que tiene el procedimiento administrativo sancionador respecto al penal.

2.2.2.2. En el procedimiento sancionador

Como decimos, en el procedimiento administrativo sancionador rigen los principios de todo procedimiento de naturaleza penal pero *con matices*, como estableció desde antiguo el TC¹⁸; por lo tanto aquí sí podría ser invocado sin dificultad el derecho a no autoincriminarse, pues el inspeccionado que es simultáneamente infractor se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario y las pruebas de cargo corresponden a la parte acusadora, la Inspección en nuestro caso o el Ministerio Fiscal en caso de ilícito penal¹⁹.

Para finalizar este apartado y siguiendo a MARTÍN QUERALT, a la vista de los derechos y garantías, de una parte, y de las obligaciones procedimentales, por otra, cuando el deudor tributario comparece en el procedimiento, se incorpora a una relación jurídica independiente de la primera, en la que su función no es meramente pasiva respecto a las potestades de la Administración, sino también activas como titular de derechos y garantías ejercitables ante esta. Ello no significa que la Administración Tributaria deba soportar el menoscabo de sus potestades, sino que debe ejercerlas con arreglo a los principios de proporcionalidad y mínima incidencia en los derechos de los ciudadanos²⁰.

¹⁷ Para DEL PASO BENGÓA y LACASA SALAS, por muchos poderes exorbitantes que se concedan a la inspección tributaria, jamás cumplirán con su función sin la colaboración activa y presencia del obligado tributario, que es imprescindible. DEL PASO BENGÓA, J. y LACASA SALAS, L.H.: *Procedimiento de la inspección de los tributos, comentarios al Reglamento General de la Inspección de los Tributos*, 1.ª ed., CISS, Valencia, 1990, pág. 220.

¹⁸ STC 18/1981, de 8 de junio.

¹⁹ STC 76/1990, FJ 8.º (NFJ000802).

²⁰ En definitiva, el reto del Estado de Derecho consiste en equilibrar la posición jurídica de la Administración y los particulares en los procedimientos de aplicación de los tributos. El citado autor nos recuerda la STC 111/2006 (NFJ022179), de 5 de abril, donde el Alto Tribunal establecía que, si bien para lograr el fin constitucional del artículo 31.1 de la CE es necesaria

3. LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA COMO ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIONADOR. COMUNICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Nuestro ordenamiento jurídico tributario otorga a la Administración la facultad de imponer sanciones a través de un procedimiento regido por los principios del proceso penal. En concreto, la LGT otorga a la Inspección tributaria la potestad para iniciar un procedimiento sancionador y para imponer sanciones, con motivo de las infracciones que pudiera descubrir en un procedimiento de aplicación de los tributos, ordinariamente en el de comprobación e investigación, pero esta situación no siempre ha sido así²¹.

Efectivamente, antes de la aprobación de la Ley 1/1998 LDGC, la Inspección realizaba un procedimiento único en el que investigaba el descubrimiento de hechos imponible y una vez concluso no solo liquidaba las cuotas y los intereses de demora por las cantidades dejadas de ingresar o devueltas en exceso, sino que además imponía la sanción correspondiente.

Diferentes autores entendieron que era necesaria la separación entre la función sancionadora y la de aplicación de los tributos²², no solo porque ambas tienen finalidades distintas (represiva la primera y recaudatoria la segunda) sino por la aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo que nuestro TC en STC 76/1990 (NFJ000802) (FJ 8.º) entendió que rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador, tanto penal como administrativo. Y es que la obligación de aportar datos con «trascendencia tributaria» dentro de un mismo procedimiento podría suponer una vulneración de tales derechos, desde el momento en que dichos datos pueden servir para descubrir no solo el fraude fiscal, sino además para sancionar al obligado tributario cuando en su conducta intervino algún tipo de culpa o negligencia.

Cuando estaba el Proyecto de LDGC en las Cortes Generales, PALAO TABOADA indicaba que la futura ley debía tener en cuenta los siguientes principios para abordar estos problemas y que eran²³:

- Mantener la obligación de colaboración en el procedimiento inspector, que cesaría a voluntad del inspeccionado en el momento en que existiese riesgo de autoincriminación y sin que dicha negativa fuese sancionable.

la protección de la actuación administrativa, no significa que los medios utilizados sean constitucionales, sino que «es preciso que se respeten escrupulosamente todos los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución». MARTÍN QUERALT, J. (coord.): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 19.ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pág. 332.

²¹ El procedimiento sancionador en materia tributaria aparece regulado en el Capítulo IV, a su vez contenido en el Título IV de la LGT «La potestad sancionadora».

²² Entre ellos FALCÓN Y TELLA, R.: «Un giro trascendental...», *cit.*, pág. 10: en referencia a las sentencias del TEDH caso Funke de 25 de febrero de 1993 y Bendenoun de 24 de febrero de 1994, concluye diciendo que si se mantiene la obligación de colaborar con la inspección, el procedimiento inspector debería separarse del sancionador asegurando que los datos del primero no se trasladen al segundo y de esta manera no vulnerar el derecho a no declarar contra sí mismo. Por su parte, RODRÍGUEZ VINDAS, R.: «Aproximación a los matices establecidos por la jurisprudencia constitucional en torno a la aplicación de los principios y garantías del orden penal en el ámbito sancionador tributario», *RCyT*. CEF, n.º 171, 1997, pág. 64, quien entendía que en el caso español lo más recomendable era la separación de ambos procedimientos.

²³ PALAO TABOADA, C.: «Lo blando y lo duro...», *cit.*, págs. 31-34.

- Si la inspección obtenía pruebas que podrían suponer indicios de la comisión de infracciones, debía advertir al inspeccionado que tenía derecho a no colaborar.
- Posibilidad de usar sin restricciones los datos «objetivos» en el procedimiento sancionador de los hechos descubiertos por la inspección.

Estos y otros autores proponían entonces la separación del procedimiento en el típicamente inspector y en otro sancionador. De esta manera, el obligado tributario se personaría en el primero y una vez finalizado lo haría en el segundo, en el cual tendría derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

Sin embargo, esto supondría que entre los dos procedimientos no existiese ninguna conexión, puesto que si los datos obtenidos en el primero se envían al segundo, volveríamos a estar donde estábamos antes, salvo que en el sancionador se valoraría la culpabilidad de la conducta. ¿Cuál es entonces la solución que adoptó la Ley 1/1998 LDGC y posteriormente la actual LGT? No solucionar este problema, porque los datos suministrados a la Inspección en el procedimiento inspector se tienen en cuenta en la imposición de las sanciones, no solo en el caso de las actas con acuerdo o cuando el obligado tributario renuncia a la tramitación separada (art. 207 LGT) sino por mor de los apartados 2.º y 5.º del artículo 210 de la LGT, pues en el procedimiento sancionador se deben incorporar obligatoriamente los datos y pruebas obtenidos en el previo procedimiento inspector; es más, si únicamente se tuvieren en cuenta dichas pruebas, al iniciarse el mismo se formulará la propuesta de imposición de la sanción correspondiente²⁴.

En la práctica, lo anterior se traduce en que, cuando se están finalizando las actuaciones inspectoras de comprobación el actuuario propone el inicio del procedimiento sancionador con las pruebas obtenidas en el procedimiento inspector así como la valoración de la culpabilidad del inspeccionado y elabora la propuesta de sanción. Si el Inspector jefe acuerda la apertura, que es lo común, el actuuario da traslado de dichos acuerdos al obligado tributario para que este le presente alegaciones, a la vista de las cuales resuelve finalmente aquel.

En definitiva, que el Inspector jefe dicta el acto administrativo de liquidación que proviene del procedimiento inspector pero también el acuerdo de imposición de la sanción consecuencia de los datos obrantes en aquel y, así, la separación de ambos procedimientos lo que ha conseguido es crear un nuevo procedimiento que dilata el momento de la imposición de la sanción y que además va en contra de los principios de eficacia y limitación de costes indirectos y no supone tampoco mayor seguridad en el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios, principios enumerados en el artículo 3.2 de la LGT. Además, el análisis de culpabilidad lo realiza el mismo actuuario.

En vista de ello, podría plantearse una separación total entre ambos procedimientos, de tal manera que el sancionador no tuviese en cuenta al de comprobación e investigación, lo cual tampoco solucionaría el problema y vamos a ver por qué.

²⁴ PALAO TABOADA se pronunció en el mismo sentido, porque los problemas que plantea la relación entre ambos procedimientos no consisten en conocer cuándo se pueden trasladar los elementos de hecho del inspector al sancionador, sino en qué casos y bajo qué condiciones y límites, teniendo en cuenta el principio *nemo tenetur seipsum accusare*. PALAO TABOADA, C.: «Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes: el texto definitivo», RCyT. CEF, n.º 181, 1998, pág. 14.

En primer lugar, debería crearse un órgano que impusiese las sanciones administrativas que derivasen del procedimiento de comprobación que ha finalizado con una determinada cuota liquidada. El órgano sancionador iniciaría, instruiría y finalizaría mediante un acuerdo de imposición de una sanción a aplicar sobre el importe de una cuota que no tendría por qué coincidir con la liquidada previamente, pudiendo ser superior, inferior o incluso inexistente y ello podría ser contrario a los principios de buena fe y confianza legítima a que está obligada la Administración en su relación con los obligados tributarios (art. 3 Ley 30/1992) así como al de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la CE²⁵.

Pero es que además y en segundo lugar, ambos actos pueden ser objeto de acumulación, tanto antes de la interposición de reclamación económico-administrativa (art. 73 Ley 30/1992) como ya en dicha fase, en este caso por aplicación del artículo 230.1 c) de la LGT, según el cual estas reclamaciones se acumularían obligatoriamente a efectos de su tramitación y resolución. En ambos casos, el órgano resolutorio se encontraría con tal incongruencia y lo mismo cabría decir en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

La posible solución pasaría por impedir la acumulación de ambos procedimientos en la fase administrativa de revisión y en mantener la independencia de su tramitación, pero puede dar lugar a resultados contradictorios con posterioridad en el orden contencioso-administrativo y en el penal cuando exista delito fiscal y vamos a explicar por qué: si en el procedimiento inspector se descubre una defraudación inferior a lo que marca el tipo penal y en el procedimiento sancionador se descubre un fraude superior, nos encontraremos con que la jurisdicción contencioso-administrativa conocería del primero y la penal del segundo, pero resulta que el juez penal es quien tendría la competencia para practicar la liquidación tributaria.

De esta manera, tanto si el acto administrativo por el que la Inspección liquidó la cuota y los intereses de demora fue firme y consentido o fue recurrido y recae su conocimiento en la jurisdicción administrativa, sería sin embargo el juez penal quien tendría la competencia para efectuar la citada regularización tributaria junto con la imposición de la pena correspondiente, dado que no existe la prejudicialidad administrativa en el ámbito tributario.

Por lo tanto, si mantenemos el diseño de la separación de procedimientos de la LGT, pero con la obligación de que la información obtenida del inspector debe pasar al sancionador, ¿la información obtenida de la aportación y exhibición de libros de contabilidad, facturas y en definitiva documentación empresarial, debería pasar del primero al segundo? Y si es así ¿podría negarse el contribuyente a colaborar porque estaría contribuyendo a su propia incriminación? Más adelante centraremos en ello nuestro estudio, pero ya anticipamos que con la jurisprudencia del TC y del TEDH que analizaremos, nos decantamos por la colaboración sin restricciones, salvo que desde el inicio existieran

²⁵ El principio *nemo potest venire contra factum proprium* es «... una derivación inmediata del principio de buena fe... La alegación de la doctrina de los propios actos requiere que el sujeto pasivo demuestre que, en relación con él mismo, el sujeto activo del derecho subjetivo haya desplegado con anterioridad una conducta que, interpretada de buena fe, demuestra la contradicción o incompatibilidad de la nueva postura del titular del derecho subjetivo». Para Díez PICAZO es un principio general del derecho. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, Parte General y derecho de la persona*, 12.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 141.

indicios de que el inspeccionado había cometido infracciones, porque en ese caso el procedimiento tendría un ánimo o fin no solo investigador, sino también sancionador²⁶.

4. DELIMITACIÓN ENTRE INFRACCIONES Y DELITOS. CONSECUENCIAS ANTE POSIBLES RECURSOS AL TEDH

El TEDH, con sede en Estrasburgo, ha entrado a estudiar casos en los que se declaraba competente para conocer una *acusación en materia penal* siempre que nos encontremos ante una actividad sancionatoria, sea penal o administrativa, puesto que en esa situación existe una privación o limitación de los derechos fundamentales.

La Constitución no exige un modelo de sanción administrativa o penal, porque el legislador elige uno u otro con arreglo al principio de proporcionalidad²⁷. La sanción administrativa presenta ciertas ventajas frente al Derecho penal, por la mayor eficacia de la Administración y porque afecta al beneficio empresarial (recordemos que son delitos normalmente cometidos en dicho ámbito) sin conllevar el carácter estigmatizante de la pena, aunque es opinión general la de mantener la idoneidad de sanciones penales en la represión económica grave²⁸.

Ahora bien, aparte de la multa o la inhabilitación profesional que puedan imponer, ¿en qué se diferencia la sanción administrativa de la penal?, ¿tienen la misma naturaleza retributiva y preventiva?, ¿o la sanción tiene una finalidad indemnizatoria?

El TC considera que desde el punto de vista ontológico o sustancial, las infracciones administrativas son esencialmente iguales a las penales y que su diferencia es puramente formal en función de los órganos encargados de aplicarla, si bien en el Derecho penal rige el principio de intervención mínima.

Pero no solo la jurisprudencia constitucional ha negado que exista una distinción ontológica entre ilícito penal y administrativo. El TEDH se ha pronunciado en el mismo sentido desde la Sentencia de 8 de junio de 1976, adoptada por el Pleno (caso Engel, n.º 82-83), donde se dice que el concepto de materia penal está dotado de autonomía a efectos del Convenio y pueden tener tal carácter tanto las penas como las sanciones administrativas²⁹.

²⁶ Confirmando esta teoría y en relación con el descubrimiento de pruebas que supongan delito fiscal, nos dice COLLADO YURRITA que, una vez atisbados indicios de delito fiscal, la Administración da otro carácter al expediente, porque ya no tratará de practicar una liquidación tributaria, sino de elaborar una documentación que trasladará al Ministerio Fiscal. COLLADO YURRITA, P.: *La actuación de la inspección tributaria...*, cit., pág. 68.

²⁷ Entre otras resoluciones, ATC 395/2004, de 19 de octubre; STC 55/1996, de 28 de marzo, y STC 161/1997, de 2 de octubre.

²⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de Derecho penal económico*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 31 y 35.

²⁹ El Convenio no impide que cada Estado pueda elegir entre el uso de la potestad penal (judicial) y la sancionadora o disciplinaria (administrativa), sin que la calificación del ilícito como delito o infracción sea decisiva al respecto, para evitar que al socaire de tal opción puedan eludirse las garantías establecidas en el Convenio. El concepto de materia penal –según el Tribunal– está dotado de autonomía y en su virtud hay que atender con preferencia a la verdadera naturaleza de la contravención, conectada por supuesto a la sanción que se le asigne. El Derecho Penal y el Administrativo, en este aspecto, no son compartimentos estancos y, por ello, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracciones,

Posteriormente, en el caso Öztürk se concretaba aún más cuándo una infracción constituía materia penal a efectos del Convenio: su caracterización por el Estado, así como la naturaleza y gravedad de la sanción³⁰. De ser así, habría que resolver si dicho procedimiento fue equitativo a efectos del artículo 6.1 del Convenio.

Entonces, ¿podría entrar a conocer el Alto Tribunal europeo acerca de las sanciones tributarias impuestas en un procedimiento inspector o en otro sancionador consecuencia de aquel? Pues bien, desde la Sentencia de 24 de febrero de 1994 (caso Bendenoun contra Francia) el Tribunal viene admitiendo tal posibilidad, a saber, que las sanciones tributarias puedan ser objeto de su conocimiento, aludiendo a la sentencia del caso Öztürk, dado que en este caso, que afectaba a sanciones derivadas de procedimientos tributarios, la sanción era aplicable con carácter general a todos los ciudadanos, en su condición de contribuyentes, tenían finalidad preventiva y represiva, no indemnizatoria y eran de especial gravedad, pues incluso podrían suponer ingreso en prisión por deudas³¹.

El propio Consejo de Europa ha publicado una Guía con los criterios de admisión y dedica un capítulo para la Interpretación del concepto de «Criminal charge» por el TEDH³². Veamos los puntos más importantes que nos afectan.

N.º 249. El punto de partida para la evaluación de la aplicabilidad del aspecto criminal del artículo 6 de la Convención está basado en los criterios perfilados en el caso Engel (n.º 82-83): (1) la calificación en el derecho interno; (2) la naturaleza de la infracción; (3) la gravedad de la pena.

El primer criterio lo considera como punto de partida y si ya el propio Estado lo considera materia penal, así normalmente lo entendería el Tribunal. El segundo lo considera de mayor importancia, donde se ha de tener en cuenta cualquiera de una serie de características, entre ellas: la generalización en su aplicación, su carácter represivo o indemnizatorio y si se tiene en cuenta la culpabilidad. El tercer criterio se refiere a la máxima pena que dispone la ley.

En su n.º 253, dispone que el segundo y tercer criterio establecidos en el caso Engel *son alternativos y no acumulativos necesariamente* y que basta que el delito en cuestión por su naturaleza sea

cuya naturaleza intrínseca es la misma, no puede menoscabar los derechos fundamentales o humanos del imputado o acusado. A esta primera decisión seguirían algunas más: 21 de febrero (caso Öztürk) y 2 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell), 25 de agosto de 1987 (caso Lutz) y 22 de mayo de 1990 (caso Weber).

³⁰ Para determinar si la «infracción administrativa» cometida por el señor Öztürk, compete o no a la «materia penal», el Tribunal se remite a los criterios expuestos en la sentencia Engel y otros de 8 de junio de 1976 (TEDH 1976, 4) (serie A núm. 22, págs. 34-35, ap. 82) resumiéndolas de la siguiente manera:

«(...) importa en primer lugar saber si el texto que define la *infracción* en litigio se enmarca o no dentro del *derecho penal* según la técnica jurídica del Estado demandado; a continuación, procede examinar atendiendo al objeto y a los fines del artículo 6, en el sentido ordinario de sus términos y del derecho de los Estados Contratantes, la *naturaleza* de la infracción así como la *naturaleza* y *gravedad* de la sanción que puede ser impuesta al interesado» [Sentencia Öztürk (TEDH 1984, 2) precitada, serie A núm. 73, pág. 18, ap. 50].

³¹ N.º 47 de la sentencia, que finaliza diciendo: al evaluar el peso respectivo de los diversos aspectos del asunto, el Tribunal señala el predominio de los que presentan una coloración penal. Ninguno de ellos parece decisivo por sí mismo, pero en conjunto y relacionados confieren a la «acusación» en litigio un «carácter penal» de acuerdo con el artículo 6.1, el cual puede, por tanto, ser aplicado.

³² Practical Guide on admissibility criteria. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf Publicado y actualizado a 31 de marzo de 2011. Última consulta el 28 de abril de 2012.

considerado como «criminal» desde el punto de vista de la Convención, o que la persona se hizo acreedora de una sanción que, por su naturaleza y grado de severidad, en general pertenece a la esfera «criminal» (Öztürk contra Alemania, n.º 54; Lutz v. Alemania, n.º 55). Sin embargo, *un enfoque acumulativo puede hacerse necesario cuando la consideración separada no permite llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una infracción penal* (Bendenoun c. Francia, n.º 47)³³.

Por último, el párrafo 265 de la Guía nos dice que el artículo 6 se ha aplicado en relación con cuestiones de tributos sobre la base de los siguientes elementos: (1) que la ley establece las sanciones a todos los ciudadanos en su calidad de contribuyentes; (2) que no pretendía ser una indemnización de los daños, sino esencialmente un castigo para disuadir a la reincidencia; (3) que se impuso como una regla general de una fuerza disuasoria y un propósito punitivo, y (4) que el recargo era *sustancial* (Bendenoun contra Francia). La naturaleza criminal del delito puede ser suficiente para hacer aplicable el artículo 6, a pesar de la baja sanción impuesta (10% de la deuda tributaria, Jussila contra Finlandia n.º 38).

Como se puede apreciar, la clara indefinición sobre el concepto de acusación en materia penal para que sea aplicable el artículo 6.1 del Convenio parece más que evidente. Pero ¿qué importancia tiene esta cuestión en lo que a nuestro estudio se refiere? Que tanto las sanciones penales como las tributarias, normalmente impuestas tras un procedimiento de inspección, podrían ser objeto de recurso ante el TEDH si finalmente no se otorgara amparo constitucional al contribuyente que entendiera vulnerado su derecho a no declarar contra sí mismo. En su defensa, podría alegar que fue coaccionado, bajo apercibimiento de sanción, a colaborar en la actividad inspectora aportando toda la documentación de trascendencia tributaria, en especial, libros de contabilidad, facturas, extractos bancarios, correspondencia, etc.

La pregunta es obvia: ¿podría plantearlo un ciudadano español?, porque el TEDH tendría que valorar precisamente si las sanciones tributarias por no colaborar son materia penal. Esta situación se ha planteado en relación con nacionales de otros Estados partes del Convenio y su discusión será objeto de análisis a continuación. Pero podemos avanzar que desde nuestro punto de vista, la sanción que establece el artículo 203.5 de la LGT y que se impone al sujeto inspeccionado por no colaborar, no parece materia penal a efectos del Convenio, tal y como se señala en los casos que nos proporciona la Guía del Consejo de Europa y que acabamos de analizar y no tendría que admitirlos a estudio. Pero incluso en caso de hacerlo, tampoco daría amparo al recurso. Son parte de las conclusiones a las que llegaremos al final del epígrafe sexto.

³³ N.º 47 caso Bendenoun: en este asunto, el Tribunal no subestima la importancia de varios elementos señalados por el Gobierno. Señala, sin embargo, a la luz de su jurisprudencia y principalmente de la sentencia Öztürk previamente citada, que cuatro factores juegan en sentido contrario. En primer lugar, los hechos incriminados caían en el campo del artículo 1.729.1 del Código tributario (apartado 34 *supra*). Por lo tanto, afecta a todos los ciudadanos en su condición de contribuyentes, y no a un grupo determinado dotado de un estatus particular; les fija un comportamiento concreto y une a estas exigencias una sanción. En segundo lugar, los incrementos impositivos no tienden a la indemnización económica de un perjuicio, sino a castigar para impedir la repetición de comportamientos parecidos. En tercer lugar, se basan en una norma de carácter general cuya finalidad es a la vez preventiva y represiva. Por último, revestían una amplitud considerable ya que se elevaban a 422.534 FRF para el interesado y 570.398 FRF para su sociedad (apartado 13 *supra*), y la falta de pago exponía al señor Bendenoun a la prisión por deudas (apartado 35 *supra*). Al evaluar el peso respectivo de los diversos aspectos del asunto, *el Tribunal señala el predominio de los que presentan una coloración penal. Ninguno de ellos parece decisivo por sí mismo, pero en conjunto y relacionados confieren a la «acusación» en litigio un «carácter penal» de acuerdo con el artículo 6.1, el cual puede, por tanto, ser aplicado.* (La cursiva es nuestra).

5. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO EN LA JURISPRUDENCIA

5.1. Introducción: antecedentes y normas internacionales

Para plantear el problema que estudiamos nos hacemos las siguientes preguntas: dado que en el procedimiento inspector el contribuyente debe aportar y exhibir, bajo amenaza de sanción, la documentación de trascendencia tributaria para comprobar que sus declaraciones a Hacienda corresponden con la realidad económica y patrimonial y que esas pruebas las debe aportar la Inspección posteriormente al procedimiento sancionador, administrativo o incluso penal, ¿puede negarse el inspeccionado a hacerlo, porque con ellas está contribuyendo a aportar pruebas de cargo para ser sancionado en el procedimiento sancionador ulterior?, ¿no se entiende así vulnerado el derecho a no declarar contra sí mismo?

Antes de contestar a esta pregunta debemos describir cómo está configurado el derecho fundamental que tiene todo ciudadano a no autoincriminarse, como manifestación particular del derecho a la defensa y que nuestra Constitución acoge expresamente en su artículo 24.2 *in fine* «... a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Es por lo tanto un derecho fundamental contra el peligro a la arbitrariedad, la ilegalidad o la injusticia a que puede dar lugar el ejercicio del poder público y que por eso conlleva una especial protección mediante un procedimiento sumario y preferente ante los tribunales ordinarios y en su caso mediante el recurso de amparo ante el TC, ex artículo 53.2 de la CE.

Tanto el derecho a no declarar contra uno mismo como a permanecer en silencio, manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa, son la respuesta a los excesos de la autoridad durante siglos, que con intención de buscar la verdad de los hechos imputados al acusado, no dudaba en someter a este a tortura, quien en ocasiones se veía forzado a confesar crímenes que no había cometido y dando lugar a errores judiciales.

Para hacer frente a esos abusos, fue tomando forma el derecho a no declarar contra sí mismo, principio que fue acogido expresamente en las primeras Constituciones de los diferentes Estados norteamericanos y que también recoge el artículo 24.2 de la CE. También lo recoge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de la ONU, hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, al que España se adhirió en 1977.

En un contexto más cercano geográfica y culturalmente, distintos países europeos crearon el Consejo de Europa, constituido por el Congreso de mayo de 1948 y que se rige por su estatuto de 1949. El Consejo de Europa es distinto a la Unión Europea, su sede está en Estrasburgo y es garantía, con su TEDH, de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de los europeos.

Esta organización aprobó en Roma el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales el 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma, en adelante Convenio o CEDH) que fue ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE de

10 de octubre). Fue creado posteriormente un tribunal denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que pueden acudir los ciudadanos de los Estados partes del Convenio cuando han agotado todos los recursos en su país en defensa de los derechos fundamentales recogidos en el citado Convenio. De esta manera, podemos hablar del reconocimiento de auténticos derechos subjetivos a favor del particular y que constituyen obligaciones estatales automáticamente exigibles en el plano internacional.

El derecho a no declarar contra sí mismo no aparece específicamente mencionado en el Convenio, pero la jurisprudencia del TEDH lo viene reconociendo implícito en el concepto de juicio equitativo al que se hace mención en su artículo 6.1, del que luego desarrollaremos su contenido.

La importancia del CEDH es la existencia de un tribunal ad hoc que resuelve los casos que le llegan sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados partes y cuyas sentencias de condena son «obligatorias» para estos³⁴. Dado que el artículo 10.2 de nuestra Constitución dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, las sentencias de dicho Tribunal son de especial importancia no solo para aplicarlas cuando un ciudadano español es quien recurre, sino que de su jurisprudencia deben estar especialmente atentos nuestros poderes públicos, en especial los jueces y tribunales, a la hora de conocer los recursos de los ciudadanos contra las decisiones de las autoridades administrativas, entre ellas las sanciones tributarias e incluso las sentencias penales por delito fiscal. Por eso han llegado a esa sede judicial diferentes casos de carácter tributario, porque se alegaba que en los procedimientos se habían vulnerado los derechos fundamentales, entre ellos a no declarar contra sí mismo.

Por otra parte, no podemos dejar de pasar la ocasión de nombrar el papel que juega la función jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la protección de los derechos humanos en la Unión Europea (UE). Aunque no existe un procedimiento específico, se ejerce a través de los recursos ordinarios establecidos en los Tratados de la UE en cuanto el caso tiene *conexión comunitaria* y de la competencia de dicho Tribunal, es decir, cuando la resolución del proceso le corresponde para interpretar una norma comunitaria y se ven afectados derechos humanos fundamentales.

Dos casos resueltos por los Tribunales comunitarios son importantes: caso Orkem contra la Comisión, Sentencia de 18 de octubre de 1989 y caso Mannesman contra la Comisión, Sentencia de 20 de febrero de 2001. La solución adoptada en ambos es similar a lo que resuelve el TEDH, por lo que no vamos a entrar en su estudio particular.

5.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Planteado pues el objeto del debate, veamos a continuación las respuestas al mismo que ha dado el TEDH, teniendo en cuenta no solo los asuntos fiscales, sino también otros, como la obligación del propietario de un vehículo de identificar al conductor que cometió una infracción de tráfico

³⁴ No obstante, la naturaleza de sus sentencias es declarativa, puesto que expresa en ellas si se ha producido o no una violación del Convenio, es decir, de los derechos fundamentales que protege, pero no prevé actividad alguna del Estado condenado para ejecutarlas. Sin embargo, sí tienen un alto valor interpretativo para los tribunales españoles, artículos 96.1 y 10.2 de la CE.

o la obligación del conductor de un vehículo a someterse a un control de alcoholemia o el derecho del imputado a guardar silencio, porque de alguna manera, tanto este Alto Tribunal como nuestro TC los han relacionado.

Para empezar, hemos de describir el artículo del Convenio al que los ciudadanos invocan para alegar que han visto vulnerado su derecho de defensa, porque tuvieron que aportar pruebas contra sí mismos ante la amenaza a ser sancionados por los poderes públicos si no lo hacían. En algunos casos esta amenaza incluso podía llegar a suponer penas de prisión, amén de las correspondientes multas pecuniarias o coercitivas. El artículo en cuestión es el 6.1, que dice lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.»

Como podemos observar, el artículo 6 del CEDH no acoge expresamente como un derecho fundamental el de no declarar contra sí mismo, pero ha expresado en numerosas ocasiones que entra en el concepto de *proceso equitativo* a que en él se alude³⁵. Faltaría por ver si los asuntos fiscales podrían ser de su competencia, pues el objeto de los procesos se centran en los derechos y obligaciones de carácter civil y sobre acusaciones en materia penal. En cuanto a los primeros, diversas sentencias entendieron que no lo era³⁶, pero en cuanto a las segundas, desde las SSTEDH de 25 de febrero de 1993 (caso Funke contra Francia) y de 24 de febrero de 1994 (caso Bendenoun contra Francia), el Tribunal determinó que en materia tributaria podía existir una acusación en materia penal, acudiendo en su motivación a la Sentencia del caso Öztürk de 1984, tal y como ya habíamos anticipado líneas arriba.

Por lo tanto, el Tribunal se ha declarado competente en algunos asuntos fiscales en los que entendía que existía una acusación en materia penal, equiparando una sanción tributaria con una pena, como, por ejemplo, ser amenazado en un procedimiento inspector a prestar declaraciones o a entregar determinada documentación bajo apercibimiento de sanción y que posteriormente podía ser utilizada para llevar adelante una acusación de tal carácter (tanto administrativa como judicial)³⁷.

Sin más preámbulo, vamos a hacer referencia a las sentencias que se han aproximado a este debate en los últimos años.

5.2.1. Caso Funke contra Francia. Sentencia de 25 de febrero de 1993

El Sr. Funke era representante de comercio cuando en enero de 1980 agentes de aduanas, junto con la policía judicial francesa, irrumpieron en su domicilio para obtener información sobre ope-

³⁵ El artículo 6.1 se refiere a garantizar la equidad procesal, no sustancial. *Guide on admissibility criteria*, n.º 360, pág. 70.

³⁶ Entre ellas, la Decisión de la Comisión Beldicot contra Francia de 5 de octubre de 1990 y posteriormente la Sentencia del TEDH en el caso Ferrazzini contra Italia, de 12 de julio de 2001.

³⁷ De esta manera podemos decir que asume la teoría de nuestro TC, quien desde hace tiempo viene afirmando que «los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador» (por todas STC 18/1981, de 8 de junio).

raciones en el extranjero. Estos agentes estaban facultados para investigar delitos relacionados con operaciones financieras con el exterior.

Tras el registro, autorizado judicialmente, se incautaron de diversa documentación y el procedimiento prosiguió por la Administración de Aduanas y no por la autoridad judicial, exigiéndole la aportación de más documentación bancaria sobre sus operaciones en el extranjero y le advirtió de la posibilidad de soportar una multa coercitiva por cada día de retraso en su entrega que podía llegar incluso a suponer pena de prisión por deudas.

El artículo 65 del Código de Aduanas facultaba a los funcionarios a exigir la documentación y, en caso de no ser atendida su petición, se podía incurrir en una infracción sancionada por el citado código y que consistía en una multa por importe de 600 a 3.000 francos y pena de prisión de diez días a un mes. Por otra parte, podía verse sancionado con una multa coercitiva de 10 francos, como mínimo, por día de retraso (art. 431) y sufrir una prisión por deudas (art. 382) (n.º 31 de la sentencia).

El Sr. Funke no aportó la documentación que le requerían y manifestó que no estaba en posesión de la misma. Se le impuso una multa fija y otra coercitiva por tal incumplimiento.

El representante del Sr. Funke, finalizados todos los procesos judiciales en Francia, acudió en 1984 ante la Comisión del Consejo de Europa alegando, entre otras cuestiones, que su condena por no aportar documentos contravenía el artículo 6.1 del Convenio, porque la Administración habría violado su derecho a no declarar contra sí mismo, dado que se le conminaba a aportar documentos que le podrían incriminar en el proceso penal.

El Tribunal admitió a trámite el caso y le dio la razón, porque la Autoridad aduanera provocó su condena por no haber aportado unos documentos que *no tenía certeza de que existían*. Es decir, el TEDH no niega la potestad de exigir documentación en poder del ciudadano, por otra parte exigible por el Código aduanero francés, sino que lo que manifiesta contrario al artículo 6.1 es su exigencia cuando se desconoce si está en posesión de la misma. Lógico por otra parte, puesto que de lo contrario se habría trasladado al acusado la carga de la prueba de no poseerla, de difícil o imposible aportación (n.º 44 de la sentencia)³⁸.

5.2.2. Caso *Murray contra Reino Unido*. Sentencia de 8 de febrero de 1996

El Sr. Murray fue arrestado por la policía británica en enero de 1990 y se le aplicó la normativa antiterrorista. En dos días fue interrogado hasta en 12 ocasiones y durante más de 20 horas y se le conminó a dar una serie de explicaciones por su presencia en la casa donde había sido arrestado, negándose siempre a contestar. Fue advertido de que su silencio y con él la falta de explicaciones podría ser utilizado en su contra, pero lo mantuvo en la investigación policial y en el posterior proceso judicial y se tuvo en cuenta como prueba para condenarle. Acudió al TEDH alegando que el derecho a guardar silencio es absoluto del que el acusado debe beneficiarse sin restricción.

³⁸ Curiosamente, la Comisión había decidido en octubre de 1991 que no había existido violación del artículo 6.1 (n.º 34 de la sentencia).

Lo interesante de la sentencia viene en el n.º 47, cuando establece que el derecho del acusado a permanecer en silencio no es absoluto, sino que del mismo se pueden extraer conclusiones negativas atendiendo a las circunstancias del caso, a la importancia que los tribunales nacionales le han concedido al apreciarlo como prueba y al grado de coacción sufrido. Es decir, pese a reconocer que no se puede condenar teniendo como base exclusiva o esencial el silencio, no es menos cierto que hay situaciones en las que se requieren del interesado explicaciones que desmonten los cargos que pesan en su contra y el hecho de permanecer en silencio durante todo un largo proceso no necesariamente puede dejar de tener consecuencias.

Trasladando estas conclusiones a la problemática tributaria, sería el caso, por ejemplo, de una empresa que declara durante varios años pérdidas continuas y sin embargo son descubiertos fondos ocultos y no declarados en una caja de seguridad. Si se le solicita explicación sobre su procedencia, ¿su silencio y la falta de aportación de documentación no ha de jugar en su contra? La legislación tributaria vigente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y del Impuesto sobre Sociedades consideran esos fondos como renta o incremento de patrimonio no justificado y se someten a gravamen, pues se presume que proceden de rentas no declaradas, ¿puede esta presunción y la falta de colaboración del contribuyente jugar en su contra para condenarle? Hay que responder afirmativamente, como así hizo la Sentencia del Tribunal Supremo 1335/1999 (NFJ044567), de 17 de noviembre³⁹.

5.2.3. *Caso Saunders contra Reino Unido. Sentencia de 17 de diciembre de 1996*

Los hechos se remontan al año 1986, cuando la empresa Guinness entró en competencia con otra, Argyll, para hacerse con el control de una tercera, Distillers. Para ello, directivos de la primera (entre ellos el Sr. Saunders, presidente de Guinness) hicieron que sus acciones subieran de precio artificialmente mediante el uso de testaferros que colaboraron en la operación comprando acciones, lo cual fue trascendental para que Distillers pasase finalmente a ser controlada por Guinness.

Posteriormente y una vez conseguido su objetivo, los colaboradores cobraron su comisión a través de facturas falsas abonadas por Guinness, pero las acciones de esta bajaron el precio que artificialmente habían mantenido antes de ejecutarse el negocio fraudulento.

En enero de 1987 los inspectores del Departamento de Comercio e Industria obtuvieron pruebas del fraude y se pusieron en contacto con la Fiscalía o Public Prosecutions' Office. Se decidió que aquellos siguieran su investigación y suministraran la información obtenida a la Fiscalía una vez la concluyeran. Interrogaron al Sr. Saunders hasta en nueve ocasiones entre febrero y junio de ese año y sus respuestas y la documentación obtenida fueron enviadas a la Fiscalía, quien en mayo comenzó su investigación penal, que desembocó en un proceso con cargos de conspiración, falsa contabilidad y robo del que salió condenado.

³⁹ Uno de los indicios que constituyen prueba de cargo, dice la Sentencia de 17 de noviembre de 1999, puede consistir en la ausencia total de explicación por el contribuyente a los bienes e ingresos detectados o bien la destrucción, por la prueba realizada a instancia de la acusación, de las explicaciones o alegaciones ofrecidas por el acusado para justificar el origen de tales bienes o ingresos (FJ único).

El Sr. Saunders recurrió al TEDH alegando que la Administración y los tribunales de su país habían vulnerado su derecho a un juicio equitativo, ex artículo 6.1, porque fue utilizado un procedimiento administrativo inquisitivo para llevar a cabo una acusación penal, que se había retrasado deliberadamente para obtener pruebas del primero. Además, en aquel procedimiento se obtuvieron pruebas de manera coactiva, vulnerando así su derecho a no declarar contra sí mismo, dado que la legislación británica obligaba a aportar a los inspectores todos los libros y documentos de la empresa y a responder a las cuestiones que se le plantearan y afectasen a la investigación, pues de negarse podría ser castigado con multa o prisión de hasta dos años. Veamos cómo lo resuelve el Tribunal.

En primer lugar, confirma que es competente para estudiar el caso, porque entiende que se está ante una acusación en materia penal, entendido este concepto de manera autónoma y aplicable a procedimientos administrativos como el utilizado por los inspectores (n.º 67) y recuerda que el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo están implícitos en lo que considera juicio equitativo el artículo 6.1 del Convenio, puesto que con ello se evita un grado de coerción abusivo por parte de las autoridades así como errores judiciales (n.º 68), que al igual que en el caso Funke, sí aprecia el Tribunal (hasta dos años de prisión si no colaboraba con los inspectores).

Lo más importante viene a continuación en el n.º 69, cuando dispone que el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse no incluye el uso de datos que puedan obtenerse por medios coactivos pero que existan con independencia de la voluntad del sospechoso, como documentos obtenidos mediante una orden, la toma de aliento y de sangre o muestras de orina y tejido corporal para análisis de ADN. Por lo tanto, lo que analizará el Tribunal es el grado de coacción ejercido al Sr. Saunders en el procedimiento administrativo para declarar contra sí mismo y la trascendencia de esa declaración en su condena penal, pero no incluye los datos que existen con independencia de su voluntad.

El Alto Tribunal, en el n.º 71, aprecia que lo importante en el caso es el uso que se haría con las declaraciones y la información obtenida en el curso de las actuaciones inspectoras, puesto que se hicieron bajo una coacción de sufrir hasta dos años de prisión si no había colaboración, según disponía la ley.

Recuerda que el Tribunal de Apelación británico admitió como prueba las declaraciones efectuadas a los inspectores, declaraciones que constituyeron una parte importante de la acusación penal (n.º 72), pero no juzga si el derecho a no contribuir a su propia incriminación es absoluto o puede, en ciertos casos, revelarse justificado de ser infringido. Lo que no admite es que lo sea a través de la excusa dada por el Gobierno británico, a saber, la complejidad de los fraudes empresariales, así como el interés público esencial en su persecución y en la sanción de los responsables. Y es que considera que las exigencias generales de equidad (art. 6), incluido el derecho a no contribuir a su propia incriminación, se aplican a los procedimientos penales que conciernen a todos los tipos de infracción criminal, del más simple al más complejo y el interés público no puede justificar la utilización de respuestas conseguidas por la fuerza en un procedimiento no judicial para incriminar al acusado en el curso de la instancia penal (n.º 74).

Con base en todo lo anterior, el TEDH señala que existió un atentado al derecho a no declarar contra sí mismo, a través del uso de la legislación británica (art. 434.5 de la ley de 1985), dado que

tanto el juez como el Tribunal de Apelación hicieron uso en el procedimiento penal de declaraciones obtenidas por los inspectores en el previo procedimiento administrativo (n.º 75 y 76). Sin embargo, hay que tener en cuenta que se refiere a las *respuestas* efectuadas a *preguntas* de los inspectores (art. 434.5) y no a la *colaboración* que se exige del interesado, que se recogen en el resto de apartados de ese artículo y que se refieren a *libros, documentos, etc.*, es decir, a datos que existen con independencia de su voluntad.

Trasladando esto al ámbito tributario, entendemos que la documentación con trascendencia tributaria existe con independencia de la voluntad del interesado y por lo tanto está sujeta a comprobación en un procedimiento inspector por lo que resistirse a ello le acarrearía la multa correspondiente. La duda aquí está en si el contribuyente debe aportar esa documentación, que él sabe que le puede incriminar, o es la Inspección quien debe obtenerla mediante una orden judicial o administrativa, tal y como parece indicar la sentencia. Según AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, la diferencia podría estar entre aportar la documentación o en soportar que la Inspección tributaria la obtenga directamente donde aquella esté almacenada⁴⁰, tesis que no compartimos, como tendremos ocasión de explicar.

5.2.4. Caso JB contra Suiza. Sentencia de 3 de mayo de 2001

El Sr. JB fue objeto de una investigación de impuestos en el año 1987 y se le requirió aportar *documentos* relativos a sus inversiones en diversas sociedades, pero no lo hizo y por ello fue multado en tres ocasiones, pagando la primera multa pero no las otras dos. La normativa suiza obliga a aportar esa documentación bajo apercibimiento de sanción y el Tribunal Federal suizo las confirmó porque asemeja la obligación de colaboración que tiene el contribuyente con el conductor de un camión a entregar el tacógrafo o con el conductor de un automóvil a someterse a las pruebas de orina o de sangre y que al igual que aquel se sometían a la sanción correspondiente si se negaban (n.º 29).

Antes de entrar al fondo del asunto, el Tribunal matiza que no enjuicia el poder del Estado a obligar a los ciudadanos a dar información para aplicar su sistema impositivo, sino que está llamado a examinar si la imposición de la multa por no aportar información choca con el derecho a no autoincriminarse del contribuyente, quien alega que de hacerlo corría el riesgo de aportar pruebas de cargo para un posterior proceso penal (n.º 63).

Ya entrando en el caso, vuelve a recordar los casos Funke, Murray y Saunders para decir que el derecho al silencio y a no autoincriminarse proporcionan al acusado protección contra coacciones indebidas y contribuyen a evitar errores judiciales (n.º 64). Frente a la alegación del Tribunal Federal suizo a que hicimos mención, el Alto Tribunal manifiesta que no estamos en el mismo caso porque los datos que debía suministrar el Sr. JB no eran independientes a su voluntad, tal y como los definió en el caso Saunders (n.º 68).

⁴⁰ Distinguen AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO entre la obligación de aportar pruebas y de soportar pruebas, siendo estas últimas a las que el contribuyente está constreñido en el procedimiento administrativo inspector, puesto que no sería lícito trasladar sobre el acusado la carga de suministrar evidencias que lo incriminen. AGUALLO AVILÉS, A. y GARCÍA BERRO, F.: «El Deber de colaborar con la Administración Tributaria y derecho a no autoincriminarse: un conflicto aparente», *El asesor fiscal ante el nuevo siglo*, Asociación Española de Asesores Fiscales, Madrid, 2000, págs. 92-94.

Es decir, por una parte, están los datos independientes a la voluntad: sometimiento a mandamientos de la autoridad para aportar datos, extracción de sangre, orina, tejidos..., y por otro los que son dependientes de esa voluntad, en este caso declarar las inversiones que había realizado en unas sociedades. Por lo tanto, estos últimos no podían obtenerlos a través de medios coercitivos y a contrario sensu significaría que puede amenazar con sanción los requerimientos inatendidos del primer grupo.

Por último, frente a la alegación del gobierno suizo de no separar el procedimiento de comprobación del sancionador por cuestiones de interés general, al ser impracticable, el Tribunal lo rechaza como lo hizo en el caso Saunders (n.º 74). Sin embargo, hemos de añadir aquí que en sentencias más recientes se está comenzando a modular el principio de interés general cuando se analiza el derecho a no declarar contra sí mismo, como en el caso Jalloh contra Alemania, Sentencia de 11 de julio de 2006⁴¹.

5.2.5. *Caso Weh contra Austria. Sentencia de 8 de abril de 2004*⁴²

La autoridad austriaca impuso una multa al Sr. Weh porque no informó correctamente sobre la identidad del conductor que utilizó su vehículo al cometer una infracción de tráfico y finalmente su caso llegó al TEDH, alegando su derecho a no declarar contra sí mismo.

Vuelve el Tribunal a recordar que el derecho al silencio y a no autoincriminarse evita errores judiciales frente a coacciones abusivas de la autoridad, aludiendo el caso Murray (n.º 39) y señala a continuación que hay dos tipos de casos en que esto se produce:

- Cuando existe coacción abusiva para obtener información que puede ser utilizada en un procedimiento penal anterior o pendiente, es decir, respecto a un delito del que dicha persona ha sido «imputada» en el sentido autónomo del artículo 6.1, casos Funke y JB (n.º 42).
- Cuando la información inculpatoria es obtenida mediante coacción fuera del contexto del procedimiento penal, para ser utilizada en una causa penal posterior, caso Saunders (n.º 43).

Para rechazar la pretensión del Sr. Weh, el Tribunal argumenta que el Convenio no prohíbe la coacción para usar la información fuera de un procedimiento penal y que en su caso no hubo ni antes ni después procedimientos penales, como en los casos Funke y JB (n.º 44) y tampoco se trataba del uso de información mediante coacción para ser utilizada en un procedimiento penal posterior en su contra, como en el caso Saunders (n.º 51).

Por el contrario, se le requirió declarar sobre un simple hecho: quién era el conductor, que en sí mismo no es un dato inculpatorio (n.º 54), y el vínculo entre la obligación de informar y el posterior

⁴¹ Según el n.º 117, para determinar si se violó este derecho [a autoinculparse], el Tribunal examinará por turno los factores siguientes: la naturaleza y el grado de la coerción empleada para la práctica de las pruebas; *el peso del interés público* en la persecución del delito en cuestión y en el castigo a su autor; la existencia de garantías adecuadas en el procedimiento y la utilización hecha de las pruebas así obtenidas.

⁴² El caso Rieg contra Austria, que se resolvió en Sentencia de 24 de marzo de 2005, planteó la misma cuestión y el TEDH ratificó la jurisprudencia establecida en el caso Weh, al que hizo referencia.

proceso penal es remoto e hipotético, sin un vínculo concreto suficiente, por lo que el uso de coacción no fue abusivo ni suponía inducir a errores y no vulneró el derecho a no declarar contra sí mismo (n.º 56). A contrario sensu, si con el uso de los datos fuera muy probable la apertura de un proceso penal sí se estaría violando ese derecho.

Añadir por último que frente a las alegaciones del gobierno austriaco, dando prioridad al interés general en castigar el exceso de velocidad frente al interés particular en guardar silencio, el Tribunal no entró a valorarlas. Como ya se anticipó, en el caso Allen contra Alemania parece que ya comienza a aplicar el interés general como base para castigar la falta de cooperación.

5.2.6. *Caso Rodríguez Porto contra España. Sentencia de 22 de marzo de 2005*

El presente caso está relacionado con el caso Roldán. En Sentencia del Tribunal Supremo 1493/1999, de 21 de diciembre, fueron condenados el Sr. Roldán y otras personas, entre ellas su esposa la Sra. Rodríguez Porto, a diferentes penas. Esta última lo fue por delito de encubrimiento de enriquecimiento ilícito de su esposo y por delito fiscal. Alegó ante el TEDH que las autoridades españolas infringieron su derecho a no declarar contra sí misma en este último, dado que haber declarado en el IRPF las ganancias ilícitas habría supuesto la aportación de pruebas para incriminarla en un proceso penal posterior.

Son interesantes los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo, que recoge la doctrina del TC en especial de la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre, y que pasamos a detallar a continuación.

En primer lugar, dispone que la compulsión para la aportación de pruebas que puedan incriminar a quien lo hace se refiere solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las *contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio*. Y razona que nadie se puede sustraer a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que puedan disponer las autoridades, pues de lo contrario se produciría un desequilibrio procesal en perjuicio del interés público, ya que dejaría en manos del ciudadano la calificación de aquellas como directamente incriminatorias para no someterse a las mismas. En aquel contexto, establece que las declaraciones fiscales no tienen tal carácter *directamente incriminatorio*. Como se puede comprobar, es el argumento que utilizó el TEDH en el caso Weh, cuando dispuso que su declaración para identificar al conductor no contenía un vínculo directamente incriminatorio.

En cuanto a la decisión del TEDH a este respecto, el Alto Tribunal señaló que la obligación de declarar en el IRPF era anterior a cualquier proceso penal en contra de la Sra. Rodríguez Porto y, por lo tanto, los derechos a permanecer en silencio y a no confesarse culpable no entraban en juego, sin que pudiera considerarse su obligación a presentar la declaración por sus ingresos ilícitos como una medida a obligarla a contribuir a su propia incriminación. Podemos añadir, siguiendo el caso Roldán y Weh, que dicha declaración no tendría un vínculo directamente incriminatorio.

Estamos de acuerdo en todas las consideraciones anteriores, a las que también se adhiere IGLESIAS RÍO, para quien la obligación de poner en claro los impuestos adeudados no infringe el principio

nemo tenetur seipsum accusare, siempre que no exista riesgo directo de incriminación, pues de su entrega no resulta plenamente visible la existencia de delito, aunque posteriormente sirvan a su descubrimiento en el curso de las investigaciones. Una vez que las actuaciones desprendan indicios racionales de delito, el sospechoso puede ampararse en su derecho a no declarar y a no confesarse culpable, lo cual no es incompatible con la obligación de soportar un examen de sus cuentas, registros, acceso a sus locales, etc.⁴³

5.2.7. Caso Shannon contra Reino Unido. Sentencia de 4 de octubre de 2005

En esta ocasión se analiza el caso del Sr. Shannon, quien había sido condenado en el Reino Unido porque no respondió a las *preguntas* que le formularon los investigadores financieros británicos, a quienes se había entregado por la policía la documentación que previamente había incautado en el registro de un club social.

El interrogatorio tenía el objetivo de determinar si alguien se había beneficiado de los delitos de robo y falsa contabilidad. Pero antes de abordar el caso, comienza el Tribunal por recordar la sentencia del caso Weh contra Austria, en la cual, como hemos visto, distinguía los dos tipos de asuntos en los que había constatado la existencia de vulneración del derecho a no acusarse a sí mismo y a guardar silencio. En estos casos, el demandante había acudido al TEDH por uno de los siguientes motivos:

- Bien porque se había negado a aportar la documentación o información requerida coactivamente por las autoridades administrativas, temiendo que fueran a utilizarse en un proceso penal posterior.
- O bien porque en el proceso penal se utilizaron pruebas obtenidas y aportadas coactivamente en un procedimiento anterior.

El TEDH coincide con la jurisprudencia de nuestro TC en que el derecho a no autoinculparse no impide en sí la utilización de poderes coercitivos con el fin de obtener informaciones fuera del contexto de un proceso penal emprendido contra la persona en cuestión⁴⁴. Por ello, las obligaciones de informar a las autoridades existen de una manera general en los órdenes jurídicos de los Estados Contratantes, y pueden abarcar un amplio abanico de cuestiones, añadiendo que el derecho a guardar silencio y el derecho a no autoinculparse no son absolutos y puede igualmente ser legítimo extraer conclusiones de la elección de un acusado de guardar silencio (caso Murray contra Reino Unido). Pero

⁴³ IGLESIAS RÍO, M.: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, 1.ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 78-81.

⁴⁴ Hace referencia al caso Saunders contra Reino Unido, donde no se señaló que el proceso a través del cual se solicitó al demandante que respondiera a cuestiones acerca de su sociedad y sus negocios financieros, teniendo en juego la posibilidad de una pena que podía ser hasta de dos años de prisión, planteaba en sí una cuestión de acuerdo con el artículo 6.1. También al caso Allen contra Reino Unido núm. 76574/2001, en que el Tribunal juzgó que la obligación de hacer una declaración de patrimonio a las autoridades fiscales no planteaba cuestión alguna de acuerdo con el artículo 6.1 a pesar de que se impuso un pena por desobediencia y que el demandante fue definitivamente sancionado con una multa por falsas declaraciones. El Tribunal señaló que no existía ningún proceso penal pendiente o emprendido contra el demandante, y que el hecho de que el interesado pudiera mentir con la única finalidad de impedir a las autoridades fiscales descubrir los hechos susceptibles de justificar el inicio de diligencias no bastaría para hacer jugar el derecho a no autoinculparse.

dispone en su FJ 36.º que las medidas coercitivas no deben vulnerar «de forma injustificada» el derecho a no autoinculparse, poniendo como ejemplos que no lo hacen y que, por lo tanto, escapan del derecho de autoinculpación:

- El asunto Saunders, donde se aportaron «elementos que existían independientemente a la voluntad del acusado», entre los que menciona los documentos obtenidos en virtud de una orden, las muestras de saliva, sangre, ADN u orina.
- El asunto Weh y Allen, en los que no existía ningún proceso (diferente al de carácter sancionador) pendiente o ya iniciado.

Con estos antecedentes y centrándose ya en el caso Shannon, el Tribunal llegó a la conclusión de que la información que se solicitaba en el interrogatorio y que finalmente no se suministró, soportando la pena correspondiente por tal negativa, habría vulnerado el derecho a no declarar contra sí mismo y con ello el artículo 6.1, puesto que al haber sido «previamente» acusado de un delito en relación con la investigación, el hecho de presentarse al interrogatorio habría supuesto un riesgo muy real de tener que ofrecer *informaciones* acerca de cuestiones que *posteriormente* pudieran plantearse en el marco del proceso penal emprendido por los delitos por los que *había sido acusado*⁴⁵.

Como se puede comprobar, se habla de «informaciones» a suministrar a la Administración que serían utilizadas en el proceso penal en el que ya había sido acusado por los mismos hechos, informaciones que además no cumplen el requisito de que *su existencia es independiente a la voluntad del acusado*.

5.2.8. Caso *Marttinen contra Finlandia*. Sentencia de 21 de abril de 2009

En este caso el Tribunal vuelve a dar prioridad al derecho a no autoinculparse frente a la obligación de informar a la Administración Tributaria.

El caso es similar al caso Shannon. El recurrente era objeto de una investigación prejudicial por sospecha de fraude de acreedores (uno de ellos era la Administración Tributaria) en un proceso penal de quiebra. Estando abierta esta investigación, fue objeto de investigación administrativa sobre los mismos hechos, exigiéndole aportar información para poder embargar bienes en cuantía suficiente y así asegurar el pago de la deuda tributaria, pues en caso contrario sería castigado con sanción administrativa.

El recurso a este segundo procedimiento administrativo se hacía porque no era posible conocer la situación financiera del acreedor, de la que se negaba a informar porque le asistía el derecho a guardar silencio sobre los mismos hechos que la investigación judicial, pues aportarla supondría aceptar su culpabilidad en los delitos de fraude que le imputaban.

En este caso el Alto Tribunal, al igual que en el caso Shannon, entiende que el grado de coacción impuesto destruye los privilegios de no autoincriminación y de guardar silencio en la investigación

⁴⁵ Utilizo comillas para remarcar la importancia de los conceptos utilizados.

judicial (ligados a la presunción de inocencia), que se refiere a los mismos hechos y ello pese a que las autoridades son diferentes, pues no hay garantía de que se intercomuniquen los procedimientos.

5.2.9. Conclusiones relativas a las sentencias del TEDH

¿Qué conclusiones podemos extraer de la doctrina del TEDH? A nuestro parecer, las siguientes:

- No está claro cuándo la infracción es una acusación en materia penal a efectos del Convenio, a la vista de los términos utilizados en la Guía del Consejo de Europa: clasificación por el Estado en su ordenamiento, naturaleza de la infracción, gravedad de la pena y un enfoque acumulativo cuando la consideración separada no permita llegar a una conclusión clara. Siguiendo a PALAO TABOADA, no todas las infracciones son iguales, solo las más graves están protegidas por los derechos consagrados en el CEDH, mientras que el resto no lo estarían⁴⁶.
- El derecho fundamental a no declarar no es absoluto, del silencio también se pueden extraer conclusiones negativas para el imputado.
- En la apreciación de la vulneración del derecho fundamental, se ha de tener en cuenta la valoración de diferentes factores: la gravedad de la sanción con que se amenaza por no colaborar, la fuerza empleada para realizar la prueba a la que no quiso someterse el interesado y el interés público que choca con el derecho alegado.
- El derecho fundamental a no autoincriminarse no opera en un procedimiento administrativo cuando no existe ningún procedimiento de carácter penal en curso o previsto, por lo que la colaboración con la Administración es plena. En el desarrollo del primero, si aparecen pruebas de la comisión de infracciones, deberá cambiar la situación del interesado, quien pasaría a tener la condición de presunto infractor, con derecho a no colaborar.
- El suministro de documentos legales, sangre, orina, ADN, etc., no son verdaderas declaraciones que exterioricen una voluntad, sino que son datos que existen de manera independiente a la voluntad del interesado; por lo tanto el inspeccionado no puede negarse a su aportación, aunque prevea que con ello puede suministrar pruebas de infracciones que haya podido cometer⁴⁷.
- Entre esos datos está la contabilidad legalmente exigible, que deberá por tanto ser en todo caso aportada, como entre otros defiende GARCÍA NOVOA, quien lo justifica no por el hecho

⁴⁶ PALAO TABOADA, C.: *El derecho a no autoinculparse en el ámbito tributario*, 1.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 44-46. El problema es diferenciar unas de otras. Ambos tribunales (TEDH y TC) coinciden en que los principios del derecho penal son aplicables con matices a las infracciones administrativas.

⁴⁷ SANZ DÍAZ PALACIOS comparte la doctrina del TEDH, y la interpreta diciendo que «no es posible la inmunidad general ante los requerimientos de la Administración». Por ello el sujeto debe colaborar o de lo contrario sufrir la sanción pertinente. De los datos aportados, serían trasladables al procedimiento sancionador aquellos que su existencia no dependa de la voluntad del mismo, según la sentencia del caso Saunders. SANZ DÍAZ PALACIOS, J.A.: «Las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/2005 y 68/2006 y los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo Shannon, Weh y Allen», *Impuestos*, n.º 20, 2006, pág. 26.

de que se encuentre físicamente almacenada en una estantería, sino porque se desprende de su régimen normativo de llevanza y exhibición ante la Inspección⁴⁸.

5.3. Tribunal Constitucional

Una vez descrita la doctrina europea, pasamos a continuación a conocer lo que nuestro más alto intérprete de la Constitución ha establecido en relación con los mismos asuntos allí solucionados.

5.3.1. Casos relacionados con infracciones a la seguridad vial

Podemos comenzar con la Sentencia 103/1985, de 4 de octubre. Trata de un recurso de amparo interpuesto contra el sometimiento forzoso a someterse a la prueba de alcoholemia y que supuso condena por delito contra la seguridad del tráfico. Lo que planteaba era que la prueba suponía la vulneración de sus derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo.

El Tribunal entra en el fondo de la cuestión indicando que aquí no se está ante un derecho a no declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, sino a *tolerar* que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiendo una *colaboración* que no es equiparable a la declaración comprendida en el derecho alegado del artículo 24.2 de la CE (FJ 3.º). Por lo tanto, el TC coincide con el TEDH en relación con este asunto.

Una segunda Sentencia es la 197/1995, de 21 de diciembre, donde se trataban cuestiones de constitucionalidad, una de las cuales ya se había planteado ante el TEDH. En concreto, era la obligación del propietario de un vehículo a identificar al conductor en determinado momento en que cometió una infracción de tráfico, bajo apercibimiento de sanción.

El Alto Tribunal justifica esa colaboración por el riesgo potencial que la utilización del automóvil entraña para la vida, salud e integridad de las personas y por lo tanto no es una carga excesiva ni desproporcionada con respecto al derecho a no declarar. En lo que nos interesa, hace una comparación con la prueba de impregnación alcohólica y el deber del contribuyente de aportar a la Hacienda Pública los documentos contables, de los que se diferencia en que en la identificación del conductor existe una declaración de voluntad pero ello no supone realizar una manifestación de contenido inculpatario⁴⁹.

Las dos sentencias anteriores fueron invocadas en la STC 161/1997, de 2 de octubre, y la STC 234/1997, de 18 de diciembre, que se refieren al debatido asunto de los controles de alcoholemia. En ellas se deja sentado como doctrina que las pruebas de alcoholemia no son una declaración o testimonio, por lo que no vulneran el derecho a no declarar contra sí mismo y tampoco menoscaban el derecho a la presunción de inocencia, porque son simples pericias de resultado incierto, como estableció la STC

⁴⁸ GARCÍA NOVOA, C.: «Una aproximación del Tribunal Constitucional al derecho a no autoincriminarse ante la Inspección Tributaria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública», *Revista Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, vol. I, 2005, pág. 2.407.

⁴⁹ A la misma solución llegó el TEDH en los casos Weh y Rieg contra Austria.

76/1990 (NFJ000802) en relación con los documentos contables y la STC 197/1995 en cuanto a la obligación de identificar el conductor presuntamente responsable de una infracción y afirma que se corresponde con la doctrina del TEDH con el caso Saunders (FJ 7.º en STC 161/1997 y FJ 6.º en STC 234/1997).

5.3.2. Sentencia 76/1990, de 26 de abril

Como dijimos al principio, esta sentencia es la de mayor relevancia con relación al problema planteado, esto es, la colaboración del contribuyente investigado frente a su derecho a no declarar contra sí mismo. El Tribunal Supremo planteó la cuestión de inconstitucionalidad del entonces nuevo artículo 83.3 f) de la LGT, que establecía como infracción fiscal sancionable la falta de aportación de pruebas y documentos contables o la negativa a su exhibición.

La solución a esta cuestión se hace esperar al último de los fundamentos jurídicos de la sentencia, que podemos resumir de la siguiente manera:

En primer lugar nos recuerda su Auto 642/1986, donde reconocía el derecho de la Administración a solicitar datos al contribuyente de naturaleza económica y que no se puede oponer el derecho a la intimidad personal, como así manifestó en su STC 110/1984 (NFJ000067), añadiendo que, con carácter general, el deber de contribuir es superior al derecho de reserva incondicionada de los datos de trascendencia fiscal⁵⁰.

Lo más importante viene a continuación, al entrar en detalle al problema planteado por el Tribunal Supremo⁵¹:

«Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, *sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la "declaración" comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (verbi gratia el llamado control de alcoholemia) no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y al de no declararse culpable* –SSTC 103/1985 (RTC 1985\103), 145/1987 (RTC 1987\145), 22/1988 (RTC 1988\22), entre otras muchas–, *cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad*. Se impone aquí de nuevo la prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria. Desde esta perspectiva, tiene razón el Abogado del Estado cuando resalta que el

⁵⁰ No existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la Administración Tributaria. Tal pretendido derecho haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el artículo 31.1 de la Constitución consagra; lo que impediría una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido.

⁵¹ En cursiva las frases más importantes para nuestro análisis.

citado artículo 83.3 f) no es, en realidad, más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos que se enuncian en el artículo 35.2 de la propia LGT: llevar y conservar los libros de contabilidad, registro y demás documentos que en cada caso se establezca, facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones, y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible. Y a esta conclusión no cabría oponer como un obstáculo insalvable el tenor del artículo 83.3 f), de la LGT, pues el sustantivo "pruebas" no es utilizado por dicho precepto en un sentido estricto o técnico-jurídico, sino más bien como concepto equivalente, redundante y sinónimo de la expresión "documentos contables" que la propia norma emplea.»

Es decir, esos documentos que está obligado a aportar el inspeccionado son una especie de pericia técnica semejante al control de alcoholemia analizado en anteriores sentencias, de las que hemos dejado constancia la 103/1985, porque no son declaraciones en el sentido del artículo 24.2 a través de los cuales se exteriorice una manifestación de culpabilidad.

Esto es, cuando la Inspección comienza la investigación ordinaria de un contribuyente, en concreto una empresa, desconoce si ha cometido o no una infracción, lo que se pretende es comprobar si lo declarado es o no correcto, según su documentación y la realidad de su patrimonio y su actividad económica. En desarrollo de esa «pericia» es posible descubrir que no se ingresó la totalidad de la cuota tributaria o que se cometieron infracciones, pero puede suceder o no, como cuando se realiza el control de alcoholemia, que puede dar como resultado el descubrimiento o no de la comisión de una infracción de tráfico. Es más, el contribuyente es quien conoce su situación, la comisión de una infracción o la elusión tributaria, pero eso no quiere decir que por aportar la documentación a que está obligada la Inspección lo descubra, porque en el comienzo de la investigación no hay indicios concretos del fraude. Situación diferente sería cuando antes de comenzar, la Inspección disponga de pruebas del mismo, lo cual requeriría una solución distinta y que más adelante estudiaremos.

Por otra parte, la decisión del Alto Tribunal coincide con lo establecido en la Jurisprudencia del TJUE, de cuya referencia hemos tomado los casos Orkem y Mannesman, donde la petición de información se limitaba a simples hechos y a documentación en poder de la empresa. También se ajusta a la sentencia posterior del TEDH en el caso Saunders, aludida frecuentemente en otras y que señaló que el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse no incluía el uso de datos que pudieran ser obtenidos por medios coactivos pero que *existieran con independencia de la voluntad del sospechoso*, como documentos obtenidos mediante una orden, la toma de aliento y de sangre o muestras de orina y tejido corporal para análisis de ADN (n.º 69).

5.3.3. Sentencias 18/2005, de 1 de febrero, y 68/2006, de 13 de marzo

Desde que fue publicada la STC 76/1990 (NFJ000802) y tras los diversos pronunciamientos de los tribunales europeos que hemos visto, parte de la doctrina seguía manteniendo que el derecho a no autoincriminarse podía ser alegado por el contribuyente para no aportar documentación en un procedimiento inspector que le pudiese inculpar, tanto en vía administrativa como penal, o alternativamente, que tal documentación no fuera trasladada como prueba a estos últimos procedimientos⁵².

⁵² Entre ellos FALCÓN Y TELLA, R.: «Un giro trascendental...», *cit.*, pág. 10; SANZ DÍAZ PALACIOS, J.A.: *Derecho a no autoinculparse...*, *cit.*, pág. 209; SARRÓ RIU, J.: *El derecho a no autoinculparse del contribuyente*, 1.ª ed., Bosh, Barcelona,

Es cuando irrumpen en escena estas dos sentencias, que lejos de aclarar y ratificar la jurisprudencia constitucional, entendemos que, acorde con la del TEDH y TJUE, vienen a generar tal confusión que pronto diversos autores han vaticinado recursos en la materia para que de una vez por todas se aclare la cuestión⁵³.

La cuestión en ambos casos es similar y surge como consecuencia de que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 la persona jurídica no era responsable penalmente, sino que lo era la persona física que cometió la infracción penal en nombre de aquella, ex artículo 31.1 del Código Penal (CP): una empresa es sometida a investigación tributaria y de la documentación aportada se obtienen pruebas para abrir posteriormente un proceso penal contra su administrador persona física, que finaliza en condena por varios delitos fiscales. El condenado y demandante de amparo alegaba que se vulneró su derecho a la no autoincriminación, porque fue condenado por datos aportados a la inspección bajo coacción.

Es importante apreciar que en ambas se distingue entre la «aportación» bajo coacción y la «obtención» mediante un mandamiento de entrada y registro. Así, en la STC 18/2005 (NFJ019227) el demandante entiende que en el primer caso esos datos «aportados» no pueden servir de prueba en el proceso ni fundamentar la condena y solo pueden servir para liquidar la cuota defraudada y los intereses de demora, dada su obligación a colaborar establecida por la STC 76/1990⁵⁴ (NFJ000802). Pero resulta que en la STC 68/2006 (NFJ021852) era el propio Abogado del Estado quien parece acoger esta doctrina en su escrito en que, sin embargo, solicitaba la denegación del amparo porque la representación de la empresa había colaborado con la inspección sin ser coaccionada durante todo el procedimiento⁵⁵. Como veremos, el Alto Tribunal obvia toda esta problemática aduciendo aspectos formales.

2009, pág. 103; HERRERA MOLINA, P.M.: «Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector», *Impuestos*, n.º 13, 1997, pág. 1.093; ANEIRO PEREIRA, J.: «El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable a la luz de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos», *Quincena Fiscal*, n.º 17, 2002, pág. 23 y por último PALAO TABOADA, para quien el artículo 34.2 de la Ley 1/1998 LDGC (y después incorporado a la LGT 2003) no contribuyó a solucionar el problema, porque los documentos del procedimiento inspector se trasladan al sancionador, «Pero de ninguna manera podría deducirse de dicho precepto [art. 34.2 LDGC] que tal utilización carece de restricciones», PALAO TABOADA, C.: «Ley de Derechos y Garantías ...», *cit.*, pág. 14

⁵³ Entre ellos GARCÍA NOVOA, HERRERA MOLINA y GARCÍA-HERRERA, y LÓPEZ DÍAZ. En cuanto al primero, la postura del TC permite conjeturar que, dado el formalismo en que incurre la Sentencia 18/2005, a contrario sensu se estaría vulnerando el artículo 24.2 de la CE si la información se hubiese requerido al mismo sujeto que resulta inculcado. GARCÍA NOVOA, C.: «Una aproximación del Tribunal Constitucional...», *cit.*, págs. 2.402-2.410. En cuanto a los segundos, mantienen que estamos ante una «mina no desactivada que terminará por explotar cuando sus espoletas rocen la jurisdicción de Estrasburgo». HERRERA MOLINA, P. y GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: «El derecho a no autoincriminarse de los administradores condenados por delito fiscal», *Crónica Tributaria*, n.º 125, 2007, pág. 9. En cuanto al tercero, da a entender que de haber coincidido el sujeto coaccionado y el imputado, se habría concedido el amparo, abriendo las vías de recurso de cara al futuro. LÓPEZ DÍAZ, A.: «Principio de no autoinculpación y procedimiento sancionador tributario ¿NO pero sí?», *Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi n.º 16, 2005, pág. 2 (BIB 2005/2442).

⁵⁴ La oposición del Ministerio Fiscal se refería a este respecto manifestando que la medida adoptada de solicitar la aportación era la más proporcionada en ese caso y no la entrada y registro, que suponía mayores perjuicios para el inspeccionado y podían resultar afectados otros derechos: intimidad, inviolabilidad del domicilio, honor.

⁵⁵ Apartado n.º 3 de los antecedentes de la STC 18/2005 (NFJ019227): «Según el demandante para que el derecho a no autoincriminarse resulte aplicable es preciso que concurren diversos presupuestos. En primer lugar, que la información autoincriminatoria de que se trate haya sido aportada. Y es que, una cosa es «soportar» una diligencia o pericia técnica realizada por quien tiene la carga de probar; y otra «aportar» coactivamente elementos de prueba inculcatorios. De acuerdo con la demanda, la presunción de inocencia y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, solo protegen en el proceso penal o sancionador frente a la aportación coactiva de datos autoincriminatorios, o frente a la utilización en tales procedimientos como prueba de cargo del material autoincriminatorio coactivamente aportado a los poderes públicos.

5.3.3.1. Sentencia 18/2005, de 1 de febrero

El Alto Tribunal hace mención de toda la jurisprudencia que hemos analizado con anterioridad: del TEDH los casos JB, Murray, Saunders, etc., y del propio Tribunal en Sentencias 197/1995, 161/1997..., y a la vista de todas ellas decide que no ha existido la vulneración alegada porque, a diferencia de aquellos, el procedimiento inspector se dirigió a una empresa, persona jurídica societaria y diferenciada del demandante de amparo y condenado penalmente, quien no puede por lo tanto haber sufrido coacción alguna, sin entrar a examinar si los datos tenían existencia independiente de la voluntad de la sociedad afectada y por lo tanto denegar su aportación⁵⁶. Pero ¿no es esto lo que ya resolvió en 1990 y sucesivas sentencias que hemos analizado?, ¿no lo confirma la jurisprudencia europea descrita?

El Alto Tribunal no ha querido zanjar el debate planteado de una vez por todas y se ha servido de un formalismo que por un amplio sector de la doctrina no tiene fundamento, pero que además va a tener que ser abordado más pronto que tarde, puesto que desde el pasado 23 de diciembre de 2010 la persona jurídica es responsable penalmente.

Es más, autores como GARCÍA HERRERA y HERRERA MOLINA han manifestado que el derecho fundamental ampara a los administradores de hecho y de derecho de una sociedad en determinadas circunstancias: cuando esta haya sufrido coacción para entregar los datos y documentos contables y, además, las consecuencias de las sanciones les repercutan a aquellos en su patrimonio. Esto último puede suceder cuando los administradores son responsables subsidiarios de la sanción o cuando son

En segundo lugar, la información debe haber sido aportada por el propio sujeto a quien se impone la medida punitiva. En tercer lugar, la información debe haber sido aportada bajo coacción. En cuarto lugar, en fin, precisa el recurrente que, de conformidad con la doctrina sentada en la STC 76/1990, el derecho a no autoincriminarse no se materializa nunca en el derecho de los obligados tributarios a no aportar, en el curso de los procedimientos de gestión tributaria, los datos con trascendencia tributaria reclamados por la Administración (deber de colaborar que, explicitado, entre otros, en los arts. 35.2 y 140.1 d), ambos de la LGT, tendrían fundamento en el art. 31.1 CE), aunque tales datos pudieran tener al mismo tiempo naturaleza autoincriminatoria, sino en el derecho a que los datos que se han debido facilitar bajo coacción no se utilicen para condenar o sancionar al obligado a colaborar... En definitiva –se concluye–, el derecho a la no autoincriminación lo que impone no es la reserva de la información fiscal incriminatoria obtenida coactivamente de un sujeto para su utilización en el procedimiento de liquidación, sino su inocuidad en el seno del procedimiento penal seguido contra él.»

Apartado n.º 7 de los antecedentes de la STC 68/2006 (NFJ021852), según el escrito del Abogado del Estado: «*parece defendible entender* que mientras que los documentos obtenidos o consultados por la Inspección tributaria mediante la entrada y reconocimiento (arts. 141 LGT y 39 RGIT) pueden ser empleados tanto a efectos de liquidar cuota e intereses de demora como a efectos sancionadores, administrativos o penales, los documentos aportados por el contribuyente mediante compulsión solo podrían emplearlo para lo primero, pero no para lo segundo». (La cursiva es nuestra).

Tales argumentos son utilizados por AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO. Este último lo recuerda años después en GARCÍA BERRO, F.: «El derecho a no autoincriminarse...», *cit.*, pág. 7, donde evoca a AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO: *Deber de colaborar... cit.*, págs. 92-94.

⁵⁶ «Ni el procedimiento de comprobación e investigación tributaria en el que se obtuvo la información incriminatoria se siguió contra el solicitante de amparo, ni durante el curso del citado procedimiento le fueron reclamados al Sr. J. M. los documentos que contenían dicha información, ni se ejerció coacción de ninguna clase contra él ni, por último, el finalmente condenado aportó dato alguno que contribuyera a su propia incriminación» (FJ 2 STC 18/2005)... «Dicho de otro modo: resulta también pacífico que la coacción legal consistente en la amenaza con la imposición de sanciones por no colaborar con la Inspección de los tributos aportando pruebas y documentos contables se ejerció única y exclusivamente sobre la entidad de la que el recurrente era administrador, sin que para resolver el presente recurso sea preciso examinar si, como mantienen el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, los datos reclamados tienen una existencia independiente de la voluntad de la sociedad afectada y, por tanto, no cabe denegar su aportación al amparo del derecho a la no autoincriminación (Sentencias *Saunders c. Reino Unido*, § 69, y *J. B. c. Suiza*, § 68)», FJ 3 de la STC 18/2005 (NFJ019227).

los principales socios de la empresa. Es por ello que lo determinante del caso «es que la coacción haya sido materialmente sufrida por el administrador, aunque formalmente se haya ejercido sobre otra persona» (sic). Ahora bien, esto nos podría llevar a la paradoja de que el administrador que aporte los datos no sea sancionado y el resto de administradores sí lo sean, lo cual ya había sido precisamente anunciado por FALCÓN Y TELLA años antes⁵⁷.

Como cuestión adicional y en relación con el procedimiento inspector, el Tribunal hace mención a que en ningún momento el administrador haya alegado el derecho a no declarar contra sí mismo que pretende vulnerado en amparo, ¿hay que entender que lo tuvo que hacer desde su inicio?, ¿qué consecuencias hubiera tenido? Asimismo, cuando alega que su derecho a la defensa fue infringido, le responde el Tribunal que corresponde al demandante demostrar que se le ha producido indefensión. Según PALAO TABOADA uno de los motivos de que hayan decaído este tipo de recursos es la deficiencia técnica en la argumentación utilizada por la defensa, que corregida debería ser favorable a los demandantes⁵⁸.

Por lo tanto, el Alto Tribunal parece que deja la puerta abierta para cuando el solicitante de amparo sea el propio sujeto coaccionado e inspeccionado, pues dados los argumentos utilizados cabría preguntarse si en dicho caso y a contrario sensu podría interpretarse que quien es coaccionado puede alegar no presentar la documentación requerida porque, de hacerlo, le supondría declarar contra sí mismo, dada la posibilidad de que se abra un nuevo procedimiento sancionador por las infracciones administrativas o penales que hubiera cometido. No obstante, tal interpretación no es reconocida ni por el Ministerio Fiscal ni por la Abogacía del Estado, tal y como argumentaban en los antecedentes 8.º y 10.º de la STC 18/2005 (NFJ019227), recordando jurisprudencia del propio TC y del TEDH⁵⁹.

5.3.3.2. Sentencia 68/2006, de 13 de marzo

En este caso, el demandante viene a decir que el procedimiento inspector fue la antesala que preparó a conciencia la acusación penal posterior y la Inspección no hizo otra cosa que recolectar documentación mediante coacción, dadas las facultades de aquella, para suministrarlas después a la Fiscalía, quien presentaría la acusación.

De todo ello no habría sido advertido en ningún momento, lo que le produjo indefensión. Por el contrario, el Abogado del Estado se oponía porque no hubo compulsión alguna, como así confirmó

⁵⁷ HERRERA MOLINA, P.M. y GARCÍA HERRERA BLANCO, C.: «El derecho a no autoincriminarse en materia tributaria: revisión crítica y aplicación a los administradores sociales», *Impuestos*, n.º 21, 2005, págs. 161-162, donde cita a FALCÓN Y TELLA en su tantas veces mencionado artículo de 1995 «Un giro trascendental...».

Los mismos autores en: «STC 18/2005, de 1 de febrero: el derecho a no autoincriminarse de los administradores condenados por delito fiscal», *Crónica Tributaria*, Ministerio de Economía y Hacienda, n.º 125, 2007, pág. 5.

⁵⁸ PALAO TABOADA, C.: *El derecho a no autoinculparse... cit.*, pág. 181: mientras los acusados no hagan este esfuerzo de argumentación, la vulneración del derecho a no autoinculparse tiene pocas posibilidades de ser aceptada por los tribunales.

⁵⁹ «No apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo en este punto, sin que sea preciso pronunciarse sobre los requisitos objetivos del derecho a la no autoincriminación que, según expresan el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, tampoco concurrirían en el caso enjuiciado», FJ 4 de la STC 18/2005 (NFJ019227).

el Tribunal (FJ 3.º), quien a continuación reitera los mismos argumentos formales que en su STC 18/2005 (NFJ019227) para denegar el amparo.

Entre los autores que no compartían esta solución formalista se encuentra MAGRANER MORENO. Según él, esta resolución provoca que el principio *nemo tenetur seipsum accusare* no sea aplicable en el ámbito sancionador tributario, porque en virtud del principio *societas delinquere non potest* los administradores no podrán alegar que contra ellos existió coacción, porque quien la sufrió fue la empresa⁶⁰.

Para poner punto y aparte, podemos poner fin a este apartado diciendo que el TC y el TEDH tienen sentada una doctrina similar con relación al asunto que nos ocupa y cuya solución hemos avanzado en las conclusiones a las sentencias de este segundo Tribunal, que se dan por aludidas a lo allí expuesto.

6. LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA Y EL CONTRIBUYENTE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PENAL

6.1. Colaboración *versus* derecho a no autoincriminarse en el procedimiento inspector

Con la jurisprudencia analizada, una parte de la doctrina entiende que el contribuyente se puede negar a aportar en el procedimiento inspector la documentación que le pudiera incriminar en un posterior procedimiento sancionador. Entre ellos se encuentra PALAO TABOADA. Según él, podría negar la colaboración en cualquier momento del procedimiento, en cuanto creyese que esa cooperación supusiera un riesgo de autoincriminación y sin que la Administración pudiera sancionar el rechazo a colaborar. Argumenta que la Inspección podría obtener la deuda tributaria a través de una estimación indirecta, aunque reconoce que los tribunales mantienen una posición negativa en cuanto a basar la condena por delito fiscal con este método⁶¹.

Para AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, la colaboración con la Inspección consistiría en la obligación de «soportar» que aquella tome la documentación directamente de sus instalaciones, mientras que no lo sería «aportarla» por el propio contribuyente tras su solicitud, porque en este caso se está obligando a la empresa a aportar pruebas del ilícito bajo amenaza de sanción y de esa manera se estaría vulnerando su derecho a no declarar contra sí misma⁶².

⁶⁰ MAGRANER MORENO, F.J.: «La protección constitucional de la no autoincriminación en el ámbito tributario sancionador: una reflexión a la luz de la STC 68/2006», *Tribuna Fiscal*, n.º 190-191, 2006, pág. 12.

⁶¹ PALAO TABOADA, C.: «Lo blando y lo duro...» *loc. cit.*, pág. 33. Una vez aprobado el Proyecto de Ley como LDGC, auguró que este conjunto de problemas iba a ser un fértil semillero de conflictos, en «Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes: el texto definitivo», *RCyT*, CEF, n.º 181, 1998, pág. 14.

⁶² GARCÍA BERRO, F.: «El derecho a no autoincriminarse...», *cit.* pág. 11: las garantías frente a la autoincriminación despliegan su efecto protector siempre que se obliga bajo coacción a un sujeto a facilitar elementos de prueba, salvo que se trate de elementos susceptibles de ser obtenidos de manera inmediata por el propio poder público sin el concurso de la voluntad del afectado. Cita también su tesis junto con la de AGUALLO AVILÉS en AGUALLO AVILÉS, A. y GARCÍA BERRO, F.: «El deber de colaborar con la Administración tributaria y el derecho a no autoincriminarse. Un análisis crítico de la cuestión a la vista de la jurisprudencia europea y norteamericana», *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 1 (2001), págs. 251-252.

HERRERA MOLINA matiza que debe distinguirse entre el material cuya existencia es cierta (sangre, ADN...) del que su existencia es meramente probable, «en el primer caso puede ser lícito sancionar la falta de colaboración del acusado. En el segundo pueden utilizarse ciertas medidas compulsivas (v. gr. un registro realizado contra la voluntad del acusado), pero no será lícito sancionar su negativa a aportar elementos de prueba. Como solución proponía la exclusión de la colaboración o negar valor probatorio a los datos suministrados bajo coacción»⁶³.

Parecida solución propone SARRÓ RIU, quien mantiene el deber de colaboración en todo caso, bajo apercibimiento de sanción, pero impidiendo que las pruebas aportadas sean trasladadas al procedimiento sancionador. De esta manera trata de «extraer del procedimiento inspector el componente punitivo que, por naturaleza, le es ajeno»⁶⁴.

Para FALCÓN Y TELLA, se tenía que equiparar la situación del que no dispone de la documentación del que no quiere aportarla porque puede resultar perjudicial a sus intereses, pues siempre existe la posibilidad de realizar una estimación indirecta de la situación económica y de sancionar la ausencia de colaboración. Añade que no se vulneraría el derecho a declarar contra sí mismo siempre que la documentación aportada no sea utilizada en un procedimiento sancionador posterior, es decir, siendo ambos completamente independientes⁶⁵.

Entre los autores administrativistas, PARADA VÁZQUEZ ha manifestado quizás la posición más tajante y en referencia a la STC 76/1990 (NFJ000802): el TC «soslaya la cuestión central de la oposición de este deber de colaborar contra sí mismo y los derechos constitucionales, con un desplante al que recurre demasiadas veces para excepcionar a la Constitución: una especie de razón de Estado que ahora, como siempre, no ha sido otra cosa que otorgar primacía al principio de la eficacia estatal» y añade que el argumento de la eficacia utilizado por el TC es el mismo «con que se justificaba la tortura, pues es evidente que sin la confesión del inculpado y ante la falta de testigos, los crímenes más horribles quedaban impunes»⁶⁶.

Por último, entre los penalistas, RODRÍGUEZ RAMOS ha manifestado que la aportación de documentación sin la advertencia de su posible remisión al procedimiento penal sería atentatorio al derecho a no declarar contra sí mismo y esas pruebas deberían ser consideradas nulas⁶⁷.

Sin embargo, no podemos estar de acuerdo con ninguna de estas consideraciones.

En primer lugar, porque como ya establecieron tanto el TEDH en los casos Weh y Rodríguez Porto, como el Tribunal Supremo en el caso Roldán y el TC en Sentencia 161/1997 invocada por la anterior, no existe vinculación que incrimine directamente la aportación de documentación con la pretendida infracción, pues como además dispuso la STC 76/1990 (NFJ000802), la Inspección tri-

⁶³ HERRERA MOLINA, P.M.: «Los derechos a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento inspector», *Impuestos*, n.º 13, 1997, pág. 1.093.

⁶⁴ SARRÓ RIU, J.: *El derecho a no autoinculparse...*, cit., pág. 103.

⁶⁵ FALCÓN Y TELLA, R.: «Un giro trascendental...», cit., págs. 8-9.

⁶⁶ PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I. Parte General*, 17.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, págs. 493-494.

⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Los delitos fiscales ante la nueva Ley General Tributaria», *Carta Tributaria*, n.º 17, 2004, pág. 9.

butaria es una pericia de resultado incierto, similar a la prueba de alcoholemia. El derecho a no declarar contra sí mismo solo tiene eficacia en el procedimiento sancionador administrativo o penal y el mismo tendría virtualidad desde que existieran indicios fundados de que iba a determinar la apertura de un expediente sancionador (SAN de 25 de septiembre de 2008, FJ 3.º).

Dejar en manos de los contribuyentes la libertad de someterse o no a cualquier diligencia de prueba o colaboración dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus funciones de protección de la libertad y la convivencia y supondría un grave desequilibrio procesal contrario al interés público (STS caso Roldán, FJ 37.º y STC 161/1997) y es que, como ha establecido el TC en numerosas sentencias, entre ellas las que hemos analizado con anterioridad y que nos resume la STC 233/2005 (NFJ021038) en su FJ 5.º, el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte en un instrumento necesario, no solo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz⁶⁸.

En cuanto a la distinción entre soportar y aportar pruebas, el recurso a la misma parece proceder del caso Saunders, cuando establecía en el párrafo 69 de la sentencia que el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse no incluía el uso de datos que se podían obtener por medios coactivos, pero que existían con independencia de la voluntad del sospechoso, como *documentos obtenidos mediante una orden*, la toma de aliento y de sangre o muestras de orina y tejido corporal para análisis de ADN. Sin embargo, tal orden también se puede interpretar que lo es para aportar esos datos a las oficinas de la Administración.

En cualquier caso, la diferencia no es más que un mero formalismo, porque la colaboración ha de ser no solo una actitud activa sino también pasiva. Utilizando la comparación hecha por el TC con el control de alcoholemia, también es necesaria una colaboración activa en el conductor, ¿o no es necesario que baje del vehículo físicamente, espire su aliento y ande unos pasos para determinar si conduce bajo los efectos del alcohol? Pues el agente policial no puede hacerlo por él, es necesaria su colaboración activa, porque de negarse cometería el delito del artículo 383 del CP⁶⁹.

Para AGUALLO AVILÉS y GARCÍA BERRO, en este caso la colaboración activa se precisa porque las pruebas están en el cuerpo del sujeto, *son independientes a su voluntad*, están al alcance del poder

⁶⁸ Es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración Tributaria [SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000 (NFJ008490), de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000 (NFJ009087), de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004 (NFJ018644), de 23 de diciembre, FJ 5], razón por la cual este TC ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 de la CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración Tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal [SSTC 110/1984 (NFJ000067), de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990 (NFJ000802), de 26 de abril, FJ 3]. De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que «el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no solo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la CE» (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000, de 30 de diciembre).

⁶⁹ En su redacción por Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre (BOE de 1 de diciembre de 2007). La pena será de entre seis meses y un año de prisión y de uno a cuatro de prohibición de conducir vehículos a motor.

público, dado que basta aplicar medidas de fuerza para obtenerlas, pero no se recurre a estas medidas porque lo impide el principio de proporcionalidad⁷⁰. Frente a tal argumentación podemos preguntarnos ¿acaso no están los documentos que requiere un inspector en los archivos de las empresas y por lo tanto son independientes a su voluntad?, ¿es que aportarla mediante su traslado a las oficinas de la Administración no supone aplicar también el principio de proporcionalidad, sin que sea necesaria la obtención de una orden judicial de entrada y registro?

Por su parte, en la identificación del conductor por el propietario del vehículo también la colaboración se materializa con una declaración, el sujeto tiene que expresar su voluntad. Tanto en este como el caso anterior, no colaborar supone ser sancionado y tanto el TC como el TEDH han admitido que esa colaboración no lesiona derechos fundamentales.

Por otra parte, ¿qué significa el término «colaborar»? Según la Real Academia Española de la Lengua (RAE), colaborar es *trabajar* con otra u otras personas en la realización de una obra y también *ayudar* a otros al logro de algún fin y el Diccionario María Moliner lo define como contribuir con el propio *trabajo* a la consecución o ejecución de cierta cosa que se expresa con un nombre de acción.

Como podemos comprobar, se requiere una actitud activa de contribución al logro de un fin, pero es que además, ¿a dónde nos lleva materialmente esta distinción en un procedimiento inspector? En realidad, a que sea el actuario quien tome los datos por su propia mano en las instalaciones de la empresa y entonces ¿qué tipo de colaboración estaría haciendo la empresa? Únicamente *permitir* la entrega de aquellos manteniendo una actitud pasiva y esto no es colaborar. Más aún, ¿por qué es colaboración, por ejemplo, la autoliquidación del impuesto y no la aportación documental?, ¿no es posible la apertura de un procedimiento sancionador en el futuro, tanto en un caso como en otro?

Como ya hemos dicho y reiteramos, es necesaria la colaboración activa y pasiva y no vale aducir como mero formalismo que solo se está obligado a la segunda, pues aparte de que no conduce a ningún efecto práctico (no se negaría en ninguno de los dos casos la obtención de la documentación), la Inspección ni conoce la comisión de infracciones ni persigue ningún ilícito, como sí sucedía en los casos Saunders y Shannon sentenciados por el TEDH y antes mencionados, en cuyo caso podemos encarar el problema de la manera que exponemos a continuación.

Cuando ocurre esta situación, distinta a la que comentamos, en que se tiene conocimiento de la comisión de una infracción, sí sería necesario que, de *lege ferenda* se crease un procedimiento administrativo sancionador en el que desde el inicio se pusiera en conocimiento del inspeccionado, presunto infractor, el motivo de su apertura, informándole de su derecho a no declarar contra sí mismo y exhibiendo las pruebas que podrían demostrar la comisión de infracción administrativa, en ningún caso penal, porque entonces se debería pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial. Estos serían los casos de denuncias o de obtención de información de terceros, donde se habrían aportado pruebas suficientes para abrir un procedimiento administrativo sancionador o penal, en el que como parte acusada ya no tendría que colaborar ni activa ni pasivamente.

⁷⁰ AGUALLO AVILÉS, A. y GARCÍA BERRO, F.: «El deber de colaborar...», *cit.*, págs. 92-94.

La solución de FALCÓN Y TELLA, a la que como hemos visto se suma PALAO TABOADA, equivaldría a que los contribuyentes tributasen no por su verdadera capacidad económica, sino por las sanciones y las estimaciones que formulara la inspección. Si además tenemos en cuenta que ser condenados por delito fiscal es altamente improbable mediante una estimación indirecta, como lo reconoce el propio PALAO TABOADA, la solución es contraria al espíritu del artículo 31.1 de la CE y la legislación dictada en su desarrollo. Y es que aplicar una estimación indirecta por la Inspección implica dejar en manos del contribuyente la forma de tributar, lo que no solo produce el desequilibrio apuntado más arriba en la STS del caso Roldán, sino que además contradice los principios constitucionales de igualdad de trato y contribución según la capacidad económica. Esto se produce porque, por ejemplo, en el caso del IRPF o del Impuesto sobre Sociedades, si el inspeccionado conoce su verdadera renta, siempre preferirá que primero sea la Administración quien la determine con una estimación indirecta. Si el resultado fuese menor, estará conforme y pagará el impuesto correspondiente. Por el contrario, cuando el resultado fuese mayor, podría aportar la documentación contable para destruir tal estimación. Todo ello al margen de la dificultad añadida que supone realizar una estimación indirecta, como señalaban DEL PASO BENGOA y LACASA SALAS⁷¹.

Por último, no podemos estar de acuerdo en la comparación que realiza PARADA VÁZQUEZ ¿acaso existen en la actualidad torturas o tratos inhumanos en los procedimientos tributarios?, ¿se ha presentado alguna denuncia al respecto? Porque el mencionado autor compara situaciones que no son equiparables, salvo que sea considerada como tortura la coacción pecuniaria de multa por no aportar datos y documentos a la Administración.

Tampoco aporta casos en los que haya existido una vulneración tan atroz a los derechos fundamentales en este tipo de procedimientos. Rememorando a HERRERA MOLINA y GARCÍA HERRERA, si la autoridad utilizase la tortura como medio de indagar los hechos, el derecho a no autoinculparse tendría un fundamento indiscutible, evitar que el daño físico provocase mentir para confesar la propia culpa inexistente, pero no es así, de hecho la obligación a colaborar nunca se traduce en pruebas falsas de la propia culpabilidad⁷².

Qué duda cabe que la razón de Estado está detrás de la preponderancia que se da a la colaboración frente al principio *nemo tenetur seipsum accusare*. Como ya dijimos al principio, ni este ni ningún otro son derechos absolutos, doctrina que es compartida por nuestro TC y por el TEDH, quien últimamente viene reconociendo además el interés público como factor determinante a la hora de decidir cuestiones en que se confronta con otros derechos fundamentales.

En cuanto a un segundo sector doctrinal, podemos incluir las siguientes teorías: para IGLESIAS RÍO sería constitucional la exigencia de un deber de satisfacer globalmente los deberes genéricos de información o de colaboración que, por su magnitud o desproporción, no impliquen la entrega de medios probatorios o inequívocos que fueren al sujeto a la autoinculpación. Este autor cita a BER-

⁷¹ «El método de estimación indirecta de bases, panacea teórica para todos los males, no soluciona nada de nada, porque —y quedan excluidas honrosas excepciones— ni el más sabio de todos los sabios sería capaz de llegar a ninguna propuesta sensata que no admita otras cincuenta distintas e incluso contrarias», DEL PASO BENGOA, J. y LACASA SALAS, L.H.: *Procedimiento de la inspección...*, cit., pág. 220

⁷² HERRERA MOLINA, P.M. y GARCÍA HERRERA BLANCO, C.: «El derecho a no autoincriminarse...», cit., págs. 153-154.

THOLD, quien propone, para superar este conflicto, levantar la pena del infractor por los hechos comunicados y especialmente relevantes en la comprobación administrativa⁷³.

Para BACIGALUPO ZAPATER el problema consiste en saber si en el momento de un requerimiento de los inspectores estos están obligados a informar al administrador de la empresa la existencia de una imputación al presunto infractor y así este poder acogerse a su derecho a no declarar contra sí mismo del artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.). Para ello, apunta al artículo 118 de la LECrim., según el cual aquel tiene derecho a conocer dicha imputación desde el momento en que exista una actuación procesal en tal sentido, pero concluye que no parece que toda actuación de Hacienda basada en el artículo 140 de la LGT de 1963 (hoy art. 141 LGT 2003) deba ser considerada una actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito fiscal. Por el contrario, se exigirá la citada comunicación cuando objetivamente existan razones para pensar que el contribuyente inspeccionado defraudó más de la cantidad que exige el tipo penal⁷⁴.

JIMÉNEZ JIMÉNEZ considera que el punto clave es «el diferente ámbito al que la investigación se dirige en cada uno de los procedimientos» (sic) y mientras que en ambos coinciden los hechos, en el sancionador se investigaría además el componente subjetivo o comportamiento del presunto infractor. De esta manera podrían trasladarse a este los hechos descubiertos en el de comprobación porque, aunque el resultado afecta al derecho a no declarar contra sí mismo, «se trata de una vulneración permitida por el ordenamiento en cuanto que es parcial y que en virtud de la misma nunca puede determinarse de manera completa la procedencia de la sanción, ya que los otros elementos de la infracción sí se ven protegidos por el derecho a no declarar contra sí mismo»⁷⁵. Esta autora manifiesta coincidir su propuesta con el criterio de ZORNOZA PÉREZ, quien ya había considerado zanjada la cuestión con la STC 76/1990 (NFJ000802)⁷⁶.

Estamos de acuerdo con el conjunto de las consideraciones de este segundo sector doctrinal. Es evidente que el procedimiento inspector no se dirige contra un infractor, sino que pretende el descubrimiento de cuotas tributarias no ingresadas, pero tal eventualidad no significa necesariamente que en dicha omisión se haya cometido una infracción, como prevé el artículo 179.2 de la LGT.

El procedimiento se va desarrollando con el acopio de documentación suministrada por el contribuyente y terceros, así como con su declaraciones, pero no se realiza un análisis de su conducta. Cuando está hecha esa acumulación de documentación, es cuando se solicitan las explicaciones pertinentes al inspeccionado y es el momento en que pueden aparecer indicios de la comisión de infracciones.

⁷³ IGLESIAS RÍO, M.: *La regularización...*, cit., pág. 76.

⁷⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Curso de derecho penal económico*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 489-490. Esta es la tesis que parece acoger la Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de septiembre de 2008.

⁷⁵ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, C.: «La separación del procedimiento sancionador por infracciones graves respecto del procedimiento de comprobación del que trae causa: análisis de cuestiones procedimentales aún sin resolver por el Ordenamiento», *RCyT. CEF*, n.º 231, 2002, págs. 26-27.

⁷⁶ «Tras el rotundo pronunciamiento del TC, estimamos que puede darse definitivamente por concluida la discusión respecto del problema analizado, pese al parecer de cierta doctrina que continúa proclamando –de forma directa o indirecta– la necesidad de aplicar los principios y derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la CE al procedimiento de gestión tributaria –y de modo singular a la inspección tributaria– los principios y garantías del proceso». ZORNOZA PÉREZ, J.J.: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 161.

Haciendo una comparación con el procedimiento penal, su condición de testigo pasa a ser la de imputado y sería informado de su derecho a dejar de colaborar con la inspección. ALONSO GONZÁLEZ defiende que se extienda una diligencia tan pronto como existan indicios de infracción. A partir de ese momento, el obligado tributario tendría derecho a no colaborar en el procedimiento inspector⁷⁷. Es entonces cuando se ha de suspender el procedimiento inspector, momento en cuya determinación la Administración dispone de un amplio margen de discrecionalidad, según RUIZ GARCÍA⁷⁸.

6.2. Procedimiento penal por delito fiscal

Además de lo expuesto en el apartado anterior, de seguirse la teoría del primer sector doctrinal se darían casos absurdos, como a continuación pasamos a exponer.

Imaginemos una empresa que, ante la falta de liquidez, inventa una factura por importe de 1.000.000 de euros y la deduce como gasto del Impuesto sobre Sociedades y la cuota de IVA por 180.000 euros la deduce en dicho impuesto. Como consecuencia, resulta una cuota a devolver en ambos casos y que se solicita a la Hacienda Pública. Esta comienza una investigación y solicita le sean aportados los libros y facturas, a lo que la empresa se niega porque podría suministrar datos que la incriminasen en un posterior proceso sancionador, en este caso penal por superar la cuota defraudada los 120.000 euros.

La mayoría diría que ante su falta de colaboración, la Administración se libraría de abonarle la devolución de impuestos que pretende, lo contrario nos llevaría al más absoluto absurdo: devoluciones de impuestos por la simple petición del contribuyente, pues ¿cómo sino puede comprobar la Inspección la emisión de la factura falsa? Pues quien conoce la falsedad es únicamente la empresa y si no se exige su colaboración mediante aportación de la misma, es evidente que nadie sabe de su utilización y que tiene consecuencias contra el erario público.

Y lo mismo ocurriría si en lugar de pedir devolución de impuestos, la cantidad a pagar fuera inferior, ¿cómo comprobará la Administración la veracidad de sus declaraciones de impuestos si es negada la obligación de colaborar aportando la documentación, entre ella la contabilidad y la factura falsa?

Y en cuanto a la diferencia entre aportar la documentación y soportar que sea obtenida directamente por la Inspección, ya hemos dicho que ambos se comprenden dentro del concepto de colaborar, pero además ¿qué diferencia material existe?, ¿no estamos ante dos manifestaciones de voluntad del responsable de la empresa, a saber, querer llevar *versus* permitir que se lleven la documentación? Pues ambas manifestaciones de voluntad son la forma en que se lleva a cabo la colaboración.

Y por último, de persistir su negativa a colaborar ocultando la documentación, a la inspección no le quedaría más remedio que realizar una estimación indirecta a través de los medios que estable-

⁷⁷ ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: «El derecho a no autoinculparse en el seno del procedimiento sancionador tributario en su tramitación abreviada», *RCyT*. CEF, n.º 237, 2002, pág. 98.

⁷⁸ RUIZ GARCÍA, J.R.: «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», *Revista española de derecho financiero*, n.º 151, 2011, pág. 731.

ce la LGT. Si la cuota que determina es inferior a la que defraudó la empresa con la factura falsa, es evidente que le habría salido rentable, porque habría evitado casi con toda probabilidad un proceso penal y además tributando menos de lo que debía. La única forma de equilibrar la situación es imponiendo una sanción por falta de colaboración, que se recoge en el artículo 203.5 de la LGT y que puede llegar a ser la mayor entre el 2 por 100 de la cifra de negocios o 400.000 euros porque de no ser así, tal y como ya dijimos, se produciría una distribución injusta en la carga fiscal, ya que lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar [FJ 3.º STC 110/1984 (NFJ000067), de 26 de noviembre].

Hemos puesto este ejemplo para recordar lo que el juez Martens manifestaba en su voto particular de la sentencia del TEDH en el caso Saunders. Según el citado magistrado, en los delitos comunes el proceso se inicia con la denuncia o comunicación de una *notitia criminis* y a partir de ahí se desarrolla la búsqueda del culpable. Por el contrario, en el delito fiscal se encuentra primero la comisión de la infracción, a través normalmente de un procedimiento inspector y de él se da cuenta a la autoridad judicial para procesar y en su caso condenar a los responsables, que en el caso de una sociedad que desarrolla un actividad empresarial, desde la Ley Orgánica 5/2010 lo serán tanto esta como las personas físicas responsables de la defraudación, que según el artículo 31 bis del CP es el administrador de hecho o de derecho.

Por lo tanto, el delito fiscal es diferente al resto de los delitos tanto por la forma en que se descubre como por las personas que normalmente se ven afectadas por el mismo, las empresas, entidades sometidas a deberes legales mercantiles y fiscales: llevanza y conservación de libros de contabilidad, facturación, declaraciones de cuentas anuales y su publicación en Boletines oficiales, etc. Es en este ámbito empresarial donde se producen los llamados «delitos económicos», siendo el más común de ellos el delito fiscal⁷⁹.

Una muestra adicional de esta diferencia en lo que respecta al procedimiento nos la presenta el artículo 575 de la LECrim., referente a la entrada y registro en lugar cerrado, al declarar que todos están obligados a exhibir los objetos y papeles que se sospeche puedan tener relación con la causa, cuya negativa podría dar lugar a la imposición de multa o la imputación de un delito de desobediencia. Es decir, en el proceso penal no hay colaboración, sino imposición judicial. Por ello, existe un reconocimiento generalizado de que no declarar contra sí mismo no tiene idéntico alcance en el proceso penal que en otras ramas del Derecho. El cumplimiento de los fines fiscales exige del particular al menos una obligación de tolerar pasivamente la investigación⁸⁰.

En general, cuando se denuncia un delito al sospechoso o imputado se le comunican los cargos y se le otorga el derecho a no declarar, por lo tanto desaparece la obligación de colaborar en la causa y no se le somete a tortura para arrancar su confesión, lo que antiguamente se denominaba «tormento» y se aplicaba a los delitos más graves. Por lo tanto, salvo que se haya decretado el secreto del sumario, es parte y conocedor del contenido del proceso.

⁷⁹ La jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU. también diferencia a los delitos fiscales del resto de los delitos, negando en los primeros que se pueda incumplir la obligación de colaborar y aportar la documentación legal y de interés público alegando la Quinta Enmienda; entre otros: casos Sullivan 1927, Shapiro 1948, Couch 1973, Doe 1984, Fuller 1986.

⁸⁰ IGLESIAS RÍO, M.: *La regularización...*, cit., pág. 77.

En el descubrimiento de los delitos económicos, las pruebas documentales cobran una especial importancia y normalmente son aportadas por quienes presentan la denuncia o se obtienen de la propia empresa a través de los mandamientos judiciales del juez instructor, pues lógicamente el sospechoso difícilmente prestará su cooperación, sino todo lo contrario, haciendo desaparecer la documentación que le perjudique.

Por el contrario, el procedimiento inspector es un procedimiento inquisitivo y no se dirige contra un acusado o sospechoso, porque la inspección desconoce la comisión de cualquier infracción, sea administrativa o penal y por lo tanto se exige la colaboración del inspeccionado para comprobar que las declaraciones tributarias son correctas, porque de no ser así, podría existir una infracción en principio administrativa. Para que concurra esta, como ya dijimos, no solo es necesaria la antijuridicidad y tipicidad de la acción u omisión, sino al igual que en Derecho Penal, en el Derecho Administrativo sancionador debe existir culpabilidad y de no haberla, únicamente se exigen las cuotas defraudadas y los intereses de demora. Pero si la conducta fue culpable, lo que inicialmente era un procedimiento para comprobar la situación tributaria deriva en otro sancionador, pero que recogerá obligatoriamente los hechos del anterior, al igual que lo haría el procedimiento penal.

Como se ha venido examinando a lo largo de este trabajo, es en este procedimiento de inspección cuando se plantea la no colaboración: si la empresa lo hace puede suministrar pruebas contra sí misma y si no lo hace se le impondrá una sanción que puede ser, como hemos visto, en una franja comprendida entre el 2 por 100 del volumen de facturación y 400.000 euros. El inspeccionado parece estar en peor condición procesal que el acusado en un procedimiento penal, donde no tiene ninguna obligación de colaborar contra sí mismo, como aportando la tan mencionada documentación. Pero no es diferente a la situación en que se encuentra cuando es sometido al control de alcoholemia, pues si se niega a colaborar cometerá el delito del artículo 383 del CP ya descrito líneas arriba.

Nosotros hemos defendido que la colaboración con la aportación de esos datos no supone autoincriminarse porque tienen una existencia independiente a la voluntad del interesado [por todas STC 76/1990 (NFJ000802) y TEDH en el caso Saunders n.º 69, que los equipara a la obtención de pruebas en el control de alcoholemia], porque no hay ninguna vinculación directa con otros procesos sancionadores (por todas STC 161/1997 y TEDH caso Saunders, Shannon, Martinen) y en definitiva, porque consisten en una pericia de resultado incierto [STC 76/1990 (NFJ000802)]: puede o no descubrirse un delito.

Pero ahora hemos de añadir otras cuestiones adicionales: ¿el grado de coacción que sufre el inspeccionado para colaborar es abusivo?, ¿tal colaboración puede suponer errores en la determinación de las cuotas tributarias exigibles? Pensamos que ni lo uno ni lo otro. Ni se le puede imponer pena de prisión (art. 25 CE) sino tan solo una multa pecuniaria, ni daría lugar a errores aportando la documentación que posee y existe independientemente de su voluntad, que en esencia fueron los motivos de la eliminación de la tortura como medio de obtener la confesión y de la génesis del derecho a no declarar contra sí mismo.

Y es que en los casos que han llegado al TEDH que hemos analizado, este los admitió a trámite porque el poder público del Estado parte del Convenio había llevado a cabo una acusación en materia penal que había finalizado con una sanción y se precisaba conocer si lo había hecho infrin-

giendo el artículo 6.1, esto es, al derecho a un proceso equitativo, que viene interpretando que contiene los derechos a no declarar y a no declarar contra sí mismo.

En todos estos casos, o bien se trataba de utilizar los datos de una inspección administrativa en el proceso penal simultáneo o previsto (casos Saunders, Marttinen, Shannon) o bien de casos en los que la no aportación de informaciones (caso Murray) o datos (casos Funke, Saunders) suponían penas de prisión. En nuestro país no existe pena de prisión por sanciones administrativas y de momento no conocemos el caso de contribuyentes que hayan denunciado torturas para arrancar una confesión en sede administrativa o judicial que les incriminase exclusivamente en delitos fiscales.

Por otra parte, si acudimos a la Guía del Consejo de Europa que explica los criterios que sigue para admitir los casos estudiados, entre ellos el caso Bendenoun, deberíamos llegar a la misma conclusión. Como se expuso líneas arriba, el TEDH considera tres criterios para valorar la acusación en materia penal: la clasificación en el derecho interno, la naturaleza de la infracción y la gravedad de la pena y aunque no exigía en un principio que las dos últimas fueran acumulativas en el caso Engel de 1976, años después en el caso Bendenoun establecía que *un enfoque acumulativo puede hacerse necesario cuando la consideración separada no permite llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una infracción penal* (Bendenoun c. Francia, n.º 47).

En el plano tributario, la sanción debe aplicarse a todos los ciudadanos en su calidad de contribuyentes, no ha de pretender ser una indemnización de los daños, sino tener esencialmente fuerza retributiva o de castigo para disuadir a la reincidencia y ser cuantitativamente *sustancial* (Bendenoun contra Francia). En cuanto a este último aspecto, la naturaleza criminal del delito puede ser suficiente para hacer aplicable el artículo 6, a pesar de la baja sanción impuesta (caso Jussila contra Finlandia). Entendemos que la sanción del artículo 203.5 de la LGT no tiene la naturaleza penal que se exige bajo estas premisas, porque la sanción no tiene una magnitud considerable que, junto con el resto de su caracterización, le imponga tal carácter.

No obstante, no es menos cierto que estamos ante términos difusos y conceptos jurídicos indeterminados, por lo que entendemos que para llegar a conclusiones ante un caso concreto, el TEDH debería acompañar como criterios adicionales el interés público y la proporcionalidad de la medida, que ya ha valorado en alguna ocasión (caso Jalloh contra Alemania) y que ha silenciado en otras porque inadmitía el recurso por otros motivos (caso Weh contra Austria).

Cuando una empresa es inspeccionada y requerida para colaborar en los términos expuestos, está obligada a ello y si no lo hace se le impondrá la multa administrativa correspondiente, ex artículo 203.5 de la LGT. Si recurre dicho acto administrativo, porque entiende vulnerado su derecho a no declarar contra sí misma, no solo se ha de rechazar por todos los argumentos de los apartados anteriores, sino porque no existe una coacción abusiva, ni su colaboración hubiera dado lugar a errores judiciales o administrativos, ni la naturaleza y gravedad de la sanción tienen carácter penal a efectos del Convenio.

De llegar al TEDH, entendemos que no debería admitirlo a trámite porque la *acusación en materia penal* a que se refiere el artículo 6.1 del Convenio no se refiere a casos en los que no hay amenaza de prisión en el procedimiento sancionador, porque no habría dado lugar a errores judiciales, porque no

es *materia penal* y por la ausencia de un perjuicio importante⁸¹. Pero de entrar a estudiarlo por calificar la sanción como muy grave, tampoco prosperaría con la doctrina que viene manteniendo, porque el requerimiento se hacía sin previsión de ningún otro proceso penal simultáneo o posterior, porque los datos requeridos son independientes de la voluntad del interesado, porque no existe una coacción abusiva y porque así lo requiere el interés público, como lo admiten últimamente sentencias del TEDH.

7. CONCLUSIONES

El deber constitucional de contribuir lleva implícito el de colaborar en la aplicación de un sistema tributario justo. La no colaboración supone una infracción tributaria, porque de lo contrario el Estado vería impedida su función constitucional de llevar a cabo su aplicación y se beneficiarían quienes tengan menor espíritu cívico y mayor facilidad de infringir la norma.

El derecho a no declarar contra sí mismo es una de las manifestaciones del derecho de defensa que recoge expresamente el artículo 24.2 de la CE y que tiene como fundamento la prohibición de tratos inhumanos y con ellos obtener confesiones que pueden dar lugar a errores judiciales.

Esta obligación a colaborar no entra en colisión con el derecho a no declarar contra sí mismo cuando no hay previsto ningún procedimiento administrativo sancionador o penal previsto por delito fiscal. Tal colaboración se ha de entender en sentido propio, tanto de una manera activa aportando documentos, como pasiva dejando que sean obtenidos por la propia inspección, los cuales existen independientemente de la voluntad del contribuyente inspeccionado, y por ello no son verdaderas declaraciones autoinculpatorias, al igual que ocurre con los elementos de prueba obtenidos del cuerpo del sospechoso (sangre, orina, tejidos, etc.)

Por el contrario, si antes de efectuar una comprobación tributaria existiesen pruebas de la comisión de infracciones administrativas, por ejemplo con documentos e información suministrada por terceros, se debería iniciar por esos hechos concretos un procedimiento sancionador del que el presunto responsable sería informado desde su inicio de su derecho a no declarar contra sí mismo y no estaría obligado a colaborar. Es decir, tendría una situación procesal similar a la del imputado por delito fiscal. En la finalización de ese procedimiento, la Inspección liquidaría las cuotas tributarias, intereses de demora y sanciones por las infracciones cometidas en los hechos comprobados.

La jurisprudencia del TC dejó sentado que no se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo desde la Sentencia 76/1990 (NFJ000802). No obstante, parte de la doctrina estima que las diferentes sentencias del TEDH han puesto en tela de juicio esta doctrina. Buena ocasión para zanjar el debate debió llegar con las STC 18/2005 (NFJ019227) y 68/2006 (NFJ021852), pero no lo hicieron por acoger criterios formales como *ratio decidendi* de su decisión, la cual no podrá ser ya evitada porque la persona jurídica es sujeto penalmente responsable desde diciembre de 2010. Pese a ello, la decisión tiene que ser la misma por varias razones.

⁸¹ Este último, recogido como criterio de inadmisión en el artículo 35 del Convenio, en aplicación del principio *de minimis non curat praetor*. *Practical Guide on admissibility criteria*, págs. 74-75.

En primer lugar, porque no se ha coaccionado abusivamente al inspeccionado, no se le ha sometido ni a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes para obtener su confesión, razón última de la existencia del derecho fundamental.

En segundo lugar, porque la colaboración prestada a través de la obtención de la información documental no produce errores judiciales, dado que aportan datos objetivos e independientes de la voluntad de la persona.

En tercer lugar, porque es una medida *proporcional* para el resultado buscado y tiene *interés público*, porque a través de las actuaciones inspectoras se persigue el objetivo constitucional de lograr un sistema tributario *justo* y simultáneamente obtener los ingresos necesarios para que el Estado pueda realizar la asignación equitativa de los recursos públicos.

En cuarto lugar, parece que en este tipo de situación serían aplicables los *matices* que nuestro TC reconoce a la potestad sancionadora de la Administración.

Por último, si en las infracciones fiscales no se limitase el derecho *nemo tenetur seipsum accusare* cuando no existen indicios de infracción alguna, el deber de colaborar con la Administración Tributaria quedaría al libre albedrío del ciudadano y produciría un desequilibrio en su favor y en detrimento del interés público.

Y esto es así porque el deber de colaboración no es sino el medio a través del cual se consigue un sistema tributario justo, entendido el valor justicia como uno de los principales pilares en que se asienta nuestro Ordenamiento Jurídico y que recoge nuestra Norma Fundamental junto con la libertad y la igualdad y no llegaríamos a la consecución del mismo sin la necesaria cooperación de todos, incluidos los propios contribuyentes sometidos a una inspección tributaria.

Como ya indicamos al principio, la solución al debate planteado necesariamente debe acudir a una interpretación constitucional, esto es, de valores, cuyo resultado debería ser aceptado mayoritariamente por el cuerpo social. En este sentido, creemos que la solución planteada cumple con el objetivo propuesto.

EL GRAVAMEN ESPECIAL SOBRE DIVIDENDOS DE FUENTE EXTRANJERA Y OTRAS MEDIDAS FISCALES DE 2012 CONTRA LA CRISIS

JESÚS BADÁS CEREZO

*Inspector de Hacienda del Estado. Abogado y Economista
Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia
Estatad de Administración Tributaria*

Extracto:

EL Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, ha introducido dos medidas tributarias que ha calificado en ambos casos de «especiales» y que también en ambos casos responden a importantes rebajas fiscales: en la «declaración tributaria especial» se regula una verdadera amnistía fiscal parcial, que permite aflorar bienes ocultos a cambio de pagar un peaje del 10 por 100 de su valor y el «gravamen especial» que permite sustituir el Impuesto sobre Sociedades por un gravamen reducido del 8 por 100 para ciertas rentas procedentes de paraísos fiscales.

Ambas ventajas fiscales pueden ser exclusivamente disfrutadas por contribuyentes nada ejemplares: los que han ocultado rentas y bienes al fisco en años anteriores y aquellas sociedades que operan en paraísos fiscales por medio de filiales.

Palabras clave: gravamen especial, dividendos de paraísos fiscales, repatriación de rentas extranjeras, deducción por doble imposición internacional, incentivo fiscal y declaración tributaria especial.

THE SPECIAL TAX ON DIVIDENDS AND FOREIGN AND OTHER TAX MEASURES AGAINST THE CRISIS OF 2012

JESÚS BADÁS CEREZO

*Inspector de Hacienda del Estado. Abogado y Economista
Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia
Estatad de Administración Tributaria*

Abstract:

REAL Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, has introduced two tax measures that have qualified in both cases of «special» and that in both cases respond to major tax cuts: the «special tax return», «special tax statement», is regulated a true partial tax amnesty, which allows to bring out hidden assets in exchange for paying a toll of 10 per 100 of its value and «special tax», the special charge, which can replace the income tax corporate income from tax havens for a fee of 8 per 100.

Both tax benefits can be enjoyed exclusively by fewer copies taxpayers: those who have hidden income and assets to the treasury in previous years and the companies operating through offshore subsidiaries.

Keywords: special charge, dividends from tax havens, repatriation of foreign income, deduction for international double taxation, tax incentive and special tax return.

Sumario

1. La exención de rentas y dividendos exteriores: situación hasta 2012.
2. La exención en la transmisión de participaciones en entidades no residentes. Modificación 2012.
3. La norma que permite repatriar beneficios de empresas participadas residentes en paraísos fiscales a un coste fiscal reducido: el gravamen especial.
4. La ampliación del incentivo tres meses después.

Entre las medidas que el Gobierno viene adoptando para recomponer la maltrecha situación económica y, en particular, para intentar poner dinero en circulación y que sirva de motor en el desarrollo, se destaca la medida de política fiscal que eufemísticamente se ha denominado «declaración tributaria especial» que no es más que una amnistía fiscal encubierta¹.

A esta se une otra medida directamente dirigida a fomentar la repatriación en 2012 de beneficios acumulados en sociedades residentes en paraísos fiscales a un coste fiscal reducido. Para identificar esta reducción fiscal temporal también se ha utilizado el mismo calificativo, denominándose «gravamen especial». En ambos casos, bajo el paraguas nominal de lo que parece una nueva obligación tributaria o un nuevo impuesto especial, se alojan importantes beneficios fiscales que pueden disfrutar los contribuyentes menos merecedores de ellos.

Estas dos medidas tan «especiales» se aprueban en el mismo Real Decreto-Ley 12/2012, en cuya exposición de motivos se justifica esta última:

«... Finalmente, con carácter exclusivo para el año 2012, **se establece un gravamen especial sobre las rentas de fuente extranjera** que permite la repatriación de dividendos o la transmisión de participaciones, correspondientes a entidades que, pese a realizar actividades empresariales en el extranjero, se localizan en territorios de nula tributación o en paraísos fiscales, de manera que esta circunstancia impide la aplicación del régimen de exención.»

Para entender este incentivo fiscal debemos primero repasar el régimen actual de los dividendos de fuente extranjera y además advertir de otra modificación, en este caso permanente, que amplía la exención para las plusvalías por transmisión de acciones de sociedades extranjeras.

¹ A cuya crítica dedicamos por completo un artículo anterior publicado en la *Revista de Información Fiscal* que edita Lex Nova, número 108 del año 2012.

1. LA EXENCIÓN DE RENTAS Y DIVIDENDOS EXTERIORES: SITUACIÓN HASTA 2012

En el Impuesto sobre Sociedades se ha avanzado mucho en los últimos años en relación con el tratamiento de las rentas exteriores de las empresas españolas de tal forma que hoy se puede afirmar que el sistema actual de eliminación de la doble imposición internacional está entre los más avanzados de los países de nuestro entorno (¿competidores?) y que incluso se convierte en un claro incentivo para la inversión extranjera de las empresas nacionales. Los artículos relacionados son los siguientes:

- Artículo 21. Método de exención de dividendos y plusvalías de entidades no residentes.
- Artículo 22. Método de exención de rentas obtenidas en el extranjero por medio de establecimiento permanente.
- Artículo 31. Deducción por doble imposición del impuesto pagado en el extranjero (doble imposición jurídica).
- Artículo 32. Deducción por doble imposición por dividendos de no residente.

Los dos primeros responden al denominado «sistema o método de exención» como técnica para evitar la doble imposición, mientras que las deducciones por doble imposición responden al que se denomina «método de imputación».

Dentro de los sistemas para evitar la doble imposición se distingue entre la doble imposición interna (art. 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) y la doble imposición internacional y en cada uno de ellos debe contemplarse la doble imposición jurídica y la doble imposición económica.

El artículo 21 declara la exención de rentas extranjeras y por tanto se refiere a la composición de la base imponible, sustituyendo a la deducción de la cuota por doble imposición internacional, con la que es incompatible de forma que las sociedades pueden optar por aplicar la exención o la deducción.

El artículo 21 además se refiere a las rentas que obtienen sociedades españolas de entidades no residentes en las que participan (filiales). Si la sociedad española decide internacionalizarse mediante la creación de sucursales, en lugar de filiales, el artículo 22 dispone una norma de exención similar para las rentas extranjeras de los establecimientos permanentes.

Finalmente, la exención del artículo 21 se refiere tanto a dividendos como a plusvalías. Ambas rentas tienen derecho a la exención en los términos de los apartados 1 y 2 respectivamente.

Dividendos: se declara la exención de los que proceden de entidades no residentes, eliminando la doble imposición al 100 por 100.

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

Artículo 21. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español (extracto)

1. Estarán exentos los **dividendos o participaciones en beneficios** de entidades no residentes en territorio español, cuando se cumplan los siguientes requisitos:
 - a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del cinco por ciento.
 - b) Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa.
 - c) Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

- Requisito de la participación:

El requisito que se refiere a la propiedad del 5 por 100 al menos en el capital de la entidad no residente es muy flexible y fácil de verificar, incluyendo la participación directa o indirecta a través de otras sociedades y exigiendo un mantenimiento mínimo de un año que se computa o antes o después de obtener los dividendos, considerando el grupo en su conjunto, aplicando la exención desde el primer momento de la adquisición de la participación y sin discriminar qué parte corresponde a antes o a después.

- Requiere que la entidad esté gravada por un impuesto extranjero análogo.

Requisito que se ha simplificado, admite gravamen directo o indiciario y se presume cuando hay convenio e intercambio de información.

La fundamental exclusión para este requisito consiste en que la entidad participada sea residente en paraíso fiscal, salvo Unión Europea y motivos económicos válidos.

- Requiere actividad económica desarrollada por la participada.

Se refiere a beneficios procedentes de la realización de actividades económicas en el extranjero al menos en el 85 por 100 de sus rentas, aunque no requiere objeto exclusivo y se excluyen las rentas pasivas (art. 107.2 de las Uniones Temporales de Empresas).

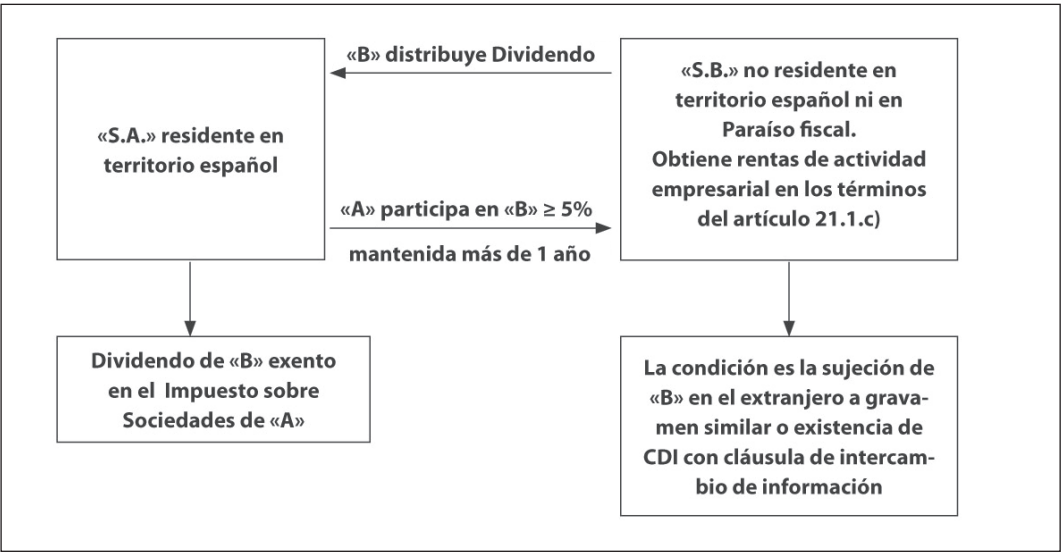
Se requiere actividad económica realizada en el extranjero, con descripción normativa de cuándo las actividades se entienden realizadas en el extranjero:

- Comercio mayor (puesta a disposición en el extranjero) discutible.
- Servicios (utilizados en el extranjero).
- Crediticias y financieras (préstamos a no residentes).
- Seguros (riesgos asegurados en el extranjero).

También se incluye en la exención a las rentas que sean dividendos y plusvalías de entidades no residentes, participadas de forma indirecta, que cumplan los mismos requisitos: de participación y de actividad económica.

La renta que goza de exención es el dividendo bruto no el neto (menos gastos de financiación, por ejemplo).

Esquema Régimen del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.



Plusvalías: el artículo 21 declara también exenta la renta derivada de la transmisión de la participación en una sociedad no residente (separación del socio y disolución). Se exigen los mismos requisitos que en el caso de los dividendos:

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

Artículo 21. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español (extracto)

2. Estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio o disolución de la entidad.

El requisito previsto en el párrafo a) del apartado anterior deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Los requisitos previstos en los párrafos b) y c) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación. No obstante, cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta ley, se aplicará la exención en las condiciones establecidas en el párrafo d) de este apartado.

Mientras que las condiciones de la participación deben cumplirse el día de la transmisión, el gravamen análogo y la actividad económica se requieren en todos los ejercicios de tenencia, de forma que si se incumple en uno de ellos se pierde toda la exención. Para evitar este efecto se puede repartir primero la reserva que procede de ejercicios en que no se verifica este requisito. Esto no ocurre respecto de los dividendos.

No se aplica la exención cuando el adquirente (a quién se transmiten las acciones de la extranjera) resida en paraíso fiscal y tampoco cuando es la sociedad de la que se transmiten las acciones la residente en paraíso fiscal, pero en este caso se excepciona la Unión Europea. Además se establecen una serie de cautelas:

- Cuando el no residente posee acciones de residentes o activos en importe superior al 15 por 100 de sus activos totales: la exención se limita al incremento neto de beneficios generados durante la tenencia, no al anterior, con el fin de evitar inversiones de ida y vuelta.
- Corrección de valor de acciones ya deducida: solo la diferencia está exenta.
- Participación previamente transmitida por otras del grupo con rentas negativas integradas en Uniones Temporales de Empresas: solo se aplica a la diferencia para evitar operaciones circulares dentro del grupo.
- Diferimiento por integración: plusvalía que no ha tributado por régimen de fusiones, solo la diferencia está exenta, lo que obliga a escindir y dividir las plusvalías de ambas operaciones.

Se mencionan en el mismo artículo (21.3) supuestos de no aplicación e incompatibilidades de la exención, referidos tanto a los dividendos como a las plusvalías.

- Causas de no aplicación de la exención:
 - Rentas de Agrupaciones de Interés Económico y Uniones Temporales de Empresas.
 - Ausencia de causa económica válida, siendo la principal la de disfrutar del beneficio fiscal.
 - Incompatible con la deducción por doble imposición internacional (arts. 31 o 32) y de voluntaria elección.

La norma antiabuso de la letra b) del apartado 3 del artículo 21, que niega la exención para los tres tipos de rentas (dividendos, plusvalías y rentas de establecimientos permanentes por remisión del art. 22), establece una presunción de que la finalidad exclusiva es el ahorro fiscal:

- Base de la presunción: la actividad de la sociedad extranjera en relación con el mismo mercado se ha desarrollado ya en España por otra entidad del grupo que ha cesado en la misma.
- Consecuencia: entonces la finalidad esencial es el ahorro fiscal.
- Prueba en contrario permitida: existencia de motivo económico válido.

Rentas de establecimientos permanentes: el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aplica el mismo método de exención a las rentas obtenidas en el extranjero por empresas españolas por medio, no de una sociedad filial (empresa constituida en el extranjero), sino de un establecimiento permanente (sucursal de la propia empresa española).

La diferencia entre el ámbito del artículo 21 y el del artículo 22 es esencial, primero porque las rentas que obtiene en el extranjero la sucursal o establecimiento permanente (a que se refiere el art. 22) son rentas propias de la sociedad española (no pueden ser dividendos) y, en segundo lugar, porque en este caso no se puede hablar nunca de plusvalías pues no hay acciones que puedan transmitirse.

Tales rentas las obtiene la sociedad española por su actividad en el extranjero realizada a través de un establecimiento permanente, rentas que, normalmente, aplicando los principios internacionales de distribución de la competencia fiscal, estarán sujetas en el extranjero por un impuesto similar al Impuesto sobre Sociedades.

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
Artículo 22. Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente (extracto)
1. Estarán exentas las rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español cuando se cumplan los siguientes requisitos:
a) Que la renta del establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales en el extranjero, en los términos previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 21 de esta ley.
b) Que el establecimiento permanente haya sido gravado por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto, en los términos del artículo anterior, y que no se halle situado en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Tanto las normas internacionales multilaterales y bilaterales como las internas que están en sintonía con aquellas coinciden a la hora de determinar la competencia del Estado de la fuente para gravar las rentas obtenidas en un territorio por medio de un lugar fijo de negocio o establecimiento permanente. Sin perjuicio de que en cada caso haya que acudir al concreto convenio, sin embargo en términos generales, las normas del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) son muy similares a las que regulan la tributación de los establecimientos permanentes en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

En general, el régimen tributario de los establecimientos permanentes es muy similar al de las sociedades residentes.

Se entiende entonces que el **concepto de establecimiento permanente** cobre una **especial trascendencia en el ámbito de la fiscalidad internacional** ya que según los principios del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE:

- Las rentas derivadas del ejercicio de una actividad empresarial realizada en un territorio por medio de establecimiento permanente será sometida a tributación íntegramente en el Estado de la fuente.

- Mientras que las rentas derivadas del ejercicio de una actividad empresarial realizadas en un territorio sin mediación de establecimiento permanente solo tributan en el país de residencia: competencia exclusiva de la residencia de la entidad que opera en el extranjero sin establecimiento permanente.

Esto con independencia de las consecuencias que según la normativa interna puedan derivarse de la existencia o no de establecimiento permanente, de un residente en el extranjero o de un no residente en España. La principal característica de la tributación de un establecimiento permanente es el sometimiento a tributación en el Estado en que está localizado y la segunda más importante es que dicha tributación está limitada estrictamente a las rentas que son imputables o atribuibles a dicho establecimiento permanente (limitación recogida tanto en nuestra norma interna, art. 16 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, como en los convenios suscritos por España, art. 7 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE).

Estos rasgos elementales de la tributación internacional de los establecimientos permanentes nos sirven para comprender, al menos desde el punto de vista de nuestra legislación interna, que al estar sometida la empresa española al principio de tributación universal o personal, debe integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español las rentas obtenidas en el extranjero, sea o no a través de un establecimiento permanente, lo que indefectiblemente provocará doble imposición internacional si no se corrige en la norma convenida o en la norma interna. Pues bien la norma interna, que en este caso es el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aplica el sistema de exención para evitarla: se declara exenta la renta obtenida en el extranjero a través de un establecimiento permanente situado fuera del territorio español cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Actividad empresarial: mismos términos que artículo 21.
- Gravamen análogo: mismos términos que artículo 21.
- No esté en un país o territorio calificado como paraíso fiscal.

Con las mismas exclusiones cautelares que las del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades:

- Agrupación de Interés Económico y Unión Temporal de Empresas.
- Objetivo exclusivo de beneficiarse fiscalmente: mismos problemas de esta norma antielusión o antiabuso.
- Aplicación de la deducción por doble imposición del artículo 31 o 32: debe optarse por cada establecimiento permanente, de forma independiente.

Con una limitación: las pérdidas del establecimiento permanente integradas en la base imponible española. Solo se aplica la exención (o la deducción por doble imposición internacional del art. 31

del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades) a las rentas que exceden de las pérdidas (compensación).

Este régimen de exención requiere conocer la procedencia de las rentas integradas en la sociedad residente y saber las que corresponden a cada establecimiento permanente, qué ingresos y qué gastos. La base imponible del impuesto extranjero del establecimiento permanente no tiene por qué coincidir con la renta que debe integrar la entidad en España.

Es obligado tratar de evitar la deslocalización de actividades –problema de los territorios de baja tributación– pues puede que se elimine la doble imposición que no existe y se consiga la exención de rentas que no han tributado, debido a la flexibilidad y amplitud del concepto de impuesto equivalente o análogo que se contiene en el artículo 21.

2. LA EXENCIÓN EN LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES EN ENTIDADES NO RESIDENTES. MODIFICACIÓN 2012

Hasta aquí el repaso de la generosa norma de exención de las rentas de fuente extranjera que contiene el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La modificación de 2012 insiste en esta línea ampliando el ámbito de la exención, que en la exposición de motivos se explica así:

«Con el objeto de apoyar la internacionalización de la empresa española, se modifica el régimen de exención en la transmisión de participaciones en entidades no residentes en territorio español, con la finalidad de flexibilizar el mismo, ante la extraordinaria rigidez que impedía hasta ahora la aplicación de la exención cuando se incumplía alguno de los requisitos exigidos, aun cuando dicho incumplimiento se produjera en un único periodo impositivo.

En este sentido, se introduce la aplicación de una regla de proporcionalidad de la exención en función del periodo de tiempo en el que se cumplen los requisitos para su aplicación, respecto del periodo de tenencia total de las participaciones.»

Como hacemos habitualmente, comparamos el texto de la norma antes y después de la modificación, porque se aprecia mejor lo que cambia y de qué forma:

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Artículo 21.2	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (BOE del 31)
Artículo 21. Exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.	Segundo. Con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2012 , se introducen las siguientes modificaciones en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo: Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 21 , que queda redactado de la siguiente forma: .../...

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Artículo 21.2	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (BOE del 31)
<p>.../...</p> <p>2. Estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio o disolución de la entidad.</p> <p>El requisito previsto en el párrafo a) del apartado anterior deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Los requisitos previstos en los párrafos b) y c) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.</p>	<p>2. Estará exenta la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de separación del socio o disolución de la entidad.</p> <p>El requisito previsto en el párrafo a) del apartado anterior deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Los requisitos previstos en los párrafos b) y c) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.</p> <p>No obstante, en el caso de que los requisitos previstos en los párrafos b) o c) no se cumplieran en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en aquellos ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior. • Respecto de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se hayan cumplido conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior. <p>La parte de la renta que no tenga derecho a la exención prevista en el párrafo anterior se integrará en la base imponible, teniendo derecho a la deducción establecida en el artículo 31 de esta Ley. No obstante, a los efectos de lo establecido en el párrafo a) del apartado 1 del citado artículo, se tomará exclusivamente el</p> <p>.../...</p>

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Artículo 21.2	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (BOE del 31)
<p>.../...</p> <p>No obstante, cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta ley, se aplicará la exención en las condiciones establecidas en el párrafo d) de este apartado.</p> <p>No se aplicará la exención cuando el adquirente resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.</p> <p>En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención tendrá las especialidades que se indican a continuación:</p> <p>a) Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15 por ciento del valor de mercado de sus activos totales.</p> <p>En este supuesto, la exención se limitará a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación.</p>	<p>importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto, por la parte que proporcionalmente se corresponda con la renta que no tenga derecho a la exención correspondiente a aquellos ejercicios en que no se hayan cumplido los requisitos establecidos en los párrafos b) o c) del apartado anterior, en relación con la renta total obtenida en la transmisión de la participación.</p> <p>Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta Ley, se aplicará la exención en las condiciones establecidas en el párrafo d) de este apartado.</p> <p>No se aplicará la exención cuando el adquirente resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.</p> <p>En los siguientes supuestos, la aplicación de la exención tendrá las especialidades que se indican a continuación:</p> <p>a) Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15 por ciento del valor de mercado de sus activos totales.</p> <p>En este supuesto, la exención se limitará a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, respecto de la tenencia en ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos establecidos en los párrafos b) y c) del apartado anterior. Asimismo, por la parte de la renta que se corresponda, en su caso, con ejercicios en que no se hayan cumplido los requisitos establecidos en los párrafos b) o c) del apartado anterior, a los efectos de lo establecido en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 31 de esta Ley, se tendrá en cuenta exclusivamente el importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por la parte de la renta que se corresponda con la tenencia en aquellos ejercicios.</p> <p>.../...</p>

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Artículo 21.2	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (BOE del 31)
<p>.../...</p> <p>b) Cuando el sujeto pasivo hubiera efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible.</p> <p>En este supuesto, la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión sobre el importe de dicha corrección.</p> <p>c) Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido previamente transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades con el sujeto pasivo, habiendo obtenido una renta negativa que se hubiese integrado en la base imponible de este impuesto.</p> <p>En este supuesto, la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación será gravada hasta el importe de la renta negativa obtenida por la otra entidad del grupo.</p> <p>d) Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta ley y la aplicación de dichas reglas, incluso en una transmisión anterior, hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible de este impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, derivadas de:</p> <p>1.º La transmisión de la participación en una entidad residente en territorio español.</p> <p>2.º La transmisión de la participación en una entidad no residente que no cumpla los requisitos a que se refieren los párrafos b) y c) del apartado 1 anterior.</p>	<p>b) Cuando el sujeto pasivo hubiera efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera resultado fiscalmente deducible.</p> <p>En este supuesto, la corrección de valor se integrará, en todo caso, en la base imponible del sujeto pasivo.</p> <p>c) Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido previamente transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades con el sujeto pasivo, habiendo obtenido una renta negativa que se hubiese integrado en la base imponible de este impuesto.</p> <p>En este supuesto, la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación se integrará en la base imponible hasta el importe de la renta negativa obtenida por la otra entidad del grupo.</p> <p>Asimismo, en el caso de que, en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, no se cumplan los requisitos establecidos en los párrafos b) o c) del apartado anterior, se aplicará lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto de este apartado, teniendo en cuenta todos los ejercicios de tenencia de la participación dentro del grupo, respecto de la renta positiva minorada en el importe de la renta negativa obtenida por la otra entidad del grupo.</p> <p>d) Cuando la participación en la entidad no residente hubiera sido valorada conforme a las reglas del régimen especial del capítulo VIII del título VII de esta Ley y la aplicación de dichas reglas, incluso en una transmisión anterior, hubiera determinado la no integración de rentas en la base imponible de este impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, derivadas de:</p> <p>1.º La transmisión de la participación en una entidad residente en territorio español.</p> <p>2.º La transmisión de la participación en una entidad no residente que no cumpla, al menos en algún ejercicio, los requisitos a que se refieren los párrafos b) o c) del apartado 1 anterior.</p> <p>.../...</p>

Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Artículo 21.2	Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo (BOE del 31)
.../... 3.º La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales. En este supuesto, la exención solo se aplicará a la renta que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de transmisión de la participación en la entidad no residente y el valor normal de mercado de aquella en el momento de su adquisición por la entidad transmitente. El resto de la renta obtenida en la transmisión se integrará en la base imponible del periodo.	3.º La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales. En este supuesto, la exención solo se aplicará sobre la renta que corresponda a la diferencia positiva entre el valor de transmisión de la participación en la entidad no residente y el valor normal de mercado de aquella en el momento de su adquisición por la entidad transmitente, en los términos establecidos en este apartado. En los mismos términos se integrará en la base imponible del periodo el resto de la renta obtenida en la transmisión

Recordamos que las condiciones previstas en el artículo 21 eran:

- a) Requisito de la participación.
- b) Requiere que la entidad esté gravada por un impuesto extranjero análogo.
- c) Requiere actividad económica.

El requisito previsto en el párrafo a) del apartado anterior deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. Los requisitos previstos en los párrafos b) y c) deberán ser cumplidos en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.

La modificación introducida en 2012 consiste en permitir aplicar en este requisito una regla proporcional con objeto de poder disfrutar parcialmente de la exención cuando no se cumplan estas condiciones en todo el periodo pero sí en alguno de ellos: se puede considerar exenta la renta en la proporción en que corresponda al periodo en que se cumplan las condiciones.

Para ello, para poder aplicar proporcionalmente la exención, es preciso distinguir primero la procedencia de la renta, bien por plusvalías tácitas o bien por plusvalías derivadas del incremento de fondos propios (beneficios no distribuidos). En segundo lugar, cada una de las partes en que se compone la plusvalía total debe vincularse a un ejercicio o periodo, para comprobar si en él se verifican o no las condiciones.

La parte correspondiente a beneficios no distribuidos estará vinculada a un periodo concreto en el que se han obtenido los beneficios no distribuidos y se puede determinar si en ese periodo se cumplían o no las condiciones.

Pero el resto de la ganancia, la que no se corresponde con beneficios reconocidos no distribuidos, se ha acumulado en la sociedad sin referencia a ningún periodo en concreto, por lo que debe

asignarse o imputarse mediante alguna convención, lo que la norma resuelve distribuyéndola de forma lineal entre todos los periodos, salvo prueba en contrario.

- Renta por incremento de beneficios no distribuidos: exenta solo la de beneficios generados en ejercicios en los que se cumplan conjuntamente los requisitos b) y c).
- Resto de renta: se entenderá generada de forma lineal y está exenta en la proporción correspondiente a ejercicios en que se hayan cumplido conjuntamente los requisitos.

A la parte de la renta a la que no se puede aplicar la exención, la renta integrada en base imponible, tiene derecho a la deducción por doble imposición internacional del artículo 31, por lo que es preciso también regular una proporción para calcular el impuesto extranjero a considerar a efectos de dicha deducción, entre la renta exenta y la total.

Las mismas reglas proporcionales se aplican al resto de previsiones normativas del artículo, las cautelas referidas a las sociedades con activos en España, las operaciones en el seno del grupo y las operaciones previas de régimen especial de fusiones.

Evidentemente, las reglas de proporcionalidad introducidas amplían y flexibilizan los requisitos de la exención, a la vez que introducen una gran complejidad en materia de cálculo, de prueba y de comprobación.

La exención del artículo 22 referida a la renta del establecimiento permanente no se modifica por este cambio, aunque la renta correspondiente al establecimiento permanente derivada de la transmisión de participaciones sí que puede beneficiarse de la nueva redacción del artículo 21 (art. 21.1.C.2.º).

3. LA NORMA QUE PERMITE REPATRIAR BENEFICIOS DE EMPRESAS PARTICIPADAS RESIDENTES EN PARAÍSO FISCALES A UN COSTE FISCAL REDUCIDO: EL GRAVAMEN ESPECIAL

En el mismo real decreto-ley en que se amplía el efecto del artículo 21, se reduce temporalmente la carga fiscal de la repatriación de dividendos de empresas que operan en paraísos fiscales, con objeto de facilitar la repatriación de rentas acumuladas en tales sociedades, bien en forma de dividendos, bien en forma de plusvalías.

En este caso la reducción de la carga fiscal sí que va unida al requisito de que se nacionalice la renta, pero tampoco se requiere repatriación física. En la exposición de motivos se advierte:

«Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

Finalmente, con carácter exclusivo para el año 2012, se establece un gravamen especial sobre las rentas de fuente extranjera que permite la repatriación de dividendos o la transmisión de partici-

paciones, correspondientes a entidades que, pese a realizar actividades empresariales en el extranjero, se localizan en territorios de nula tributación o en paraísos fiscales, de manera que esta circunstancia impide la aplicación del régimen de exención.»

Las rentas empresariales obtenidas por sociedades residentes en paraísos fiscales está sometida a un régimen especialmente agravado de tributación en España, precisamente porque se trata de rentas amparadas en la opacidad informativa y en la reducida o nula tributación de dichos territorios, estatuto fiscal agravado que, entre otras muchas cosas, impide la aplicación de la exención prevista en los artículos 21 y 22, como hemos visto antes. Si se parte de la base de que tales rentas no han pagado impuestos en la fuente, nada más lógico que eliminar para ellas la aplicación de sistemas y técnicas previstas para evitar la doble imposición internacional, puesto que esta no ha existido.

Por este motivo una sociedad residente en España, que participe en sociedades con actividad empresarial en paraísos fiscales, tendrá en cuenta que los dividendos que recibe tienen que tributar en España con independencia de la carga fiscal que hayan soportado, en su caso, en el origen o en la fuente. Es lógico pensar que muchas sociedades que controlan a su filial intenten no cobrar dividendos y remansar los beneficios obtenidos en las propias filiales incrementando sus reservas.

Lo que pretende esta medida, por tanto, es facilitar o incentivar la distribución («nacionalización») de tales rentas acumuladas.

La reducción fiscal se ha denominado «Gravamen especial», pero no se trata de crear un impuesto nuevo sino de reducir drásticamente la tributación de esas rentas. Tampoco se trata de aplicar la exención, lo que obligaría a excepcionar o modificar el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, sino que se cambia la exención por un gravamen reducido del 8 por 100 (el normal sería el 30%, al tratarse de rentas no exentas).

En realidad, se cambia el Impuesto sobre Sociedades normal por este gravamen especial.

La Orden HAP/1181/2012, de 31 de mayo, aprueba el modelo 250, para efectuar la declaración del gravamen especial. El texto íntegro de las normas es el siguiente:

Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera
Real Decreto-Ley 12/2012

Tercero. Con efectos **a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley**, se introducen las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

Uno. Se añade la disposición adicional decimoquinta, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.

.../...

Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera
Real Decreto-Ley 12/2012

.../...

1. Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español que cumplan los requisitos establecidos en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley, **que se devenguen en el año 2012**, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través de un gravamen especial. El requisito establecido en la letra c) se podrá determinar para cada entidad, directa o indirectamente participada, por el conjunto de todos los ingresos obtenidos durante el periodo de tenencia de la participación.

La base imponible del gravamen especial estará constituida por el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios devengados, sin que resulte fiscalmente deducible la pérdida por deterioro del valor de la participación que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial.

2. Las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que cumplan el requisito establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley el día en que se produzca la transmisión, y el requisito establecido en la letra c) del mismo apartado del citado artículo durante todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación, **cuya transmisión se realice en el año 2012**, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través del gravamen especial previsto en el apartado anterior.

En este caso, la base imponible estará constituida por la renta obtenida en la transmisión, así como por la reversión de cualquier corrección de valor sobre la participación transmitida, que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación.

3. El tipo del gravamen especial será del 8 por ciento.

No obstante, en el caso de transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, la parte de base imponible que se corresponda con cualquier corrección de valor que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación, tributará al tipo de gravamen que corresponda al sujeto pasivo.

Los dividendos o participaciones en beneficios, así como las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, sujetos a este gravamen especial, no generarán derecho a la aplicación la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32 de esta Ley.

4. El gasto contable correspondiente a este gravamen especial no será fiscalmente deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

5. En el supuesto de dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día del acuerdo de distribución de beneficios por la junta general de accionistas, u órgano equivalente.

En el caso de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día en que se produzca la misma.

El gravamen especial deberá autoliquidarse e ingresarse en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de devengo. No obstante, si al inicio del indicado plazo no se hubiera aprobado la Orden Ministerial que establezca el modelo de declaración a que se refiere el apartado siguiente, la declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de entrada en vigor de la citada Orden.

6. El modelo de declaración de este gravamen especial se aprobará por Orden Ministerial del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, que establecerá la forma y lugar para su presentación.»

Orden HAP/1181/2012, de 31 de mayo, por la que se aprueba el modelo 250, Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera (BOE de 4 de junio de 2012) (extracto)

Artículo 1. Aprobación y forma de presentación del modelo 250. 1. Se aprueba el modelo 250, «Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español» que figura como anexo de la presente Orden y que podrá ser presentado por las entidades que estén sujetas al Impuesto sobre Sociedades y que, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, deseen no integrar en la base imponible del citado impuesto determinadas rentas devengadas hasta el 30 de noviembre de 2012 procedentes de entidades no residentes en territorio español, bien de dividendos o participaciones en beneficios, bien de transmisiones de valores representativos de fondos propios.

El citado modelo estará disponible exclusivamente en formato electrónico. El número de justificante que habrá de figurar en el mismo será un número secuencial cuyos tres primeros dígitos se corresponderán con el código 250.

2. La presentación del modelo 250 se realizará por vía telemática, de acuerdo con las condiciones generales y el procedimiento establecido en los artículos 2 y 3 y dentro del plazo señalado en el artículo 4 de esta Orden.

Artículo 2. Condiciones generales para la presentación telemática del modelo 250. 1. La presentación de la declaración por vía telemática a través de Internet.

Artículo 3. Procedimiento para la presentación telemática por Internet de las autoliquidaciones correspondientes al modelo 250. 1. El procedimiento a seguir para la presentación telemática será el siguiente:

Artículo 4. Plazo de presentación e ingreso del modelo 250. La presentación e ingreso de la autoliquidación modelo 250, ...

... deberá realizarse en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de devengo. El gravamen especial se devengará, en el supuesto de reparto de dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, el día del acuerdo de distribución de beneficios adoptado por la junta general de accionistas u órgano equivalente y, en el supuesto de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, el día en que se produzca la citada transmisión. No obstante, para devengos producidos antes de la publicación de esta Orden ministerial en el «Boletín Oficial del Estado», la presentación e ingreso de esta autoliquidación se efectuará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de entrada en vigor de la presente Orden.

El gravamen especial tiene todos los elementos constitutivos de un verdadero impuesto, desde el hecho imponible hasta el devengo, incluso un modelo especial de declaración-liquidación. Sin embargo le falta lo principal, porque es un gravamen voluntario, no es exigible de forma coercitiva por el Estado, sino que es el propio declarante quien decide pagarlo: no hay obligación tributaria.

Más bien se trata de un pago compensatorio o sustitutivo de la verdadera obligación tributaria que no es otra que el Impuesto sobre Sociedades.

Hecho imponible

Constituye el hecho imponible del gravamen especial:

- La obtención de dividendos en 2012².

² Al analizar el elemento temporal, veremos la contradicción de esta norma con la que establece el límite del devengo en 30 de noviembre.

- La plusvalía de acciones transmitidas en 2012.

Tanto unos como otras deben proceder de entidades no residentes de las identificadas en el artículo 21, es decir, que realicen actividades empresariales.

Recordamos que las condiciones previstas en el artículo 21 eran:

- a) Requisito de la participación.
- c) Requiere actividad económica.

Además, con una condición que está implícita: su residencia en paraísos fiscales, puesto que si cumplieran lo previsto en la b) del artículo 21 gozarían de exención y nadie optaría por cambiar su tributación en el Impuesto sobre Sociedades normal por un gravamen del 8 por 100.

En estas condiciones el contribuyente puede optar por:

- Integrar los dividendos o plusvalías en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.
- No integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades tales rentas, a cambio de incluirlos en la declaración del gravamen especial.

En el caso de los dividendos, para determinar que el 85 por 100 de los ingresos proceden de actividades empresariales [requisito 1 c) del art. 21], se puede realizar el cómputo por cada entidad y en conjunto por todos los ingresos y todos los periodos de los que procedan los dividendos que se distribuyen. Esto significa que si en un periodo no se verifica el porcentaje, se puede compensar con los ingresos de otros en los que se supere tal porcentaje. Este cálculo global es opcional, por tanto se aplicará solo si beneficia.

En el caso de las plusvalías, la participación superior al 5 por 100 mantenida un año (en la propia sociedad transmitente o en el grupo mercantil) debe cumplirse en el momento de la transmisión y la actividad empresarial cuyos ingresos superen el 85 por 100 del total [art. 21.1 c)] durante todos los periodos de tenencia y en cada uno de ellos, no siendo posible en este caso aplicar la regla proporcional a que se refiere el actual artículo 21.2, en la modificación introducida que hemos mencionado en el epígrafe anterior de este comentario.

Sujeto pasivo

Es el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, la sociedad residente titular de las participaciones y que obtiene el dividendo o transmite las acciones.

Más que de sujeción pasiva a este gravamen especial, se debe hablar de declarante, puesto que la verdadera sujeción pasiva solo existe en el Impuesto sobre Sociedades. El gravamen especial no genera ninguna obligación tributaria.

Ámbito territorial de aplicación

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de no Residentes se aplican en todo el territorio español sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de concierto y convenio del País Vasco y Navarra.

En ambos territorios la normativa aplicable es foral, no estatal (salvo en ciertos casos de tributación compartida) tanto en Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como en Impuesto sobre Sociedades. En cambio la normativa del Impuesto sobre la Renta de no Residentes es siempre la estatal.

La norma que aprueba el gravamen especial es una norma estatal no prevista en el convenio ni en el concierto, por lo que no afecta a los contribuyentes de estos territorios afectados por la normativa foral.

Por tanto, salvo disposición expresa de las diputaciones forales, tales contribuyentes no podrán hacer uso de esta reducción fiscal.

Como es un nuevo tributo, su aplicación exigiría un acuerdo para su inclusión en el ámbito de convenio y concierto.

Base imponible

En el caso de los dividendos, la base imponible del gravamen especial es su importe íntegro, pero en el supuesto de transmisión de las acciones la base imponible tiene dos componentes a los que se aplicarán tipos distintos:

- Por un lado, la renta obtenida en la transmisión, la plusvalía: tributará al 8 por 100.
- Por otro, la devolución de las correcciones de valor aplicadas que hayan tenido efecto fiscal: tributará al tipo general del Impuesto sobre Sociedades, para revertir lo deducido en su día.

EJEMPLO 1:

- Coste: 100.
- Deterioro contable: 20 (fiscalmente deducible).
- Deterioro contable: 30 (no deducido fiscalmente).
- Valor neto contable: 50.
- Venta: 200.
- Valor fiscal: $100 - 20 = 80$.

.../...

.../...

Plusvalía contable: $200 - 50 = 150$.

Plusvalía fiscal: $200 - 80 = 120$.

Reversión deterioro no deducido fiscalmente: 30.

Base imponible gravamen especial: $150 - 30 = 120$.

La base imponible se descompone en dos partes:

- La plusvalía que se beneficia del gravamen reducido.
- La devolución del impuesto deducido por las correcciones de valor aplicadas: en este caso no existe, porque el ajuste es de sentido contrario.

EJEMPLO 2:

- Coste: 100.
- Deterioro contable: 20 (fiscalmente deducible).
- Deterioro fiscal: 30 (no contabilizado, ajuste negativo que debe de revertir).
- Valor neto contable: $100 - 20 = 80$.
- Valor fiscal: $100 - 50 = 50$.
- Venta: 200.

Plusvalía contable: $200 - 80 = 120$.

Plusvalía fiscal: $200 - 50 = 150$.

Reversión deterioro deducido fiscalmente: 30.

Base imponible gravamen especial: $120 + 30 = 150$.

La base imponible se descompone en dos partes:

- La plusvalía que se beneficia del gravamen reducido.
- La devolución del impuesto deducido por las correcciones de valor aplicadas fiscalmente.

Devengo

El gravamen especial se devengará el día del acuerdo de distribución de beneficios por la junta general de accionistas y, en el caso de la transmisión de valores, el día en que se produzca.

Tipo de gravamen

Ya hemos adelantado que se aplicarán dos tipos de gravamen:

- En general, el tipo reducido del 8 por 100.
- En especial, el tipo general del Impuesto sobre Sociedades aplicable a la entidad residente, a la parte de base imponible constituida por el importe de las corrección del valor previamente deducidas.

En este último caso, el tipo de gravamen entendemos que es el actualmente aplicable a la entidad residente, en el año 2012, no el aplicado en su momento cuando se dotó y dedujo la corrección de valor.

EJEMPLO 3:

- Coste: 100.
- Deterioro contable: 20 (fiscalmente deducible, en periodo con tipo al 35%).
- Deterioro contable: 30 (no deducido fiscalmente, ajuste positivo al 35%).
- Valor neto contable: 50.
- Venta: 200.
- Tipo actual en Impuesto sobre Sociedades: 30 por 100.

Plusvalía CONTABLE: $200 - 50 = 150$.

Reversión deterioro NO deducido: 30 (AJUSTE FISCAL NEGATIVO).

VALOR FISCAL: $100 - 20 = 80$.

Plusvalía fiscal: $200 - 80 = 120$.

Base imponible gravamen especial: $150 - 30 = 120$.

Cuota: $8\% \times 120$.

EJEMPLO 4:

- Coste: 100.
- Deterioro contable: 20 (fiscalmente deducible, en periodo con tipo al 25%).
- Deterioro fiscal: 30 (deducido fiscalmente no contabilizado, ajuste negativo).
- Valor neto contable: $100 - 20 = 80$.
- Venta: 200.
- Tipo actual en Impuesto sobre Sociedades: 30 por 100.
- Valor fiscal: $100 - 50 = 50$.
- Plusvalía fiscal: $200 - 50 = 150$.

Plusvalía contable: $200 - 80 = 120$.

Reversión deterioro deducido: 30 (ajuste fiscal positivo).

Base Imponible gravamen especial: $120 + 30 = 150$.

Cuota: $(8\% \times 120) + (30 \times 30\%)$.

Gestión del gravamen especial

Se conceden 25 días naturales desde la fecha de devengo, para presentar la declaración y liquidar e ingresar el gravamen especial (modelo 250).

Este plazo tiene un día de inicio y un término fijos; en cualquier caso:

- No se puede iniciar nunca antes del 4 de junio de 2012 (fecha de publicación de la orden que aprueba el modelo).
- Concluye el 25 de diciembre (solo para rentas devengadas hasta el 30 de noviembre).

La declaración estará disponible exclusivamente en formato electrónico y la presentación del modelo 250 se realizará por vía telemática.

La declaración solo puede presentarse desde que se aprueba el modelo, por lo que si el devengo de la renta es anterior, los 25 días se cuentan desde la publicación de la orden. Además, el plazo final máximo se produce 25 días naturales después del 30 de noviembre.

Elemento temporal

Enlazamos lo anterior con las restricciones temporales de la norma, pues exclusivamente resulta de aplicación entre el 1 de enero y el 30 de noviembre.

Esta última fecha no estaba prevista en el real decreto-ley, el cual se refiere a todas las rentas devengadas en 2012. Sin embargo la orden restringe el periodo con el objetivo de que la liquidación se ingrese dentro del año 2012:

«... rentas devengadas hasta el 30 de noviembre de 2012...»

Con esta fecha límite de devengo, la declaración deberá presentarse como muy tarde el día de Navidad. La limitación podría acarrear problemas de legalidad, por la contradicción evidente.

En realidad la declaración del impuesto puede presentarse en cualquier momento dentro de los 25 días naturales del plazo, lo que da lugar a plantearse si la declaración del gravamen especial podría incluir rentas devengadas hasta el mismo día 25 de diciembre, último día de presentación. Pero esto no es posible porque lo que ha restringido la orden no es solo la declaración, sino también la fecha del devengo, que sitúa como máximo en el 30 de noviembre. Esto impide declarar rentas devengadas con posterioridad.

Efectos fiscales

Varias consecuencias fiscales tiene esta forma reducida de tributación, introducidas por la norma como cautelas para evitar otras fugas de tributación inducidas o derivadas. Son las siguientes:

- No es fiscalmente deducible la pérdida por deterioro del valor de la participación que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial.
- Las rentas liquidadas al 8 por 100 no generarán derecho a la aplicación de la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.
- El gravamen especial no será fiscalmente deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades (lo mismo que las cuotas del propio Impuesto sobre Sociedades).

Aunque no hace falta, subrayamos que no es aplicable esta norma a las rentas procedentes de un establecimiento permanente, porque dichas rentas siempre son rentas de la sociedad residente, no hace falta que se distribuyan. Sobre ellas la sociedad residente podrá aplicar la exención del artículo 22, si cumple todas las condiciones, pero nunca puede sustituirlas por el gravamen especial. Es una discriminación para las sociedades que operan con establecimientos permanentes en lugar de con filiales, y la razón suponemos que tiene que ver con que en este caso la renta ya esta nacionalizada: no hace falta ningún incentivo fiscal para que las empresas repatrien las rentas, porque ya son rentas nacionales.

Recordamos que el beneficio que supone el gravamen especial no está condicionado a la repatriación de capitales.

También es oportuno recordar aquí que no resulta de aplicación a efectos del gravamen especial la nueva norma de proporcionalidad que se ha introducido en este año 2012 en el artículo 21.2 a la hora de determinar si se verifica o no el requisito previsto en la letra c) del artículo 21.

Gravamen especial vs. declaración tributaria especial

Declaración especial y gravamen especial tienen el mismo objetivo y comparten similar denominación, además de representar auténticas rebajas impositivas. Ambas dan lugar a una nueva institución en el ámbito tributario: las declaraciones sin obligación tributaria.

La diferencia es clara, pues mientras la declaración tributaria especial sustituye y viene a compensar y regularizar obligaciones tributarias vencidas e incumplidas, el gravamen especial tan solo es una reducción temporal de tipos en el Impuesto sobre Sociedades para incentivar la distribución y realización de resultados acumulados en sociedades participadas.

Si mezclamos ambas cosas, una misma sociedad puede aprovechar para regularizar dividendos cobrados en ejercicios anteriores procedentes de paraísos fiscales y no declarados, tributando al 10 por 100, y cobrar más dividendos este año o vender las acciones, tributando al 8 por 100. También puede convertir los dividendos cobrados en ejercicios anteriores en dividendos de 2012 y así todo tributa al modesto tipo del 8 por 100. Pero de esta última forma no estaría regularizando su situación anterior sino simplemente defraudando ambas normas, ordinaria y especial.

4. LA AMPLIACIÓN DEL INCENTIVO TRES MESES DESPUÉS

Al poco tiempo de aprobarse el gravamen especial que se acaba de estudiar, el Gobierno, a la vista de la evolución de la recaudación tributaria, amplía el ámbito de aplicación de este gravamen reducido de plusvalías y dividendos extranjeros.

Se encarga de ello el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Exposición de motivos, que justifica la medida de la siguiente forma:

«... Sin embargo, la evolución de los ingresos públicos hace precisa la adopción de medidas adicionales que, reforzando estos, permitan sentar las bases para una recuperación económica estable y duradera, medidas que inciden, principalmente, en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Sociedades, y, en menor grado, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en los Impuestos Especiales.

(...)

... Por último, con carácter exclusivo hasta el 30 de noviembre de 2012, se establece un gravamen especial sobre rentas de fuente extranjera de manera similar al previsto en el reiterado Real Decreto-Ley 12/2012, si bien este nuevo gravamen afecta a un mayor volumen de dividendos o a la transmisión de un mayor volumen de participaciones que el allí regulado, con menores requisitos, exigiéndose, en consonancia, un tipo de gravamen superior.»

Junto a la subida de los tipos del Impuesto sobre el Valor Añadido y a otras medidas de anticipo de la recaudación por el Impuesto sobre Sociedades, como la ampliación del importe de los pagos fraccionados y de la limitación de los gastos financieros, se aprueba esta ampliación del gravamen especial. Colocamos esta nueva disposición al lado de la primera de forma comparativa para poder identificar más fácilmente las diferencias entre ambas, que se subrayan:

Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera Real Decreto-Ley 12/2012	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad
<p>Tercero. Con efectos a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, se introducen las siguientes modificaciones en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.</p> <p>Uno. Se añade la disposición adicional decimoquinta, que queda redactada de la siguiente forma:</p> <p>«Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español.</p> <p>1. Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español que cumplan los requisitos establecidos en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley, que se devenguen en el año 2012, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través de un gravamen especial. El requisito establecido en la letra c) se podrá determinar para cada entidad, directa o indirectamente participada, por el conjunto de todos los ingresos obtenidos durante el periodo de tenencia de la participación.</p> <p>La base imponible del gravamen especial estará constituida por el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios devengados, sin que resulte fiscalmente deducible la pérdida por deterioro del</p>	<p>Cuarto. Con efectos a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, <i>se añade la disposición adicional decimoséptima del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que queda redactada de la siguiente forma:</i></p> <p>«Disposición adicional decimoséptima. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español no incluidos en la disposición adicional decimoquinta de esta Ley.</p> <p>1. Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español que cumplan el requisito establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley y no les resulte de aplicación la disposición adicional decimoquinta de esta Ley, que se devenguen hasta 30 de noviembre de 2012, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través de un gravamen especial.</p> <p><i>La base imponible del gravamen especial estará constituida por el importe íntegro de los dividendos o participaciones en beneficios devengados, sin que resulte fiscalmente deducible la pérdida por deterioro del valor de la participación</i></p> <p>.../...</p>

Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera Real Decreto-Ley 12/2012	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad
<p>.../...</p> <p>valor de la participación que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial.</p> <p>2. Las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que cumplan el requisito establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley el día en que se produzca la transmisión, y el requisito establecido en la letra c) del mismo apartado del citado artículo durante todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación, cuya transmisión se realice en el año 2012, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través del gravamen especial previsto en el apartado anterior.</p> <p>En este caso, la base imponible estará constituida por la renta obtenida en la transmisión, así como por la reversión de cualquier corrección de valor sobre la participación transmitida, que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación.</p> <p>3. El tipo del gravamen especial será del 8 por ciento.</p> <p>No obstante, en el caso de transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, la parte de base imponible que se corresponda con cualquier corrección de valor que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación, tributará al tipo de gravamen que corresponda al sujeto pasivo.</p> <p>Los dividendos o participaciones en beneficios, así como las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, sujetos a este gravamen</p>	<p><i>que pudiera derivarse de la distribución de los beneficios que sean objeto de este gravamen especial.</i></p> <p>2. <i>Las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que cumplan el requisito establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 de esta Ley el día en que se produzca la transmisión y no les resulte de aplicación la disposición adicional decimoquinta de esta Ley, cuya transmisión se realice hasta 30 de noviembre de 2012, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través del gravamen especial previsto en el apartado anterior.</i></p> <p><i>En este caso, la base imponible estará constituida por la renta obtenida en la transmisión, así como la reversión de cualquier corrección de valor sobre la participación transmitida, que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación.</i></p> <p><i>No obstante, este gravamen especial no resultará de aplicación respecto de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 21 de esta Ley.</i></p> <p>3. El tipo de gravamen especial será del 10 por ciento.</p> <p><i>No obstante, en el caso de transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, la parte de base imponible que se corresponda con cualquier corrección de valor que hubiera tenido la consideración de fiscalmente deducible durante el tiempo de tenencia de la participación, tributará al tipo de gravamen que corresponda al sujeto pasivo.</i></p> <p><i>Los dividendos o participaciones en beneficios, así como las rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, sujetos a este gravamen especial, no generarán dere-</i></p> <p>.../...</p>

Disposición adicional decimoquinta. Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera Real Decreto-Ley 12/2012	Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad
<p>.../...</p> <p>especial, no generarán derecho a la aplicación la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32 de esta Ley.</p> <p>4. El gasto contable correspondiente a este gravamen especial no será fiscalmente deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.</p> <p>5. En el supuesto de dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día del acuerdo de distribución de beneficios por la junta general de accionistas, u órgano equivalente.</p> <p>En el caso de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día en que se produzca la misma.</p> <p>El gravamen especial deberá autoliquidarse e ingresarse en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de devengo. No obstante, si al inicio del indicado plazo no se hubiera aprobado la Orden Ministerial que establezca el modelo de declaración a que se refiere el apartado siguiente, la declaración se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a la fecha de entrada en vigor de la citada Orden.</p> <p>6. El modelo de declaración de este gravamen especial se aprobará por Orden Ministerial del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, que establecerá la forma y lugar para su presentación.»</p>	<p><i>cho a la aplicación de la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32 de esta Ley.</i></p> <p><i>4. El gasto contable correspondiente a este gravamen especial no será fiscalmente deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.</i></p> <p><i>5. En el supuesto de dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día del acuerdo de distribución de beneficios por la junta general de accionistas, u órgano equivalente.</i></p> <p><i>En el caso de transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, el gravamen especial se devengará el día en que se produzca la misma.</i></p> <p><i>6. El gravamen especial deberá autoliquidarse e ingresarse en el plazo de los 25 días siguientes a la fecha de devengo. El modelo de declaración de este gravamen especial será el aprobado por Orden HAP/1181/2012, de 31 de mayo, por la que se aprueba el modelo 250, Gravamen especial sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que será objeto de adaptación a los efectos previstos en esta disposición.»</i></p>

Como se ha verificado, ambas disposiciones son idénticas, con cuatro excepciones señaladas:

- **En este caso solo se exige el cumplimiento del requisito del artículo 21.1 a) referido al porcentaje de la participación.**
- **La exclusión de los valores a que se refiere la letra a) del apartado 2 del artículo 21 de esta ley.**
- **El tipo de gravamen: 10 por 100 (dos puntos más caro).**
- **El periodo: limitado el devengo hasta el 30 de noviembre en este caso.**

Recordamos que los requisitos de la exención de las rentas extranjeras establecida en el artículo 21 son tres:

- Requisito de la participación.
- Requiere que la entidad esté gravada por un impuesto extranjero análogo.
- Requiere actividad económica desarrollada por la participada.

Inicialmente el gravamen especial prescinde del segundo requisito, manteniendo las condiciones de participación superior al 5 por 100 y actividad económica. Con la nueva disposición, se prescinde también de esta última condición: cualquier dividendo de cualquier procedencia y con cualquier finalidad.

A esto se añade la flexibilidad de la norma que regula la primera de las condiciones, que permite cumplir el porcentaje de participación antes o después de haber recibido la renta y computando el periodo en todas las sociedades del grupo mercantil:

«... a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del cinco por ciento.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades...»

La rebaja de condiciones está acompañada de un aumento del tipo en dos puntos, hasta el 10 por 100, todavía muy por debajo del tipo normal del Impuesto sobre Sociedades.

La exclusión se refiere a sociedades no residentes cuyos activos en territorio español superen el 15 por 100 del total:

Artículo 21.2 a) «Cuando la entidad no residente posea, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio y la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15 por ciento del valor de mercado de sus activos totales».

Los elementos temporales son coincidentes, porque si bien la norma del gravamen especial se refiere a todo el año 2012, en la práctica se ha limitado el devengo hasta el 30 de noviembre, como hemos advertido más arriba.

LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO LÍMITE COMUNITARIO A LA ARTICULACIÓN DE CLÁUSULAS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA EVASIÓN FISCAL: UNA NOTA SOBRE LA STJUE DE 5 DE JULIO DE 2012, ASUNTO SIAT, C-318/10*

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Extracto:

EL presente trabajo tiene por objeto el estudio de las implicaciones derivadas de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 5 de julio de 2012 (asunto *SIAT*, C-318/10), que aborda la compatibilidad con la libre prestación de servicios de una medida nacional que establece una presunción de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal excluyendo la deducibilidad fiscal de determinados gastos cuando tienen lugar en el marco de operaciones transfronterizas con sujetos que disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado.

El aspecto más reseñable de esta sentencia reside en la aportación que hace el TJUE introduciendo un nuevo límite comunitario a la configuración de las cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal nacionales que generan restricciones excesivas al ejercicio de las libertades comunitarias. El Tribunal de Justicia termina considerando que la cláusula antiabuso belga resulta contraria al Derecho Comunitario por contravenir el principio de seguridad jurídica, en la medida en que está configurada de tal forma que «no permite determinar con carácter previo y con la precisión suficiente su ámbito de aplicación».

A nuestro juicio, podríamos estar ante un importante pronunciamiento seminal del TJUE, en cuanto aporta una formulación comunitaria del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, con todo lo que ello conlleva de cara a la configuración de determinado tipo de cláusulas nacionales de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

Palabras clave: límites comunitarios a la configuración de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y la evasión fiscal, presunciones de fraude y evasión fiscal y Derecho Comunitario, principio comunitario de seguridad jurídica y sus implicaciones, libre prestación de servicios y medidas fiscales restrictivas y su justificación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ047556).

THE LEGAL CERTAINTY PRINCIPLE AS AN EU LIMITATION FOR ARTICULATING ANTI-ABUSE CLAUSES: A COMMENTARY TO THE ECJ RULING OF JULY 5, 2012, *SIAT* CASE, C-318/10*

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

Abstract:

THIS article analyses the implications of the recent judgment of the Court of Justice of the European Union, of 5 July 2012 (Case *SIAT*, C-318/10), which addresses the compatibility with the freedom to provide services of a national measure which establishes a presumption of tax fraud and evasion that excludes the tax deductibility of certain expenses when they occur within the context of cross-border transactions with persons who enjoy a privileged tax regime. The most remarkable aspect of this judgment lies in the contribution made by the ECJ introducing a EU new limit for the shaping of domestic measures against fraud and tax evasion. The Court concluded that the Belgian anti-abuse provision is contrary to Community law because it violates the principle of legal certainty, to the extent that is configured so that it is «not possible to determine in advance and with sufficient precision its scope of application».

Keywords: EU limits for setting antiabuse clauses, presumptions of tax fraud and evasion and EU Law, principle of legal security and its implications, freedom to provide services and restrictive tax measures and their justification.

* See the full text of this case in *Normacef Fiscal y Contable* (NFJ047556).

Sumario

1. Introducción.
2. Antecedentes de hecho y cuestión prejudicial planteada.
3. Posición adoptada por el TJUE.
4. Algunas consideraciones sobre la sentencia del TJUE: las implicaciones derivadas del principio comunitario de seguridad jurídica para la configuración de cláusulas de prevención y lucha contra el fraude y contra la evasión fiscal que generen restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales del TFUE.

NOTA: Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «La fiscalidad directa en la Unión Europea: entre competencia y convergencia», financiado por la Dirección General de Investigación y Gestión del Plan Nacional de I+D+i del Ministerio de Educación y Ciencia (DER2010-20000).

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de las implicaciones derivadas de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) en el caso *SIAT* [C-318/10 (NFJ047556)], la cual aborda la compatibilidad con la libre prestación de servicios de una cláusula especial antifraude y contra la evasión fiscal establecida en la legislación belga.

El interés que, a mi juicio, posee este pronunciamiento comunitario radica en que revela la posición del TJUE sobre la compatibilidad con el Derecho Comunitario de cláusulas antifraude y contra la evasión fiscal (antiabuso) que poseen carácter discriminatorio y pivotan sobre una presunción de fraude fiscal (*lato sensu*) basada en el carácter transfronterizo de la operación y el bajo nivel de tributación que disfruta el prestador de los servicios. Ciertamente, estamos ante cuestiones que en cierta medida y con algunas variaciones ya han sido objeto de examen por el TJUE a través de un conjunto de sentencias precedentes (por ejemplo, en los casos *Cadbury Schweppes*, *Vestergaard, Baxter*, *Laboratorios Fournier*, *Lammers & Loeff*, *Eurowings*, *Test Claimants in Thin Cap*, entre otras). No obstante, posiblemente el aspecto más reseñable de esta sentencia reside en la aportación que hace el TJUE introduciendo un nuevo límite comunitario a la configuración de las cláusulas antifraude y contra la evasión fiscal nacionales que generan restricciones excesivas al ejercicio de las libertades comunitarias. Así, el Tribunal de Justicia termina considerando que la cláusula antifraude fiscal belga resulta contraria al Derecho Comunitario por contravenir el principio de seguridad jurídica, en la medida en que está configurada de tal forma que «no permite determinar con carácter previo y con la precisión suficiente su ámbito de aplicación». A nuestro juicio, podríamos estar ante un importante pronunciamiento seminal del TJUE, en cuanto aporta una formulación comunitaria del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, con todo lo que ello conlleva de cara a la configuración de determinado tipo de cláusulas nacionales contra el fraude y la evasión fiscal.

La primera parte del trabajo está dedicada a exponer los antecedentes y el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, en tanto que la segunda recoge una serie de consideraciones sobre el alcance y posibles implicaciones del pronunciamiento comunitario.

2. ANTECEDENTES DE HECHO Y CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA

El pronunciamiento del TJUE versa sobre la aplicación de una cláusula especial antifraude fiscal recogida en la legislación fiscal belga que sujeta a la observancia de unos requisitos específicos la deducibilidad de determinados gastos derivados de servicios (*lato sensu*) transfronterizos.

En particular, el precepto controvertido viene siendo el artículo 54 del Código de Impuestos sobre la renta (CIR 1992, en adelante) belga que establece que:

«Los intereses, cánones abonados por la licencia de uso de patentes, modelos de utilidad y otros derechos análogos o las remuneraciones de prestaciones o servicios no se considerarán gastos profesionales cuando se abonen o se atribuyan directa o indirectamente a un contribuyente al que se aplique el artículo 227 o a un establecimiento extranjero, que, en virtud de lo dispuesto en la normativa del país en que estén establecidos, no estén sujetos a un impuesto sobre la renta o tributen por tales rendimientos con arreglo a un régimen impositivo mucho más ventajoso que aquel al que están sujetos dichos rendimientos en Bélgica, a menos que el contribuyente justifique mediante cualquier vía jurídica que responden a operaciones reales y veraces y que no sobrepasan los límites normales.»

El litigio fiscal que se suscitó en relación con la aplicación de este precepto tuvo lugar en el siguiente contexto fáctico.

Una sociedad de Derecho belga (SIAT) creó en 1991 una filial común (X) con un grupo nigeriano con el objeto de explotar palmerales para producir aceite de palma. Los acuerdos entre las partes estipulaban que SIAT, por un lado, prestaría servicios remunerados y vendería equipos a la filial común (X) y, por otro, cedería una parte de los beneficios que obtuviera, en concepto de comisión por aportación de clientela, a la sociedad matriz del grupo nigeriano, la sociedad luxemburguesa Megatrade International (MISA) (en lo sucesivo, MISA).

En 1997 tuvieron lugar una serie de controversias entre las partes (SIAT y MISA) acerca del importe exacto de las comisiones adeudadas por SIAT. Estas controversias entrañaron la finalización de la asociación y la adopción, por parte de SIAT, de la obligación de abonar a MISA 2.000.000 de USD para saldar todas las deudas. En consecuencia, SIAT inscribió en el capítulo de gastos de sus cuentas cerradas a 31 de diciembre de 1997 un importe de 28.402.251 BEF en concepto de pago de las comisiones adeudadas a MISA.

Al observar que MISA tenía la condición de sociedad *holding* regulada por la *Loi sur le régime fiscal des sociétés de participations financières* luxemburguesa de 31 de julio de 1929 y que, en consecuencia, no estaba sujeta a un impuesto análogo al impuesto de sociedades belga, la Administración tributaria belga aplicó el referido artículo 54 del CIR 1992 y no admitió la deducción del importe de 28.402.251 BEF en concepto de gastos profesionales.

Tras el recurso interpuesto por SIAT contra la resolución de la Administración tributaria, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, mediante Sentencia de 21 febrero de 2003, y la Corte de Apelación de Bruselas, mediante Sentencia de 12 de marzo de 2008, confirmaron la postura de dicha Administración.

SIAT interpuso un recurso de casación ante la Corte de Casación, la cual, al tener dudas en cuanto a la interpretación del artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea (CE, en adelante)¹, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

¹ Nótese que la cuestión prejudicial se plantea y se resuelve a la luz del artículo 49 del Tratado de la Comunidad Europea, en la medida en que los hechos que originaron el litigio tuvieron lugar antes del 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El referido precepto (art. 49 CE) se corresponde con el actual artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE, en adelante).

«¿Debe interpretarse el artículo 49 de la CE, en su versión aplicable al caso de autos, habida cuenta de que los hechos que originaron el litigio tuvieron lugar antes del 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el sentido de que se opone a una norma de un Estado miembro según la cual las retribuciones por prestaciones o servicios no se consideran gastos profesionales deducibles cuando se pagan o atribuyen directa o indirectamente a un contribuyente que reside en otro Estado miembro o a un establecimiento extranjero que, en virtud de la legislación del país en el que está establecido, no estén sujetos a un impuesto sobre la renta o tributen por tales rendimientos con arreglo a un régimen impositivo considerablemente más ventajoso que aquel al que están sujetos tales rendimientos en el Estado miembro cuya normativa nacional es objeto de litigio, a menos que el contribuyente justifique por cualquier vía jurídica que tales retribuciones responden a operaciones reales y veraces y que no sobrepasan los límites normales, mientras que dicha prueba no se exige para poder deducir las retribuciones por prestaciones o servicios abonadas a un contribuyente residente en dicho Estado miembro, aun cuando este no estuviera sujeto al impuesto sobre la renta o estuviera sujeto a un régimen fiscal considerablemente más favorable que el régimen de Derecho común de dicho Estado?»

3. POSICIÓN ADOPTADA POR EL TJUE

El TJUE comenzó centrando el objeto de la cuestión prejudicial en torno al análisis de la compatibilidad con la libre prestación de servicios del artículo 49 de la CE de una normativa nacional, como la controvertida (art. 54 CIR 1992), en virtud de la cual las remuneraciones de prestaciones o servicios abonadas por un contribuyente residente a una sociedad no residente no se consideran gastos profesionales deducibles cuando esta no está sujeta, en el Estado miembro en el que está establecida, a un impuesto sobre la renta o tributa, por los rendimientos de que se trate, con arreglo a un régimen impositivo considerablemente más ventajoso que aquel al que se someten dichos rendimientos en el primer Estado miembro, a menos que el contribuyente demuestre que las remuneraciones corresponden a operaciones reales y veraces y no superan los límites normales, mientras que, según la regla general, tales remuneraciones son deducibles en concepto de gastos profesionales cuando son necesarias para adquirir o conservar los rendimientos imponibles y el contribuyente justifica su realidad y su importe.

Sobre la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios

Una vez centrado el objeto de la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia procedió a analizar la eventual presencia de una restricción a la libre prestación de servicios.

Tales restricciones existen cuando una normativa nacional tiene por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro, o simplemente cuando tales medidas nacionales prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad.

El TJUE recordó que la libre prestación de servicios del artículo 49 de la CE (actual art. 56 TFUE) confiere derechos no solo al prestador de servicios, sino también al destinatario de dichos servicios²

² SSTJUE de 4 de diciembre de 2008, *Jobra*, C-330/07 (NFJ031374), Rec. p. I-9099, apartado 19, y de 22 de diciembre de 2010, *Tankreederei I*, C-287/10 (NFJ041163), Rec. p. I-0000, apartado 15; de 26 de octubre de 1999, *Eurowings Luftverkehr*,

(libre prestación de servicios pasiva, como indicó el Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el punto 51 de sus conclusiones de 29 de septiembre de 2011).

A los efectos de determinar la existencia de una restricción a la libre prestación de servicios generada por la normativa fiscal belga, el TJUE puso de manifiesto como los requisitos materiales a los que estaba sujeta la deducción de gastos profesionales/empresariales en el marco de una operación interna y de una prestación transfronteriza eran distintos.

Así, el Tribunal de Justicia identificó una regla general aplicable a operaciones de prestaciones de servicios puramente internas, de acuerdo con la cual el contribuyente debe aportar prueba de la realidad y del importe de los gastos realizados, ya que, según el Gobierno belga, la Administración tributaria da por supuesta la necesidad de estos gastos para adquirir o conservar los rendimientos imponibles. Además, con arreglo al artículo 53, número 10, del CIR 1992, el importe de los gastos no debe sobrepasar de manera desproporcionada las necesidades profesionales.

En cambio, en virtud de la regla especial (aplicable a prestaciones de servicios transfronterizas), para enervar la presunción del carácter no deducible de los gastos el contribuyente debe demostrar, por un lado, que responden a operaciones reales y veraces, lo que implica, con arreglo a la circular administrativa de carácter interpretativo del CIR 1992, demostrar que los gastos se inscriben en el marco habitual de las operaciones profesionales, que responden a una necesidad industrial, comercial o financiera y que tienen, o deben tener normalmente, una compensación en el conjunto de la actividad de la empresa. De la misma circular interpretativa se desprende que no basta, a este respecto, con presentar actos y documentos de forma jurídica válida, sino que es necesario antes que nada obtener la convicción razonable del funcionario de la Administración tributaria en lo que se refiere a la realidad y la veracidad de las operaciones de que se trate. Como señaló el Gobierno belga, el contribuyente debe demostrar la inexistencia de simulación de las operaciones profesionales a fin de obtener la deducción. Por otro lado, el contribuyente ha de demostrar que los gastos profesionales de que se trata no superan los límites normales, lo que entraña, según las explicaciones aportadas por el Gobierno belga durante la vista ante el Tribunal de Justicia, que se proceda a una comparación de la operación de que se trate con la práctica normal de los operadores en el mercado, siendo así que el artículo 53, número 10, del CIR 1992 solo excluye de la deducción, en relación con los gastos profesionales efectuados en beneficio de contribuyentes establecidos en Bélgica, los que se demuestren «desproporcionados».

A la vista de todas estas circunstancias, el TJUE consideró que la presunción de falta de deducibilidad de los gastos profesionales y los requisitos materiales a los que se subordina su posible deducción, establecidos en el artículo 54 del CIR 1992, hacen que la obtención de esta sobre la base de dicho artículo sea más difícil que cuando la deducción se concede con arreglo a la regla general establecida en el artículo 49 del mismo Código.

Junto a ello, el TJUE destaca que la regla especial del artículo 54 del CIR 1992 puede aplicarse cuando se abonan las remuneraciones a prestadores que, en virtud de lo dispuesto en la normativa del Estado miembro en el que están establecidos, no están sujetos a un impuesto sobre los rendimien-

C-294/97, Rec. p. I-7447, apartado 34; de 3 de octubre de 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C-290/04 (NFJ024304), Rec. p. I-9641, apartado 32, y de 1 de julio de 2010, *Dijkman y Dijkman-Lavaleije*, C-233/09 (NFJ038931), Rec. p. I-6649, apartado 24.

tos, o tributan, por los rendimientos de que se trate, con arreglo a un «régimen impositivo considerablemente más ventajoso que aquel al que están sometidos dichos rendimientos en Bélgica». Como admitió el propio Gobierno belga, a falta de precisiones normativas o de circulares administrativas sobre lo que debe entenderse por «un régimen impositivo considerablemente más ventajoso que aquel al que están sometidos dichos rendimientos en Bélgica», la apreciación relativa a la aplicabilidad de la regla especial se efectúa de manera casuística por la Administración tributaria, sometida al control de los tribunales nacionales. Esta circunstancia fue valorada especialmente por el TJUE que, siguiendo el criterio del Abogado General, concluyó que el ámbito de aplicación de dicha regla especial no se determina con precisión suficiente con carácter previo, y, en una situación en la que el prestador de servicios está establecido en un Estado miembro distinto del Reino de Bélgica y está sujeto en aquel a un régimen impositivo más ventajoso que aquel al que están sujetos estos rendimientos en Bélgica, existe incertidumbre en cuanto a si dicho régimen se considerará un «régimen considerablemente más ventajoso» y si, por tanto, la regla especial se aplicará.

Así las cosas, el TJUE consideró que una regla especial, que establece requisitos para obtener la deducción de los gastos profesionales más estrictos que los previstos por la regla general y cuyo ámbito de aplicación no está determinado con precisión con carácter previo, puede disuadir, por un lado, a los contribuyentes belgas de ejercer su derecho a la libre prestación de servicios y de recurrir a los servicios de prestadores establecidos en otro Estado miembro, y, por otro, a estos de ofrecer sus servicios a destinatarios establecidos en Bélgica³. Es decir, a juicio del TJUE el artículo 54 del CIR 1992 articula una restricción a la libre prestación de servicios, en el sentido del artículo 49 de la CE.

Situación objetivamente comparable

En este mismo contexto, el TJUE rechazó la argumentación esgrimida por varios Gobiernos nacionales (belga, francés y portugués) en el sentido de que un contribuyente residente que efectúa un pago a otro residente se halla en una situación objetivamente diferente de la de un contribuyente residente que efectúa un pago a un no residente que tiene derecho a un régimen fiscal considerablemente más ventajoso que el régimen belga. En esencia, se alega, por tanto, que en una situación transfronteriza el riesgo de fraude fiscal es mayor y los prestadores de servicios no están sometidos directamente al control de la Administración tributaria belga. El TJUE salió al paso frente a esta argumentación destacando que la diferencia de trato que articula la medida nacional controvertida (el art. 54 CIR 1992) no afecta a los prestadores de servicios según estén o no establecidos en Bélgica, sino a los destinatarios de los servicios residentes, que sí están directamente sometidos al control de la Administración tributaria belga. Y en relación con estos destinatarios de los servicios residentes, lo cierto es que la Administración tributaria no solo puede imponer los requisitos que han de satisfacerse para tener derecho a dicha ventaja fiscal, que garanticen que esta no se concede en los casos en los que la operación tiene por objetivo esencial eludir el impuesto normalmente adeudado, sino también proceder a los controles y verificaciones necesarios a tal fin. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia consideró que, desde el punto de vista de la Administración tributaria, el riesgo más elevado en unas situaciones que en otras carece de incidencia sobre la similitud de la situación de los destinatarios de los servicios.

³ Véase, en este sentido, la Sentencia de 6 de junio de 2003, *Skandia y Ramstedt*, C-422/01 (NFJ014747), Rec. p. I-6817, apartado 28 y jurisprudencia citada.

Sobre la justificación de la restricción a la libre prestación de servicios

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una restricción a la libre prestación de servicios solo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado CE y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más allá de lo necesario para lograrlo⁴.

Los Gobiernos belga, francés, portugués y del Reino Unido y la Comisión argumentaron que la norma controvertida en el litigio principal podría estar justificada por la lucha contra la evasión y el fraude fiscales, por la necesidad de salvaguardar el reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Por su parte, los Gobiernos francés y portugués invocaron la necesidad de proteger la eficacia de los controles fiscales.

El TJUE admitió que las causas de justificación esgrimidas constituyen razones imperiosas de interés general que (potencialmente) pueden justificar una restricción del ejercicio de las libertades comunitarias.

Ahora bien, tal posición preliminar fue complementada acto seguido a través de diversas consideraciones sobre cada una de estas causas de justificación.

La lucha contra el fraude fiscal

Así, en primer lugar, el Tribunal de Justicia analizó la eventual aplicación al caso de la justificación basada en la lucha contra el fraude fiscal, señalando que la mera circunstancia de que un contribuyente residente recurra a los servicios de un prestador de servicios no residente no puede fundamentar una presunción general de práctica abusiva ni justificar una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental⁵. El TJUE recordó que una eventual ventaja fiscal que se derive, para los prestadores de servicios, de una carga fiscal menor a la que estén sometidos en el Estado miembro en el que se hallan establecidos no puede permitir, por sí sola, que otro Estado miembro justifique un trato fiscal menos favorable de los destinatarios de los servicios establecidos en este último Estado⁶. También se reiteraron aquí las condiciones bajo las cuales puede justificarse una restricción a la libre prestación de servicios invocando motivos de lucha contra el fraude y la evasión fiscales, de suerte que el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional⁷.

⁴ Véanse, en particular, las Sentencias de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C-398/95, Rec. p. I-3091, apartado 21; de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. p. I-11767, apartado 101, y *Jobra*, antes citada, apartado 27.

⁵ Véanse, por analogía, las Sentencias de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00 (NFJ013486), Rec. p. I-10829, apartado 62; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04 (NFJ023535), Rec. p. I-7995, apartado 50; de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04 (NFJ024996), Rec. p. I-2107, apartado 73; de 17 de enero de 2008, *Lammers & Van Cleeff*, C-105/07 (NFJ026981), Rec. p. I-173, apartado 27, y *Jobra*, antes citada, apartado 37).

⁶ SSTJUE en los asuntos *Eurowings Luftverkehrs*, apartado 44, y *Skandia y Ramstedt*, apartado 52.

⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias en los asuntos *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas*, apartado 55, y *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apartado 74.

Una vez expuestos los principios que fundamentan esta causa de justificación, el Tribunal procedió a su aplicación al caso. Así, el TJUE consideró que el artículo 54 del CIR 1992 tiene por objeto obstaculizar comportamientos consistentes en disminuir la base imponible de los contribuyentes residentes remunerando prestaciones de servicios inexistentes con el único objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional. Al establecer que las remuneraciones abonadas a los prestadores no residentes no se consideran gastos profesionales a menos que el contribuyente justifique que responden a operaciones reales y veraces y no sobrepasen los límites normales, la norma controvertida, a juicio del TJUE, permite alcanzar el objetivo de prevención del fraude y la evasión fiscal.

La eficacia de los controles fiscales

En segundo lugar, el TJUE consideró la justificación de la medida nacional cuestionada atendiendo a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que pueden acogerse a esta razón imperiosa de interés general aquellas medidas que, al objeto de garantizar la eficacia de los controles tributarios, que tienen por objeto la lucha contra el fraude fiscal, permiten la verificación, de forma clara y precisa, del importe de los gastos deducibles en dicho Estado en concepto de gastos profesionales⁸. A juicio del Tribunal de Justicia, la norma belga controvertida cumple con estos parámetros, en la medida en que no excluye de manera absoluta la deducción en concepto de gastos profesionales de las remuneraciones abonadas a prestadores que, en virtud de la normativa del Estado miembro en el que están establecidos, no están sometidos a un impuesto sobre los rendimientos o están sometidos, en relación con los rendimientos de que se trata, a un régimen tributario considerablemente más ventajoso que aquel al que están sujetos dichos rendimientos en Bélgica, sino que permite a los contribuyentes residentes aportar prueba de la realidad y la veracidad de las operaciones efectuadas y del carácter normal de los gastos realizados.

El reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros

En relación con esta causa de justificación, el TJUE recordó que puede admitirse, en particular, cuando el régimen de que se trata tiene por objeto prevenir conductas que pueden poner en entredicho el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio⁹. Se consideró que los comportamientos consistentes en disminuir la base imponible de los contribuyentes residentes remunerando servicios inexistentes pueden poner en entredicho el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas por los contribuyentes residentes en su territorio y menoscabar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros¹⁰, y, por consiguiente, en la medida en que la norma controvertida obstaculiza comportamientos fraudulentos como los descritos permite de este modo al Estado belga ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio, esta norma puede permitir la salvaguardia del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

⁸ Véanse, en este sentido, las Sentencias de 8 de julio de 1999, *Baxter y otros*, C-254/97, Rec. p. I-4809, apartado 18; de 10 de marzo de 2005, *Laboratoires Fournier*, C-39/04, Rec. p. I-2057, apartado 24, y de 13 de marzo de 2008, *Comisión/España*, C-248/06 (NFJ028748), apartado 34.

⁹ Véase la Sentencia de 21 de enero de 2010, *SGI*, C-311/08 (NFJ036705), Rec. p. I-487, apartado 60 y jurisprudencia citada.

¹⁰ Véase la sentencia *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, antes citada, apartado 56.

Por tanto, el TJUE consideró que una cláusula específica antifraude como la establecida en el artículo 54 del CIR 1992 es apta para alcanzar los objetivos de la prevención del fraude y la evasión fiscales, de la salvaguardia de la eficacia de los controles fiscales y del reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros, que, como se deduce de lo que antecede, están estrechamente ligados en este contexto.

Test de proporcionalidad de la medida

Finalmente, el Tribunal de Justicia analizó si la norma cumplía con el test de proporcionalidad, esto es, si iba más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos legítimos que persigue. El análisis del TJUE basculó en gran medida sobre los principios establecidos en otras sentencias donde se abordó esta cuestión en relación con cláusulas antiabuso.

Así, en primer lugar, el Tribunal de Justicia señaló que de acuerdo con su jurisprudencia, puede considerarse que no va más allá de lo necesario para evitar prácticas abusivas una normativa nacional que se basa en un examen de elementos objetivos y verificables para determinar si una transacción presenta el carácter de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales y en virtud de la cual, en cada caso en que no cabe excluir la existencia de tal montaje, el contribuyente puede presentar, sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró dicha transacción¹¹.

En segundo lugar, el TJUE trajo a colación su jurisprudencia *Cadbury Schweppes* de acuerdo con la cual ni los motivos fiscales ni la circunstancia de que las mismas operaciones podrían haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que está domiciliado el contribuyente pueden, por sí mismos, permitir llegar a la conclusión de que las operaciones de que se trata son irreales y mendaces¹².

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia recordó que, cuando la transacción en cuestión va más allá de lo que las sociedades interesadas habrían convenido en circunstancias de plena competencia, para no ser considerada desproporcionada, la medida fiscal correctora debe limitarse a la fracción que supere lo que habría sido convenido en tales circunstancias¹³.

Una vez expuestos los principios que deben observarse para que pueda considerarse cumplido el test de proporcionalidad, el TJUE procedió a su aplicación a la cláusula antifraude nacional controvertida, declarando que, siempre que se cumplan los referidos principios, no parece que, por sí misma, la necesidad de aportar prueba de la realidad y de la veracidad de las operaciones y del carácter normal de los gastos realizados vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos buscados.

Es decir, el TJUE vino a confirmar que la restricción generada por la medida nacional estaba justificada por determinadas razones imperiosas de interés general de naturaleza fiscal, así como que los objetivos perseguidos y los medios articulados para lograr tales objetivos en principio podrían supe-

¹¹ Véase, en este sentido, la sentencia *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, antes citada, apartado 82.

¹² Apartado 69 de la sentencia *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas*, antes citada.

¹³ Apartado 72 de la sentencia *SGI*, antes citada.

rar el test de proporcionalidad, siempre que en la práctica se observen los principios expuestos anteriormente. De esta forma, la articulación de requisitos materiales más gravosos en relación con operaciones transfronterizas respecto de las puramente internas en principio no resulta prohibida en determinadas condiciones (principios de compatibilidad UE que deben observar las cláusulas antiabuso nacionales).

Ahora bien, el TJUE terminó cuestionando la compatibilidad con el Derecho de la UE de la cláusula antifraude controvertida, considerando como su configuración técnica generaba restricciones excesivas debido a la incertidumbre sobre sus presupuestos y ámbito de aplicación.

De esta forma, el Tribunal de Justicia, siguiendo en este punto al Abogado General Sr. P. Cruz Villalón (punto 71 de sus conclusiones), destacó que la referida cláusula antifraude especial puede aplicarse cuando se abonan remuneraciones a prestadores que, en virtud de la normativa del Estado miembro en el que están establecidos, no están sujetos a un impuesto sobre la renta o tributan, por los rendimientos de que se trate, con arreglo a un régimen impositivo considerablemente más ventajoso que aquel al que están sujetos dichos rendimientos en Bélgica. Y, por tanto, tal cláusula o medida impone al contribuyente belga justificar sistemáticamente la realidad y la veracidad de todas las prestaciones y demostrar el carácter normal de todas las remuneraciones vinculadas a estas, sin que la Administración esté obligada a demostrar la existencia siquiera de un indicio de fraude o de evasión fiscales. Ello implica que esta cláusula especial genera una suerte de «presunción de fraude» que permite su aplicación a falta de cualquier criterio objetivo y comprobable por terceros y que pueda servir de indicio de la existencia de un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional, teniendo en cuenta únicamente el nivel impositivo del prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecido.

El TJUE dio un paso más a la hora de establecer los límites impuestos por el Derecho de la UE frente a cláusulas antiabuso y antifraude que generen restricciones fiscales a las libertades fundamentales del TFUE. Estas cláusulas deben cumplir con una serie de requisitos materiales muy vinculados al concepto de abuso que maneja el TJUE (test de especificidad y artificiosidad) pero también deben estar configuradas de forma compatible con el principio de seguridad jurídica para que no se considere que generan restricciones excesivas o desproporcionadas a raíz del nivel de incertidumbre sobre su ámbito de aplicación.

Así es como habría que entender, en nuestra modesta opinión, las declaraciones del TJUE en los puntos 57 a 59 de la sentencia *SIAT*. En concreto, el Tribunal de Justicia declaró que la cláusula nacional controvertida no permite determinar con carácter previo y con la precisión suficiente su ámbito de aplicación y deja subsistir dudas en cuanto a su aplicabilidad, y en consecuencia, tal medida no cumple los requisitos de la seguridad jurídica, que exige que las normas jurídicas sean claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos, en particular cuando puedan entrañar consecuencias desfavorables para los individuos y las empresas¹⁴. Una regla que no cumple los requisitos del principio de seguridad jurídica no puede considerarse proporcionada a los objetivos perseguidos.

¹⁴ El TJUE citó los siguientes precedentes: Sentencias de 7 de junio de 2005, *VEMW y otros*, C-17/03, Rec. p. I-4983, apartado 80, y de 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone*, C-72/10 y C-77/10, Rec. p. I-0000, apartado 74.

Así las cosas, el TJUE respondió a la cuestión planteada en el sentido de que el artículo 49 de la CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual las remuneraciones de prestaciones o servicios abonadas por un contribuyente residente a una sociedad no residente no se consideran gastos profesionales deducibles cuando esta no está sujeta, en el Estado miembro en el que está establecida, a un impuesto sobre la renta o tributa, por los rendimientos de que se trate, con arreglo a un régimen impositivo considerablemente más ventajoso que el aplicable a estos en el primer Estado miembro, a menos que el contribuyente demuestre que las remuneraciones corresponden a operaciones reales y veraces y no superan los límites normales, mientras que, según la regla general, tales remuneraciones son deducibles en concepto de gastos profesionales cuando son necesarias para adquirir o conservar los rendimientos imponibles y el contribuyente justifica su realidad e importe.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TJUE: LAS IMPLICACIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DE SEGURIDAD JURÍDICA PARA LA CONFIGURACIÓN DE CLÁUSULAS DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y CONTRA LA EVASIÓN FISCAL QUE GENEREN RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DEL TFUE

La sentencia del TJUE en el asunto *SIAT* suscita un buen número de consideraciones de distinto orden que van desde la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho UE, pasando por los principios materiales y formales derivados de la jurisprudencia comunitaria en materia de cláusulas antifraude y contra la evasión fiscal, hasta las implicaciones derivadas del principio comunitario de seguridad jurídica para la configuración de cláusulas contra el fraude y la evasión fiscal que generen restricciones al ejercicio de las libertades fundamentales del TFUE.

La primera cuestión que nos ha llamado la atención reside en la falta de cuestionamiento de la propia aplicación de la libre prestación de servicios, considerando como el prestador del servicio lo integra una sociedad *holding* luxemburguesa de 1929 cabecera de un grupo nacional de un país tercero (Nigeria). Como se sabe, el TJUE ha venido estableciendo un test de actividad económica como requisito para la aplicación de las libertades comunitarias de libre circulación de personas, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales, de suerte que tal requisito de conexión económico-territorial no se analizó en el caso que nos ocupa¹⁵. En concreto, tal condicionante requiere que las personas realicen de forma efectiva una actividad económica genuina¹⁶. Tal test se ha aplicado de forma muy laxa en la medida en que se considera que una actividad económica es toda actividad dirigida a la obtención de renta, sin importar el sector económico, el marco legal y el tiempo o cantidad de renta obtenida o incluso si se generan pérdidas¹⁷. Solo excepcionalmente una actividad es excluida del ámbito de apli-

¹⁵ Véase la STJUE de 3 de noviembre de 2006, C-452/04, *Fidium Finanz*, así como lo expuesto por CRAIG y DE BURCA, *EU Law*, Oxford University Press, 2004, pág. 801.

¹⁶ SSTJUE en los casos *Levin* C-53/81, y *Factormate* C-221/89.

¹⁷ SSTJUE en los casos *Walrave and Kich* C-36/74, *Lawrie-Blum* C-66/85, *Deliege* C-51/96, *Bosman* C-415/93, *Kempf* C-139/85, *ICI* C-264/96 (NFJ006465), entre otros. En el ámbito de la libre circulación de mercancías se considera que los términos «bienes» o «productos» deben entenderse como algo susceptible de valoración monetaria y de ser objeto de transacciones comerciales, sin que posea relevancia que las personas realicen movimientos de bienes como particulares o como parte de su actividad empresarial (caso *Comisión/Italia* C-7/68).

cación del Derecho UE si se trata de una actividad ilegal¹⁸ o representa un aspecto marginal o residual respecto de una actividad principal no económica¹⁹. Este test apenas ha suscitado controversia hasta la fecha en el marco de la jurisprudencia comunitaria tributaria, aunque suscita muchas dudas en la práctica. Quizás el caso *Cadbury Schweppes*²⁰ constituya el asunto donde se haya puesto de manifiesto con mayor énfasis este condicionante; a este respecto, el TJUE destacó que la libertad de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada y en tal sentido supone una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en este²¹. La constitución de una sociedad con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable está amparada por la libertad de establecimiento si se realiza una actividad económica genuina, lo cual puede incluir las actividades realizadas por sociedades *holding* cuando poseen un adecuado nivel de sustancia y no constituyen sociedades fantasma o pantalla²². Estas consideraciones son, lógicamente, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de los artículos 18 y 33 del TFUE que protegen situaciones (no internas) donde no concurre actividad económica sustancial²³. En este orden de cosas, no puede perderse de vista la matización de la jurisprudencia *Cadbury Schweppes* realizada por el TJUE en su sentencia *Schmelz* [de 26 de octubre de 2010, C-97/09 (NFJ040478)] cuando declaró (punto 38) que «para que puedan aplicarse las disposiciones relativas al Derecho de establecimiento, es necesario, en principio, que se garantice una presencia permanente en el Estado miembro de acogida y, en caso de adquisición y posesión de bienes inmuebles, *que la gestión de dichos bienes sea activa* (sentencia *Centro di Musicologia Walter Stauffer*). Tal presencia permanente debe poder comprobarse sobre la base de elementos objetivos y verificables por terceros, relativos, en particular, al nivel de existencia física por lo que a locales, personal y equipos se refiere [véase, en este sentido, la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04 (NFJ023535), apartado 67]»²⁴.

¹⁸ Caso *Happy Family*, C-289/86 (NFJ000425).

¹⁹ Casos *Kuyken*, C-66/77; *Meade*, C-238/83, y, *Brown* C-197/86.

²⁰ C-196/04 (NFJ023535).

²¹ Casos *Inspire Art*, C-176/01, y *Centros*, C-212/97 (NFJ044265).

²² Caso *Eurofood*, C-341/04, e *ICI*, C-264/96 (NFJ006465). La Comisión UE considera que la determinación de la existencia de un montaje puramente abusivo o totalmente artificial respecto de la interposición de sociedades *holding* o de prestación de determinados servicios financieros puede requerir un análisis más flexible respecto del test de sustancia relativo a los medios humanos y materiales con los que cuenta la entidad establecida en el territorio de un Estado miembro [COM(2007)785 final, sobre la aplicación de medidas antiabuso en materia de imposición directa]. La mayoría de los Estados miembros han articulado distintas medidas antiabuso dirigidas a limitar sustancialmente la aplicación de las Directivas 90/435/CEE y 2003/49/CE cuando las entidades comunitarias son controladas por residentes de países terceros, a menos que se acredite por el contribuyente un sólido propósito empresarial de la estructura societaria (la función económica de la sociedad interpuesta europea) y la concurrencia de medios humanos y materiales adecuados (*vid.* PicQ, «Abuse of EU Holding Companies: Fundamental Freedoms, EC Parent-Subsidiary Directive and French Constitution—Part 1», *European Taxation* October 2009, pág. 471 y ss.). Se considera que tanto la asimilación de control de una sociedad por accionistas no comunitarios a una situación abusiva, como la propia disparidad de enfoques antiabuso en la UE frente a estas situaciones son contrarias al Derecho UE y perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado interior.

²³ Por ejemplo, se ha considerado que estudiantes y turistas temporalmente residentes en un Estado miembro como receptores de servicios (financieros) están protegidos por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. SSTJUE en los casos *Gravier* C-293/83, *Cowan* C-186/87 y *Comisión/España* C-45/93.

²⁴ Algunos autores han insistido en que la gestión y explotación de activos (v. gr., bienes inmuebles, instrumentos financieros, propiedad industrial e intelectual, participaciones accionariales) realizada a través de la correspondiente organización de medios humanos y materiales adecuada a tal actividad puede constituir una «actividad económica» en el sentido establecido por el TJUE en la jurisprudencia *Cadbury Schweppes*, pues de otro modo se estaría estableciendo una diferencia de trato entre las actividades de producción o comercialización de bienes y las de prestación de servicios, lo cual no se ajusta con

Una segunda línea de consideraciones, más centradas en el núcleo duro de la sentencia, tiene que ver con el análisis que hace el TJUE de las cláusulas específicas antiabuso desde una perspectiva de Derecho Comunitario.

En primer término, resulta llamativa la caracterización que hace el TJUE de la medida nacional especial (art. 53 CIR 1992) que establece una presunción (*iuris tantum*) de fraude y evasión fiscal en relación con operaciones de prestaciones de servicios (y licencias de intangibles) transfronterizas. El Tribunal de Justicia adopta una posición poco clara en este punto, alternando la calificación de la norma fiscal belga como una medida nacional antielusión cuyo objetivo es prevenir los montajes abusivos, con su consideración como una cláusula de control fiscal al servicio de la lucha contra el fraude fiscal. Lógicamente, ambas caracterizaciones son compatibles ya que persiguen la tutela del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de los Estados y en tal sentido protegen el derecho de estos a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio (territorialidad fiscal). Es cierto que la caracterización que lleva a cabo el TJUE tiene lugar en el marco del análisis de las justificaciones esgrimidas por los diferentes gobiernos nacionales y por la propia Comisión para establecer la compatibilidad de la medida con el Derecho de la UE. Y en este sentido cabe señalar como hasta la fecha el Tribunal de Justicia venía estableciendo una distinción más nítida entre la línea de jurisprudencia comunitaria relativa a la justificación basada en la prevención del fraude y la evasión fiscal (la relativa a cláusulas antiabuso) y su doctrina sobre la causa de justificación basada en las medidas dirigidas a proteger la eficacia de los controles o la supervisión fiscal al servicio de la lucha contra el fraude fiscal. En el caso *SIAT*, parece que el TJUE evita trazar un criterio de distinción entre estas dos razones imperiosas de interés general de carácter fiscal, más bien parece que pierden autonomía y, en un buen número de casos, podrían solaparse. Ello podría obedecer a la propia evolución del concepto comunitario de abuso que ha ido elaborando el TJUE, de suerte que, cuando menos a partir de la sentencia *Halifax*, la noción comunitaria de «práctica abusiva» comprende tanto los casos de simulación, las estructuras fraudulentas y los supuestos de fraude de ley/abuso²⁵. Las grandes diferencias que existen entre los distintos Estados miembros sobre estas categorías que, cuando menos teóricamente, se vienen diferenciando en algunos ordenamientos como el español o el alemán, podrían haber aconsejado al TJUE operar con carácter general con un concepto omnicompreensivo de abuso o de práctica abusiva²⁶.

En nuestra modesta opinión, podría tener más sentido caracterizar la presunción de fraude fiscal belga con una cláusula antisimulación articulada para garantizar la eficacia de los controles fiscales²⁷.

los principios del Derecho UE. La cuestión relativa al cumplimiento del nivel de sustancia económica suficiente para el desarrollo o realización de una actividad económica genuina debe ponerse en correlación con el tipo de actividad específica de que se trate, dado que los medios humanos y materiales necesarios para realizar una actividad están estrechamente ligados al sector específico e incluso a la forma de organización, aunque se viene entendiendo que una subcontratación total o sustancial de la actividad económica puede ser difícil de coherenar con el cumplimiento de los requisitos de ejercicio de actividad económica y sustancia establecidos por el TJUE. *Vid.* ROBERT y TOF, «The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market», *European Taxation*, vol. 51, n.º 11, 2011.

²⁵ DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, IBFD, Ámsterdam, 2008, pág. 808 y ss.; y MARTÍN JIMÉNEZ, «Hacia un concepto unitario de abuso del Derecho Tributario de la UE», *Quincena Fiscal*, n.º 7, abril, 2012, págs. 59-110.

²⁶ FREEDMAN, «The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction: Abuse of Law in a Tax Context at Member State and EU Level», en DE LA FEIRA y VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart, Oxford, 2011, pág. 374 y ss.

²⁷ El Gobierno belga la calificó como una «presunción legal de simulación». Véase el apartado 24 de las Conclusiones, de 29 de septiembre de 2011, del Abogado General Sr. Cruz Villalón.

En esta línea se mueve, cuando menos aparentemente y no sin ciertas vacilaciones, la opinión del Abogado General Sr. Cruz Villalón que indicó que «el legislador nacional ha establecido una presunción general de fraude con ocasión de todos los gastos profesionales contraídos por un contribuyente belga con un prestador de servicios no residente por el mero hecho de que está establecido en un Estado miembro cuya fiscalidad de los rendimientos es muy inferior a la que existe en Bélgica»²⁸; el Abogado General también puso de manifiesto que el objetivo principal de la norma controvertida era luchar contra el fraude y la evasión fiscal o los abusos y, más concretamente, proteger al Estado belga contra la práctica de los gastos profesionales irreales, mendaces y anormales, aunque precisó que la norma debía examinarse en esencia como dispositivo de lucha contra el fraude fiscal al articular exigencias dirigidas a disuadir a los contribuyentes de dedicarse a prácticas fraudulentas por simulación o exageración, declaración de operaciones ficticias o sobrefacturadas.

Posiblemente, el hecho de que la norma belga pueda proyectarse sobre un amplio espectro de comportamientos fraudulentos (facturas falsas, operaciones ficticias, simulaciones y operaciones que impliquen «sobrefacturación») haya conducido tanto al Abogado General como al propio TJUE a considerar la cláusula controvertida bajo los parámetros de la jurisprudencia relativa a cláusulas antiabuso y la establecida en relación con las medidas que protegen la eficacia de los controles fiscales. No obstante, pensamos que la razón imperiosa de interés general basada en la eficacia de los controles fiscales en sí misma resultaría suficiente para justificar la restricción generada por la norma belga (sin perjuicio de la aplicación del test de proporcionalidad), toda vez que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, tal fundamento ha sido considerado válido por el TJUE para justificar requisitos procedimentales especiales o presunciones de fraude fiscal aplicables únicamente en situaciones transfronterizas (*inbound/outbound*), allí donde se ha demostrado la presencia de mayores posibilidades de fraude o de especiales dificultades administrativas para ejercer el control fiscal por parte de las autoridades fiscales a la hora de verificar el cumplimiento de los requisitos materiales para aplicar una ventaja fiscal por un contribuyente considerando la presencia de un elemento transfronterizo que dificultaba tal supervisión fiscal²⁹. De esta forma, esta causa de justificación permite con carácter general articular presunciones *iuris tantum* de fraude y evasión fiscal que alteran las reglas de la carga de la prueba o exigir pruebas al contribuyente que acrediten que cumple con los requisitos materiales para aplicar una ventaja fiscal, pero sin soportar dificultades administrativas excesivas o desproporcionadas que hagan prácticamente imposible la aplicación de la ventaja fiscal de que se trate³⁰. Por tanto, esta causa de justificación, con carácter general, vendría a requerir la presencia de una situación transfronteriza que potencialmente plantee problemas o dificultades de control fiscal a las autoridades fiscales, de manera que resulte razonable establecer mecanismos procedimentales especiales para permitir tal control fiscal, sin que ello genere restricciones desproporcionadas. Así, pues, estaríamos ante dos causas de justificación de restricciones fiscales que el TJUE viene considerando autónomas, pero que en determinados casos pueden solaparse o resultar de aplicación cumulativa.

²⁸ Apartado 27 de las Conclusiones, de 29 de septiembre de 2011, del Abogado General Sr. Cruz Villalón.

²⁹ Cfr. VAN THIEL, S.: *Free Movement of Persons and Income Tax Law: the European Court in Search of Principles*, IBFD, Ámsterdam, 2001, págs. 616-626.

³⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia de 10 de febrero de 2011, *Haribo Salinen*, C-436/08 y C-437/08 (NFJ041413), donde indicó que los Estados miembros no pueden condicionar la aplicación del método de imputación para eliminar la doble imposición económica internacional a que el contribuyente aporte pruebas que genera una carga administrativa excesiva que tenga como consecuencia que este no pueda beneficiarse de tal método en un buen número de ocasiones.

Una tercera reflexión que nos suscita esta jurisprudencia *SIAT* tendría que ver con la posición adoptada por el TJUE sobre la admisibilidad general de las cláusulas nacionales que articulan presunciones de fraude fiscal con carácter discriminatorio, esto es, aplicables únicamente en un contexto transfronterizo. En el caso que nos ocupa, existía una cláusula general aplicable a operaciones internas que partía de la deducibilidad de los gastos profesionales, aunque sometía tal efecto fiscal a la prueba de los requisitos habituales, a saber: a) correlación del gasto con la actividad económica; b) justificación de la realidad e importe del gasto a través de cualquier prueba admisible en Derecho (salvo el juramento), y c) contabilización. Sin embargo, la cláusula específica aplicable a supuestos de prestaciones de servicios transfronterizos con operadores establecidos en Estados con fiscalidad más ventajosa que la belga, articulaba un régimen distinto que hacía mucho más difícil la deducción del gasto para el prestatario residente. Así, el artículo 54 del CIR 1992 partía del principio de no deducibilidad del gasto en estos casos, es decir, la posición del contribuyente y de la Administración era distinta en virtud de la presunción de fraude articulada por la norma que venía a establecer una carga de la prueba reforzada a cargo del contribuyente. En efecto, el contribuyente en estos casos debía probar, además del cumplimiento de los requisitos antes indicados, que tales gastos no «sobrepasan los límites normales». Tal requisito se viene interpretando en el sentido de que el contribuyente debe comparar la operación de que se trata con la práctica normal entre operadores económicos que actúan en el mercado a efectos de poder acreditar que los gastos no son anormales o desproporcionados en relación con la «práctica habitual».

A este respecto, el TJUE, como ya vimos en el epígrafe precedente, termina considerando justificada la medida nacional que articula la presunción de fraude que bascula sobre el régimen fiscal más ventajoso del que disfruta el prestador del servicio. Es decir, el Tribunal de Justicia admite las cláusulas antifraude y contra la evasión fiscal discriminatorias, incluso cuando pivotan sobre un criterio como el del régimen fiscal más ventajoso aplicable en otro Estado miembro que, para el propio Tribunal, en sí mismo no es revelador o indicativo de fraude, evasión o montaje puramente abusivo o totalmente artificial. De esta forma, el TJUE termina admitiendo en este contexto no armonizado que determinado tipo de cláusulas antiabuso pueden construirse partiendo de criterios que en sí mismos no son determinantes de conductas de fraude o evasión fiscal³¹; el disfrute de una ventaja fiscal, como es la menor tri-

³¹ Esta posición que contrasta en cierta medida con pronunciamientos en el contexto armonizado del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), donde el TJUE rechaza que las autoridades fiscales limiten el derecho a la deducción del IVA soportado en ausencia de indicios de irregularidades por parte del proveedor de bienes o servicios. Así, en la Sentencia de 21 de junio de 2012, asuntos: C-80/11 y C-142/11 (NFJ047391), *Mahagében Kft*, el TJUE abordó la interpretación de la Directiva 2006/112/CE en relación con dos situaciones donde la Administración tributaria húngara niega el derecho a la deducción del IVA soportado por varios operadores económicos al considerar que no adoptaron una posición suficientemente diligente en lo referente al control o supervisión del proveedor de los bienes o servicios. El TJUE salió al paso frente a estos planteamientos declarando lo siguiente:

- El contribuyente tiene derecho a la deducción del IVA cuando acredita la concurrencia de las formalidades establecidas por la normativa comunitaria (factura completa), esto es, aporta elementos indicativos de apariencia de buen derecho en relación con la transacción y la repercusión correcta del impuesto por parte del proveedor que no despierta sospechas o presente indicios de irregularidades fiscales. La carga de la prueba sobre la existencia de fraude o montaje abusivo en el que esté involucrado el contribuyente que soportó el IVA le corresponde a las autoridades fiscales. La Administración tributaria para poder denegar el derecho a la deducción del IVA debe acreditar mediante datos objetivos que el sujeto pasivo a quien se suministraron los bienes o servicios en los que se base el derecho a deducción sabía o debía haber sabido que dicha operación formaba parte de un fraude cometido por el suministrador u otro operador anterior. De no probarse tal circunstancia no cabe denegar el derecho a la deducción, ya que ello instauraría un sistema de responsabilidad objetiva que iría más allá de lo necesario para preservar los derechos de la Hacienda Pública.
- Los operadores que adoptan todas las medidas razonablemente exigibles para cerciorarse de que sus operaciones no están implicadas en un fraude, ya se trate de fraude en IVA o de otros fraudes, deben poder confiar en la legalidad de dichas operaciones sin incurrir en el riesgo de perder su derecho a deducir el IVA soportado.

butación derivada de la legislación de un Estado miembro, forma parte de los beneficios y reglas de funcionamiento del mercado interior y en tal sentido tal aprovechamiento de un régimen fiscal más ventajoso en sí mismo no es revelador o constitutivo de abuso. En este sentido, el TJUE, tras admitir la justificación de la cláusula antifraude belga, llegó a afirmar que «dicha regla especial puede aplicarse a falta de cualquier criterio objetivo y comprobable por terceros y que pueda servir de indicio de la existencia de un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional, teniendo en cuenta únicamente el nivel impositivo del prestador de servicios en el Estado miembro en el que está establecido»³². No obstante, el Tribunal de Justicia constató que la medida nacional se proyectaba sobre situaciones donde concurría un potencial riesgo fiscal (de fraude o evasión fiscal) para la Hacienda Pública del Estado miembro, de manera que la medida era adecuada para prevenir el potencial fraude o evasión fiscal que podía producir en estos casos, al margen de que la medida no pivotara sobre presupuestos indicativos de abuso y además fuera discriminatoria.

Ahora bien, esta doctrina que admite la articulación de presunciones de fraude y evasión fiscal discriminatorias y establecidas sobre criterios no indicativos de montajes abusivos quedó sujeta a dos importantes limitaciones. El TJUE estableció dos grandes contrapesos a los que quedan sujetas las autoridades nacionales a la hora de configurar y aplicar estas cláusulas antiabuso.

Por un lado, el TJUE recordó los principios a los que está sujeta la aplicación de cláusulas cuyo objetivo sea la prevención del fraude y la evasión fiscal, a saber³³:

- La regla de especificidad: la cláusula antiabuso únicamente puede proyectarse sobre prácticas abusivas, no pudiendo capturar operaciones legítimas o no anómalas.
- La existencia de prácticas abusivas debe establecerse a partir de un examen casuístico de elementos objetivos y verificables por terceros para determinar si la transacción presenta el carácter de montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales.
- El contribuyente debe poder presentar, sin estar sujeto a restricciones excesivas, elementos relativos a los posibles motivos comerciales por los que se celebró la transacción.

- La exigencia de tales medidas de «diligencia debida» no pueden ser desproporcionadas y en todo caso deben ser objeto de examen casuístico dependiendo de las circunstancias del caso.
- Cuando existan indicios que permitan sospechar de la existencia de irregularidades o de un fraude, un operador atento podría, según las circunstancias del caso, verse obligado a informarse acerca de otro operador con el fin de cerciorarse de su fiabilidad.
- Sin embargo, la Administración tributaria no puede exigir de manera general al sujeto pasivo que desea ejercer el derecho a deducir el IVA que, por un lado, verifique que el emisor de la factura relativa a los bienes y servicios por los que se solicita el ejercicio de ese derecho tiene la condición de sujeto pasivo, que disponía de los bienes en cuestión y estaba en condiciones de suministrarlos y que cumplió con sus obligaciones en materia de declaración e ingreso del IVA, con el fin de cerciorarse de que no existen irregularidades ni un fraude por parte de los operadores anteriores ni, por otro lado, que disponga documentación al respecto. Según el TJUE, tal función de control le corresponde a las autoridades fiscales y no puede ser trasladada íntegramente a los contribuyentes. *Vid.*, ÁLVAREZ BARBEITO, *El deber de vigilar las obligaciones fiscales de terceros en el IVA*, CEF, Madrid, 2012.

³² Apartado 56 de la sentencia del TJUE en el caso *SIAT*.

³³ *Vid.* a este respecto la brillante exposición de MARTÍN JIMÉNEZ, «Hacia un concepto unitario de abuso del Derecho Tributario de la UE», *op. cit.*, págs. 59-110.

- La mera existencia de una motivación fiscal, o la circunstancia de que las mismas operaciones podrían haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que está domiciliado el contribuyente pueden por sí mismos permitir llegar a la conclusión de que las operaciones de que se trate son irreales o mendaces.
- Allí donde la transacción en cuestión va más allá de lo que las sociedades afectadas habrían convenido en circunstancias de plena competencia, para no ser considerada desproporcionada, la medida fiscal correctora debe limitarse a la fracción que supere lo que habría convenido en tales circunstancias (principio *arm's length* como parte del test de proporcionalidad).

Conviene insistir en que, de acuerdo con tales principios, la mera existencia de una motivación fiscal no es suficiente para considerar que estamos ante una práctica abusiva, de manera que la existencia de otros propósitos de negocios o económicos o jurídicos, o la presencia de una sustancia económica suficiente para realizar la actividad protegida por los fines de la norma comunitaria de cobertura excluyen la existencia de tal práctica abusiva. Igualmente, el Tribunal de Justicia destacó también en esta sentencia (*SIAT*) que la realización o localización de una actividad en un Estado miembro distinto del de residencia del contribuyente no permite concluir por sí mismo que estemos ante montajes abusivos, lo cual posee relevancia, por ejemplo, a los efectos de la aplicación de la cláusula antiabuso establecida en los artículos 21.3 b) y 22.4 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS, en adelante). Debe recordarse igualmente que estos principios no solo operan frente a discriminaciones fiscales articuladas en el plano normativo sino también frente a «prácticas administrativas» restrictivas o discriminatorias, de manera que, por ejemplo, una práctica administrativa discriminatoria en materia de servicios intragrupo o *management fees* según se trate de una operación puramente interna o transfronteriza (comunitaria) puede plantear problemas de compatibilidad con el Derecho Comunitario, tal y como se estableció en la jurisprudencia *Vestergaard*³⁴.

Por otro lado, el segundo gran contrapeso articulado por el TJUE consiste en la exigencia de que las cláusulas contra el fraude y la evasión fiscal estén configuradas de forma compatible con el principio de seguridad jurídica, toda vez que de otro modo se considerará que generan restricciones excesivas o desproporcionadas a raíz del nivel de incertidumbre sobre su ámbito de aplicación. En el caso *SIAT*, el Tribunal de Justicia entendió que uno de los requisitos esenciales sobre los que pivotaba la aplicación de la norma controvertida no estaba definido con precisión suficiente con carácter previo y ello generaba dudas en cuanto a la aplicabilidad de la norma que pueden entrañar consecuencias desfavorables para los individuos y las empresas, restringiendo las libertades fundamentales protegidas por el TFUE. En concreto, la norma no determinaba con precisión suficiente con carácter previo cuando el prestador estaba sujeto a un régimen fiscal más ventajoso que aquel al que están sujetos los rendimientos en Bélgica, de suerte que tal cuestión se verificaba a posteriori de forma casuística por las autoridades nacionales con sujeción a la función revisora de los tribunales³⁵.

³⁴ En esta sentencia, el TJUE consideró contraria a la libre prestación de servicios una práctica administrativa que denegaba la deducibilidad de determinados gastos profesionales presumiendo que la participación en cursos de formación profesional en lugares que constituían destinos turísticos habituales en el extranjero encubría actividades generadoras de gastos no deducibles [STJUE de 28 de octubre de 1999, *Vestergaard*, C-55/98 (NFJ009071)]. Sobre esta cuestión, *vid.* también: RODRÍGUEZ-BEREJO LEÓN, «La carga de la prueba en el Derecho Tributario: su aplicación en las normas tributarias antiabuso y en la doctrina del TJUE», *RCyT*, CEF, n.º 344, 2011, pág. 5 y ss.

³⁵ Véase el punto 25 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Cruz Villalón.

Cabe destacar a este respecto como el TJUE hasta la fecha se había limitado, fundamentalmente, a aplicar el principio de seguridad jurídica frente a normas comunitarias o disposiciones nacionales que transponían o implementaban una regulación comunitaria (ámbito armonizado), o frente a actuaciones de las instituciones comunitarias que podrían generar confianza legítima o incertidumbre en los operadores económicos sobre el alcance del Derecho Comunitario (por ejemplo, en materia de prohibición de ayudas de Estado). En todos estos casos, el Tribunal de Justicia había puesto de manifiesto como el principio de seguridad jurídica constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que exige, particularmente, que una normativa establezca gravámenes para el contribuyente sea clara y precisa, con el fin de que este pueda conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones, y adoptar las medidas oportunas³⁶.

En este sentido, podría afirmarse que el TJUE ha introducido una nueva exigencia que deben cumplir las cláusulas nacionales contra el fraude y la evasión fiscal (incluso las que operan en un marco no armonizado), de manera que deben estar configuradas de manera que los operadores económicos puedan determinar con carácter previo y precisión suficiente el ámbito de aplicación de tales disposiciones, allí donde generan restricciones desproporcionadas en relación con su objetivo precisamente debido a tal falta de precisión. Estamos ante una exigencia de «calidad tributaria» que se concreta en mayores cotas de certidumbre y previsibilidad sobre el alcance de normas antifraude y contra la evasión fiscal que son susceptibles de generar restricciones al ejercicio de libertades fundamentales.

Ciertamente, esta posición del TJUE enlaza con la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) en materia tributaria, y con la de nuestro Tribunal Constitucional³⁷, el cual posiblemente haya adoptado una posición de mayor contención en este ámbito³⁸.

El Tribunal Constitucional (TC, en adelante) español ha declarado, en un contexto de casos referidos a la materia tributaria, que: «la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad (...). Los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse antes la misma. En este orden de exigencias no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas, singularmente en un sector como el tributario que, además de regular actos y relaciones en masa que afectan y condicionan la actividad económica global de los ciudadanos, atribuye a estos una participación y un protagonismo crecientes en la gestión y aplicación de los tributos» [SSTC 27/1981 (NFJ000001) y 150/1990 (NFJ004014)]. No obstante, tal posición ha sido matizada en el sentido de que «la mera existencia de

³⁶ SSTJUE de 9 de julio de 1981, *Gondrand Frères*, 169/80; de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, 205/82 a 215/82; de 22 de febrero de 1989, *Comisión/Francia*, 92/87 y 93/87; de 15 de febrero de 1987, *Irlanda/Comisión*, C-325/85; de 13 de febrero de 1996, *Van es Douene Agenten*, C-143/93; de 15 de febrero de 1996, *Duffy otros*, C-63/93; de 22 de abril de 1997, *Road Air*, C-310/95, entre otras. En este contexto puede citarse la reciente Sentencia de 21 de junio de 2012 [C-294/11, *Elsacom* (NFJ047394)] donde el TJUE realizó la siguiente importante declaración, a saber: «el principio de seguridad jurídica exige que la situación fiscal del sujeto pasivo, en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones en relación con la administración fiscal, no se pueda poner en discusión de forma indefinida [véase la Sentencia de 21 de enero de 2010, *Alstom Power Hydro*, C-472/08 (NFJ036708), Rec. p. I-623, apartado 16 y la jurisprudencia citada]».

³⁷ Vid. RODRÍGUEZ BEREJO, A.: «Jurisprudencia Constitucional y principios de imposición», en *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, Valencia: Tirant lo Blanc, 1998, págs. 138-140.

³⁸ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid: Marcial Pons, 1999; y SÁNCHEZ PINO, J.A.: «Exigencias de la seguridad jurídica en materia tributaria», *REDF*, n.º 109-110, pág. 166 y ss.

incorrecciones técnicas o formales no sería motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurran en la misma, sino que constituyen materia ajena a la jurisdicción constitucional, pues no es misión de este Tribunal depurar el lenguaje legislativo» [STC 233/1999 (NFJ008394), f. 6, y SSTC 58/1982 (NFJ000269), 37/1987, 99/1987 o 150/1990 (NFJ004014)], llegando a afirmarse de forma más concluyente que «solo si, en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 204/2000, f. 7, y STC 150/1990 (NFJ004014), f. 8). Tal declaración de inconstitucionalidad tan solo se ha producido en casos excepcionales donde se verificó una clara situación de confusión e incertidumbre jurídica que no permitía determinar con una mínima previsibilidad cuál era el Derecho aplicable³⁹; no obstante, no puede perderse de vista que en el ámbito tributario se ha confirmado la posibilidad de emplear conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, el «valor real» o el «valor normal de mercado») en el marco de una cláusula especial antiabuso⁴⁰.

El Tribunal de Estrasburgo, por su parte, ha interpretado la cláusula de protección de la propiedad del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que la legalidad de la injerencia de una medida tributaria sobre la «propiedad» requiere que las disposiciones tributarias sean «suficientemente accesibles, precisas y previsibles en su aplicación»⁴¹. A este respecto, el TEDH ha establecido una serie de requisitos de «calidad tributaria» para considerar que una medida fiscal posee una base legal suficiente, destacando en particular la previsibilidad y precisión (*foreseeability and precision*), de manera que los contribuyentes afectados puedan determinar sin dificultades excesivas el ámbito de aplicación y alcance de la medida tributaria; ello no significa que solo sean admisibles normas tributarias configuradas con un nivel máximo de certeza jurídica en cuanto a sus efectos de manera que no exista un «margen de interpretación», sino que lo que se limita es que la configuración de la norma sea tan abierta que se haya transferido el poder tributario a las autoridades fiscales de manera que estas puedan discrecionalmente y sin apenas límites definir el ámbito de aplicación de la medida tributaria⁴².

³⁹ Véase la STC 46/90 en relación con la legislación canaria de aguas, o la STC 146/1993.

⁴⁰ F. 7, STC 194/2000 (NFJ009087), y f. 6, STC 146/94 (NFJ003364).

⁴¹ Véanse por ejemplo las SSTEDH en los casos *Hutten-Czapska v. Poland*, de 19 de junio de 2006; de 9 de noviembre de 1999, *Spacek v. Czech Republic*, n.º 26449/95; de 20 de septiembre de 2005, *CBC-Union v. Czech Republic*, n.º 68741/01; de 14 de octubre de 2010, *Shchokin v. Ukraine*, n.º 23759/03; y de 20 de septiembre de 2011, *Yukos v. Russia*, n.º 14902/04. *Vid.*, BAKER, «Taxation and the European Convention on Human Rights», *British Tax Review*, n.º 4, 2000, pág. 211 y ss., y toda la bibliografía que cita en la nota pie n.º 1 de tal obra; MARTÍNEZ MUÑOZ, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 2002; ERGEC, R.A.: «Taxation and Property Rights under the European Convention on Human Rights», *Intertax*, vol. 39, n.º 1, 2011, págs. 2-4; y PÉREZ ROYO, F.: «El derecho de Propiedad y prohibición de discriminación en su disfrute como límites al poder tributario en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDF*, n.º 109-110, 2001.

⁴² *Maestri v. Italy*, STEDH de 17 de febrero de 2004. No obstante, podría decirse que, con carácter general, el TEDH ha adoptado una posición bastante «comprensiva» con la posición de las autoridades fiscales favoreciendo la protección del «interés fiscal» sobre el derecho al pacífico disfrute de la propiedad. Por ejemplo, en el caso *Anne-Lorraine Tardieu de Maleissye and Others v. France* (Sentencia de 15 de diciembre de 2009, n.º 51854/07) entendió que la aplicación de la normativa tributaria francesa del impuesto sobre sucesiones por parte de la Administración tributaria no reconociendo un *trust* constituido de forma legítima por el causante a favor de sus hijos no suponía una vulneración del principio de

Como puede observarse, el enfoque que realiza el TJUE sobre las implicaciones del principio de seguridad jurídica en la configuración de cláusulas antiabuso, a pesar de ser muy incipiente, coincide en términos principialistas con el planteamiento adoptado por el TC español o incluso por el TEDH, aunque podría haber elevado el umbral de exigencia de certeza jurídica en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario en los términos fijados en esta sentencia.

Con todo, a nuestro juicio, resultaría erróneo pretender sobredimensionar el alcance de este pronunciamiento del TJUE en el sentido de considerar que todas aquellas cláusulas contra el fraude o la evasión fiscal cuyo alcance no pueda determinarse a priori con total y absoluta precisión resultan contrarias al Derecho Comunitario (o al art. 9.3 Constitución española o al art. 1 Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) por no cumplir con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica. De hecho, como se sabe, una de las principales críticas esgrimidas en contra de la articulación de cláusulas antiabuso generales –notablemente en los países anglosajones–^{43, 44} consiste precisamente en considerar que su configuración a partir de presupuestos generales indicativos de abuso (artificiosidad y falta de sustancia económica) no son compatibles con el principio de seguridad jurídica que demanda certeza y previsibilidad sobre el alcance de la normativa tributaria⁴⁵. Posiblemente, lo que haya pretendido el TJUE no es poner en tela de juicio la compatibilidad con el Derecho Comunitario de las cláusulas generales antiabuso, sino más bien llamar la atención sobre aquellas cláusulas específicas contra el fraude o la evasión fiscal que pivotan sobre presupuestos que resultan definibles o concretables con suficiente precisión pero que el legislador los ha configurado de forma excesivamente abierta de manera que generan restricciones desproporcionadas o excesivas en relación con el propio objetivo perseguido por la norma (por ejemplo, la normativa de transparencia fiscal internacional o incluso en algunos casos la de precios de transferencia). Por tanto, a nuestro modesto entender, esta exigencia de seguridad jurídica y de previsibilidad aplicativa a priori posee mayor recorrido o alcance en relación con cláusulas especia-

legalidad tributaria a pesar de que la normativa francesa no regulara la tributación de estas instituciones extranjeras, argumentando que la Administración francesa se limitó a aplicar lo dispuesto en su normativa a una institución foránea. Tal posición, a nuestro juicio, es excesivamente formalista y circular.

- ⁴³ Por ejemplo, se ha cuestionado la constitucionalidad de las cláusulas generales antiabuso en Canadá, Reino Unido e incluso en Suecia. *Vid.*: COOPER: *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Ámsterdam, 1997, págs. 15-17; COOPER: «International experience with general antiavoidance rules», *SMU L. Rev.* n.º 83, 2001, pág. 93 y ss; PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Valladolid: Lex Nova, 2009, pág. 132 y ss.; y RUIZ ALMENDRAL, V.: *El Fraude a la Ley Tributaria a Examen*, Pamplona: Aranzadi, 2006, págs. 65-73.
- ⁴⁴ Debe destacarse, no obstante, como en los últimos tiempos varios países anglosajones, como Canadá, Australia, y EE.UU., han introducido «cláusulas antiabuso generales» (GAARs) en su ordenamiento tributario. También en el Reino Unido, el Departamento del Tesoro ha elaborado recientemente un proyecto de cláusula antiabuso general que posiblemente verá la luz durante el año 2012. En torno a la cláusula general antiabuso adoptada en 2010 en los EE.UU., *vid.*: CALDERÓN y RUIZ ALMENDRAL: «La codificación de la doctrina de la sustancia económica en EE.UU. como nuevo modelo de norma general antiabuso: la tendencia hacia el sustancialismo», *Quincena Fiscal*, n.º 15-16, 2010, págs. 37 y ss.
- ⁴⁵ Destacados autores como los profesores TIPKE, PALAO o PÉREZ ROYO han argumentado en contra de tal posición argumentando la relevante función desempeñada por las cláusulas antiabuso al servicio de la correcta aplicación de la norma tributaria y por tanto de la tutela del deber general de contribuir. Ello no obsta a que los principios de legalidad y seguridad jurídica impongan a la Administración la obligación de ser escrupulosa en la aplicación de las normas generales antiabuso, de tal manera que el riesgo de presunta falta de certeza/previsibilidad se reduzca al mínimo y que sus poderes discrecionales no se ejerzan de manera arbitraria. *Vid.*, PÉREZ ROYO, F., en *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milán: Giuffrè, 1999, pág. 187 y ss.; y PALAO TABOADA, C.: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, *op. cit.*, pág. 137. Por su parte, el profesor ARNOLD, también ha señalado que desde el plano de la seguridad jurídica y la legalidad tributaria es más adecuado articular una cláusula antiabuso general que la alternativa consistente en el desarrollo y aplicación de principios jurisprudenciales antiabuso (ARNOLD, «The Canadian Anti-Avoidance Rule», en *Tax Avoidance and the Rule of Law*, *op. cit.*, pág. 226).

les contra el fraude y la evasión fiscal que se proyecten específicamente sobre operaciones transfronterizas generando restricciones desproporcionadas o excesivas debido precisamente a su falta de precisión sobre su ámbito aplicativo o su alcance. Una cláusula general antiabuso no discriminatoria que pivote sobre criterios abstractos y generales indicativos de abuso, en principio, no debería plantear problemas desde esta perspectiva comunitaria, toda vez que no media discriminación ni restricción específica sobre las operaciones protegidas por el Derecho Comunitario, por más que el principio constitucional de seguridad jurídica demande la mayor precisión sobre el ámbito de aplicación y alcance de las normas que poseen efectos desfavorables sobre las personas físicas y entidades. Téngase en cuenta, a su vez, que no tendría mucho sentido interpretar la sentencia *SIAT* como un pronunciamiento dinamitador de la estructura esencial de las cláusulas antiabuso generales, toda vez que el propio concepto de abuso que ha delimitado el TJUE pivota sobre criterios no muy alejados de los empleados por los legisladores nacionales a la hora de establecer la cláusulas antiabuso generales⁴⁶; así, carecería de toda lógica que el Tribunal Justicia estuviera construyendo un concepto comunitario de abuso que permite justificar las restricciones generadas por cláusulas antiabuso nacionales, y al mismo tiempo cuestionara las propias bases de tal concepto europeo de práctica abusiva, máxime cuando los criterios o elementos sobre los que se erige, además de no estar establecidos de forma clara, no permiten determinar a priori y con certeza su alcance por parte de los potenciales obligados tributarios afectados⁴⁷.

Así las cosas, la exigencia de seguridad jurídica demandada por el TJUE –y por el propio TC español y el TEDH–, a nuestro juicio, pasaría por excluir normas tributarias cuyo ámbito de aplicación o alcance resulta totalmente indeterminado, de manera que resulta muy difícil para los sujetos potencialmente afectados determinar sus efectos. En el caso de la sentencia *SIAT*, lo que ocurrió precisamente es que uno de los presupuestos determinantes de la aplicación de la presunción antifraude fiscal –la sujeción a un régimen fiscal más ventajoso que el belga por parte del prestador del servicio– resultaba totalmente indefinido a nivel legislativo, reglamentario e incluso en las circulares administrativas de carácter interpretativo (*public rulings*). De hecho, las autoridades belgas se limitaron a indicar durante la vista del procedimiento ante el TJUE que existían listas nacionales e internacionales de paraísos fiscales que podrían servir de orientación a estos efectos.

En este sentido, pensamos que a lo que se podría estar oponiendo el TJUE es precisamente a este tipo de defectos graves de técnica legislativa, en cuanto generan restricciones al ejercicio efectivo de libertades fundamentales del TFUE. A nuestro modesto entender, tal defecto se evita definiendo de forma más precisa los presupuestos de aplicación de las normas tributarias en el propio texto de la disposición legal; la solución más consistente con el principio constitucional de legalidad tributaria (art. 31.3 Constitución española) pasaría por que fuera la ley tributaria la que definiera la esencia y alcance de tales

⁴⁶ Vid. DE LA FEIRA y VOGENAUER (eds.), *Prohibition of Abuse of Law*, Hart, Oxford, 2011; MARTÍN JIMÉNEZ, «Hacia un concepto unitario de abuso del Derecho Tributario de la UE», *op. cit.*, pág. 59 y ss.; y CALDERÓN, «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *RCyT. CEF*, n.º 347, 2012, pág. 5 y ss., y toda la bibliografía referida en estos tres trabajos.

⁴⁷ De hecho, considerando la confusa delimitación jurisprudencial que ha venido realizando de los elementos del abuso, algunos autores como SINFIELD han destacado los problemas de seguridad jurídica que de ello resultan para los contribuyentes (SINFIELD, «The Halifax Principle as a universal GAAR for tax in the EU», *British Tax Review*, n.º 3, 2011, pág. 236 y ss.). En parecidos términos se ha pronunciado el profesor MARTÍN JIMÉNEZ (MARTÍN JIMÉNEZ, «Hacia un concepto unitario de abuso del Derecho Tributario de la UE», *op. cit.*, pág. 110) y el autor de este trabajo en el contexto de la interpretación de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones (CALDERÓN, «Una vuelta de tuerca a la interpretación europea de la cláusula antiabuso de la Directiva de Fusiones: ¿hacia motivos económicos válidos de alto voltaje?», *op. cit.*, págs. 38-40).

presupuestos⁴⁸, sin perjuicio de que disposiciones reglamentarias pudieran contribuir a su mayor concreción. Es cierto que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados es muy frecuente y difícilmente evitable en determinados ámbitos (v. gr. piénsese en la cláusula antiabuso del art. 15 LGT, o las previstas en los arts. 14.1 h), 96.2 y 117.15 TRLIS, referidas al motivo económico válido). No obstante, la utilización de tales conceptos debería ser acompañada de criterios interpretativos dirigidos a ilustrar el alcance de la norma, que deberían integrarse en el propio texto de la norma que emplea tales criterios o, cuando menos, a través de circulares administrativas de carácter interpretativo dictadas de forma prácticamente simultánea a la entrada en vigor de la disposición de que se trate (contexto intrínseco de la norma), de manera que puedan servir de guía a los contribuyentes afectados.

Entendemos que la precisión y certeza jurídica que demanda el TJUE es *ex ante* y no *ex post*, es decir, el obligado tributario debe poder determinar con precisión suficiente y con carácter previo el alcance de la norma tributaria potencialmente generadora de restricciones al ejercicio de las libertades comunitarias. Ello significa que los mecanismos que aportan precisión y certeza jurídica *ex post*, como la jurisprudencia de los tribunales o las propias actuaciones o práctica de la Administración tributaria no cumplirían la exigencia establecida por el Tribunal de Justicia. A nuestro juicio, tampoco la existencia de un mecanismo de resoluciones a consultas (*advance private rulings*) o de APA resulta adecuado para alcanzar los objetivos que pretende lograr el TJUE, ya que este se está refiriendo a un mecanismo intrínseco a la norma y que permita a todos los obligados tributarios determinar con precisión suficiente y con carácter previo el alcance de la normativa tributaria potencialmente aplicable, de suerte que tanto una resolución a consulta como un APA, en la mayoría de las ocasiones, son el resultado de un procedimiento iniciado a instancia de un obligado tributario en el que pone de manifiesto las particularidades de su caso y cuya respuesta por parte de la Administración no resulta inmediata sino que puede demorarse más de seis meses desde su presentación.

Estamos, por tanto, ante un pronunciamiento pionero del TJUE que debe ser bienvenido, considerando su significado y alcance, por lo que supone en términos de fortalecimiento del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, en la medida en que las exigencias de técnica jurídica en la configuración de determinadas normas tributarias que demanda el ordenamiento comunitario pueden contribuir a elevar el umbral de calidad tributaria de la normativa de los Estados miembros, aspecto clave para el correcto funcionamiento de cualquier sistema tributario⁴⁹. Como preconizó el profesor WOUTERS⁵⁰, la interpretación que el TJUE viene realizando de un buen número de principios generales del Derecho (v. gr., los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad, control judicial, transparencia normativa, eficacia de la Administración, jerarquía, normativa, etc.) en el ámbito ordenado o afectado por el Derecho Comunitario, además de dotar de mayor relevancia y valor jurídico a tales principios, en muchas ocasiones requerirá reinterpretar su alcance en el ámbito interno al objeto de cumplir con las exigencias comunitarias.

⁴⁸ COOPER también ha destacado la estrecha interrelación entre el principio de autoimposición y la determinación cierta y por vía legal de las cláusulas antiabuso, al afectar estas al contenido esencial del deber de contribuir (COOPER, *Tax Avoidance and the Rule of Law*, op. cit., págs. 15-17).

⁴⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Legalidad, procedimiento legislativo y calidad de las normas tributarias: aportaciones del Derecho Comparado», *REDF*, n.º 147, 2011, pág. 691 y ss.

⁵⁰ WOUTERS, «The application of General Principles of Law by the ECJ and their relevance for EC and National Tax Law», *Selected Issues in EU Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1999, pág. 19-33.

SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

SILVIA DE ANTONIO FRANCK

Licenciada en Derecho. Profesora del CEF

JOSÉ BARRIO BONDÍA

*Jefe del Servicio Especial.
Departamento de Aduanas de la AEAT*

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

MANUEL DE LOS SANTOS POVEDA

Inspector de Hacienda del Estado

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE de 11 de julio)].

Extracto:

DESARROLLAMOS a continuación el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE de 11 de julio).

A lo largo del dictamen, estructurado en ocho partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de Gestión Tributaria, Inspección de los Tributos y Recaudación.

Palabras clave: IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

EXERCISE OF PROFESSIONAL PRACTICE (PROPOSED TO ENTER IN THE CORPS OF REVENUE AGENTS IN SPAIN)

SILVIA DE ANTONIO FRANCK

Licenciada en Derecho. Profesora del CEF

JOSÉ BARRIO BONDÍA

*Jefe del Servicio Especial.
Departamento de Aduanas de la AEAT*

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

MANUEL DE LOS SANTOS POVEDA

Inspector de Hacienda del Estado

[First part of the third exercise from the Admission Test for the Corps of Revenue Agents. Official Announcement Resolution of 27th June 2011 (Spanish Official Journal of 11th July)].

Abstract:

In the following report, we develop the professional practice proposed in the first part of the third exercise from the admission test for the Corps of Revenue Agents in Spain (Resolution of 27th June 2011, Spanish Official Journal of 11th July).

Throughout the report, organized in eight sections, several cases on the Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes and Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection are presented.

Keywords: Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes, Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection.

NOTA: Este artículo consta de 54 páginas.

SUPUESTO PRÁCTICO PROFESIONAL (EJERCICIO PROPUESTO PARA EL INGRESO AL CUERPO SUPERIOR DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO)

SILVIA DE ANTONIO FRANCK

Licenciada en Derecho. Profesora del CEF

JOSÉ BARRIO BONDÍA

*Jefe del Servicio Especial.
Departamento de Aduanas de la AEAT*

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

MANUEL DE LOS SANTOS POVEDA

Inspector de Hacienda del Estado

[Primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE de 11 de julio)].

Extracto:

DESARROLLAMOS a continuación el supuesto práctico profesional correspondiente a la primera parte del tercer ejercicio de las pruebas de acceso al Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Convocatoria Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE de 11 de julio).

A lo largo del dictamen, estructurado en ocho partes, se plantean diferentes supuestos relativos a aspectos de IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de Gestión Tributaria, Inspección de los Tributos y Recaudación.

Palabras clave: IRPF, IS, IVA, ITP y AJD, Aduanas e Impuestos Especiales y Procedimientos de gestión, inspección y recaudación.

EXERCISE OF PROFESSIONAL PRACTICE (PROPOSED TO ENTER IN THE CORPS OF REVENUE AGENTS IN SPAIN)

SILVIA DE ANTONIO FRANCK

Licenciada en Derecho. Profesora del CEF

JOSÉ BARRIO BONDÍA

*Jefe del Servicio Especial.
Departamento de Aduanas de la AEAT*

ALFONSO GARCÍA TAVARES

Inspector de Hacienda del Estado

EVA MARTÍN DÍAZ

Inspectora de Hacienda del Estado

FERNANDO SALAZAR GONZÁLEZ

Inspector de Hacienda del Estado

MANUEL DE LOS SANTOS POVEDA

Inspector de Hacienda del Estado

[First part of the third exercise from the Admission Test for the Corps of Revenue Agents. Official Announcement Resolution of 27th June 2011 (Spanish Official Journal of 11th July)].

Abstract:

In the following report, we develop the professional practice proposed in the first part of the third exercise from the admission test for the Corps of Revenue Agents in Spain (Resolution of 27th June 2011, Spanish Official Journal of 11th July).

Throughout the report, organized in eight sections, several cases on the Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes and Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection are presented.

Keywords: Personal Income Tax, Corporate Tax, VAT, Transfer Tax and Stamp Duty, Customs Duty and Excise Taxes, Tax Procedures, Tax Inspection and Tax Collection.

ENUNCIADO

I. PLANTEAMIENTO

A partir de la información que se recoge en las páginas siguientes, deberá usted elaborar un dictamen que aborde los aspectos tributarios, civiles y mercantiles que puedan derivarse de la misma.

El dictamen se estructura en las ocho partes que se citan a continuación. Para elaborar su dictamen deberá tener en cuenta la información de carácter general contenida en el punto III y la contenida en cada una de las partes.

- **Parte 1.^a** Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes de informe.
- **Parte 2.^a** Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de Inspección de los Tributos.
- **Parte 3.^a** Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades.
- **Parte 4.^a** Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- **Parte 5.^a** Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales.
- **Parte 6.^a** Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- **Parte 7.^a** Aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria.
- **Parte 8.^a** Aspectos relacionados con los procedimientos de Recaudación.

II. NOTAS

Para la redacción del dictamen se tendrán en cuenta los siguientes criterios y consideraciones:

- Los años a los que se refiere el dictamen comprenden desde el año 2007 hasta el 2011.
- La fecha del dictamen es la del día de hoy: 16 de diciembre de 2011.
- Se considerará que la normativa sustantiva y procedimental que ha estado vigente en todos los ejercicios ha sido la misma, y es la que está vigente a fecha de hoy.
- Igualmente, y si ello es necesario para la resolución de alguna cuestión del dictamen, se considerará que en el resto de países existe una legislación idéntica a la vigente en España.

- Cada apartado del dictamen es independiente de los demás.
- En cada apartado del dictamen se expresan las cuestiones a las que debe responder el opositor, sin perjuicio de que se pueda abordar también cualquier otra cuestión que considere relevante.
- En ninguno de los apartados es necesario realizar las operaciones matemáticas relativas a las liquidaciones tributarias.

III. INFORMACIÓN BÁSICA COMÚN A TODOS LOS APARTADOS

«INMUEBLES, SA» es una entidad dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria y a la explotación de toda clase de inmuebles. Tiene su sede en Madrid y desarrolla su actividad en España, Portugal y Marruecos.

La distribución del capital social es la siguiente:

- 60 por 100, dos personas físicas, a partes iguales: don Fernando Fernández y don Martín Martínez.
- 40 por 100 restante, la entidad financiera residente en España, «HISPABANK, SA».

«INMUEBLES, SA» posee una participación mayoritaria de su filial «RECOGE, SA», cuyo objeto social es la prestación de servicios de recogida y tratamiento de residuos urbanos. «RECOGE, SA» tiene su sede en Madrid, y desarrolla también su actividad en municipios de España, Portugal y Marruecos.

Asimismo, «INMUEBLES, SA» ostenta una participación en la entidad «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL», cuyo objeto social es la comercialización de promociones inmobiliarias por Internet.

Parte 1.ª Aspectos jurídicos, civiles y mercantiles, y aquellos otros de índole tributaria no expresamente contemplados en las otras partes del informe

Primero. «RECOGE, SA» es una sociedad dedicada a la recogida y tratamiento de residuos urbanos que tiene su sede de dirección efectiva en Madrid. La representación de la sociedad corresponde a dos administradores mancomunados, don Fernando Fernández y don Martín Martínez, que son titulares del 50 por 100 del capital social cada uno.

El 23 de octubre de 2010 se celebró junta general universal de la sociedad, en la que se acordó por unanimidad el aumento de capital social en un importe de 3.000.000 de euros mediante la emisión de 10.000 nuevas acciones con un valor nominal de 200 euros cada una, y una prima de emisión

total de 1.000.000 de euros. Dicho acuerdo se elevó a público mediante escritura otorgada el 18 de noviembre de 2010 ante el notario de Madrid don Jorge Sáez-Santurtún Prieto.

Mediante escritura pública otorgada el 20 de noviembre de 2010, ante el mismo notario, don Fernando Fernández y don Martín Martínez adquirieron la totalidad de las participaciones emitidas mediante la transmisión a la sociedad del siguiente inmueble: local comercial sito en la c/ José Ortega y Gasset, n.º 23 de Madrid, planta baja con una superficie de 325 m². Pertenece al Sr. Fernández y al Sr. Martínez en proindiviso ordinario por partes iguales. Sobre el mismo consta inscrita una hipoteca en garantía de un crédito hipotecario concedido por «HISPABANK, SA» en garantía 900.000 euros y un plazo de amortización que vence el 19 de marzo de 2030. Dicha finca fue tasada por la entidad de crédito hipotecante por un valor de 4.275.000 euros el 16 de agosto de 2008.

Segundo. «INMUEBLES, SA» es una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria que tiene su domicilio social en Madrid. Su capital social se distribuye del siguiente modo:

- El 30 por 100 pertenece a don Fernando Fernández.
- El 30 por 100 pertenece a don Martín Martínez.
- El 40 por 100 corresponde a la entidad de crédito «HISPABANK, SA».

En los estatutos de la sociedad figura la siguiente cláusula:

«La representación de la sociedad corresponde a dos administradores solidarios, don Martín Martínez y don Fernando Fernández. La representación comprende todos los actos incluidos en el objeto social, salvo los actos de constitución y extinción de garantías reales sobre bienes inmuebles, que requerirán autorización expresa de la junta general de accionistas.»

El 19 de marzo de 2011, don Fernando Fernández, como administrador solidario de «INMUEBLES, SA» y don Martín Martínez, como administrador mancomunado de «RECOGE, SA», otorgaron escritura pública en cuya virtud «INMUEBLES, SA» adquirió el 100 por 100 del capital social de «RECOGE, SA», dividido en 150.000 acciones con un valor nominal de 200 euros cada una.

Tercero. Mediante escritura pública de 1 de julio de 2011, otorgada ante el notario de Madrid don Alfonso Díez Ramírez proceden a rectificar la escritura pública de ampliación de capital de 20 de noviembre de 2010, en el sentido de reducir el número de acciones adquiridas, fijándolas en 5.000 en lugar de 10.000. En el expositivo de la escritura (apartado II), bajo la rúbrica «errores que se rectifican», se afirma:

«La rectificación se realiza dado que a diciembre de 2010 la mercantil "INMUEBLES, SA" no contaba con reservas suficientes para realizar la operación, en cumplimiento del vigente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.»

Cuarto. El mismo día y ante el mismo notario, el Sr. Martínez en su condición de administrador solidario de «INMUEBLES, SA» transmite a «HISPABANK, SA» 5.000 acciones a cambio de

la cancelación anticipada de la hipoteca que grava el local comercial sito en la c/ Ortega y Gasset. En la escritura pública otorgada ante notario consta como estipulación decimotercera:

«Todos los impuestos que se devenguen en esta operación serán satisfechos por la entidad financiera, quedando los transmitentes liberados de toda responsabilidad frente a la AEAT.»

Presentada la escritura de cancelación hipotecaria, el Sr. registrador deniega la cancelación de la inscripción. La nota de calificación negativa reza:

«Se deniega el asiento solicitado por carecer el administrador de capacidad suficiente para actuar en nombre y representación de la sociedad al tratarse de un acto de cancelación de garantías reales, no incluido en el ámbito de representación de la sociedad delimitado en los estatutos sociales.»

Frente a esta calificación, los administradores interponen recurso contencioso-administrativo.

Quinto. El 2 de junio de 2011, el Sr. Fernández presentó autoliquidación del IRPF correspondiente al ejercicio 2010 en la que incluyó la ganancia patrimonial obtenida como consecuencia de la transmisión del local comercial a «RECOGE, SA» y las resultantes de la venta de sus acciones de «RECOGE, SA» a «INMUEBLES, SA». Solicitó el aplazamiento de la deuda ofreciendo en garantía una hipoteca unilateral sobre un apartamento sito en la Avenida de Julio Iglesias n.º 3 de Marbella, inscrito en el Registro de la Propiedad n.º 1 de Marbella.

Sexto. El 3 de julio de 2011, el obligado presentó ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) una solicitud de rectificación de la autoliquidación al amparo de lo dispuesto en el artículo 120.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en los artículos 126 y ss. del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, en cuya virtud se solicita:

- a) Que se rectifique la autoliquidación de 2 de junio de 2011, minorando las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones de «RECOGE, SA» a «INMUEBLES, SA».
- b) Que se suspenda cautelarmente el acuerdo de aplazamiento y el importe satisfecho, procediendo «a la revisión de los términos del aplazamiento y fraccionamiento para adecuarlo a la nueva deuda resultante pendiente y en caso de resultar importe a devolver, se abone por transferencia bancaria».

El Sr. opositor deberá analizar las transmisiones y adquisiciones enunciadas en el supuesto de hecho, abordando todas las cuestiones jurídicas suscitadas.

Parte 2.^a Aspectos relacionados con actuaciones y procedimientos de inspección de los tributos

Con fecha 15 de marzo de 2010 se entregó en el domicilio fiscal de la entidad «INMUEBLES, SA» comunicación de inicio de actuaciones inspectoras, para que el plazo de 15 días compareciera

en las oficinas públicas. Dicha comunicación fue entregada por agente tributario y recogida por la recepcionista de la entidad, según consta en la propia diligencia de entrega de la comunicación. Las actuaciones de comprobación se extienden a los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido y a los periodos impositivos 2008 y 2009, teniendo las actuaciones carácter general.

Durante el desarrollo de las actuaciones inspectoras se han producido las siguientes circunstancias:

- El día 1 de abril comparece ante la inspección don Pedro Pérez, en calidad de consejero de «INMUEBLES, SA», aportando escritura pública en el que se le reconoce poder de representación para actuar en nombre de la misma. El representante en su visita aporta la documentación solicitada en la comunicación de inicio junto con copias de declaraciones presentadas el 16 de marzo por los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido del ejercicio 2009 con resultado a ingresar y el justificante de los ingresos realizados.

Asimismo manifiesta según recoge la diligencia extendida en el curso de la visita «Que quiere hacer constar que la persona que recogió la comunicación no tenía autorización para la recepción de documentos».

En ese momento se aplazan las actuaciones y se fija como fecha de nueva comparecencia el 1 de junio.

- Con fecha 15 de abril, analizada la información aportada por el contribuyente, se solicita al Gabinete Técnico de la Delegación de la AEAT la valoración de unos terrenos adquiridos por la entidad al objeto de determinar el coste de los mismos. Dada la dificultad de identificación y delimitación de los terrenos señalados fue recibida la contestación el 15 de noviembre de 2010. Dichas valoraciones son fundamentales para la propuesta de regularización que se proyecta realizar.
- El día 1 de junio comparece de nuevo el representante, al objeto de continuar las actuaciones. En el curso de la visita fue requerida explicación y justificación sobre la aplicación de unas bases impositivas negativas procedentes del ejercicio 2003 y compensadas en el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2009. El representante manifestó que efectivamente dicha compensación fue realizada según consta en las declaraciones en el ejercicio 2009, si bien la documentación que solicita le va a resultar de imposible aportación porque los libros de contabilidad de la entidad se conservan solo seis años como establece el Código de Comercio y el resto de documentación justificativa no cree que tenga obligación de aportar al corresponder a un ejercicio prescrito.
- Con objeto de continuar las actuaciones, el funcionario actuario compareció en las oficinas de la entidad el 25 de septiembre y 15 de diciembre de 2010 con la finalidad de examinar la contabilidad de los ejercicios comprobados y visitar las instalaciones de la entidad. En dichas visitas, fue recibido por el encargado de la oficina que tras disculpar la ausencia del consejero atendió a la inspección aportando la contabilidad y el resto de registros auxiliares que fueron solicitados.

Finalizada la instrucción del expediente el día 15 de abril de 2011 fue concedido trámite de audiencia al obligado, fijándose como fecha de firma de actas el 15 de mayo de 2011.

Por último, señalar que tras las alegaciones presentadas y las manifestaciones realizadas por el contribuyente el resultado de las actuaciones inspectoras a recoger en las actas sería el siguiente:

- Impuesto sobre el Valor Añadido:

El obligado tributario ha mostrado la conformidad con los hechos tanto del ejercicio 2008 como 2009, resultando de la propuesta de regularización que deriva de los mismos un importe a ingresar en ambos ejercicios.

- Impuesto sobre Sociedades:

Respecto al ejercicio 2008 el obligado tributario ha mostrado su conformidad con los hechos, resultando de la propuesta de regularización que deriva de los mismos un importe a ingresar.

Respecto al ejercicio 2009 el obligado tributario ha mostrado conformidad parcial a los hechos resultando de dicha propuesta de conformidad un importe a devolver, y de los hechos a los que muestra disconformidad resulta un importe a ingresar.

A la vista de la información existente, en el seno del equipo de inspección se ha mantenido una reunión en la que previamente a redactar las actas se han abordado las siguientes cuestiones de las que se pide a usted que responda de forma razonada:

Primera. Valore y razone cuándo deben entenderse iniciadas las actuaciones de comprobación e investigación en el caso que nos ocupa. Asimismo, señale los efectos que se derivan de las declaraciones presentadas por la entidad el 16 de marzo.

Segunda. Califique, de acuerdo con la normativa reguladora, el tiempo empleado por la Administración desde que solicita el informe al gabinete técnico hasta su recepción, su influencia en el cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras. Asimismo, manifiéstese sobre la posibilidad de que la inspección continúe realizando actuaciones mientras espera la respuesta del gabinete y su fundamentación legal. (Señale en su caso si existe algún precepto normativo que expresamente impida o permita el desarrollo de actuaciones inspectoras en los supuestos de interrupciones o dilaciones).

Tercera. Señale la decisión a adoptar respecto a la eliminación o no de la compensación de bases imponibles negativas correspondientes al ejercicio 2003 ante la actitud del obligado tributario de no justificar su procedencia y, en su caso, las normas generales contenidas en la Ley General Tributaria (LGT) y particulares del Impuesto sobre Sociedades sobre esta cuestión que fundamenten su decisión.

Cuarta. Determine el número de actas que deben formalizarse por cada concepto, y el carácter provisional o definitivo de las liquidaciones de las mismas. Asimismo señale las consecuencias que se derivan de la firma de actas en conformidad, en cuanto a plazos de notificación e ingreso y en cuanto al régimen sancionador.

Parte 3.ª Aspectos relativos al Impuesto sobre Sociedades

Se conoce la siguiente información relevante a efectos de la tributación en el Impuesto sobre Sociedades:

Primero. La entidad «INMUEBLES, SA» realiza a principios de 2010 una permuta no comercial de un edificio que construyó en 2007 y que afectó a su actividad de arrendamiento. El coste de construcción del bien ascendió a 750.000 euros, la amortización acumulada es de 60.000 y además en 2008 dotó una pérdida por deterioro por un importe de 90.000 que fue fiscalmente deducible. La permuta se materializa mediante la adquisición de 10 vehículos dirigidos a ser utilizados por el personal comercial de la empresa en su actividad, cada uno de ellos con un valor de 60.000 euros y mediante un pago de 250.000 euros.

El 1 de diciembre de 2010 el descenso de las ventas de la sociedad y sus necesidades de liquidez motivaron que la sociedad decidirá enajenar dos de los vehículos recibidos por un 50 por 100 del valor de adquisición.

Segundo. En el comienzo del año 2010 la entidad «INMUEBLES, SA» adquirió el 80 por 100 de las acciones de la sociedad «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL» dirigida a la comercialización en Internet de sus promociones inmobiliarias, por un importe de 320.000 euros. En ese momento el capital de la entidad participada era de 50.000 euros y disponía de unas reservas de libre disposición de 350.000 euros.

La información que se conoce es que la entidad «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL» obtuvo en 2010 un beneficio contable de 200.000 euros. En diciembre repartió un dividendo a cuenta a sus accionistas de 100.000 euros respecto del cual se efectuó una retención del 19 por 100. Finalmente, la entidad ante las perspectivas negativas existentes dota en 2010 una pérdida por deterioro de cartera de 80.000 euros.

Tercero. La sociedad «INMUEBLES, SA» satisface en 2010 los servicios prestados por un tercero mediante la entrega de acciones propias adquiridas por un importe de 1.000 euros. La información en poder de la sociedad indica que el coste de los servicios asciende a 1.100 euros.

Por otra parte, se conoce que la entidad «INMUEBLES, SA» desarrolló una nueva patente en el marco de su actividad de I+D. El coste de ese desarrollo ha sido de 30.000 euros. En enero de 2010 celebró un contrato por el que concedió a una sociedad no vinculada el derecho a usar dicha patente durante un plazo de 10 años, percibiendo en cada uno un importe de 180.000 euros. La sociedad contabilizó como inmovilizado intangible el coste del activo que amortiza en el periodo de cesión. En cada ejercicio los gastos asociados al activo intangible cedido ascienden a 2.000. La sociedad cesionaria no es residente en territorio español y utiliza esa patente en el desarrollo de su actividad económica, gravando el Estado de residencia del cesionario la renta satisfecha a la entidad cedente al tipo del 15 por 100.

Debe responder en un informe motivado sobre las implicaciones en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las operaciones realizadas con determinación, en su caso, de los impor-

tes de los ajustes al resultado contable. Deberá analizarse asimismo la procedencia de aplicación de las deducciones en la cuota contempladas en la LIS que pudieran aplicarse de acuerdo con la información solicitada, así como proceder a la cuantificación de las bases de la deducción que en su caso correspondan y de su importe. Por último, se evaluarán las retenciones e ingresos a cuenta efectuados.

Parte 4.^a Aspectos relativos a los Impuestos sobre el Valor Añadido y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En el curso de las actuaciones de comprobación inspectora efectuadas por los ejercicios 2008 y 2009 se han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

Primero. La mercantil «INMUEBLES, SA» adquirió a don Juan López, magistrado jubilado que no ejerce ninguna otra actividad, un terreno en curso de urbanización abonando por ello la cantidad de 100.000 euros. El terreno lo había obtenido don Juan por herencia tras el fallecimiento de su madre en el año 1990, y tenía la calificación administrativa de terreno rústico.

A resultas de la propia operación de venta, «INMUEBLES, SA» se ha comprometido en escritura pública a subrogarse en el préstamo hipotecario que, por importe de 20.000 euros, tenía pendiente el vendedor con una entidad bancaria y que había solicitado para financiar las obras de urbanización, así como a asumir a partir de ese momento los costes de urbanización futuros, valorados en 10.000 euros.

Segundo. Una vez finalizada la urbanización del terreno anterior, «INMUEBLES, SA» procede a ejecutar en el mismo la construcción de un edificio de locales de negocio.

Sin embargo, antes de finalizar la construcción de la edificación lo vende a la entidad «RECOGE, SA», quien tiene pensado encargar la finalización de la construcción para instalar en el edificio una sucursal. No obstante, estando todavía el edificio en construcción, «RECOGE, SA» vende a su vez el inmueble a la entidad financiera «HISPABANK, SA», que exclusivamente realiza operaciones financieras sin derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportadas.

Todas las operaciones anteriores se efectúan a valor de mercado.

Tercero. «INMUEBLES, SA» acababa de finalizar la construcción de una nave industrial en Oporto, procediendo a arrendar la misma a una sociedad de responsabilidad limitada con sede en Cáceres. Esta sociedad se dedica al comercio al por mayor de material de ferretería y va a destinar la nave a almacén de materiales en Portugal, con la finalidad de potenciar el comercio de sus artículos en dicho país.

Aprovechando la realización de esta operación en Portugal, «INMUEBLES, SA» encarga unas cajas de botellas de vino, por importe de 900 euros, a una bodega de Oporto, con la finalidad de utilizarlas en la próxima comida-homenaje que va a realizarse a varios empleados de la empresa con motivo de su jubilación. «INMUEBLES, SA» comunica a la bodega el número de identificación a efectos del IVA atribuido por la Administración española.

En relación con cada uno de los apartados anteriores se solicita que razone la trascendencia a los efectos del IVA, y en su caso de otros impuestos indirectos, de los hechos relatados, con especial referencia a la sujeción del hecho imponible, posibles exenciones, sujeto pasivo de cada operación, y, en su caso, base imponible, tipo impositivo, lugar de realización del hecho imponible y deducibilidad de las cuotas soportadas.

Salvo que de la propia redacción de los apartados anteriores se deduzca lo contrario, todas las cantidades se entienden sin IVA.

Parte 5.ª Aspectos relativos a Aduanas e Impuestos Especiales

«INMUEBLES, SA», con el fin de aquilatar sus costes y a la vista de que los productos sanitarios (lavabos, platos de ducha, bañeras, etc.) son más económicos en China, decide, en el año 2008, importar una partida de dichos productos para incorporarlos a las viviendas y locales que tiene en construcción.

Asimismo, y con la finalidad de hacer los inmuebles más atractivos, encarga a un estudio de París la elaboración de un diseño vanguardista, el cual le factura por un importe de 20.000 euros. También contrata con una empresa española la elaboración de los moldes necesarios para la fabricación de dichos elementos. El precio pagado por dichos moldes es de 50.000 euros + 9.000 euros IVA repercutido (los suministra gratuitamente al fabricante chino, siendo utilizados únicamente para esta partida de sanitarios).

El valor de factura de la partida de sanitarios, cuya adquisición se produce en condiciones FOB, es de 2.000.000 de euros.

La mercancía entra por la Aduana de Valencia y circula con un tránsito hasta la Aduana de Madrid-Coslada, donde se despacha de importación, constando en el documento de transporte esta Aduana como primer lugar de destino. La empresa contrata la totalidad del transporte desde origen hasta los almacenes de «INMUEBLES, SA» con una sola empresa transportista. El transportista que se encarga del transporte le factura por los siguientes conceptos:

• Por el flete	40.000 €
• Por el seguro marítimo	6.000 €
• Por la descarga y manipulación de la carga en el Puerto de Valencia	10.000 €
• Por el transporte desde Valencia hasta la Aduana de Madrid-Coslada	20.000 €
• Por el transporte desde la Aduana de Madrid-Coslada hasta las instalaciones de la inmobiliaria	4.000 €

En dicha factura solo repercute IVA, por estos dos últimos conceptos.

SE PIDE:

Primero. ¿Es correcta la factura del transportista? Responder justificadamente.

Segundo. Indique cuáles son los elementos necesarios para practicar la liquidación de la Tarifa exterior común, partiendo de que los citados elementos tienen un arancel en función de su clasificación arancelaria y su origen del 7 por 100.

Tercero. Calcular el IVA a la importación partiendo de que la base del tipo aplicable en el momento de la importación era del 16 por 100.

Cuarto. En fecha 25 de abril de 2011 la Agencia Tributaria ha detectado, a través de los procesos de selección, ciertas incoherencias en la declaración, que afectan a la Tarifa Exterior Común. ¿Puede realizar una liquidación corrigiendo los defectos encontrados partiendo de la base de que la admisión de la declaración de importación arriba citada se produjo el día 6 de marzo de 2008?

PARTE 6.ª Aspectos relativos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

El dictamen se refiere al ejercicio 2010. Salvo que se exprese lo contrario, los bienes son comunes a ambos cónyuges.

Don Martín Martínez de 45 años de edad está casado en régimen de gananciales con doña Belén Blanco de 39. Además han adoptado a Miguel de 2 años estando inscrita la adopción en el Registro Civil.

Desde hace tres años convive con ellos de forma permanente doña Rosa, madre de doña Belén, que tiene 73 años y ha percibido 7.000 euros procedentes de una pensión de viudedad. Este año ha solicitado a la comunidad autónoma una ayuda ya que muestra ciertas dificultades de movilidad y está perdiendo la memoria. Se le ha reconocido una discapacidad del 63 por 100 y la prestación económica máxima aprobada por el Ministerio de Sanidad para cuidados en el entorno familiar teniendo en cuenta su grado de dependencia. Por este concepto ha percibido 5.000 euros. Además vendió por 22.700 euros su participación en un fondo de inversión que había adquirido hacía tres años por 22.000 euros.

Don Martín es ingeniero industrial y trabaja junto a otros tres ingenieros más en la sociedad «RECOGE, SA». Todos prestan servicios en la empresa desde su constitución y realizan las mismas funciones.

Como trabajadores por cuenta ajena cada uno de ellos ha percibido 80.000 euros, pero además la empresa pagó los gastos de don Martín por el desplazamiento, manutención y alojamiento durante el trimestre en que estuvo trabajando en la planta de reciclaje que la empresa tiene en Portugal para su puesta en funcionamiento. Los gastos ascendieron a 15.000 euros.

Además don Martín ha percibido en el ejercicio 2010 los siguientes rendimientos por su condición de accionista de la sociedad «INMUEBLES, SA», de la que es socio desde hace más de 10 años:

- Dividendos: 1.800 euros.
- 100 acciones liberadas procedentes de una ampliación de capital con un valor de mercado de 2.000 euros.

Por su parte, doña Belén cobró la cantidad de 400 euros el día 18 de julio de 2010 procedentes de dividendos repartidos por la sociedad «RENTABLE, SA». Estos dividendos derivan de las acciones adquiridas en bolsa el 15 de julio de 2010 por 25.000 euros y transmitidas en su totalidad el 10 de septiembre de este mismo año por 25.100 euros.

Doña Belén ha decidido quedarse en casa para cuidar de su madre y a su hijo. Aprovechando esta circunstancia, en lugar de pagar a un profesional, se encarga personalmente de gestionar los alquileres de varios inmuebles de su propiedad. Dichos inmuebles fueron heredados a la muerte de su padre hace 15 años. Para ello destina una habitación del chalé donde residen que supone un 10 por 100 de su superficie.

Los datos que pueden resultar de interés a estos efectos son los siguientes:

	Local 1	Local 2	Vivienda alquilada	Vivienda propia
Ingresos	15.000,00	30.000,00	10.000,00	
Gastos comunidad	1.500,00	2.000,00	1.000,00	1.700,00
Reparaciones	200,00	850,00		
IBI	150,00	400,00	500,00	700,00
Valor catastral suelo	40.000,00	70.000,00	30.000,00	80.000,00
Valor catastral construcción	20.000,00	70.000,00	10.000,00	80.000,00
Valor sucesiones	100.000,00	400.000,00	200.000,00	
Precio adquisición				500.000,00
Impuestos, notario, etc.	2.000,00	8.000,00	4.000,00	25.000,00
Intereses adquisición				3.000,00

La vivienda arrendada ha sido alquilada a un matrimonio, ambos de 29 años. Solo trabaja el marido siendo sus rentas superiores al importe del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

Respecto a la vivienda habitual de la familia, cabe destacar que fue adquirida en 2007 reinvertiendo el importe total obtenido por la venta de la vivienda habitual anterior. Para su adquisición solicitaron un préstamo. La cantidad satisfecha por dicho préstamo durante el año 2010 ha sido de 15.000 euros de los que 3.000 euros corresponden a intereses. Por otro lado, para adecuar la casa a

los problemas de movilidad de doña Rosa, han decidido realizar obras adaptando un cuarto de baño e instalando sistemas de elevación que permitan el traslado entre las dos plantas del chalé. El gasto de adecuación ha supuesto 30.000 euros y la comunidad autónoma ha certificado que dichas obras son necesarias para adecuar la vivienda a la discapacidad de doña Rosa.

La familia reside en una comunidad autónoma que no tiene aprobadas deducciones distintas a las establecidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Se solicita responder de forma razonada a las siguientes cuestiones:

- Incidencia que tienen las circunstancias personales de todos los miembros de la familia a efectos del IRPF.
- Calificación de cada uno de los conceptos y tipos de renta obtenidos por los distintos contribuyentes, compensaciones que, en su caso, resulten aplicables y base imponible en la que deben integrarse.
- Identificación de las posibles exenciones o beneficios fiscales que, en su caso, resulten de aplicación; las reducciones y/o deducciones que pudieran practicarse y condiciones que deben cumplirse; así como, en aquellos casos en que el importe excediera de las cantidades fijadas, posibilidad de trasladar su saldo a ejercicios futuros.

Parte 7.ª Aspectos relacionados con los procedimientos de Gestión Tributaria

Primero. La entidad «INMUEBLES, SA» ha obtenido un crédito de 15.000.000 de euros que le permitirá realizar una importante inversión en enero de 2011, ya que ha llegado a un acuerdo para adquirir unos terrenos por valor de 10.000.000 de euros. Asimismo, podrá hacer frente al aplazamiento que se le concedió de la deuda correspondiente a la autoliquidación del IS de 2009.

Por otra parte, como consecuencia de la citada inversión el saldo resultante de la autoliquidación de IVA correspondiente al primer periodo de 2011, previsiblemente, será negativo y de importe elevado, por lo que la sociedad, con la finalidad de agilizar la obtención de la devolución se plantea la posibilidad de solicitar la inscripción en el registro de devolución mensual del IVA.

Segundo. Don Luis Pérez se dedica a la compraventa de maquinaria industrial. En 2009 vendió a la entidad «INMUEBLES, SA» una maquinaria de construcción por valor de 50.000 euros. El 10 de octubre de 2010 don Luis ha recibido la notificación de una propuesta de liquidación que inicia un procedimiento de verificación de datos por el concepto IRPF 2009 y en la que se le concede el reglamentario plazo de alegaciones. En la citada propuesta se aumenta la base imponible en un importe de 10.000 euros, ya que según consta en las bases de datos de la Agencia Tributaria la entidad «INMUEBLES, SA» declaró en su modelo 347 de 2009 unas compras a don Luis Pérez por 60.000 euros. Don Luis ha presentado un escrito de alegaciones el 31 octubre en que manifiesta que la decla-

ración de operaciones con terceras personas presentada por la entidad es errónea y que así se lo reconoció telefónicamente el responsable de la sociedad, aunque le indicó que no pensaba hacer nada al respecto. La Administración solicita a don Luis el justificante bancario de cobro del importe de 50.000 euros como medio de prueba de sus alegaciones.

TERCERO. En febrero de 2010 la entidad «INMUEBLES, SA» transmitió a doña Alicia García una vivienda por valor de 300.000 euros repercutiéndole una cuota de IVA del 7 por 100. En 2011, la comunidad autónoma competente realizó una comprobación dictando liquidación provisional en la cual resolvía que lo procedente era que la operación fuera gravada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Doña Alicia para recuperar el importe satisfecho por el IVA de la operación de compraventa, solicita la rectificación de la autoliquidación de IVA de la entidad «INMUEBLES, SA» del mes de febrero de 2010. La Administración tras realizar los trámites oportunos dicta resolución en la que se acuerda no rectificar la autoliquidación ya que el resultado de la autoliquidación de febrero de 2010 fue a compensar, por lo que se incumple el requisito de realidad del ingreso exigido por el artículo 127 a) del Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria.

En relación con cada uno de los apartados anteriores se solicita que emita opinión razonada sobre las siguientes cuestiones:

- **Primero.** Valore si la entidad puede solicitar la inscripción en el registro de devolución mensual de IVA, cómo debería hacerlo y en qué plazos. Indique, asimismo, cuáles son las consecuencias relativas al cumplimiento de obligaciones formales de presentación de declaraciones y autoliquidaciones que supondría la inscripción en el registro de devolución mensual.
- **Segundo.** Suponiendo que es cierto el error señalado por don Luis, valore la actuación de la Administración, de la entidad y de don Luis.
- **Tercero.** Indique cuál es el órgano competente para resolver la solicitud de rectificación de autoliquidación y si la resolución de la misma es correcta.

PARTE 8.^a Aspectos relacionados con los procedimientos de Recaudación

Primero. Con fecha 20 de abril de 2011 «INMUEBLES, SA» presenta autoliquidación mensual de IVA correspondiente al mes de marzo de ese año, con un resultado a ingresar de 1.747.224,36 euros, sin efectuar su ingreso.

El 4 de mayo de 2011 presenta una solicitud de aplazamiento de la deuda correspondiente a la autoliquidación presentada el 20 de abril de 2011. En ella solicita su aplazamiento hasta el 20 de abril de 2012 ofreciendo como garantía la constitución de hipoteca sobre un inmueble.

El 22 de mayo de 2011 «INMUEBLES, SA» recibe en su domicilio fiscal la notificación de una providencia de apremio correspondiente a la deuda derivada de la autoliquidación presentada el

20 de abril de 2011. Contra la misma interpone recurso de reposición el 23 de junio de 2011 mediante escrito presentado en el Registro General de la Delegación Especial de la AEAT en Madrid, en el que manifiesta que la providencia de apremio es improcedente dado que ha solicitado aplazamiento de la misma y por ello no puede iniciarse el periodo ejecutivo ni dictarse providencia de apremio, ni liquidarse recargos del periodo ejecutivo.

Indique cuál debe ser el sentido de la resolución del recurso de reposición interpuesto y los elementos esenciales de su motivación.

Segundo. Con fecha 20 de julio de 2011 «INMUEBLES, SA» presenta la autoliquidación de IVA correspondiente al mes de junio de 2011, por importe de 1.275.652,50 euros. Junto con esta autoliquidación presenta solicitud de compensación de la deuda derivada de la autoliquidación con dos créditos que ostenta ante la Administración por los siguientes conceptos e importes:

- Crédito derivado de devolución por el concepto IVA y periodo mes de diciembre de 2010, por un importe de 647.142,24 euros, acordado por la Dependencia de Gestión Tributaria de Madrid con fecha 17 de junio de 2011 y aún no satisfecho al contribuyente.
- Crédito adeudado por el ayuntamiento de Madrid por importe de 600.000,00 euros derivado de una prestación de servicios realizada. Habiéndose acordado el pago por el órgano competente del ayuntamiento, el mismo aún no se ha hecho efectivo.

Asimismo, en el momento de presentar la autoliquidación, la entidad ingresa la diferencia entre la suma de ambos créditos y el importe de la misma (28.510,26 €).

En el momento de dictar el acuerdo de resolución la situación de la deuda y de los créditos es la misma que la existente en el momento de la solicitud de compensación.

Suponiendo que la solicitud reúne los requisitos establecidos reglamentariamente para proceder a su tramitación y que por tanto no procede realizar requerimiento alguno, señálese:

- El sentido del acuerdo de resolución de la solicitud de compensación, así como los elementos fundamentales de la motivación del mismo, de ser ello necesario.
- Los efectos del acuerdo de resolución.
- Si procede liquidar intereses de demora y, en su caso, el periodo de devengo de los mismos y el momento en que puede procederse a la liquidación.

Tercero. Con fecha 20 de octubre de 2011 «INMUEBLES, SA» presentó autoliquidación por IVA, correspondiente al mes de septiembre de 2011, con resultado a ingresar por importe de 2.654.327,33 euros. Junto con la autoliquidación presentó solicitud de fraccionamiento.

El contenido de dicha solicitud es el siguiente:

- La denominación, número de identificación fiscal y domicilio fiscal de «INMUEBLES, SA».
- Identificación de la deuda cuyo fraccionamiento se solicita, indicando que se trata de la autoliquidación por IVA, 9M del 2011, cuyo plazo de ingreso en periodo voluntario finalizó el 20 de octubre de 2011.
- Una propuesta de pago de la misma en 12 mensualidades de 221.193,94 euros mensuales, cuyo primer vencimiento se produciría el 20 de diciembre de 2011, y en los siguientes 11 meses el día 20 de cada mes.
- Como garantía, y ante la escasa duración del fraccionamiento frente a los costes que supondría la constitución de una hipoteca, solicita que se proceda al embargo preventivo de un inmueble cuyo valor de tasación es de 4.000.000 de euros, de acuerdo con la valoración de un familiar del director general de la empresa, farmacéutico de profesión pero muy aficionado al estudio del mercado inmobiliario.
- Lugar, fecha y firma del solicitante.

Junto con la autoliquidación y la solicitud de fraccionamiento no presenta ningún otro documento.

Se va a proceder a requerir la subsanación de los defectos advertidos en la solicitud.

Determine cuál debería ser el contenido esencial del requerimiento efectuado a «INMUEBLES, SA» en fecha 24 de octubre de 2011.

SOLUCIÓN

PARTE 1.ª ASPECTOS JURÍDICOS, CIVILES Y MERCANTILES, Y AQUELLOS OTROS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA NO EXPRESAMENTE CONTEMPLADOS EN LAS OTRAS PARTES DEL INFORME

Primero. Nos encontramos ante un supuesto de un aumento de capital social en una sociedad anónima con cargo a aportaciones no dinerarias al patrimonio social, realizado mediante la emisión de nuevas acciones y una prima de emisión. Los socios, ejercitando su derecho de suscripción preferente, adquieren la totalidad de las acciones aportando un inmueble gravado con una hipoteca de la que es acreedor hipotecario «HISPABANK, SA», que es uno de los socios de la sociedad dominante, «INMUEBLES, SA».

Dicho acuerdo se adoptó en junta universal cumpliendo las exigencias señaladas en el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que indica que la junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.

La LSC, anteriormente citada, exige que, en los aumentos de capital de las sociedades anónimas, las aportaciones no dinerarias, cualquiera que sea su naturaleza, sean objeto de un informe elaborado por uno o varios expertos independientes con competencia profesional, designados por el registrador mercantil del domicilio social, conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.

El informe contendrá la descripción de la aportación, con sus datos registrales, si existieran, y la valoración de la aportación, expresando los criterios utilizados y si se corresponde con el valor nominal y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones que se emitan como contrapartida, no pudiendo superar el valor que se dé a la aportación en la escritura social al de la valoración realizada por los expertos.

Una copia autenticada del informe del experto deberá depositarse en el Registro Mercantil en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha efectiva de la aportación, incorporándose como anexo a la escritura de ejecución del aumento del capital social.

No obstante, el TRLSC señala una serie de excepciones a la exigencia del informe como, por ejemplo, cuando se trate de bienes cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por un experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

En el caso que nos ocupa, conviene indicar, sin embargo, que el local que se aporta no está libre de cargas y por lo tanto habrá que aplicar las disposiciones contenidas en la ley al respecto, de forma que los aportantes don Fernando Fernández y don Martín Martínez estarán obligados al saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa.

Segundo. La sociedad «INMUEBLES, SA» poseía una participación mayoritaria de su filial «RECOGE, SA», al estar integrada por dos de los socios de la primera, que tenían el 60 por 100 del capital en la dominante.

Para llevar a cabo tal adquisición es preciso el acuerdo adoptado en la junta, debiendo ser convocada mediante un anuncio publicado en la página web de la sociedad si esta hubiera sido creada, inscrita y publicada en los términos previstos en el artículo 11 bis del TRLSC. Cuando la sociedad no hubiere acordado la creación de su página web o todavía no estuviera esta debidamente inscrita y publicada, la convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social. No obstante, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

Señalar que, si se tratase de junta universal, no sería necesario anuncio previo de convocatoria, tal y como hemos indicado en el anterior supuesto.

Conviene indicar que, si en un momento determinado la sociedad «INMUEBLES, SA» pretendiera llevar a cabo alguna modificación estructural, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, regula fusiones especiales a las que denomina «simplificadas». Uno de cuyos supuestos lo constituye la fusión de sociedades íntegramente participadas indicando que si la sociedad absorbente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones en que se divida el capital de la sociedad absorbida, la operación de la fusión podría realizarse sin necesidad de que concurrieran los siguientes requisitos:

- La inclusión en el proyecto de fusión del tipo de canje de las acciones, compensación complementaria en dinero que se hubiera previsto y, en su caso, el procedimiento de canje y la fecha a partir de la cual los titulares de las nuevas acciones, participaciones o cuotas tendrán derecho a participar en las ganancias sociales.
- Los informes de administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. No obstante, el informe de los administradores será necesario cuando se trate de una fusión transfronteriza intracomunitaria.
- El aumento de capital de la sociedad absorbente.
- La aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas.

Tercero. El TRLSC no exige expresamente que para realizar un aumento de capital social haya que contar con reservas disponibles. Cuestión distinta es que permita que el aumento de capital se realice con cargo a reservas, que no es el caso, pues los socios aportaron un local como contraprestación para la adquisición de las acciones. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) señala que para ampliar el capital con cargo a reservas es necesario que dichas reservas existan en la realidad, sin estar agotadas por pérdidas de ejercicios anteriores, pues si existen dichas pérdidas, las reservas deben en primer lugar ser destinadas a cubrirlas. Se pretende con ello la transparencia de la sociedad, evitando que con operaciones contables se induzca a confusión a los terceros sobre la real situación económica de la sociedad.

La referida ley indica que, en todo caso, una cifra igual al 10 por 100 del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que esta alcance, al menos, el 20 por 100 del capital social, y que la reserva legal, mientras no supere el límite indicado, solo podrá destinarse a la compensación de pérdidas en el caso de que no existan otras reservas disponibles suficientes para este fin; todo ello, sin perjuicio de lo indicado anteriormente a propósito de los aumentos de capital con cargo a reservas.

Según el artículo 313 del TRLSC, una vez ejecutado el acuerdo de aumento del capital social, los administradores deberán dar nueva redacción a los estatutos sociales a fin de recoger en los mismos la nueva cifra del capital social, a cuyo efecto se entenderán facultados por el acuerdo de aumento. El acuerdo de aumento del capital social y la ejecución del mismo deberán inscribirse simultáneamente en el Registro Mercantil como regla general, de forma que para que en el pre-

sente supuesto la escritura pública de rectificación despliegue efectos deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

Cuarto. En primer lugar indicar que la transmisión de «INMUEBLES, SA» a «HISPABANK, SA» de 5.000 acciones, a cambio de la cancelación anticipada de la hipoteca que grava el local comercial sito en la calle Ortega y Gasset, se encuadraría dentro de uno de los supuestos de aumento de capital mediante compensación de créditos, exigiendo la ley que, cuando el aumento del capital de la anónima se realice por compensación de créditos, al menos, un 25 por 100 de los créditos a compensar deberán ser líquidos, estar vencidos y ser exigibles, y el vencimiento de los restantes no podrá ser superior a cinco años. Para realizar esta operación sería necesario que, al tiempo de la convocatoria de la junta general, se ponga a disposición de los socios en el domicilio social un informe del órgano de administración sobre la naturaleza y características de los créditos a compensar, la identidad de los aportantes, el número de acciones que hayan de crearse o emitirse y la cuantía del aumento, en el que expresamente se hará constar la concordancia de los datos relativos a los créditos con la contabilidad social. Se pondrá también a disposición de los accionistas en el domicilio social una certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos a compensar. Si la sociedad no tuviere auditor de cuentas, la certificación deberá ser expedida por un auditor nombrado por el Registro Mercantil a solicitud de los administradores, debiéndose incorporar ambos documentos a la escritura pública que documenta la ejecución del aumento.

En segundo lugar, sería necesario examinar los estatutos sociales para determinar quién está legitimando para el uso de la firma social en el caso de la cancelación de garantías reales. No obstante, ante la decisión del registrador de denegar la calificación, los interesados podrían haber recurrido la calificación negativa del registrador ante la DGRN en el plazo de un mes (computado desde la fecha de la notificación de la calificación que se recurre), evitando, de momento, todos los costes procesales que conlleva la interposición de un recurso judicial, que además no sería el contencioso-administrativo.

Dicho recurso gubernativo, que es potestativo, debe resolverse y notificarse en el plazo de tres meses, transcurridos los cuales se entenderá desestimado por silencio administrativo, quedando expedida la vía jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas de juicio verbal (juzgados civiles de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble o, en su caso, mercantiles), aunque tiene un carácter especial por razón de la materia y con algunos tintes contencioso-administrativos también por razón de su objeto.

Este hecho de que la jurisdicción competente sea la civil y no la contencioso-administrativa deriva de la naturaleza especial de la función y calificación registral, y confirma que las resoluciones de la DGRN, si bien son actos de la Administración pública, no son actos administrativos en sentido estricto, ya que la materia que constituye su contenido no es administrativa, sino de naturaleza civil, registral o mercantil.

Por último, se puede señalar, en cuanto al empleo del recurso judicial en la práctica, que la utilización de la vía directa judicial frente a las calificaciones registrales es todavía residual y que generalmente se recurre ante la DGRN y, en su caso, la resolución de la misma es la que se impugna posteriormente ante los tribunales.

Una de las mayores críticas de este recurso, según la mayor parte de la doctrina, no es tanto la tardanza en el plazo para dictar sentencia, sino la dispersión de criterios que se obtiene entre los distintos juzgados de primera instancia, por lo que muchos civilistas abogan por trasladar la competencia a las audiencias provinciales, con la posibilidad de recurso de alzada ante los tribunales superiores de justicia autonómicos, favoreciendo la unificación de la doctrina.

En relación con la cláusula hipotecaria decimotercera que nos indica el supuesto, por la que «todos los tributos de la operación serán satisfechos por la entidad financiera», el artículo 17.5 de la Ley 58/2003 General Tributaria (LGT) dispone: «Los elementos de las obligaciones tributarias no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico privadas».

Por lo que la AEAT no quedará vinculada a dicha cláusula, sin perjuicio de que las partes en un procedimiento civil pudieran reclamarse las cantidades adeudadas.

Quinto. Se trata de la solicitud de un aplazamiento de la deuda en periodo voluntario, por lo que no se iniciará el periodo ejecutivo, pero sí se devengarán intereses de demora.

De conformidad con el **artículo 46 del Real Decreto 939/2005**, de 29 de julio, General de Recaudación, la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento contendrá necesariamente los siguientes datos:

- «a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, número de identificación fiscal y domicilio fiscal del obligado al pago y, en su caso, de la persona que lo represente.
- b) Identificación de la deuda cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicita, indicando al menos su importe, concepto y fecha de finalización del plazo de ingreso en periodo voluntario.
- c) Causas que motivan la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento.
- d) Plazos y demás condiciones del aplazamiento o fraccionamiento que se solicita.
- e) Garantía que se ofrece, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- f) Orden de domiciliación bancaria, indicando el número de código cuenta cliente y los datos identificativos de la entidad de crédito que deba efectuar el cargo en cuenta, cuando la Administración competente para resolver haya establecido esta forma de pago como obligatoria en estos supuestos.
- g) Lugar, fecha y firma del solicitante.»

Por lo tanto la solicitud del Sr. Fernández no cumple todos los requisitos expuestos, por los que deberá ser objeto de un requerimiento de subsanación para que en el plazo de 10 días se le dé contestación, dado que en caso contrario se archivará la solicitud de aplazamiento.

Además, de conformidad con en el **artículo 46.3, 4 y 5 del Reglamento General de Recaudación** debería haber aportado en relación con la garantía:

- «a) Compromiso de aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o de certificado de seguro de caución, o la documentación que se detalla en los apartados 4 y 5, según el tipo de garantía que se ofrezca.
- b) En su caso, los documentos que acrediten la representación y el lugar señalado a efectos de notificación.
- c) Los demás documentos o justificantes que estime oportunos. En particular, deberá justificarse la existencia de dificultades económico-financieras que le impidan de forma transitoria efectuar el pago en el plazo establecido.
- d) Si la deuda tributaria cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicita ha sido determinada mediante autoliquidación, el modelo oficial de esta, debidamente cumplimentado, salvo que el interesado no esté obligado a presentarlo por obrar ya en poder de la Administración; en tal caso, señalará el día y procedimiento en que lo presentó.
- e) En su caso, solicitud de compensación durante la vigencia del aplazamiento o fraccionamiento con los créditos que puedan reconocerse a su favor durante el mismo periodo de tiempo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52.2, segundo párrafo.

Cuando se solicite la admisión de garantía que no consista en aval de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, se aportará, junto a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento y a los documentos a que se refiere el apartado 3 b), c) y d), la siguiente documentación:

- a) Declaración responsable y justificación documental de la imposibilidad de obtener dicho aval o certificado de seguro de caución, en la que consten las gestiones efectuadas para su obtención.
- b) Valoración de los bienes ofrecidos en garantía efectuada por empresas o profesionales especializados e independientes. Cuando exista un registro de empresas o profesionales especializados en la valoración de un determinado tipo de bienes, la valoración deberá efectuarse, preferentemente, por una empresa o profesional inscrito en dicho registro.
- c) Balance y cuenta de resultados del último ejercicio cerrado e informe de auditoría, si existe, en caso de empresarios o profesionales obligados por ley a llevar contabilidad.

Cuando se solicite la dispensa total o parcial de garantía, se aportará junto a la solicitud, además de los documentos a que se refiere el apartado 3 b), c) y d), la siguiente documentación:

- a) Declaración responsable y justificación documental manifestando carecer de bienes o no poseer otros que los ofrecidos en garantía.

- b) Justificación documental de la imposibilidad de obtener aval de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, en la que consten las gestiones efectuadas para su obtención.
- c) Balance y cuenta de resultados de los tres últimos años e informe de auditoría, si existe, en caso de empresarios o profesionales obligados por ley a llevar contabilidad.
- d) Plan de viabilidad y cualquier otra información que justifique la posibilidad de cumplir el aplazamiento o fraccionamiento solicitado.»

Por lo tanto, la solicitud del Sr. Fernández no cumple todos los requisitos expuestos, por lo que deberá ser objeto de un requerimiento de subsanación para que el plazo de 10 días se le dé contestación, dado que, en caso contrario, se archivará la solicitud de aplazamiento. En el supuesto de que se conteste el requerimiento, pero no de forma adecuada, se considerará un motivo para la posible denegación de la concesión del mismo.

Sexto. En el supuesto planteado, el Sr. Fernández ha solicitado la rectificación de una autoliquidación, de conformidad con el artículo 126 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. A tal efecto, la tramitación de la citada rectificación deberá cumplir los requisitos del artículo 127 del citado reglamento, en concreto:

«4. Finalizadas las actuaciones se notificará al interesado la propuesta de resolución para que en el plazo de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la propuesta, alegue lo que convenga a su derecho, salvo que la rectificación que se acuerde coincida con la solicitada por el interesado en cuyo caso se notificará sin más trámite la liquidación que se practique».

Finalmente, el artículo 128 del Real Decreto 1065/2007 establece, en relación con la terminación de los procedimientos de rectificación de autoliquidación, que terminarán mediante resolución, en la que se acordará o no la rectificación de la misma. Debiendo ser el acuerdo motivado cuando sea denegatorio o cuando la rectificación acordada no coincida con la solicitada por el interesado.

En relación con la segunda cuestión relativa a la «revisión del aplazamiento para su adecuación a la nueva deuda resultante pendiente y en caso de resultar a devolver se abone por transferencia bancaria», en el supuesto planteado debemos considerar lo siguiente:

- La solicitud de aplazamiento ha de tramitarse conforme a los datos aportados por el contribuyente, por lo que no puede ser objeto de modificación a posteriori, dado que el acuerdo del delegado especial y las garantías ofrecidas lo son para esa liquidación y no para otra.
- En el supuesto en el que se rectifique la autoliquidación, se procederá a anular el aplazamiento y a generar una devolución de ingresos indebidos con los correspondientes intereses de demora.
- El contribuyente debería solicitar la compensación de las cantidades ingresadas con la nueva liquidación practicada.

- Por la diferencia, si es a favor del contribuyente, se procedería a su devolución, en tanto que si quedaran vencimientos pendientes de pago, debería solicitar de nuevo el aplazamiento, debiendo dictarse un nuevo acuerdo de concesión con los nuevos vencimientos y cuotas.

PARTE 2.ª ASPECTOS RELACIONADOS CON ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN DE LOS TRIBUTOS

Primera. Valore y razone cuándo deben entenderse iniciadas las actuaciones de comprobación e investigación en el caso que nos ocupa. Asimismo, señale los efectos que se derivan de las declaraciones presentadas por la entidad el 16 de marzo.

Las actuaciones de comprobación e investigación deben entenderse correctamente iniciadas con fecha 15 de marzo de 2010, y no el día 1 de abril como parece pretender la entidad.

Así, en cuanto al inicio del procedimiento inspector, el artículo 177.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (RGGI), establece que, cuando se estime conveniente para la adecuada práctica de las actuaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 172 de este reglamento, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, el procedimiento de inspección podrá iniciarse, como sucede en el presente caso, sin previa comunicación mediante personación en la empresa, oficinas, dependencias, instalaciones, centros de trabajo o almacenes del obligado tributario o donde exista alguna prueba de la obligación tributaria, aunque sea parcial.

En este caso, las actuaciones se entenderán con el obligado tributario si estuviese presente y, de no estarlo, con los encargados o responsables de tales lugares.

Por su parte, el artículo 111.1 de la LGT, en cuanto a las personas legitimadas para recibir las notificaciones, ya señala que cuando la notificación se practique en el lugar señalado al efecto por el obligado tributario o por su representante, o en el domicilio fiscal de uno u otro, de no hallarse presentes en el momento de la entrega, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en dicho lugar o domicilio y haga constar su identidad, así como los empleados de la comunidad de vecinos o de propietarios donde radique el lugar señalado a efectos de notificaciones o el domicilio fiscal del obligado o su representante.

Podemos traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2012 (rec. n.º 58/2009) (NFJ046240) en cuyo Fundamento de Derecho Tercero se lee literalmente lo siguiente:

«Aduce la actora en primer término que la nulidad de la notificación de inicio de actuaciones, efectuada el 10 de julio de 2006, carece de eficacia pues se hizo a la persona de don Eutimio, que no ostenta ningún cargo ni representación de la entidad. Afirmo que dicha notificación efectuada a per-

sona ajena a la sociedad, resultaría no obstante válida si se hubiera acreditado que tanto los administradores o el representante autorizado se encontraban ausentes y que se hubiere intentado la notificación en dos ocasiones pues en caso contrario no es posible practicar la notificación en la forma en que se hizo de acuerdo con el artículo 111 de la LGT.

En el presente caso, la notificación de inicio de actuaciones a la entidad "ADASA INMUEBLES, SL", dirigida al domicilio fiscal de la empresa, mismo domicilio que figura en su autoliquidación, así como en el acta y acuerdo de liquidación, fue entregada, en fecha de 10 de julio de 2006, a don Eutimio, persona identificada con DNI, que firmó la recepción de la documentación, manifestando que lo hace en su condición de "autorizado" y a quien se le hizo entrega de la documentación oportuna.

La pretensión de la actora, en consecuencia, no puede ser acogida, pues en efecto, consta en el expediente como las notificaciones de inicio de las actuaciones se practicaron en el domicilio fiscal de las entidades y fueron recepcionadas por persona autorizada y debidamente identificada.

El artículo 110.2 de la LGT dispone: "En los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado tributario o de su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde se desarrolle la actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin...".

Y el artículo 111, en relación con las personas legitimadas para recibir las notificaciones, añade: "Cuando la notificación se practique en el lugar señalado al efecto por el obligado tributario o su representante, o en el domicilio fiscal de uno u otro, de no hallarse presentes en el momento de la entrega, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en dicho lugar o domicilio, y haga constar su identidad, así como los empleados de la comunidad de vecinos o de propietarios donde radique el lugar señalado a efectos de notificaciones o el domicilio fiscal del obligado o su representante".

En el supuesto enjuiciado se hizo cargo de la notificación don Eutimio, debidamente identificado y que manifestó que era persona autorizada. Dicha notificación debe considerarse plenamente eficaz y válida, no solo por haberse practicado en el domicilio indicado, sino porque existe plena constancia de su eficacia, como lo prueba el que el 26 de julio, es decir, 16 días después el representante de la entidad compareció en las oficinas de la Agencia Tributaria y compareciendo posteriormente a todas las citaciones a las que fue convocado sin oponer ninguna objeción.

El representante de la entidad compareció en fecha posterior firmando la autorización correspondiente y compareció igualmente en la incoación del acta de disconformidad sin aducir ninguna cuestión relativa a la notificación.

No era necesario, por tanto, en este supuesto practicar un segundo intento de notificación, supuesto previsto en el artículo 112.2 para aquellos casos en que es imposible practicar la notificación y por ello se acude a la notificación por comparecencia.

Así, debe señalarse que es significativo que la entidad recurrente no explique, en consonancia con su tesis propia de que la notificación adolece de tan sustanciales vicios, cómo pudo llegar a sus manos el conocimiento del acuerdo de inicio así como la citación para comparecer para la fecha

señalada del mes de septiembre, pues aunque se niega apodícticamente que la fuente por medio de la cual se conoció el acto combatido fuera, precisamente, tal acto de notificación válido, esta negativa se contradice con la posterior actitud de su representante que comparece ante la Administración 16 días después, cuando había sido citado para el día 7 de septiembre».

En el mismo sentido, podemos invocar Sentencia igualmente de la Audiencia Nacional de fecha 25 de abril de 2012 (rec. n.º 282/2010) (NFJ047290), que contempla el supuesto de notificación realizada a la empresa en su domicilio, firmada y recepcionada por la persona que se encontraba en el mismo, quien hizo constar su identidad. La Audiencia estima que la notificación debe reputarse correcta, resultando irrelevante a estos efectos incluso que la persona que recibió la notificación fuese o no empleada de la recurrente.

El inicio mediante personación se documentará en diligencia [arts. 99.7 de la LGT y 98.2 a) del RGGI].

Como consecuencia de la conclusión expuesta anteriormente sobre la fijación de la fecha de inicio en el día 15 de marzo, las declaraciones presentadas por el obligado tributario, el 16 del mismo mes producen los efectos previstos en el apartado 5 del artículo 87 del RGGI, según el cual las declaraciones o autoliquidaciones tributarias que presente el obligado tributario, una vez iniciadas las actuaciones o procedimientos, en relación con las obligaciones tributarias y periodos objeto de la actuación o procedimiento, en ningún caso iniciarán un procedimiento de devolución ni producirán los efectos previstos en los artículos 27 y 179.3 de la LGT, sin perjuicio de que en la liquidación que, en su caso, se practique se pueda tener en cuenta la información contenida en dichas declaraciones o autoliquidaciones.

Asimismo, los ingresos efectuados por el obligado tributario con posterioridad al inicio de las actuaciones o procedimientos, en relación con las obligaciones tributarias y periodos objeto del procedimiento, tendrán carácter de ingresos a cuenta sobre el importe de la liquidación que, en su caso, se practique, sin que esta circunstancia impida la apreciación de las infracciones tributarias que puedan corresponder. En estos casos, no se devengarán intereses de demora sobre la cantidad ingresada desde el día siguiente a aquel en que se realizó el ingreso.

Segunda. Califique, de acuerdo con la normativa reguladora, el tiempo empleado por la Administración desde que solicita el informe al gabinete técnico hasta su recepción, su influencia en el cómputo del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras. Asimismo, manifiéstese sobre la posibilidad de que la inspección continúe realizando actuaciones mientras espera la respuesta del gabinete y su fundamentación legal. (Señale en su caso si existe algún precepto normativo que expresamente impida o permita el desarrollo de actuaciones inspectoras en los supuestos de interrupciones o dilaciones).

A los efectos de los artículos 104.2 y 150 de la LGT, estamos ante un supuesto de interrupción justificada del plazo de duración del procedimiento de inspección.

Resulta aplicable lo prevenido en la letra a) del artículo 103 del RGGI, de conformidad con el cual, cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos

a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, se considerará que existe un periodo de interrupción justificada por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses.

Por lo tanto, en el caso aquí examinado, existe un supuesto de interrupción justificada del plazo de duración del procedimiento de inspección de seis meses, aun cuando el informe se haya tardado en recibir siete meses.

Los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración deberán documentarse adecuadamente para su constancia en el expediente y, a efectos del cómputo del plazo de duración del procedimiento, tanto unos como otros se contarán por días naturales (art. 102 del RGGI).

Respecto de la posibilidad de que la Inspección continúe realizando actuaciones mientras espera la respuesta del gabinete y su fundamentación legal, señalaremos que el apartado 7 del citado artículo 102 del RGGI prevé expresamente que los periodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración no impedirán la práctica de las actuaciones que durante dicha situación pudieran desarrollarse.

Tercera. Señale la decisión a adoptar respecto a la eliminación o no de la compensación de bases imponibles negativas correspondientes al ejercicio 2003 ante la actitud del obligado tributario de no justificar su procedencia y, en su caso, las normas generales contenidas en la LGT y particulares del Impuesto sobre Sociedades sobre esta cuestión que fundamenten su decisión.

La decisión que proponemos que adopte la Inspección respecto a la eliminación o no de la compensación de bases imponibles negativas, correspondientes al ejercicio 2003, es la de proceder a su eliminación ante la falta de justificación o acreditación de las mismas por parte del obligado tributario, con fundamento en los siguientes preceptos:

- Artículo 106.5 de la LGT, que es una norma específica frente a la general de conservación de la documentación de seis años que, en efecto, prevé el artículo 30 del Código de Comercio. Según el precepto de la LGT invocado, en aquellos supuestos en que las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o las deducciones aplicadas o pendientes de aplicación tuviesen su origen en ejercicios prescritos, como aquí sucede, pues datan del año 2003, la procedencia y cuantía de las mismas deberán acreditarse mediante la exhibición de las liquidaciones o autoliquidaciones en que se incluyeron la contabilidad y los oportunos soportes documentales.
- Artículo 25.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) (aprobado mediante el RDLeg. 4/2004), que dispone que la carga de la prueba recae sobre el obligado tributario, al señalar que el sujeto pasivo deberá acreditar la procedencia y cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, mediante la exhibición de

la liquidación o autoliquidación, la contabilidad y los oportunos soportes documentales, cualquiera que sea el ejercicio en que se originaron.

Cuarta. Determine el número de actas que deben formalizarse por cada concepto y el carácter provisional o definitivo de las liquidaciones de las mismas. Asimismo, señale las consecuencias que se derivan de la firma de actas en conformidad, en cuanto a plazos de notificación e ingreso y en cuanto al régimen sancionador.

En cuanto al número de actas que deben formalizarse, partiremos de lo prevenido en el artículo 176.3 del RGGI, que señala que en relación con cada obligación tributaria podrá extenderse una única acta respecto de todo el ámbito temporal objeto de la comprobación, a fin de que la deuda resultante se determine mediante la suma algebraica de las liquidaciones referidas a los distintos periodos comprobados.

Así, respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) se podrá incoar una única acta de conformidad (arts. 156 de la LGT y 187.1 del RGGI).

Y en relación con el Impuesto sobre Sociedades, resulta de aplicación la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 187 del RGGI, según el cual cuando el obligado tributario preste su conformidad parcial a los hechos y a las propuestas de regularización y liquidación formuladas se procederá de la siguiente forma:

«a) Si de la propuesta derivada de los hechos a los que el obligado tributario presta su conformidad no resultara una cantidad a devolver, se formalizarán simultáneamente dos actas relacionadas entre sí en los siguientes términos:

- 1.º Un acta de conformidad que contendrá los elementos regularizados de la obligación tributaria a los que el obligado tributario haya prestado su conformidad.
- 2.º Un acta de disconformidad que incluirá la totalidad de los elementos regularizados de la obligación tributaria. La cuota tributaria incluida en la propuesta de liquidación contenida en el acta de conformidad minorará la contenida en el acta de disconformidad.

b) Si de la propuesta derivada de los hechos a los que el obligado tributario presta su conformidad resultara una cantidad a devolver, se formalizará una única acta de disconformidad en la que se harán constar los elementos regularizados de la obligación tributaria a los que el obligado tributario presta su conformidad, a efectos de la aplicación de la reducción de la sanción prevista en el artículo 188.1 de la LGT.»

En este caso sería procedente pues por el IVA la firma de una única acta de disconformidad, en los términos expuestos.

Finalmente, respecto de las consecuencias que se derivan de la firma de actas en conformidad, en cuanto a plazos de notificación e ingreso, tales aspectos están regulados en la LGT, en los apartados 3 y 4 de su artículo 156, en los siguientes términos:

«Se entenderá producida y notificada la liquidación tributaria de acuerdo con la propuesta formulada en el acta si, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la fecha del acta, no se hubiera notificado al interesado acuerdo del órgano competente para liquidar, con alguno de los siguientes contenidos:

- a) Rectificando errores materiales.
- b) Ordenando completar el expediente mediante la realización de las actuaciones que procedan.
- c) Confirmando la liquidación propuesta en el acta.
- d) Estimando que en la propuesta de liquidación ha existido error en la apreciación de los hechos o indebida aplicación de las normas jurídicas y concediendo al interesado plazo de audiencia previo a la liquidación que se practique.»

En cuanto al régimen sancionador, en la imposición de las sanciones que puedan proceder como consecuencia de estas liquidaciones, será de aplicación la reducción, prevista en el apartado 1 del artículo 188 de la LGT, del 30 por 100, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de aplicar asimismo sobre el 70 por 100 restante la reducción adicional «por pronto pago» de las sanciones, prevista en el mismo artículo 188, en su apartado 3.

Podemos añadir que para que sea aplicable la reducción de las sanciones en un 30 por 100 será preciso que no se interponga recurso o reclamación contra la liquidación derivada del acta, pero sí podría recurrirse el acuerdo sancionador.

Y para que sea aplicable la reducción adicional del 25 por 100, será necesario el cumplimiento de los dos siguientes requisitos:

- a) Que no se interponga recurso o reclamación ni contra la liquidación derivada del acta ni contra la sanción.
- b) Además que se realice el ingreso total del importe restante de dicha sanción en el plazo del apartado 2 del artículo 62 de la LGT o en el plazo o plazos fijados en el acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento que la Administración tributaria hubiera concedido con garantía de aval o certificado de seguro de caución y que el obligado al pago hubiera solicitado con anterioridad a la finalización del plazo del apartado 2 del artículo 62 de dicha LGT.

PARTE 3.^a ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Primero. La permuta realizada por la sociedad «INMUEBLES, SA» al inicio del periodo 2010, calificada como no comercial, debió dar lugar a una pérdida contable en los términos del Plan General de Contabilidad (PGC). Conforme a su redactado, en las permutas no comerciales el elemento

recibido se valorará por el valor neto contable del elemento entregado más las compensaciones monetarias que pudieran existir, con el límite del valor de mercado del elemento adquirido.

En nuestro caso, «INMUEBLES, SA» debió registrar la flota de vehículos por 600.000 euros (su valor de mercado), ya que resulta inferior al valor neto contable más las compensaciones monetarias entregados ($750.000 - 60.000 - 90.000 + 250.000$). En consecuencia, la diferencia de 250.000 euros se contabilizó como pérdida en el ejercicio 2010.

Desde el punto de vista fiscal, el artículo 15 del TRLIS establece, en sus apartados 2 y 3, el tratamiento de las operaciones de permuta, precisando que el elemento recibido se valorará por su valor de mercado, debiendo integrar la sociedad en su base imponible la diferencia entre el valor de mercado del elemento recibido y el valor contable de los entregados. En el caso de «INMUEBLES, SA», esta circunstancia supone admitir la deducibilidad de la pérdida contabilizada a efectos de determinar el importe de su base imponible.

Respecto a la venta efectuada el 1 de diciembre de 2010, siendo el valor de mercado de los elementos transmitidos de 120.000 euros (coincidente con su valor fiscal, como hemos señalado en el párrafo anterior), la venta de los mismos por 60.000 euros da lugar a una pérdida adicional de 60.000 euros, que se integrará en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Segundo. Al inicio del periodo 2010 el obligado tributario adquirió el 80 por 100 de «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL» por un precio de adquisición equivalente al valor de sus fondos propios (sin plusvalías tácitas en la sociedad participada). Posteriormente, al cierre del ejercicio, dotó una pérdida por deterioro de 80.000 euros ante la perspectiva negativa de la sociedad participada.

Ambas sociedades forman grupo desde el punto de vista mercantil por lo que el posible deterioro de sus acciones debe analizarse a través del artículo 12.3 del TRLIS.

El régimen previsto en este artículo para el deterioro de esta cartera tiene el carácter de régimen especial, por lo que, en todo caso, de existir un deterioro, debe deducirse mediante un ajuste negativo al resultado contable sin admitir en modo alguno el deterioro que se hubiese calculado conforme a la norma contable. Ello implica que, en un primer momento, deba hacerse un ajuste positivo al resultado contable de la sociedad «INMUEBLES, SA» para eliminar el deterioro contable por importe de 80.000 euros.

En cuanto al cálculo del deterioro fiscal previsto en el artículo 12.3, señala que se calculará la diferencia entre los fondos propios existentes al inicio del periodo impositivo y los existentes al cierre. Al inicio del periodo los fondos propios de la sociedad participada eran de 320.000 euros ($80\% \times 400.000$), mientras que al cierre los fondos propios ascendieron a 400.000 euros [$80 \times (50.000 + 200.000 + 250.000)$] puesto que «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL» ha generado unos beneficios de 200.000 euros durante el periodo 2010, al tiempo que ha minorado sus fondos propios en 100.000 euros con ocasión del reconocimiento de un dividendo a cuenta del ejercicio. Habiéndose incrementado los fondos de la sociedad participada durante el 2010, no procede reconocer un deterioro fiscal de las acciones (ni resulta necesario calcular el límite previsto en el propio precepto 12.3 a la diferencia de fondos propios al inicio y al cierre del periodo).

Otra circunstancia a tener en cuenta en el periodo 2010 es el reparto de beneficios a cuenta del propio ejercicio realizado por «INMUEBLES A SIMPLE VISTA, SL». Esta circunstancia supone un ingreso financiero para la sociedad «INMUEBLES, SA» que contabilizará como dividendo.

El artículo 30.2 del TRLIS regula la deducción por doble imposición interna exigiendo que, para su aplicación, la sociedad debe participar al menos en el 5 por 100 del capital social (circunstancia que se cumple en el supuesto) y ostentar la participación con un año de antigüedad en el momento de la exigibilidad del dividendo o, en su defecto, mantener la participación hasta completar este requisito. La sociedad «INMUEBLES, SA» podrá, por tanto, aplicar la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30.2 del TRLIS siempre que se comprometa al mantenimiento de la participación el tiempo necesario para cumplir el segundo requisito. En caso contrario, deberá practicar la deducción en los términos del artículo 30.1.

En cuanto al cálculo de esta deducción, el artículo 30.2 señala que será el resultado de aplicar el tipo de gravamen al importe íntegro de los dividendos multiplicado por el 100 por 100, es decir:

$$100.000 \times 30\% \times 100\% = 30.000 \text{ euros}$$

Finalmente, cabe señalar que la retención practicada del 19 por 100 no resulta procedente por cuanto la sociedad «INMUEBLES, SA» tiene derecho a la deducción por doble imposición interna del 100 por 100 tal y como hemos señalado. Esta circunstancia se regula en el artículo 59 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RD 1777/2004), de manera que la sociedad «INMUEBLES, SA» debió comunicar al pagador de los dividendos que cumplía los requisitos para aplicar el artículo 30.2 del TRLIS.

Tercero. Respecto a la entrega de acciones propias en pago de los servicios recibidos, debe señalarse que, desde el punto de vista contable, los resultados de operaciones con acciones propias deben registrarse en patrimonio neto sin que tengan efectos en la cuenta de resultados del ejercicio. En el TRLIS no existe ningún ajuste previsto para estos supuestos, por lo que, según el artículo 10.3 del TRLIS, lo dispuesto en la norma contable tendrá plenos efectos a la hora de cuantificar la base imponible.

En consecuencia, no tributará la diferencia entre el valor de las acciones entregadas (1.000 €) y el valor razonable de los servicios recibidos (1.100 €).

Respecto al desarrollo de la patente, la sociedad podrá beneficiarse de la deducción por I+D prevista en el artículo 35.1 del TRLIS, siendo la base de la deducción el importe de los gastos realizados por este concepto durante el periodo impositivo, es decir, 30.000 euros. Los porcentajes de deducción aplicables serán el 25 por 100 con carácter general y el 42 por 100 por la parte de los gastos incurridos en el ejercicio que hayan excedido de la media de los gastos realizados por este concepto en los dos periodos anteriores. Además, debe tenerse en cuenta que esta deducción, a efectos de su aplicación, está sujeta al límite previsto en el artículo 44.1 del TRLIS, de manera que las deducciones reguladas en el Capítulo IV del Título VI (con exclusión de la prevista en el art. 42), aplicadas en el periodo impositivo, no podrán exceder del 35 por 100 de la cuota íntegra minorada en las deducciones para evitar la doble imposición y las bonificaciones. Este límite será del 50 por 100 si la deducción del artículo 35 del TRLIS excede del 10 por 100 de la citada cuota íntegra.

En cuanto a la activación de los gastos de I+D, la patente podrá amortizarse al ritmo del 10 por 100, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.4 del TRLIS, por tratarse de un intangible de vida útil definida. No obstante, al tratarse de gastos de I+D activados, la empresa podrá optar por acogerse a la libertad de amortización prevista en el artículo 11.2 del TRLIS.

Respecto al cobro del importe fijado como contraprestación por la cesión de la patente, «INMUEBLES, SA» está percibiendo el importe bruto (180.000 €) minorado en la retención practicada en el estado de la fuente (15%, es decir, 27.000 €).

El artículo 23 del TRLIS permite integrar únicamente el 50 por 100 de los ingresos procedentes de esta cesión si se cumplen los requisitos previstos en su apartado primero:

- Que la entidad cedente haya creado los activos objeto de cesión.
- Que el cesionario utilice el elemento en su actividad económica.
- Que el cesionario no resida en territorio de nula tributación o paraíso fiscal.
- Que se diferencien, en su caso, las prestaciones accesorias de servicios en el contrato.
- Que se identifiquen contablemente los ingresos y gastos, directos e indirectos, correspondientes a los activos cedidos.

En consecuencia, el obligado tributario podrá realizar un ajuste negativo al resultado contable por la cesión de la patente correspondiente al 50 por 100 de los ingresos contabilizados, es decir, 90.000 euros. Esta reducción solo podrá aplicarse en el primer periodo impositivo, ya que el artículo 23 fija como límite temporal el momento en que los ingresos alcancen el séxtuplo del coste del activo.

Por último, respecto al impuesto satisfecho en el extranjero (27.000 €), el artículo 31 del TRLIS permite su deducción en la cuota íntegra siempre que el mismo no exceda del importe de la cuota íntegra que hubiese debido pagarse en España por dichas rentas. En este caso, la cuota íntegra en España asciende a (teniendo en cuenta únicamente la parte de la renta integrada en base por aplicación del art. 23):

$$90.000 \times 30\% = 27.000 \text{ euros}$$

Por tanto, el sujeto pasivo podrá aplicar la deducción del artículo 31 por importe de 27.000 euros.

PARTE 4.ª ASPECTOS RELATIVOS A LOS IMPUESTOS SOBRE EL VALOR AÑADIDO Y SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

La regulación del presente apartado se realizará conforme a lo previsto en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre.

Primero. La compra por parte de «INMUEBLES, SA» de un terreno en curso de urbanización se trata de una entrega de bienes en la que debemos indicar lo siguiente:

La expresión «terreno en curso de urbanización» no debe entenderse en sentido estrictamente jurídico, sino comprensivo de todos aquellos suelos en los que existan operaciones materiales para su transformación en urbanos, y que, por lo tanto, ya se han incorporado al proceso de producción de edificaciones. Aunque técnicamente no les corresponda la calificación de «solar» ni cuenten con una licencia de edificación, se considera una entrega de bienes sujeta porque supone un eslabón de la cadena de producción de edificaciones.

En este sentido el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 10 de octubre de 2005 y 11 de junio de 2008 ha manifestado que en la entrega de terrenos en curso de urbanización, respecto de los que se han aprobado los proyectos de urbanización, pero en los que no se han iniciado todavía las obras materiales de ejecución de la urbanización, los transmitentes no tienen la consideración de empresarios, y la operación no queda sujeta al IVA, ya que solo se consideran terrenos en curso de urbanización cuando se han iniciado materialmente las obras para ello.

En el supuesto, no se especifica si se han iniciado o no las obras, pero podemos entender que esta circunstancia se ha producido, dado que se ha solicitado un préstamo para asumir los citados costes de urbanización.

Por ello, considerando que se han iniciado las obras de urbanización materialmente, don Juan López se convertiría en empresario o profesional conforme al artículo 5 de la LIVA, estando la operación sujeta y no exenta por aplicación del artículo 20.Uno 20.º al establecer que la exención de las entregas de los terrenos rústicos no es aplicable a los terrenos urbanizados o en curso de urbanización.

Por lo que la operación estaría sujeta y no exenta, siendo la base imponible, conforme al artículo 78.Uno.7.º de la LIVA, el valor total de la contraprestación incluyendo las cargas asumidas por el comprador, es decir: 100.000 + 20.000 + 10.000 (en la medida en que estos 10.000 € de coste de urbanización sean de obligada entrega por el vendedor y, por lo tanto, sean deudas exigibles a este).

Además, si la operación se documentara en escritura pública, estaría sujeta a actos jurídicos documentados (AJD), cuota fija y variable.

Segundo. La posterior venta de la edificación en curso por «INMUEBLES, SA» a «RECOGE, SA» se trata de una operación de entrega de una edificación, cuya construcción aún no ha concluido, efectuada por un empresario, siendo indiferente que sea promotor o no, y por ello es una operación sujeta y no exenta que debe tributar al 18 por 100.

La posterior entrega de «RECOGE, SA» a la entidad «HISPABANK, SA» se trata de una operación sujeta y no exenta al igual que la anterior, sin tener ninguna consecuencia que el adquirente se encuentre en prorrata, dado que la construcción aún no ha concluido, no sería de aplicación la exención del artículo 20.Uno.22.º de la LIVA.

Tercero. En relación con el alquiler de un inmueble en Oporto y de conformidad con el artículo 70.Uno.1.º de la LIVA, se entenderán realizados en el territorio de aplicación del impuesto los servicios relacionados con inmuebles que radiquen en el citado territorio. Se considera incluido:

«a) El arrendamiento o cesión de uso incluidas las viviendas arrendadas con muebles.»

Es por ello que, dado que el inmueble no se encuentra en el territorio de aplicación del impuesto (TAI), la operación está NO SUJETA al IVA.

Respecto a la compra de botellas de vino, se trata de una adquisición intracomunitaria de bienes, dado que se realiza por un empresario o profesional, en la que «INMUEBLES, SA» debe hacer una autorrepercusión, siendo el sujeto pasivo «INMUEBLES, SA» por inversión.

Cuestión aparte es si las cuotas soportadas tendrán la consideración de deducibles o no, en este sentido, el artículo 96.Uno.3.º y 4.º establece que no son deducibles las cuotas soportadas en las adquisiciones o importaciones de alimentos, tabaco, bebidas o por servicios de espectáculos o de carácter recreativo. Es por ello que el IVA soportado tendrá el carácter de no deducible, dado que no se dedican a la actividad empresarial, sino al consumo privado de los empleados.

Como consecuencia de ello la posterior entrega a los trabajadores será una operación no sujeta de conformidad al artículo 7.7.º de la LIVA, dado que se trata de una operación del artículo 9 número 1 y no se ha atribuido el derecho a deducir las cuotas soportadas previamente.

PARTE 5.ª ASPECTOS RELATIVOS A ADUANAS E IMPUESTOS ESPECIALES

La parte 5.ª del enunciado, específicamente dedicada a aduanas e impuestos especiales, trata de una importación de productos sanitarios originarios de China, por un valor de 2.000.000 de euros, en condiciones de entrega FOB (*free on board*, franco a bordo).

Primero. ¿Es correcta la factura del transportista? Responder justificadamente.

El artículo 83.Uno de la Ley 37/1992 del IVA establece, a la hora de fijar la base imponible del IVA a la importación, que esta será el resultado de adicionarle al valor en aduanas «los gastos accesorios, como las comisiones y gastos de embalaje, transporte y seguro que se produzcan hasta el primer lugar de destino de los bienes en el interior de la Comunidad».

A la hora de definir dicho primer lugar de destino, el propio artículo señala que «se entenderá por "primer lugar de destino" el que figure en la carta de porte o en cualquier otro documento que ampare la entrada de los bienes en el interior de la Comunidad. De no existir esta indicación, se considerará que el primer lugar de destino es aquel en que se produzca la primera desagregación de los bienes en el interior de la Comunidad».

En el supuesto que nos atañe, el primer lugar de destino que consta en la carta de porte es Madrid-Coslada, luego, la factura del transportista hasta allí debería estar exenta del IVA, ya que este no es parte de una prestación de servicios, sino que se integrará en la base imponible del IVA de importación en el momento del despacho. No sucede lo mismo con el transporte de la aduana a las instalaciones de la inmobiliaria, ya que se trata de una prestación de servicios en TAI, que en ningún caso formará parte de la base del IVA a la importación y que estará sujeta al IVA interior, como cualquier otra prestación de servicio.

Segundo. Indique cuáles son los elementos necesarios para practicar la liquidación de la tarifa exterior común, partiendo de que los citados elementos tienen un arancel en función de su clasificación arancelaria y su origen del 7 por 100.

Para el cálculo de la liquidación de la Tarifa Exterior Común es necesario acudir a las normas establecidas en el Reglamento CE 2913/92, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario. En dicha normativa, concretamente en los artículos 28 a 33, se fijan los criterios necesarios para la determinación del valor en aduanas.

Concretamente, el artículo 29 señala que «El valor en aduana de las mercancías importadas será su valor de transacción, es decir, el precio efectivamente pagado o por pagar por las mercancías cuando estas se vendan para su exportación con destino al territorio aduanero de la Comunidad, ajustado, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 33», siempre que no se dé ninguna de las circunstancias que el propio artículo prevé y que en el supuesto sobre el que trabajamos no se indican que sucedan, tales como la existencia de vinculación o de posibles restricciones para la comercialización, entre otras.

Por tanto, en el cálculo del valor en aduanas partiremos de la factura por 2.000.000 de euros emitida en condiciones FOB China.

A partir de ahí, es necesario analizar si existe algún concepto a añadir o a quitar dentro de la lista cerrada que recogen los artículos 32 y 33 del propio Código. En este sentido, la letra b) del artículo 32.1 obliga a adicionar a dicho precio el valor de una serie de bienes y servicios «cuando hayan sido suministrados directa o indirectamente por el comprador, gratuitamente o a precios reducidos, y utilizados en la producción y venta para la exportación de las mercancías importadas, en la medida en que dicho valor no esté incluido en el precio efectivamente pagado o por pagar».

Entre este tipo de bienes y servicios se encontrarían tanto los moldes como el trabajo de diseño, por lo que los 70.000 euros que le han costado deberían formar parte del valor en aduanas (obviamente no se incluiría el IVA soportado puesto que el mismo habrá sido deducido por parte de la empresa).

Por su parte, la letra e) del mismo artículo obliga también a incluir en el valor en aduana «los gastos de transporte y de seguro de las mercancías importadas, y los gastos de carga y de manipulación asociados al transporte de las mercancías importadas, hasta el punto de entrada de las mercancías en el territorio aduanero de la Comunidad».

Por tanto, entre los conceptos facturados, deberán formar parte del valor en aduana los 40.000 euros del flete, los 6.000 euros del seguro y los 10.000 euros de la manipulación de la carga en el puerto de Valencia. Los demás no se incluyen, puesto que son posteriores a la entrada en la Comunidad.

De este modo, el valor en aduana de las mercancías sería de:

$$2.000.000 + 70.000 + 40.000 + 6.000 + 10.000 = 2.126.000 \text{ euros}$$

A los que se les aplicaría el arancel del 7 por 100 correspondiente a esa partida y a ese origen, resultando un importe a pagar de 148.820 euros.

Tercero. Calcular el IVA a la importación partiendo de que la base del tipo aplicable en el momento de la importación era del 16 por 100.

Para el cálculo de la base del IVA a la importación, ya se ha indicado que se debe acudir a lo señalado en el artículo 83 de la Ley 37/1992. En dicho artículo se señala que será el valor en aduana, con una serie de elementos a sumar. Entre esto se encuentran tanto el arancel pagado como los gastos de transporte hasta el primer lugar de destino, que se han estudiado en el apartado primero de este supuesto.

Así, conforme a lo establecido en dicho artículo, la base del IVA a la importación será:

$$2.126.000 \text{ (valor en aduana)} + 148.820 \text{ (arancel)} + 20.000 \text{ (transporte hasta la aduana de Coslada)} = 2.294.820 \text{ euros.}$$

Por tanto, en concepto de IVA a la importación correspondería ingresar el resultado de aplicar el tipo de gravamen (del 16% en aquel momento) sobre estos 2.294.820 euros, suponiendo un total de 367.171,2 euros.

Cuarto. En fecha 25 de abril de 2011, la Agencia Tributaria ha detectado, a través de los procesos de selección, ciertas incoherencias en la declaración que afectan a la Tarifa Exterior Común. ¿Puede realizar una liquidación corrigiendo los defectos encontrados partiendo de la base de que la admisión de la declaración de importación arriba citada se produjo el día 6 de marzo de 2008?

El artículo 78 del Código Aduanero faculta a las autoridades aduaneras para llevar a cabo una revisión de las declaraciones, aun después de haberse concedido el levante, con el fin de verificar la corrección y autenticidad de todos los datos incluidos.

Por este motivo, la aduana sí podría efectuar un control sobre dicha declaración.

No obstante, a pesar de realizarse dicho control, el artículo 221.3 del propio Código establece que «la comunicación al deudor no podrá efectuarse una vez que haya expirado un plazo de tres años a partir de la fecha de nacimiento de la deuda aduanera» y, considerando que el origen de la deuda se produce con la admisión, tal cual señala el artículo 201 del Código, en el supuesto que nos atañe

no será posible realizar la liquidación ya que han transcurrido más de tres años desde la fecha de la admisión (6 de marzo de 2008) y la de la posible liquidación (25 de abril de 2011).

En lo referente a Impuestos Especiales, destacamos que el supuesto habla de la adquisición de unas cajas de vino por un importe de 900 euros sin precisar entre otros extremos:

- Ni de qué clase de vino se trata (podría ser un vino tranquilo o un vino espumoso, sujetos en España a un impuesto especial con un tipo impositivo de 0 € por hectolitro, o un vino considerado fiscalmente como producto intermedio, como lo son los típicos vinos de Oporto, que estaría gravado en España con un tipo impositivo de 33,32 € por hectolitro, si su graduación alcohólica no fuera superior a 15% vol., o al tipo de 55,53 € por hectolitro, si su graduación alcohólica fuera superior al 15% vol. y no superior a 22% vol.).
- Ni de cuánto vino se trata (ya que con 900 € podrían comprarse, por ejemplo, tres cajas de 12 botellas de 0,7 litros y un precio de 25 € por botella o, por ejemplo, 30 cajas de 12 botellas de 0,7 litros y un precio de 2,5 € por botella).
- Ni de cómo se transporta el vino hasta España (ya que podría ser que, en función de lo señalado en el párrafo anterior, lo pudiera transportar como equipaje personal el propio representante de la empresa «INMUEBLES, SA», a su regreso de Portugal, o que fuese remitido a España por el vendedor del vino).
- Ni de a quién se le compra el vino (ya que podría tratarse de la compra a un elaborador de vino portugués que tuviese la bebida almacenada en un depósito fiscal, y por tanto que se encontrara el producto en régimen suspensivo del impuesto especial correspondiente, o a un comerciante portugués que tuviera la bebida, ya fuera fiscalmente vino o producto intermedio, con el impuesto especial portugués ya devengado).

Por tanto, aunque es muy precaria la información del supuesto, creemos que el opositor debería hacer al menos una somera referencia a las siguientes circunstancias:

- La normativa española de impuestos especiales (art. 16.1 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales –LIE–) señala que los productos objeto de los impuestos especiales de fabricación, adquiridos por particulares en otro Estado miembro, dentro de un territorio de la Comunidad en el que se ha satisfecho el impuesto vigente en el mismo, para satisfacer sus propias necesidades y transportados por ellos mismos, no están sometidos al impuesto vigente en el ámbito territorial interno y su circulación y tenencia por dicho ámbito no están sujetas a condición alguna, siempre que no se destinen a fines comerciales.

A efectos de lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 15.9 de la LIE dispone que se considerará que los productos se tienen con fines comerciales, salvo prueba en contrario, cuando las cantidades excedan de 90 litros (en el caso de vinos tranquilos o espumosos) o de 20 litros (en el caso de productos intermedios).

No obstante, del propio enunciado del ejercicio se desprende que, con independencia de la clase de vino de que se trate, no es de aplicación el supuesto de no sujeción del artículo 16.1

de la LIE, dado que el vino se destina, por parte de la empresa «INMUEBLES, SA», a ser utilizado (consumido) en una comida-homenaje que va a realizarse con motivo de la jubilación de varios empleados de la empresa.

- No siendo de aplicación el supuesto de no sujeción del artículo 16.1 de la LIE, y dado que la empresa «INMUEBLES, SA» no ejerce una actividad profesional ni comercial en relación con el vino que pretende adquirir en Portugal, no podrá ser autorizada por la Administración tributaria española ni como destinatario registrado ocasional (art. 4.11 de la LIE), para poder recibir productos en régimen suspensivo procedentes de Portugal, ni como receptor autorizado (art. 4.25 de la LIE), para poder recibir vinos que ya hayan sido puestos a consumo en Portugal.

Solo quedarían, por tanto, dos opciones:

- O utilizar el procedimiento de ventas a distancia (art. 4.33 de la LIE), en cuyo caso el vendedor portugués tendría que designar previamente en España un representante fiscal y sería este, debidamente autorizado por la Administración tributaria española e inscrito en el correspondiente registro territorial de impuestos especiales (asignándosele un código de actividad y establecimiento –CAE–), el sujeto pasivo en España del impuesto especial que se devengaría con ocasión de la recepción del vino por parte de la empresa «INMUEBLES, SA» (arts. 4.28 y 8.3 de la LIE).
- O el vino en cuestión debería ser recibido en España no directamente por la empresa «INMUEBLES, SA» sino por cuenta de esta empresa:
 - En la fábrica o depósito fiscal de que fuese titular un depositario autorizado o en el depósito de recepción de un destinatario registrado, en el supuesto de que el vino se expidiese desde Portugal en régimen suspensivo.
 - Por un receptor autorizado, en el supuesto de que el vino ya hubiese sido puesto a consumo en Portugal.

PARTE 6.ª ASPECTOS RELATIVOS AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

- **Incidencia que tienen las circunstancias personales de todos los miembros de la familia a efectos del IRPF.**
- **Calificación de cada uno de los conceptos y tipos de renta obtenidos por los distintos contribuyentes, compensaciones que, en su caso, resulten aplicables y base imponible en la que deben integrarse.**
- **Identificación de las posibles exenciones o beneficios fiscales que, en su caso, resulten de aplicación; las reducciones y/o deducciones que pudieran practicarse y condiciones**

que deben cumplirse; así como, en aquellos casos en que el importe excediera de las cantidades fijadas, posibilidad de trasladar su saldo a ejercicios futuros.

En el marco de la tributación individual deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- Los artículos 56 y siguientes de la LIRPF regulan la aplicación del mínimo personal y familiar. Así, conforme al artículo 57, el mínimo personal de don Martín y doña Belén es de 5.151 euros para cada uno de ellos.
- Respecto al mínimo por descendientes debe tenerse en cuenta la existencia de un hijo adoptado e inscrito en el Registro Civil, que da derecho a la aplicación del mínimo por descendientes por importe de 1.836 euros. Esta cifra debe incrementarse en 2.244 euros puesto que no han transcurrido tres años desde la inscripción de la adopción conforme al artículo 58 de la ley. El importe de este mínimo debe prorratearse entre don Martín y doña Belén, conforme al artículo 61 de la LIRPF.

Además, conforme al artículo 81, doña Belén podrá aplicar la deducción por maternidad (1.200 €) siempre que realice una actividad por cuenta propia o ajena. Esta deducción se aplica en la cuota del impuesto sin perjuicio de la posibilidad, a instancia del obligado tributario, de solicitar el pago anticipado de la misma. En este último caso no podrá deducir su importe de la cuota diferencial del IRPF.

- Por lo que respecta a la madre de doña Belén, se trata de un ascendiente con discapacidad que generará derecho a la aplicación del mínimo por ascendientes siempre que tenga rentas, excluidas las exentas, inferiores a 8.000 euros. Dado que estamos analizando el caso de la tributación individual, únicamente doña Belén podría aplicar este mínimo por ascendientes. En el periodo impositivo doña Rosa ha obtenido las siguientes rentas:

- 7.000 euros de la pensión de viudedad, sujeta y no exenta.
- 700 euros correspondientes a la ganancia de capital por la transmisión de sus participaciones, que estará sujeta y no exenta, integrándose en la renta del ahorro conforme al artículo 46 de la LIRPF. Además, esta ganancia patrimonial está sujeta a retención conforme al artículo 75.1 del Reglamento del IRPF (RIRPF) siendo el tipo aplicable el 19 por 100.
- 5.000 euros por prestaciones públicas en concepto de ayuda de dependencia, que estará exenta conforme a lo señalado en el artículo 7 de la ley.

En consecuencia, procede la aplicación del mínimo por ascendientes por importe de 918 euros. Adicionalmente, doña Rosa genera derecho a la aplicación del mínimo por discapacidad (2.316 €), conforme a lo dispuesto en el artículo 60. Por último, cabe señalar que doña Rosa no estaría obligada a presentar autoliquidación del impuesto ya que, conforme al artículo 96, no obtiene rendimientos del trabajo superiores a 22.000 euros ni tampoco ganancias patrimoniales sujetas a retención superiores a 1.600 euros.

Al existir vínculo matrimonial, don Martín y doña Belén podrían optar por la modalidad de tributación conjunta prevista en el artículo 82 y siguientes de la ley. En este caso, la unidad familiar

estaría integrada por los cónyuges y el hijo y, respecto a lo señalado anteriormente para la tributación individual, debe matizarse:

- El mínimo personal sería de 5.151 euros conjuntamente para ambos contribuyentes (art. 84.2.2.º).
- Conforme al artículo 84, la base imponible se reducirá en 3.400 euros sin que por ello pueda resultar negativa.

Respecto a la calificación y tributación de las rentas percibidas podemos distinguir:

Don Martín:

- Las retribuciones percibidas de «RECOGE, SA» (80.000 €) constituyen rendimientos íntegros del trabajo de acuerdo con el artículo 17 de la ley, dando derecho a la reducción del rendimiento neto en 2.652 euros conforme al artículo 20 de la ley.
- Las dietas percibidas por su trabajo en la sede de Portugal podrían beneficiarse de la exención prevista en el artículo 9 del RIRPF siempre que el desglose de las mismas cumpla los requisitos previstos en el propio precepto.
- Los dividendos por 1.800 euros son rendimientos del capital mobiliario conforme al artículo 25 de la ley, de los cuales 1.500 euros estarán exentos conforme al artículo 7. La existencia del supuesto de exención no obsta para practicar la debida retención sobre el importe íntegro del dividendo al tipo del 19 por 100 (art. 101 de la ley).
- La recepción de las acciones liberadas no genera rendimientos en el IRPF conforme al artículo 37, sino que afectará al valor de adquisición de la cartera, de manera que el valor de adquisición tanto de estas como de las que procedan resultará de repartir el coste total entre el número de títulos. Además, las acciones liberadas tendrán la misma antigüedad que la que tuvieran las acciones de las que proceden.

Doña Belén:

- Los dividendos por importe de 400 euros no tendrán derecho a la exención prevista en el artículo 7 de la ley, ya que los mismos se derivan de acciones que se adquirieron y posteriormente transmitieron en un plazo de dos meses tomando como referencia la fecha del acuerdo.
- La actividad de alquiler de inmuebles no puede calificarse como actividad económica ya que carece, para su gestión, de persona contratada y local dedicado exclusivamente a la actividad (art. 27). En consecuencia, los rendimientos deben calificarse como rendimientos del capital inmobiliario (arts. 22 y ss). De acuerdo con estos preceptos, la contraprestación recibida por los alquileres debe computarse como rendimientos íntegros, los cuales podrán minorarse, para obtener los rendimientos netos, en la cuantía de los gastos necesarios para

la obtención de los rendimientos, en particular, los tributos y los gastos de comunidad. Respecto a los gastos por reparaciones, el importe deducible no podrá exceder, para cada inmueble, de la cuantía de los rendimientos íntegros obtenidos (el exceso podrá deducirse en los cuatro años siguientes con el mismo límite). Finalmente, podrá deducirse para calcular los rendimientos netos el importe de la amortización, siempre que represente una depreciación efectiva del elemento, entendiéndose que se cumple este requisito si no se supera el 3 por 100 sobre el mayor de: valor de adquisición o valor catastral excluido el suelo.

El arrendamiento de la vivienda presenta un matiz adicional, toda vez que el artículo 24 prevé una reducción del 100 por 100 para la parte del rendimiento neto que proporcionalmente corresponda al marido, ya que la mujer no obtiene rentas superiores al IPREM. En el caso del marido es necesario asumir, además, que las rentas que obtiene son procedentes del trabajo o de actividades económicas, tal y como exige el propio precepto.

La parte del rendimiento correspondiente a la mujer podrá beneficiarse de una reducción del 60 por 100.

Finalmente, la vivienda que actualmente constituye su vivienda habitual se adquirió con el importe de la venta de la vivienda anterior, beneficiándose de la exención por reinversión del artículo 38. Esta circunstancia debe tenerse presente a la hora de aplicar la deducción por adquisición de vivienda prevista en el artículo 68.1 de la LIRPF, puesto que la base de deducción debe minorarse en el importe de la ganancia patrimonial a la que se aplicó la exención por reinversión, sin que pueda practicarse la deducción por la adquisición de la nueva mientras las cantidades invertidas en la misma no superen tanto el precio de la anterior, en la medida en que haya sido objeto de deducción, como la ganancia patrimonial exenta por reinversión.

Si el obligado tributario no estuviera sujeto a la limitación señalada, podría deducirse el 15 por 100 (con carácter general) sobre la base máxima de deducción (9.015 €) toda vez que los gastos incurridos en el ejercicio han ascendido a 15.000 euros.

Adicionalmente, el artículo 68.1.4.º da derecho a aplicar una deducción adicional por la rehabilitación de la vivienda para adaptarla a doña Rosa. La base máxima de la deducción, independientemente de la prevista en el apartado 1, asciende a 12.020 euros mientras que el porcentaje aplicable será del 20 por 100.

PARTE 7.ª ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Primero. Valore si la entidad puede solicitar la inscripción en el registro de devolución mensual del IVA, cómo debería hacerlo y en qué plazos. Indique, asimismo, cuáles son las consecuencias relativas al cumplimiento de obligaciones formales de presentación de declaraciones y autoliquidaciones que supondría la inscripción en el registro de devolución mensual.

El artículo 116 de la LIVA establece que los sujetos pasivos podrán optar por solicitar la devolución del saldo a su favor existente al término de cada periodo de liquidación conforme a las condiciones, términos, requisitos y procedimiento que se establezcan reglamentariamente.

En estos casos, el periodo de liquidación de los sujetos pasivos que opten por este procedimiento coincidirá con el mes natural, con independencia de su volumen de operaciones.

Por su parte, el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del IVA, regula en su artículo 30 los requisitos para solicitar las devoluciones al término de cada periodo mensual de liquidación, señalando que, para poder ejercitar el derecho a la devolución establecido en los artículos 116 y 163 nonies de la ley del impuesto, los sujetos pasivos deberán estar inscritos en el registro de devolución mensual regulado en ese artículo.

Serán inscritos en el registro, previa solicitud, los sujetos pasivos en los que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que soliciten la inscripción mediante la presentación de una declaración censal, en el lugar y forma que establezca el ministro de Economía y Hacienda.
- b) Que se encuentren al corriente de sus obligaciones tributarias, en los términos a que se refiere el artículo 74 del RGGI, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.
- c) Que no se encuentren en alguno de los supuestos que podría dar lugar a la baja cautelar en el registro de devolución mensual o a la revocación del número de identificación fiscal, previstos en los artículos 144.4 y 146.1 b), c) y d) del RGGI, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.
- d) Que no realicen actividades que tributen en el régimen simplificado.
- e) En el caso de entidades acogidas al régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la ley del impuesto, la inscripción en el registro solo procederá cuando todas las entidades del grupo que apliquen dicho régimen especial así lo hayan acordado y reúnan los requisitos establecidos en este apartado.

El incumplimiento de los requisitos por parte de cualquiera de estas entidades conllevará la no admisión o, en su caso, la exclusión del registro de devolución mensual de la totalidad de las entidades del grupo que apliquen el régimen especial.

La solicitud de inscripción en el registro y, en su caso, la solicitud de baja deberán ser presentadas a la Administración tributaria por la entidad dominante y habrán de referirse a la totalidad de las entidades del grupo que apliquen el régimen especial.

Las actuaciones dirigidas a tramitar las solicitudes de inscripción o baja en el registro, así como a la comprobación del mantenimiento de los requisitos de acceso al mismo en relación con entidades ya inscritas, se entenderán con la entidad dominante en su condición de representante del grupo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 163 nonies.Dos de la ley del impuesto.

Las solicitudes de inscripción en el registro se presentarán en el mes de noviembre del año anterior a aquel en que deba surtir efectos. La inscripción en el registro se realizará desde el día 1 de enero del año en el que deba surtir efectos.

No obstante, los sujetos pasivos que no hayan solicitado la inscripción en el registro en el plazo establecido en el párrafo anterior, así como los empresarios o profesionales que no hayan iniciado la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales, pero hayan adquirido bienes o servicios con la intención, confirmada por elementos objetivos, de destinarlos al desarrollo de tales actividades, podrán igualmente solicitar su inscripción en el registro durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas.

En ambos casos, la inscripción en el registro surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en el que finalice el periodo de liquidación de dichas declaraciones-liquidaciones.

La entidad dominante de un grupo que vaya a optar por la aplicación del régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la ley del impuesto en el que todas ellas hayan acordado, asimismo, solicitar la inscripción en el registro deberá presentar la solicitud conjuntamente con la opción por dicho régimen especial, en la misma forma, lugar y plazo que esta, surtiendo efectos desde el inicio del año natural siguiente. En el supuesto de que los acuerdos para la inscripción en el registro se adoptaran con posterioridad, la solicitud deberá presentarse durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas, surtiendo efectos desde el día siguiente a aquel en el que finalice el periodo de liquidación de dichas declaraciones-liquidaciones.

La presentación de solicitudes de inscripción en el registro fuera de los plazos establecidos conllevará su desestimación y archivo, sin más trámite que el de comunicación al sujeto pasivo.

Los sujetos pasivos podrán entender desestimada la solicitud de inscripción en el registro si, transcurridos tres meses desde su presentación, no han recibido notificación expresa de la resolución del expediente.

El incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos anteriormente o la constatación de la inexactitud o falsedad de la información censal facilitada a la Administración tributaria serán causas suficientes para la denegación de la inscripción en el registro o, en caso de tratarse de sujetos pasivos ya inscritos, para la exclusión por la Administración tributaria de dicho registro.

La exclusión del registro surtirá efectos desde el primer día del periodo de liquidación en el que se haya notificado el respectivo acuerdo.

La exclusión del registro determinará la inadmisión de la solicitud de inscripción durante los tres años siguientes a la fecha de notificación de la resolución que acuerde la misma.

Los sujetos pasivos inscritos en el registro de devolución mensual estarán obligados a permanecer en él al menos durante el año para el que se solicitó la inscripción o, tratándose de sujetos pasivos

que hayan solicitado la inscripción durante el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones periódicas o de empresarios o profesionales que no hayan iniciado la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales, al menos durante el año en el que solicitan la inscripción y el inmediato siguiente.

Las solicitudes de baja voluntaria en el registro se presentarán en el mes de noviembre del año anterior a aquel en que deba surtir efectos. En el supuesto de un grupo que aplique el régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la ley del impuesto, la solicitud de baja voluntaria se presentará por la entidad dominante en el plazo y con los efectos establecidos por el artículo 61 bis.5 de este reglamento.

No obstante, los sujetos pasivos estarán obligados a presentar la solicitud de baja en el registro cuando dejen de cumplir el requisito a que se refiere la letra d) del apartado 3 de este artículo. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de presentación de la declaración-liquidación correspondiente al mes en el que se produzca el incumplimiento, surtiendo efectos desde el inicio de dicho mes.

No podrá volver a solicitarse la inscripción en el registro en el mismo año natural para el que el sujeto pasivo hubiera solicitado la baja del mismo.

Las solicitudes de devolución consignadas en declaraciones-liquidaciones que correspondan a periodos de liquidación distintos del último del año natural, presentadas por sujetos pasivos no inscritos en el registro de devolución mensual, no iniciarán el procedimiento de devolución a que se refiere este artículo.

Los sujetos pasivos inscritos en el registro de devolución mensual deberán presentar sus declaraciones-liquidaciones del impuesto exclusivamente por vía telemática y con periodicidad mensual.

Asimismo, deberán presentar la declaración informativa con el contenido de los libros registro del impuesto a que hace referencia el artículo 36 del RGGI, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

La inscripción en el registro de devolución mensual resultará plenamente compatible con el alta en el servicio de notificaciones en dirección electrónica para las comunicaciones que realice la AEAT. En el caso de entidades acogidas al régimen especial del grupo de entidades regulado en el Capítulo IX del Título IX de la ley del impuesto, la inscripción en el mencionado servicio, en su caso, deberá ser cumplida por la entidad dominante.

La devolución que corresponda se efectuará exclusivamente por transferencia bancaria a la cuenta que indique al efecto el sujeto pasivo en cada una de sus solicitudes de devolución mensual.

El registro de devolución mensual se gestionará por la AEAT, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas reguladoras de los regímenes de Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y de Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra.

Segundo. Suponiendo que es cierto el error señalado por don Luis, valore la actuación de la Administración, de la entidad y de don Luis.

Estamos ante un supuesto en el que resulta plenamente aplicable lo previsto en el artículo 108.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que establece en su párrafo segundo que los datos incluidos en declaraciones o contestaciones a requerimientos, en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de esta ley (como lo es el dato incluido por el comprador en su declaración anual de operaciones con terceros), que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados (en nuestro caso, don Luis) se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados cuando el obligado tributario alegue la inexactitud o falsedad de los mismos. Para ello podrá exigirse al declarante que ratifique y aporte prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas.

Consecuentemente, la Administración, aportado el justificante bancario por parte de don Luis, suponiendo que es cierto el error por él señalado, deberá dirigirse a la entidad «INMUEBLES, SA» para que ratifique y aporte la correspondiente prueba documental del pago por importe no de 50.000 euros, sino de 60.000 euros, que ha incluido en su modelo 347, de forma tal que si la Administración no realizase tal actuación, la posible liquidación que pudiera practicar a don Luis, basándose en el dato declarado e imputado por un tercero, sería anulable por falta de justificación.

La entidad «INMUEBLES, SA» podría haber presentado una declaración sustitutiva, de acuerdo con el artículo 122.3 de la LGT.

Tercero. Indique cuál es el órgano competente para resolver la solicitud de rectificación de autoliquidación y si la resolución de la misma es correcta.

En primer lugar, podemos señalar la procedencia de la actuación de doña Alicia, solicitando la devolución del ingreso indebido mediante la rectificación de la autoliquidación de otro obligado tributario, pues así está previsto en el artículo 129 del RGGI, que recoge las especialidades en el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones relativas a retenciones, ingresos a cuenta o cuotas soportadas. Así, según dicho precepto, cuando una autoliquidación presentada hubiese dado lugar a un ingreso indebido de retenciones, ingresos a cuenta o cuotas repercutidas a otros obligados tributarios, la legitimación para solicitar la rectificación, así como el derecho a obtener su devolución, se regulará por lo dispuesto en los artículos 32 y 221.4 de la LGT, y en las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo. Los obligados tributarios que hubiesen soportado indebidamente retenciones, ingresos a cuenta o cuotas repercutidas podrán solicitar y obtener la devolución de acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. Para ello, podrán solicitar la rectificación de la autoliquidación en la que se realizó el ingreso indebido conforme al apartado 4 de este artículo.

Asimismo, como se trata de cuotas indebidamente repercutidas por el IVA, el obligado tributario que efectuó la repercusión, «INMUEBLES, SA», hubiera podido optar por solicitar la rectificación de su autoliquidación o por regularizar la situación tributaria en los términos previstos en el párrafo b) del artículo 89.Cinco de la LIVA.

Cuando, como sucede en nuestro supuesto, la rectificación de la autoliquidación hubiese sido solicitada por el obligado tributario que soportó indebidamente cuotas repercutidas, se aplicarán las siguientes especialidades:

- a) La resolución del procedimiento corresponderá al órgano que, según la normativa de organización específica, fuera competente respecto del obligado tributario que presentó la autoliquidación cuya rectificación se solicita.
- b) La solicitud podrá hacerse desde que la actuación de retención, la detracción del ingreso a cuenta o la actuación de repercusión hayan sido comunicadas fehacientemente al solicitante o, en su defecto, desde que exista constancia de que este ha tenido conocimiento de ello.

Cuando la solicitud de rectificación se presente antes de la finalización del plazo de declaración en que hubiera de presentarse la autoliquidación cuya rectificación se solicita, se considerará como periodo de interrupción justificada, a efectos del cómputo del plazo para resolver el procedimiento, el tiempo transcurrido desde la fecha de presentación hasta la fecha de finalización de dicho plazo de declaración.

- c) En la solicitud, además de las circunstancias previstas en el artículo 126.4 del RGGI, se harán constar el nombre y apellidos o razón social o denominación completa y número de identificación fiscal del retenedor o persona o entidad que efectuó el ingreso a cuenta repercutido o del obligado tributario que efectuó la repercusión.

La solicitud deberá acompañarse de los documentos justificantes de la retención, ingreso a cuenta o repercusión indebidamente soportados.

- d) En la tramitación del procedimiento se notificará la solicitud de rectificación al retenedor o al obligado tributario que efectuó la repercusión, que deberá comparecer dentro del plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación del requerimiento, y aportar todos los documentos y antecedentes requeridos y cualquier otro que estimen oportuno.

Posteriormente, las actuaciones se pondrán de manifiesto, sucesivamente, al solicitante y al presentador de la autoliquidación, por periodos de 15 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dichos plazos, para formular alegaciones y aportar las pruebas oportunas. A estos efectos, se podrán hacer extractos de los justificantes o documentos o utilizar otros métodos que permitan mantener la confidencialidad de aquellos datos que no les afecten.

- e) La liquidación provisional o la resolución denegatoria que ponga término al procedimiento se notificará a todos los obligados tributarios.
- f) En el supuesto de que la resolución estimatoria fuera recurrida por el obligado que realizó la repercusión, aquella no será ejecutiva en tanto no adquiera firmeza.

Por último, señalaremos que entendemos que no es correcta la resolución de la solicitud de rectificación de autoliquidación, fundamentada en que se incumple el requisito de realidad del

ingreso exigido por el artículo 127 a) del RGGI. Al respecto, el TEAC tiene sentada la doctrina de que la especial mecánica liquidatoria del IVA ha llevado a que, en las normas reguladoras de la devolución de ingresos indebidos, se establezcan disposiciones específicas en relación con devoluciones correspondientes a cuotas indebidamente soportadas por los destinatarios de las operaciones. De los preceptos reguladores de esta materia –arts. 14 del RD 520/2005 y 129 del RD 1065/2007–, queda claro que el ingreso de las cuotas indebidamente repercutidas se acredita, o se considera que se ha producido, cuando quien las repercutió las hubiese consignado debidamente en su autoliquidación del tributo, con independencia del resultado de dicha autoliquidación. Resulta, por tanto, independiente el derecho a la devolución a favor del destinatario de la operación (es quien ostenta el derecho a obtener la devolución, además de estar legitimado para solicitarla) del resultado de la autoliquidación presentada por el sujeto pasivo repercutidor, encontrándonos ante un precepto que recoge una regla especial respecto de la general recogida en el artículo 17.2 a) del Real Decreto 520/2005 (Rgto. de revisión en vía administrativa). Si la acreditación de que las cuotas indebidamente repercutidas han sido ingresadas se realiza a través de su declaración en la autoliquidación del tributo, con independencia del resultado de la misma (a ingresar, a compensar o a devolver), no procede vincular el derecho del destinatario a la devolución al hecho de que, en el caso de resultar positiva la autoliquidación del sujeto pasivo que repercutió, se haya ingresado efectivamente el importe. Lo trascendente o esencial es la declaración de estas por el sujeto pasivo que efectúa la repercusión en sus autoliquidaciones.

Así se recoge, entre otras, en la Resolución de 27 de abril de 2010, RG 4616/2009 (NFJ039344).

El mismo TEAC, en Resolución posterior, de 24 de mayo de 2012, RG 1183/2010 (NFJ047466), ha añadido que la exigencia del requisito consistente en el ingreso de la cuota repercutida, entendiéndose ingresada cuando haya sido consignada en la autoliquidación de quien efectuó la repercusión, con independencia del resultado de dicha autoliquidación, encuentra su fundamento en que si dicha cuota no se ha consignado en la autoliquidación presentada por quien efectuó la repercusión ante la Administración tributaria, esta no debe asumir ninguna responsabilidad acerca de la misma. El ingreso de la cuota devengada constituye la obligación tributaria principal derivada de la relación jurídico-tributaria que se establece entre el obligado a repercutir y la Administración tributaria.

Ahora bien, de dicha relación jurídica quedan excluidas terceras personas, incluido el obligado a soportar la repercusión, que, por imperativo legal, no puede acceder a la información que se requiere para acreditar la concurrencia de este requisito, pues, según el artículo 34.1 i) de la LGT, constituye uno de los derechos de los obligados tributarios (el obligado a repercutir en este caso) el «carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria..., sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros». Solo la Administración tributaria dispone de los medios necesarios para acreditar la concurrencia o no de dicho requisito, y, en su ausencia, las consecuencias negativas no pueden recaer sobre el solicitante. Debe ser la Administración, en consecuencia, en atención a los principios de facilidad probatoria y proximidad a los medios de prueba, la que acredite que la concurrencia de este requisito no se ha cumplido para fundar en este motivo la denegación al repercutido de la devolución de dichas cuotas.

PARTE 8.^a ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS PROCEDIMIENTOS DE RECAUDACIÓN

La resolución de la presente parte se realizará conforme a lo dispuesto en la LGT, Ley 58/2003, de 17 de diciembre y al Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio.

Primero. En primer lugar, la presentación de la autoliquidación mensual de IVA correspondiente al mes de marzo se presentó en plazo, por lo que no le es aplicable ningún recargo de extemporaneidad. Además, como la misma se presentó sin ingreso, entró en periodo ejecutivo el día 21 de abril de 2011.

La solicitud de aplazamiento del 4 de mayo de 2011 se presentó, por tanto, en periodo ejecutivo, por lo que conforme al artículo 65 de la LGT: «Las solicitudes en periodo ejecutivo podrán presentarse hasta el momento en que se notifique al obligado el acuerdo de enajenación de los bienes embargados. La Administración tributaria podrá iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio durante la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento. No obstante, deberán suspenderse las actuaciones de enajenación de los bienes embargados hasta la notificación de la resolución denegatoria del aplazamiento o fraccionamiento».

Es por ello que la notificación por parte de la AEAT el 22 de mayo de 2011 de la providencia de apremio debe considerarse correcta toda vez que el procedimiento de apremio nunca estuvo suspendido y teniendo en cuenta que la misma se hizo en el domicilio fiscal de «INMUEBLES, SA» (art. 110 de la LGT).

Recurso de reposición:

1. Plazo de interposición

El recurso de reposición encuentra su regulación en el artículo 223 de la LGT estableciendo:

«El plazo para la interposición de este recurso será de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación del acto recurrible o del siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo.

Tratándose de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva, el plazo para la interposición se computará a partir del día siguiente al de finalización del periodo voluntario de pago.»

Según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 de la LGT, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de un mes «contado a partir del día siguiente al de la notificación» del acto que se impugna, por lo que se hace necesario determinar cómo ha de computarse este plazo.

Para determinar cómo ha de computarse este plazo de un mes, debemos señalar el criterio vinculante para toda la Administración tributaria establecido por el TEAC en numerosas resoluciones; baste citar, por todas, la Resolución de 17 de diciembre de 2008 (NFJ031557), según la cual:

«Según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 223 de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, el recurso de reposición debe interponerse en el plazo de un mes "contado a partir del día siguiente al de la notificación" del acto que se impugna, por lo que se hace necesario determinar cómo ha de computarse este plazo. Para ello basta acudir a la doctrina jurisprudencial, pudiendo reseñarse, entre las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, las de 18 de diciembre de 2002, 2 de diciembre de 2003 y 28 de abril de 2004. En las mismas se interpreta y aplica el artículo 5 del Código Civil y el artículo 48.2 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que viene a trasladar al ámbito administrativo la norma relativa al cómputo de plazos, indicando el más alto tribunal que "... cuando se trata de plazos de meses, como sucede en el caso de interposición del recurso, el cómputo ha de hacerse según el artículo 5 del Código Civil, de 'fecha a fecha', para lo cual se inicia al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición y concluye el día correlativo a tal notificación o publicación en el mes de que se trate, dado el carácter de orden público procesal que reviste la exigencia del cumplimiento de los plazos, en aplicación del principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución", "... la norma de excluir el primer día se configura como regla que solamente puede aplicarse al plazo señalado por días. Así lo confirma el texto del mencionado artículo 5, mientras que en los plazos señalados por meses, estos se computan de 'fecha a fecha', frase que no puede tener otro significado sino el de entender que el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida, que es el de la notificación o publicación". Este criterio sería luego acogido por el artículo 48.3 y 4, párrafo segundo de la Ley 30/1992, como el propio tribunal reconoce, matizándose en dicho precepto además que "si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes". En el presente caso, el acuerdo de derivación de responsabilidad fue notificado el 15 de enero de 2007, según consta en el expediente administrativo, y el plazo para presentar el recurso de reposición finalizó el 15 de febrero del mismo año, por lo que el recurso de reposición interpuesto por escrito presentado el día 16 de febrero de 2007 era extemporáneo».

En el supuesto aquí analizado, el plazo de interposición del recurso concluye el 22 de junio, y por lo tanto el recurso se ha presentado fuera de plazo, siendo a tal efecto extemporánea su presentación, por lo que se declarará inadmisibile.

Admisibilidad del recurso de reposición:

Contra la providencia de apremio solo serán admisibles los siguientes motivos de oposición (art. 167.3 de la LGT):

- a) Extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.
- b) Solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación.**
- c) Falta de notificación de la liquidación.
- d) Anulación de la liquidación.
- e) Error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada.

No obstante al tratarse de un recurso extemporáneo no procede la admisión del mismo y por lo tanto no debe valorarse el fondo de la cuestión.

2. Suspensión del acto impugnado

El artículo 25 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, de revisión, establece que:

«1. La mera interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante, a solicitud del interesado se suspenderá la ejecución del acto impugnado en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aporte alguna de las garantías previstas en el artículo 224.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en los términos previstos en este artículo.»

Toda vez que el recurso se ha considera extemporáneo no cabe la suspensión del acto por vía de recurso.

Segundo. La compensación de las deudas tributarias se regula en la LGT en los artículos 71 a 73 y en el Reglamento General de Recaudación artículos 55 a 59. Así como los artículos 1.195 y siguientes del Código Civil.

Así el **artículo 1.195** del citado código dispone:

«Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.»

En relación con las condiciones que han de cumplirse, el **artículo 1.196** del Código Civil establece:

«Para que proceda la compensación, es preciso:

Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.

Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiese designado.

Que las dos deudas estén vencidas.

Que sean líquidas y exigibles.

Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.»

En este sentido la Ley 58/2003, General Tributaria, y el Reglamento 939/2005, General de Recaudación, regulan la compensación en los siguientes términos:

Respecto a la naturaleza de los créditos a compensar

De conformidad con el artículo 55 del Reglamento General de Recaudación:

«Las deudas de naturaleza pública a favor de la Hacienda pública, tanto en periodo voluntario como en ejecutivo, podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con los créditos reconocidos por aquella a favor del deudor en virtud de un acto administrativo.»

Respecto al momento de solicitud de la compensación

En el supuesto planteado se solicita la compensación en periodo voluntario de pago, produciéndose los siguientes efectos conforme al artículo 72 de la LGT:

«La presentación de una solicitud de compensación en periodo voluntario impedirá el inicio del periodo ejecutivo de la deuda concurrente con el crédito ofrecido, pero no el devengo del interés de demora que pueda proceder, en su caso, hasta la fecha de reconocimiento del crédito.»

Por lo que se habrá procedido a suspender el procedimiento de apremio.

En relación con el momento en que se entiende realizada la compensación

El artículo 72.3 de la LGT establece que:

«La extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de la presentación de la solicitud o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento fuera posterior a dicha presentación. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción.»

En relación con el supuesto concreto planteado debemos distinguir, pues, entre las deudas de naturaleza estatal y las deudas de naturaleza local de carácter no tributario:

DEUDA POR IVA DICIEMBRE 2010

Pues bien, en relación con el crédito por **IVA diciembre 2010**, el mismo se encuentra reconocido al **17 de junio de 2011**, por lo que la compensación se debe entender producida en esa fecha. Por otra parte, el vencimiento de la deuda por IVA junio 2011 fue el 20 de julio del citado año y dado que la deuda se entiende extinguida por compensación el día 17 de julio (en periodo voluntario) no se devengan intereses de demora a favor de la AEAT.

Tampoco a favor del contribuyente, dado que el plazo para liquidar intereses comenzaba el día 30 de julio.

CRÉDITO NO TRIBUTARIO CON EL AYUNTAMIENTO

Respecto al crédito del ayuntamiento, no se puede proceder a la compensación dado que no se da la identidad entre deudor y acreedor al ser el ente deudor un ente local y no la propia AEAT la entidad deudora, siendo además el crédito de naturaleza no tributaria.

Por lo que debería haberse procedido al archivo de la solicitud de compensación y al inicio del periodo ejecutivo desde el día 21 de julio de 2011, por la parte no compensable, es decir, 600.000 euros.

La AEAT podrá en su caso proceder al embargo de dicho crédito con el ayuntamiento sin que en ningún caso sea posible la compensación.

PAGO DE LA DIFERENCIA

El pago por la diferencia (28.510,26 €) no produce la exigencia de intereses de demora, al abonarse en el plazo previsto en el artículo 62.2 de la LGT, ni recargos. Debe considerarse un pago a cuenta de la deuda total pendientes, que asciende a 600.000 euros más el recargo del periodo ejecutivo que corresponda conforme al artículo 28 de la LGT.

En conclusión, se procederá a la compensación parcial de la deuda por importe de 647.142,24 euros, y se debió iniciar el periodo ejecutivo por los 600.000 euros, pendientes, debiéndose notificar la providencia de apremio a «INMUEBLES, SA».

Tercero. De conformidad con el **artículo 42** del Real Decreto 929/2005, de 29 de julio, General de Recaudación, la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento contendrá necesariamente los siguientes datos:

- «a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, número de identificación fiscal y domicilio fiscal del obligado al pago y, en su caso, de la persona que lo represente.
- b) Identificación de la deuda cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicita, indicando al menos su importe, concepto y fecha de finalización del plazo de ingreso en periodo voluntario.
- c) Causas que motivan la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento.
- d) Plazos y demás condiciones del aplazamiento o fraccionamiento que se solicita.
- e) Garantía que se ofrece, conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- f) Orden de domiciliación bancaria, indicando el número de código cuenta cliente y los datos identificativos de la entidad de crédito que deba efectuar el cargo en cuenta, cuando la Administración competente para resolver haya establecido esta forma de pago como obligatoria en estos supuestos.
- g) Lugar, fecha y firma del solicitante.»

Por lo tanto la solicitud de «INMUEBLES, SA» cumple los apartados: a), b) y d) faltando los elementos c) y f), que deberán ser subsanados por el contribuyente.

Además, de conformidad con en el **artículo 46, en sus apartados 3, 4 y 5** del Reglamento General de Recaudación, debería haber aportado:

«3. (...)

- a) Compromiso de aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o de certificado de seguro de caución, o la documentación que se detalla en los apartados 4 y 5, según el tipo de garantía que se ofrezca.
- b) En su caso, los documentos que acrediten la representación y el lugar señalado a efectos de notificación.
- c) Los demás documentos o justificantes que estime oportunos. En particular, deberá justificarse la existencia de dificultades económico-financieras que le impidan de forma transitoria efectuar el pago en el plazo establecido.
- d) Si la deuda tributaria cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicita ha sido determinada mediante autoliquidación, el modelo oficial de esta, debidamente cumplimentado, salvo que el interesado no esté obligado a presentarlo por obrar ya en poder de la Administración; en tal caso, señalará el día y procedimiento en que lo presentó.
- e) En su caso, solicitud de compensación durante la vigencia del aplazamiento o fraccionamiento con los créditos que puedan reconocerse a su favor durante el mismo periodo de tiempo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 52.2, segundo párrafo.

4. Cuando se solicite la admisión de garantía que no consista en aval de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, se aportará, junto a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento y a los documentos a que se refiere el apartado 3 b), c) y d), la siguiente documentación:

- a) Declaración responsable y justificación documental de la imposibilidad de obtener dicho aval o certificado de seguro de caución, en la que consten las gestiones efectuadas para su obtención.
- b) Valoración de los bienes ofrecidos en garantía efectuada por empresas o profesionales especializados e independientes. Cuando exista un registro de empresas o profesionales especializados en la valoración de un determinado tipo de bienes, la valoración deberá efectuarse, preferentemente, por una empresa o profesional inscrito en dicho registro.
- c) Balance y cuenta de resultados del último ejercicio cerrado e informe de auditoría, si existe, en caso de empresarios o profesionales obligados por ley a llevar contabilidad.

5. Cuando se solicite la dispensa total o parcial de garantía, se aportará junto a la solicitud, además de los documentos a que se refiere el apartado 3 b), c) y d), la siguiente documentación:

- a) Declaración responsable y justificación documental manifestando carecer de bienes o no poseer otros que los ofrecidos en garantía.
- b) Justificación documental de la imposibilidad de obtener aval de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o certificado de seguro de caución, en la que consten las gestiones efectuadas para su obtención.
- c) Balance y cuenta de resultados de los tres últimos años e informe de auditoría, si existe, en caso de empresarios o profesionales obligados por ley a llevar contabilidad.
- d) Plan de viabilidad y cualquier otra información que justifique la posibilidad de cumplir el aplazamiento o fraccionamiento solicitado.»

Dado que la solicitud no cumple estos requisitos conforme al artículo 46.3 del Reglamento General de Recaudación, se deben solicitar por el órgano competente para la tramitación del aplazamiento o fraccionamiento; se requerirá al solicitante para que, en un plazo de 10 días contados a partir del siguiente al de la notificación del requerimiento, subsane el defecto o aporte los documentos con indicación de que, de no atender el requerimiento en el plazo señalado, se tendrá por no presentada la solicitud y se archivará sin más trámite.

Falta por lo tanto aportar documentación relativa a la solicitud y, por tanto, deben requerirse:

- Causas que motivan la solicitud del fraccionamiento.
- Orden de domiciliación bancaria y código cuenta cliente.

Además de todos los elementos citados por el artículo 46.3 del Reglamento General de Recaudación.

RECUPERACIÓN PARCIAL DEL IVA NO DEDUCIBLE QUE SOPORTAN LAS BIBLIOTECAS VIRTUALES

LORENZO GIL MACIÁ

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante

ÁNGEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Catedrático de la Universidad de Alicante

Extracto:

CADA vez hay más entidades en España que prestan servicios de biblioteca virtual. Generalmente se trata de entidades sin ánimo de lucro que, de acuerdo a sus fines fundacionales, no exigen contraprestación a los lectores, y ello deviene en que dichos servicios no queden sujetos al IVA. En consecuencia, puesto que las bibliotecas virtuales no efectúan operaciones gravadas, tampoco tienen derecho a deducir las cuotas de IVA que soportan cuando realizan inversiones o gastos, por lo que el IVA se convierte en un coste efectivo que obstaculiza el cumplimiento de la función social de estas entidades. En este estudio analizaremos cómo podrían recuperar una parte del IVA que soportan si suscribieran con entidades anunciantes contratos de patrocinio publicitario.

Palabras clave: IVA, bibliotecas virtuales, patrocinio publicitario, convenios de colaboración y afectación parcial.

PARTIAL RECOVERY OF NON-DEDUCTIBLE VAT SUPPORTED BY VIRTUAL LIBRARIES

LORENZO GIL MACIÁ

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante

ÁNGEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Catedrático de la Universidad de Alicante

Abstract:

MORE and more companies in Spain provide virtual library. Generally, these are non-profit entities that, according to its foundational aims, don't demand any payment of the readers, and this fact makes that these services aren't subject to VAT. Consequently, since virtual libraries don't carry out taxable operations, this entities haven't the right to deduct the supported VAT when they make investments or expenses, so VAT becomes a real cost that hinders the fulfilment of their social function. In this study we will analyze how virtual libraries could recover a part of the VAT that they support if they signed advertising sponsorship contracts with advertiser entities.

Keywords: VAT, virtual libraries, advertising sponsorship, collaboration agreements and partial affectation.

NOTA: Este artículo consta de 20 páginas.

Sumario

1. Ámbito de estudio y planteamiento normativo.
 - 1.1. Ámbito de estudio.
 - 1.2. Planteamiento normativo.
2. Incidencia de la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario por las bibliotecas virtuales.
 - 2.1. Naturaleza y régimen fiscal en el IVA de los contratos de patrocinio publicitario.
 - 2.2. Distinción de los contratos de patrocinio publicitario frente a los convenios de colaboración empresarial.
 - 2.3. Tratamiento fiscal de los contratos de patrocinio publicitario en la Ley 49/2002.
3. Deducibilidad del IVA soportado tras la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario.
 - 3.1. Afectación de bienes y servicios a las actividades de difusión publicitaria y de biblioteca virtual.
 - 3.2. Deducibilidad parcial del IVA soportado cuando los bienes y servicios se destinan simultáneamente a actividades empresariales y no empresariales.
 - 3.3. Criterio de imputación para los bienes y servicios afectos simultáneamente a las actividades de biblioteca virtual y de difusión publicitaria.
4. Conclusiones.

NOTA: Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación «El fraude fiscal en España» (GRE10-14), que cuenta con una ayuda de 3.000 euros concedida por la Universidad de Alicante.

RECUPERACIÓN PARCIAL DEL IVA NO DEDUCIBLE QUE SOPORTAN LAS BIBLIOTECAS VIRTUALES

LORENZO GIL MACIÁ

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante

ÁNGEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Catedrático de la Universidad de Alicante

Extracto:

CADA vez hay más entidades en España que prestan servicios de biblioteca virtual. Generalmente se trata de entidades sin ánimo de lucro que, de acuerdo a sus fines fundacionales, no exigen contraprestación a los lectores, y ello deviene en que dichos servicios no queden sujetos al IVA. En consecuencia, puesto que las bibliotecas virtuales no efectúan operaciones gravadas, tampoco tienen derecho a deducir las cuotas de IVA que soportan cuando realizan inversiones o gastos, por lo que el IVA se convierte en un coste efectivo que obstaculiza el cumplimiento de la función social de estas entidades. En este estudio analizaremos cómo podrían recuperar una parte del IVA que soportan si suscribieran con entidades anunciantes contratos de patrocinio publicitario.

Palabras clave: IVA, bibliotecas virtuales, patrocinio publicitario, convenios de colaboración y afectación parcial.

PARTIAL RECOVERY OF NON-DEDUCTIBLE VAT SUPPORTED BY VIRTUAL LIBRARIES

LORENZO GIL MACIÁ

Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Alicante

ÁNGEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Catedrático de la Universidad de Alicante

Abstract:

MORE and more companies in Spain provide virtual library. Generally, these are non-profit entities that, according to its foundational aims, don't demand any payment of the readers, and this fact makes that these services aren't subject to VAT. Consequently, since virtual libraries don't carry out taxable operations, this entities haven't the right to deduct the supported VAT when they make investments or expenses, so VAT becomes a real cost that hinders the fulfilment of their social function. In this study we will analyze how virtual libraries could recover a part of the VAT that they support if they signed advertising sponsorship contracts with advertiser entities.

Keywords: VAT, virtual libraries, advertising sponsorship, collaboration agreements and partial affectation.

Sumario

1. Ámbito de estudio y planteamiento normativo.
 - 1.1. Ámbito de estudio.
 - 1.2. Planteamiento normativo.
2. Incidencia de la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario por las bibliotecas virtuales.
 - 2.1. Naturaleza y régimen fiscal en el IVA de los contratos de patrocinio publicitario.
 - 2.2. Distinción de los contratos de patrocinio publicitario frente a los convenios de colaboración empresarial.
 - 2.3. Tratamiento fiscal de los contratos de patrocinio publicitario en la Ley 49/2002.
3. Deducibilidad del IVA soportado tras la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario.
 - 3.1. Afectación de bienes y servicios a las actividades de difusión publicitaria y de biblioteca virtual.
 - 3.2. Deducibilidad parcial del IVA soportado cuando los bienes y servicios se destinan simultáneamente a actividades empresariales y no empresariales.
 - 3.3. Criterio de imputación para los bienes y servicios afectos simultáneamente a las actividades de biblioteca virtual y de difusión publicitaria.
4. Conclusiones.

NOTA: Este artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación «El fraude fiscal en España» (GRE10-14), que cuenta con una ayuda de 3.000 euros concedida por la Universidad de Alicante.

1. ÁMBITO DE ESTUDIO Y PLANTEAMIENTO NORMATIVO

1.1. Ámbito de estudio

Cada vez hay más entidades en España que prestan servicios de biblioteca virtual. Generalmente se trata de fundaciones, asociaciones e instituciones sin ánimo de lucro que destinan su patrimonio a la consecución de fines educativos y culturales de interés general, sin exigir ninguna contraprestación a los lectores –en adelante nos referiremos a estas entidades como *bibliotecas virtuales*–.

En el ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) las bibliotecas virtuales encuentran un grave obstáculo para el adecuado cumplimiento de su función social, puesto que no pueden deducir las cuotas de IVA que soportan cuando realizan inversiones o incurrir en gastos relacionados con su actividad –inversiones en equipos informáticos, servicios de digitalización de obras, gastos por servicios de mantenimiento de la web, etc.–. Por tanto, el IVA que pagan a los proveedores de bienes y servicios se convierte en un coste efectivo que deben asumir, ya que no pueden recuperarlo a través del mecanismo de la deducción, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de empresas.

En este estudio analizaremos la posibilidad de que las bibliotecas virtuales puedan recuperar una parte del IVA que soportan. Este objetivo puede lograrse a través de la suscripción de *contratos de patrocinio publicitario* con entidades que deseen publicitarse a través de las páginas web de las bibliotecas. Dada la naturaleza de dichos contratos, y en cumplimiento de ciertos requisitos, justificaremos cómo las bibliotecas virtuales podrían deducir parcialmente el IVA soportado.

1.2. Planteamiento normativo

La deducción del IVA soportado solo es posible cuando las operaciones realizadas por los sujetos pasivos del impuesto originen ese derecho, conforme se establece en el artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA:

«Los sujetos pasivos a que se refiere el apartado uno del artículo anterior podrán deducir las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido comprendidas en el artículo 92 en la medida en que los

bienes o servicios, cuya adquisición o importación determinen el derecho a la deducción, *se utilicen por el sujeto pasivo en la realización de las siguientes operaciones:*

1.º Las efectuadas en el ámbito espacial de aplicación del impuesto que se indican a continuación:

a) Las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(...))»

De acuerdo con este precepto, para que un sujeto pasivo pueda deducir el IVA que soporta cuando adquiere bienes y servicios, es necesario, a su vez, que los utilice en la realización de operaciones sujetas y no exentas. En este sentido, el estudio acerca de la deducibilidad del IVA soportado por las bibliotecas virtuales debe plantearse, en primer lugar, a partir del análisis de los servicios que prestan, de tal suerte que si se encontrasen sujetos y no exentos, las bibliotecas virtuales podrían deducir íntegramente el IVA soportado; en cambio, si se encontrasen sujetos y exentos, o sencillamente no sujetos, las bibliotecas virtuales no podrían deducirlo.

Centrando nuestra atención en los supuestos más frecuentes de fundaciones, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro que prestan gratuitamente servicios de biblioteca virtual, recogemos las conclusiones de un trabajo anterior en el que se distinguen las dos situaciones siguientes¹:

- a) Si prestan todos sus servicios a título gratuito, en atención al segundo párrafo del artículo 5.Uno a) de la LIVA no cabría considerar a estas entidades como empresarios o profesionales, por lo que se incumpliría uno de los requisitos del artículo 4.Uno de la LIVA para que los servicios de biblioteca virtual estuvieran sujetos al impuesto: que se presten «por empresarios o profesionales».
- b) Si prestan algún otro servicio mediante contraprestación –generalmente suele tratarse de informes, servicios de asesoramiento técnico, etc.–, estas entidades adquirirían automáticamente en el IVA la condición de empresarios o profesionales. No obstante, los servicios de biblioteca virtual seguirían encontrándose no sujetos al impuesto, ya que al prestarse gratuitamente de acuerdo a los fines fundacionales se incumpliría uno de los requisitos del artículo 4.Uno de la LIVA para considerarlos sujetos: que se presten «en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional».

En cualquiera de estas dos situaciones, que son las más comunes en la práctica, se parte del mismo denominador común: los servicios de biblioteca virtual se encuentran no sujetos al impuesto. En consecuencia, conforme al artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA antes transcrito, las bibliotecas virtuales no pueden deducir el IVA que soportan cuando adquieren bienes y servicios, ya que no los estarían empleando para el desarrollo de operaciones sujetas y no exentas, como prescribe el precepto.

¹ Véase GIL MACIÁ, L.: «La sujeción al IVA de las Bibliotecas Virtuales». *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, n.º 12, 2012.

2. INCIDENCIA DE LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE PATROCINIO PUBLICITARIO POR LAS BIBLIOTECAS VIRTUALES

2.1. Naturaleza y régimen fiscal en el IVA de los contratos de patrocinio publicitario

Para concretar la naturaleza de los contratos de patrocinio publicitario debemos acudir a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad –en adelante Ley General de Publicidad–, que en su Título III, Capítulo II, Sección IV, bajo el título «Contrato de Patrocinio», establece en el artículo 22:

«El contrato de patrocinio publicitario es aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.»

La actividad de difusión publicitaria que lleva a cabo el patrocinado a cambio de la ayuda económica constituye en el ámbito del IVA el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, como en reiteradas ocasiones ha confirmado la Dirección General de Tributos (en adelante DGT), entre otras, en las Consultas V1386/2011, V0805/2011, V1588/2010, V0028/2010. Se trata, pues, de una actividad sujeta al impuesto que implica la repercusión del mismo, luego es evidente que las bibliotecas virtuales que suscriban contratos de patrocinio publicitario actuarían en su condición de empresario o profesional, toda vez que prestarían servicios empresariales de difusión publicitaria a los patrocinadores que desearan anunciarse a través de la página web².

De acuerdo con lo anterior, la consecuencia es inmediata respecto de la posibilidad de que las bibliotecas virtuales puedan deducir el IVA, puesto que al amparo del artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA, y en tanto que efectúan operaciones sujetas y no exentas, podrán deducir íntegramente las cuotas de IVA que soporten cuando adquieran bienes y servicios que utilicen en la actividad publicitaria. Y lo que es más importante, a la postre clave de este estudio, radica en que podrán deducir parcialmente las cuotas de IVA que soporten por las inversiones y gastos relacionados con la actividad de biblioteca virtual, puesto que, como más adelante argumentaremos, dichas inversiones y gastos se encontrarían parcialmente afectos a la actividad publicitaria, en tanto que constituyen el soporte para que esta pueda desarrollarse.

2.2. Distinción de los contratos de patrocinio publicitario frente a los convenios de colaboración empresarial

Los contratos de patrocinio publicitario presentan muchas características comunes con los denominados «convenios de colaboración empresarial», y en ocasiones resulta difícil la distinción entre unos y otros, dada la similitud de sus definiciones. Estos últimos los define la Ley 49/2002, de

² Debe apostillarse que el IVA repercutido a los patrocinadores no supondrá ningún coste para estos últimos, en la medida en que desarrollen actividades que conforme al artículo 94.Uno.1.º a) originen el derecho a deducir el IVA soportado.

23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo –en adelante Ley 49/2002– en el primer apartado del artículo 25 titulado «Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general»:

«Se entenderá por convenio de colaboración empresarial en actividades de interés general, a los efectos previstos en esta Ley, aquel por el cual las entidades a que se refiere el artículo 16, a cambio de una ayuda económica para la realización de las actividades que efectúen en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad, se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades.»

Puede comprobarse como la definición de los convenios de colaboración empresarial contenida en la Ley 49/2002 es muy similar a la de los contratos de patrocinio publicitario que se definen en la Ley General de Publicidad. No obstante debemos resaltar su diferente régimen fiscal, como se comprueba tras la lectura del segundo párrafo del artículo 25.1:

«La difusión de la participación del colaborador en el marco de los convenios de colaboración definidos en este artículo, no constituye una prestación de servicios.»

A propósito del precepto transcrito, es doctrina reiterada de la DGT³, puesta de manifiesto en sus Consultas V1386/2011, V0585/2011, V2725/2010, V0057/2010, V1059/2009, V0472/2008, entre otras, considerar que:

«(...) las cantidades percibidas en el marco de los Convenios de colaboración citados que son destinadas por la consultante a la realización de sus objetivos de interés general, en virtud de los cuales una entidad sin fin lucrativo asume en contrapartida el compromiso de difundir la participación del colaborador, *no constituirá prestación de servicios a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido*, tampoco formarán parte de la base imponible de sus operaciones y no se incluirán para el cálculo del porcentaje de la prorrata.»

Fácilmente se advierte de que el tratamiento en el IVA de los contratos de patrocinio publicitario y de los convenios de colaboración empresarial es radicalmente distinto; mientras que los contratos de patrocinio constituyen el ejercicio de una actividad empresarial y por tanto originan el derecho a deducir el IVA soportado, los convenios de colaboración empresarial no constituyen prestaciones de servicios sujetas al IVA y por lo tanto no generan el derecho a deducir el IVA, por lo que no son adecuados para el objetivo que proponemos en este estudio.

Si tenemos en cuenta la similitud de las definiciones que se contienen en la Ley General de Publicidad para los contratos de patrocinio publicitario y en la Ley 49/2002 para los convenios de colaboración empresarial, y a ello le sumamos su diferente régimen fiscal, no es difícil intuir los pro-

³ Ya dictaminó la DGT en su Resolución de 9 de marzo de 1999 relativa a la aplicación del IVA en relación con los convenios de colaboración en actividades de interés general –regulados por la entonces vigente Ley 30/1994 de Fundaciones– que el compromiso de difundir la participación del colaborador asumido por las entidades sin fines lucrativos en el marco de los convenios de colaboración no constituía una prestación de servicios a efectos del IVA.

blemas de interpretación y calificación de estas dos tipologías de contratos que se plantean en la praxis fiscal. Con objeto de clarificar sus principales diferencias, en una primera aproximación podemos acudir a la doctrina sentada por la DGT en sus Consultas V1183/2006, 1148/2004, 1695/2001 y 2193/1999, en las que esbozó algunas bases para su distinción al calificar como convenios de colaboración empresarial y, por tanto, no desarrollados en el marco de una actividad económica, aquellos contratos en los que se produjeran las dos circunstancias siguientes:

«Inexistencia de consumo gravable, en el supuesto de no recibir las empresas de la entidad consultante bienes o servicios en provecho propio. Sería el caso en que, si bien la difusión de su nombre como colaboradoras en la convocatoria de los premios pudiese suponerles una mejora en su imagen pública y una promoción de sus actividades, no fuese esta la finalidad del convenio, sino la realización de aportaciones en metálico con un ánimo de liberalidad que trascienda el interés particular de dichas empresas.

Inexistencia del elemento "onerosidad", por faltar una relación de equivalencia entre las ventajas que las empresas perciben en virtud del convenio y las aportaciones que en virtud del mismo realizan en favor de la entidad consultante.»

Si en el contrato concurren de forma simultánea ambas circunstancias, la DGT entiende que la difusión publicitaria realizada revestiría la naturaleza del convenio de colaboración empresarial, y no la del contrato de patrocinio publicitario, por lo que no podríamos lograr nuestro propósito de que las bibliotecas virtuales pudieran recuperar una parte del IVA que soportan. Por tanto debe evitarse que en el contrato se produzcan dichas circunstancias⁴. Acerca de la «inexistencia de consumo gravable», la DGT ha precisado en las consultas antes citadas que se produciría cuando los patrocinadores no recibiesen bienes o servicios en provecho propio, a pesar de que la difusión de su nombre pudiera suponerles una mejora en su imagen pública, pero sin embargo «... no fuese esta la finalidad del convenio, sino la realización de aportaciones en metálico con un ánimo de liberalidad que trascienda el interés particular de dichas empresas». Y respecto de la «inexistencia del elemento onerosidad», entienden de la DGT que se produciría cuando no se guardase una «... relación de equivalencia entre las ventajas que las empresas perciben en virtud del convenio y las aportaciones que en virtud del mismo realizan».

Ahora bien, si dichas circunstancias no concurrieran de forma simultánea en los contratos que suscriban las bibliotecas virtuales con sus patrocinadores, la DGT considera que la difusión publicitaria se estaría realizando a título oneroso en el marco de una actividad empresarial o profesional:

«Es el caso en que exista, en virtud de los convenios suscritos, una transacción entre ambas partes propia de un contrato de patrocinio publicitario, *cuya causa sería la de publicitar mediante precio por parte de la sociedad consultante un determinado mensaje de las empresas patrocinadoras*, constituyendo dicho precio las referidas aportaciones.»⁵

⁴ Nótese que en las consultas evacuadas por el centro directivo se deduce la concurrencia simultánea de ambas circunstancias, por lo que si se evita la existencia de cualquiera de ellas la difusión publicitaria se calificaría como actividad empresarial sujeta a IVA.

⁵ Véase la Consulta V1183/2006, y en el mismo sentido 1695/2001 y 2193/1999.

La DGT insiste en que la causa de los contratos de patrocinio es la de «publicitar mediante precio (...) un determinado mensaje de las empresas patrocinadoras». Precisamente la difusión de dichos mensajes tiene una trascendencia mayor de lo que en un principio pudiera imaginarse, como seguidamente comprobaremos. En la Consulta V1183/2006 un colegio profesional convocaba todos los años unos premios a la mejor tesis doctoral y al mejor proyecto de fin de carrera, y para sufragar los gastos y la dotación de los premios recibía ayudas económicas de las empresas patrocinadoras. El colegio consultante preguntaba sobre la sujeción al IVA de las ayudas percibidas. La DGT, después de transcribir en su contestación los dos requisitos anteriormente expuestos, matizaba: «En el texto de la consulta no se aclara si efectivamente existen o no estos mensajes publicitarios, por lo que la operación objeto de consulta se encontrará sujeta al impuesto cuando exista una transacción entre las partes propia de un contrato de patrocinio publicitario, tal y como se ha explicado en el punto anterior de esta contestación». Y ahondando en la importancia del mensaje, la DGT también se pronunciaba en la Consulta 1695/2001, en la que la entidad consultante editaba una revista infantil gratuita que financiaba mediante el precio que recibía de contratos publicitarios suscritos con entidades públicas y privadas. Consultada la DGT sobre la sujeción al IVA de dichos contratos, en su respuesta viene a observar: «En el ejemplar de la revista remitido por la consultante no existen mensajes publicitarios».

En otros supuestos, en cambio, la DGT no ha exigido –al menos de forma expresa– la difusión de dichos mensajes para poder considerar la sujeción al IVA de la publicidad realizada. Así, entre muchas otras, cabe destacar la Consulta V2481/2007, en la que un club deportivo sin ánimo de lucro recibía una donación consistente en la construcción de una pista deportiva y en contraprestación se comprometía a poner un cartel con el nombre de la consultante durante un determinado plazo. Concluye la DGT que «la operación descrita parece adecuarse más a un contrato de patrocinio que a una donación por parte del consultante (...). El club se compromete a insertar publicidad de la entidad patrocinadora, estando esta obligada a financiar la construcción de la pista deportiva». En este mismo sentido se pronuncia la DGT en la Consulta V0304/2007, al considerar que un contrato de patrocinio en el que la consultante patrocinaba a un equipo de fútbol se encuentra sujeto al IVA. También en la Consulta 120/2002, referida a contratos publicitarios a través de los que el consultante obtenía fondos para financiar la construcción de un teatro a cambio de difundir la identidad de los patrocinadores. Y en la Consulta 729/1998, en la que una orquesta, a cambio de una determinada suma de dinero, se comprometía a incluir en su denominación y en las entradas a sus conciertos una referencia a la entidad patrocinadora.

Si recapitulamos las respuestas evacuadas por la DGT, podemos comprobar como la línea divisoria entre los contratos de patrocinio publicitario y los convenios de colaboración empresarial es muy borrosa, y poca luz arroja la fugaz y titubeante doctrina administrativa. Es cierto que el centro directivo sentó una doctrina aparentemente sólida sobre la concurrencia simultánea de la «inexistencia de consumo gravable» y de la «inexistencia de onerosidad», pero desde el año 2006 no ha vuelto a plasmar esta doctrina en ninguna de sus consultas. Y tampoco parece muy consistente el aislado criterio que sostuvo sobre la importancia de difundir un «mensaje publicitario», habida cuenta de que en posteriores consultas no ha reiterado este criterio, e incluso ha llegado a declarar la sujeción en algunos supuestos en los que el patrocinado se limitaba a difundir la identidad del patrocinador.

En cualquier caso debemos insistir en la importancia de que los contratos que se suscriban con las entidades patrocinadoras se califiquen como contratos de patrocinio publicitario, en cuyo caso se

entenderá que las bibliotecas virtuales desarrollan una actividad empresarial o profesional y, en consecuencia, podrán deducir una parte del IVA que soportan⁶. Por lo expuesto sería aconsejable que las bibliotecas virtuales difundieran tanto la identidad del patrocinador como un determinado mensaje comercial, y que además se especificara en el contrato de forma clara e inequívoca su finalidad publicitaria, dotándolo de los caracteres propios de cualquier contrato de naturaleza mercantil, como podrían ser: obligaciones asumidas por las partes, causas de rescisión del contrato, cláusulas para la revisión del precio del contrato en función del número de visitantes de la web, etc.

2.3. Tratamiento fiscal de los contratos de patrocinio publicitario en la Ley 49/2002

Teniendo en cuenta que la mayoría de entidades que prestan servicios gratuitos de biblioteca virtual se constituyen jurídicamente como fundaciones o entidades sin ánimo de lucro, y que por ello presumiblemente aplicarán el favorable régimen fiscal contenido en la Ley 49/2002, debemos destacar que en su artículo 6.1 a) se declaran exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas derivadas de:

«... las ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial regulados en el artículo 25 de esta Ley y en virtud de los contratos de patrocinio publicitario a que se refiere la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.»

En virtud de dicho precepto las bibliotecas virtuales no deben tributar por las rentas derivadas de los contratos de patrocinio publicitario –ni tampoco por las derivadas de los convenios de colaboración empresarial–. Y de igual forma, al quedar exentas dichas rentas, debemos añadir que tampoco se vulnerará el artículo 3.3.º, que impide aplicar el régimen fiscal de la Ley 49/2002 cuando el importe neto de la cifra de negocios del conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas al objeto o la finalidad estatutaria exceda del 40 por 100 de los ingresos totales:

«Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria. Se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad.»

Por tanto debemos destacar que con independencia de la cuantía de ingresos que perciban las bibliotecas virtuales por los contratos de patrocinio publicitario, podrán seguir aplicando el régimen fiscal de la Ley 49/2002, ya que dichos ingresos no forman parte del «conjunto de explotaciones económicas no exentas», y por tanto no rebasarán el fatídico umbral del 40 por 100.

⁶ En opinión de GIL DEL CAMPO, M., para distinguir los contratos de patrocinio publicitario de los convenios de colaboración empresarial es determinante conocer la causa específica del contrato según las circunstancias subjetivas que motivan su realización, siendo preceptivo que estas motivaciones se encuentren objetivadas en las cláusulas del contrato. Prosigue este autor en la necesidad de examinar la estructura del contrato, específicamente la exigibilidad de las prestaciones de cada parte, para ver si coincide con la causa típica del contrato de patrocinio publicitario. *Fiscalidad de fundaciones, asociaciones y del mecenazgo*. Edit. CISS, 2003.

3. DEDUCIBILIDAD DEL IVA SOPORTADO TRAS LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE PATROCINIO PUBLICITARIO

3.1. Afectación de bienes y servicios a las actividades de difusión publicitaria y de biblioteca virtual

Recapitulando lo hasta ahora expuesto, tendríamos que las bibliotecas virtuales, tras la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario, pasarían a desarrollar dos tipos de actividades claramente diferenciadas:

- *Actividad de difusión publicitaria*: constituye una actividad empresarial o profesional que genera operaciones sujetas y no exentas, por lo que conforme al artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA las bibliotecas virtuales podrán deducir íntegramente el IVA que soporten cuando adquieran bienes y servicios destinados *exclusivamente* a esta actividad.
- *Actividad de biblioteca virtual*: no constituye una actividad empresarial o profesional al prestarse gratuitamente y de acuerdo a los fines fundacionales, por lo que al encontrarse no sujetos los servicios prestados, conforme al artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA las bibliotecas virtuales no podrán deducir el IVA que soporten cuando adquieran bienes y servicios destinados *exclusivamente* a esta actividad.

Sentado lo anterior, por un lado tendríamos que el IVA soportado por las inversiones y gastos afectos a la actividad de difusión publicitaria –tales como asesoramiento jurídico por la redacción del contrato de patrocinio, viajes, manutención y estancia para la consecución o suscripción de dichos contratos, y cualesquiera otros gastos e inversiones destinados a la actividad publicitaria– podría deducirse íntegramente. Y por otro lado, respecto del IVA soportado por los bienes y servicios adquiridos para el desarrollo de la actividad de biblioteca virtual –tales como inversiones en equipos informáticos, servicios de digitalización de obras literarias, mantenimiento de la página web, etc.–, en una rápida impresión podría entenderse que no sería deducible en ninguna proporción, toda vez que erróneamente cabría suponer su afectación exclusiva a esta actividad. Sin embargo, un análisis más detenido nos conduce a considerar que dichos bienes y servicios, aunque se adquieran para desarrollar la actividad de biblioteca virtual, no obstante constituyen el soporte necesario para que pueda llevarse a cabo la actividad de difusión publicitaria, por lo que seguidamente argumentaremos su afectación parcial a esta actividad y, por consiguiente, la posibilidad de deducir parcialmente el IVA soportado⁷.

Esta afectación parcial puede predicarse desde una doble perspectiva: material y económica. Consideramos que existe una vinculación material porque los bienes con los que se prestan los servicios de biblioteca virtual constituyen, a su vez, el soporte a través del cual se prestan los servicios de difusión publicitaria; no en vano la publicidad se difunde a través de la página web de la biblioteca virtual, por lo que debe admitirse que ciertos gastos –en concreto podrían ser los de manteni-

⁷ Si los bienes y servicios adquiridos por un sujeto pasivo se destinan en parte a una actividad empresarial y en parte a una actividad no empresarial, el IVA soportado –como más adelante veremos– podrá deducirse parcialmente en función del grado de afectación a la actividad empresarial.

miento y actualización de la página web— se encuentran parcialmente afectos a la actividad publicitaria. Y consideramos que existe una vinculación económica puesto que el número de visitantes de la página web guarda una estrecha relación con los ingresos potenciales que podría generar la actividad de publicidad. En efecto, es fácil demostrar la existencia de una correlación directa entre la calidad de los servicios de biblioteca virtual —número de obras digitalizadas, funcionalidad, diseño de la página web, etc.— y la afluencia de visitantes, por lo que si aceptamos la premisa de que los potenciales ingresos publicitarios se encuentran íntimamente ligados al número de visitantes, debe necesariamente admitirse que la calidad de los servicios de biblioteca virtual redundará de forma positiva en los ingresos publicitarios.

En definitiva, aunque la actividad de biblioteca virtual se encuentra no sujeta —y por tanto no origina el derecho a deducir—, entendemos que constituye el soporte material y económico para que pueda desarrollarse la actividad sujeta y no exenta de publicidad —que sí origina el derecho a deducir—, por lo que puede defenderse que los gastos e inversiones efectuados para prestar los servicios de biblioteca virtual se encuentran parcialmente afectos al desarrollo de la actividad publicitaria. En consecuencia, y como parece de justicia, una parte del IVA soportado por dichos bienes y servicios podrá deducirse parcialmente en función del grado estimado de utilización en la actividad de difusión publicitaria.

Este razonamiento se refuerza por varios pronunciamientos de la DGT en supuestos similares al aquí planteado, en los que el centro directivo ha permitido a las entidades consultantes deducir parcialmente el IVA soportado por la adquisición de bienes y servicios utilizados en el desarrollo de actividades no sujetas que constituían el soporte para el desarrollo de actividades empresariales sujetas y no exentas. Un claro ejemplo lo encontramos en la Consulta V0758/2006, en la que un ayuntamiento promueve la construcción de un vertedero con una planta de tratamiento de residuos que financió con una ayuda del Fondo de Cohesión. De la respuesta de la DGT se desprende que la actividad de tratamiento de residuos no tiene carácter empresarial. No obstante, el ayuntamiento informa que como consecuencia del proceso de tratamiento obtiene un subproducto denominado *compost*, que vende a terceros mediante precio. Considera la DGT que dichas ventas sí se consideran realizadas en el desarrollo de una actividad empresarial sujeta y no exenta, por lo que acto seguido no duda en admitir:

«... el ayuntamiento consultante podrá deducir las cuotas que haya soportado por la construcción del vertedero correspondientes a la parte del mismo que se encuentre afecto a la generación del *compost* destinado a la venta.»

La DGT, por tanto, reconoce que el vertedero se encuentra parcialmente afecto a la actividad empresarial de venta de *compost*, en tanto que contribuye a su desarrollo. Nótese que el supuesto de afectación parcial que se aborda en la consulta es sustancialmente análogo al supuesto que en este estudio planteamos. En efecto, en ambos supuestos nos encontramos con una entidad que soporta una serie de cuotas de IVA por la adquisición de bienes y servicios destinados a una actividad no sujeta —la construcción del vertedero, en el caso del ayuntamiento; los gastos e inversiones para la prestación de los servicios de biblioteca, en el caso de las bibliotecas virtuales—. Posteriormente ambas entidades aprovechan la infraestructura de la actividad no sujeta para desarrollar una actividad de carácter empresarial —venta de *compost*, en el caso del ayuntamiento; difusión publicitaria, en el caso de las bibliotecas virtuales—. Pues bien, puesto que las actividades de carácter empresarial se desa-

rollan aprovechando la infraestructura de la actividad no sujeta –ya que sin dicha actividad no se podría desarrollar la actividad empresarial–, la DGT permite deducir las cuotas de IVA soportado en la proporción en que se encuentren afectas al desarrollo de la actividad empresarial.

Otro ejemplo similar lo encontramos en la Consulta V0576/2006, en la que el consultante crea en Internet una página web en la que ofrece información a los internautas de forma gratuita, si bien baraja la posibilidad de incluir publicidad para poder generar ingresos. La DGT no duda en afirmar que la actividad descrita –poseer una «página web de información» incluyendo publicidad de terceros– supone en el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas (en adelante IAE) el ejercicio de una actividad económica. Y de forma coherente con este razonamiento permite al consultante deducir las cuotas de IVA soportadas por la adquisición de bienes y servicios con los que ofrece a los internautas la información gratuita.

Y un último ejemplo lo encontramos en la Consulta V0153/2004, en la que se aborda el caso de una comunidad de propietarios que desde hace varios años venía desarrollando una actividad económica consistente en el arrendamiento de una de sus fachadas a una empresa publicitaria. La comunidad informa que va a realizar obras en el tejado del edificio, y pregunta sobre la posibilidad de deducir el IVA que soporte en la realización de dichas obras. La DGT responde que podrá deducirse «en la medida en que dichos bienes o servicios vayan a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundados, en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional».

En definitiva, y a la vista del criterio evacuado por la DGT, podemos concluir que los bienes y servicios adquiridos por las bibliotecas virtuales se encuentran parcialmente afectos a la actividad publicitaria. Ello implica que las cuotas de IVA soportado por la adquisición de bienes y servicios adquiridos para el desarrollo de la biblioteca virtual podrían deducirse parcialmente según el grado estimado en que se fueran a utilizar en la actividad publicitaria. Más adelante, en el epígrafe 3.3, analizaremos cómo podría calcularse el citado grado de utilización.

3.2. Deducibilidad parcial del IVA soportado cuando los bienes y servicios se destinan simultáneamente a actividades empresariales y no empresariales

El artículo 95 de la LIVA, bajo la rúbrica «Limitaciones del derecho a deducir», establece en su primer apartado:

«Los empresarios o profesionales no podrán deducir las cuotas soportadas o satisfechas por las adquisiciones o importaciones de bienes o servicios que no se afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional.»

Para poder deducir el IVA se exige, por tanto, que los bienes y servicios «se afecten, directa y exclusivamente, a su actividad empresarial o profesional». Esta rígida exigencia se relaja, no obstante, para el supuesto de bienes de inversión⁸, y a tal efecto el apartado tercero del citado artículo 95

⁸ Puede verse su definición en el artículo 108 de la LIVA.

establece que las cuotas soportadas por la adquisición de bienes de inversión que se empleen en todo o en parte en el desarrollo de una actividad empresarial o profesional podrán deducirse:

«... en la medida en que dichos bienes vayan a utilizarse previsiblemente, de acuerdo con criterios fundados, en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional.»

Este inciso permite que el IVA soportado por la adquisición de bienes de inversión pueda deducirse parcialmente, sin necesidad de que se encuentren afectos «directa y exclusivamente» a la actividad empresarial o profesional, como así prescribía el primer apartado. Pero nótese que para poder deducir el IVA de aquellos otros bienes que no sean considerados como bienes de inversión, o incluso para cualquier gasto o servicio adquirido, seguiría operando la rígida exigencia consistente en la necesidad de afectarlos «directa y exclusivamente» a una actividad empresarial o profesional. La consecuencia que se deriva de lo anterior sería claramente perniciosa para las bibliotecas virtuales, puesto que no podrían deducir en ninguna proporción el IVA soportado por la adquisición de bienes con precio inferior a 3.005,06 euros, y tampoco el soportado por servicios o gastos, puesto que aunque se empleasen parcialmente en la actividad empresarial de difusión publicitaria, no estarían afectos «directa y exclusivamente» a esta actividad.

Sin embargo, la DGT ha señalado con acierto en reiteradas ocasiones que esta exigencia vulnera lo dispuesto por la Directiva comunitaria⁹. En efecto, la génesis del artículo 95 de la LIVA española debe buscarse en la Directiva 2006/112/CE, que en su Título X regula a nivel comunitario el derecho de los sujetos pasivos a deducir el IVA, y a tal efecto establece en su artículo 168:

«En la medida en que los bienes y los servicios se utilicen para las necesidades de sus operaciones gravadas, el sujeto pasivo tendrá derecho, en el Estado miembro en el que realice estas operaciones, a deducir del importe del impuesto del que es deudor los siguientes importes:

a) el IVA devengado o pagado en dicho Estado miembro por los bienes que le hayan sido o le vayan a ser entregados y por los servicios que le hayan sido o le vayan a ser prestados por otro sujeto pasivo.»

Y de forma complementaria al precepto transcrito, el primer párrafo del artículo 173.1 de la Directiva añade:

«Por lo que se refiere a bienes y servicios utilizados por un sujeto pasivo para efectuar indistintamente operaciones con derecho a deducción, enunciadas en los artículos 168, 169 y 170, y operaciones que no generen tal derecho, solo se admitirá la deducción por la parte de las cuotas del IVA que sea proporcional a la cuantía de las operaciones primeramente enunciadas.»

Puede comprobarse que para poder deducir el IVA en ningún caso exige la Directiva que exista una afectación «directa y exclusiva», por lo que el legislador español incurre en un claro exceso

⁹ Consideramos que esta exigencia quiebra claramente la neutralidad del impuesto, ya que no permite a los sujetos pasivos deducir, en ninguna proporción, el IVA soportado por la adquisición de bienes y servicios –salvo que se trate de bienes de inversión– que se encuentren afectos de forma parcial a actividades empresariales.

normativo cuando introduce esta exigencia en el artículo 95.Uno de la LIVA. De hecho la DGT se ha tenido que pronunciar en las recientes Consultas V1219/2011, V1916/2011, V1036/2010, V0529/2009, V0366/2009, V2375/2008, entre otras, para interpretar a la luz del Derecho comunitario la exigencia impuesta por la normativa interna.

En particular la DGT ha considerado que el ejercicio del derecho a la deducción de las cuotas soportadas de IVA que se destinan simultáneamente a actividades empresariales y no empresariales debe realizarse con arreglo a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante TJCE) de 13 de marzo de 2008, asunto C-437/06, en la que se planteaba un caso sobre la deducibilidad del IVA por parte de una entidad que realizaba tres tipos de actividades: actividades no económicas excluidas del ámbito de aplicación del impuesto; actividades económicas incluidas en el ámbito de aplicación del impuesto pero exentas; y actividades económicas gravadas. El TJCE sentenció al respecto que «(...) la determinación de los métodos y de los criterios de reparto de las cuotas soportadas de IVA entre actividades económicas y actividades no económicas en el sentido de la Sexta Directiva 77/388 está comprendida dentro de la facultad de apreciación de los Estados miembros, que, en el ejercicio de dicha facultad, deben tener en cuenta la finalidad y la estructura de la Sexta Directiva y, con ese objeto, han de establecer un método de cálculo que refleje objetivamente la parte de los gastos soportados que es realmente imputable a cada una de esas dos actividades». Dicho pronunciamiento ya ha sido recogido por la DGT en sus recientes Consultas V1973/2011, V1072/2011, V0480/2011, V2353/2010, V1798/2010, entre otras, en las que ha considerado que cuando se desarrollen conjuntamente actividades empresariales y no empresariales:

«... la entidad consultante deberá adoptar un criterio razonable y homogéneo de imputación de las cuotas correspondientes a los bienes y servicios utilizados para el desarrollo de las operaciones gravadas, criterio que deberá ser mantenido en el tiempo salvo que, por causas razonables, haya de procederse a su modificación.»

La DGT contraviene de esta forma lo dispuesto por el artículo 95.Uno de la LIVA, y conforme a la normativa comunitaria reconoce que las cuotas de IVA soportadas por la adquisición de bienes y servicios afectos simultáneamente al desarrollo de actividades empresariales y no empresariales pueden deducirse atendiendo a un «criterio razonable y homogéneo de imputación», permitiendo a los sujetos pasivos deducir parcialmente el IVA de aquellos bienes y servicios que destinen en parte a una actividad empresarial.

3.3. Criterio de imputación para los bienes y servicios afectos simultáneamente a las actividades de biblioteca virtual y de difusión publicitaria

En el caso que nos ocupa no resulta sencilla la adopción de un criterio con el que determinar qué parte de los bienes y servicios adquiridos para el desarrollo de la actividad de biblioteca debería imputarse a esta actividad y qué parte a la actividad empresarial de difusión publicitaria. Y es que el supuesto de afectación parcial que en este caso se plantea es ciertamente singular. Por lo general, los supuestos más frecuentes de afectación parcial suelen girar en torno a dos aspectos derivados de la utilización de los bienes y servicios adquiridos: el temporal y el físico. El aspecto temporal se daría

en el supuesto de aquellos bienes que alternativamente en el tiempo se destinan a necesidades empresariales y particulares, y el ejemplo paradigmático lo encontramos en los vehículos de turismo adquiridos por empresarios o profesionales, puesto que generalmente suelen utilizarse para el desarrollo de la actividad empresarial y para la satisfacción de necesidades privadas¹⁰. El aspecto físico se daría cuando un mismo bien, por su posibilidad de división material, es susceptible de ser destinado a actividades empresariales y no empresariales. Un caso frecuente es el de aquellos inmuebles en los que una parte de su superficie se destina a necesidades empresariales y otra a uso como vivienda¹¹.

Pero a diferencia de los ejemplos de afectación parcial que se acaban de comentar, en los que podía identificarse una variable temporal o física que permitía determinar el grado de afectación de un determinado bien a la actividad empresarial, en nuestro caso nos enfrentamos a un supuesto atípico de afectación parcial. Y es que los bienes y servicios adquiridos para prestar los servicios de biblioteca virtual se utilizan desde una perspectiva temporal y física en el desarrollo simultáneo de las dos actividades, por lo que no puede acudir ni al criterio de reparto temporal ni al físico. Decimos que no puede acudir a un criterio de reparto temporal porque los bienes no se destinan por periodos alternativos a la actividad empresarial de publicidad y a la no empresarial de biblioteca, sino que su afectación a ambas actividades se produce de forma constante y permanente en el tiempo. Y tampoco puede acudir a un criterio de reparto físico puesto que los bienes y servicios adquiridos suelen ser indivisibles y no es posible compartimentarlos físicamente para conocer qué parte de los mismos se destinaría a cada actividad.

Dadas las dificultades expuestas, consideramos que un «criterio razonable y homogéneo de imputación», al que tantas veces alude la DGT, podría resultar de aplicar una versión adaptada de la regla normativa de la prorrata, si bien huelga advertir de que la regla de la prorrata, como tal, no resulta de aplicación¹². Para este propósito podríamos distinguir, por un lado, la actividad de biblioteca virtual –actividad no sujeta que no otorga el derecho a deducir el IVA– y, por otro lado, la actividad empresarial de difusión publicitaria –actividad sujeta que sí otorga el derecho a deducir el IVA–. Y empleando un criterio análogo al de la prorrata general, a su vez acorde al artículo 173.1 de la Directiva que antes transcribíamos, calcularíamos una fracción que arrojaría el porcentaje de las inversiones y gastos comunes que cabría imputar a la actividad empresarial de difusión publicitaria¹³:

- En el numerador: operaciones que originan el derecho a deducir, esto es, las derivadas de la actividad publicitaria.

¹⁰ La afectación temporal también se ha planteado con otro tipo de bienes, como por ejemplo con una embarcación en la Consulta V1787/2006, en la que la entidad consultante manifiesta destinarla en un 90 por 100 a la actividad empresarial de arrendamiento y en un 10 por 100 al uso particular.

¹¹ Un claro ejemplo se encuentra en la Consulta V2301/2006, en la que el consultante adquiere un inmueble para destinarlo en un 80 por 100 a vivienda y en un 20 por 100 al ejercicio de su actividad profesional. Entre otras muchas Consultas pueden verse: V2157/2007, V1604/2007, V0036/2007, 1428/1998, 224/1997.

¹² La aplicación de la regla de la prorrata queda reservada a los sujetos pasivos que desarrollen, dentro del ámbito de sus operaciones sujetas, unas actividades que otorguen el derecho a deducir –por estar gravadas– y otras que no otorguen ese derecho –por estar exentas–, lo que no ocurre en nuestro caso. Por consiguiente no puede aplicarse la regla de la prorrata. Sobre este extremo puede verse la Consulta V1973/2011.

¹³ Representaría el porcentaje al que se podrían deducir las cuotas de IVA soportadas por la adquisición de bienes y servicios comunes; la parte restante de dicho porcentaje hasta llegar al 100 por 100 correspondería al grado en el que dichos bienes y servicios se entenderían afectos a la actividad no sujeta de biblioteca virtual, y representaría el porcentaje de las cuotas de IVA que no podrían deducirse.

- En el denominador: operaciones totales realizadas, esto es, tanto las derivadas de la actividad de difusión publicitaria como las derivadas de la actividad de biblioteca virtual.

En cuanto al importe a considerar para las operaciones derivadas de la actividad publicitaria, parece evidente que deberían consignarse los ingresos obtenidos por la suscripción de los contratos de patrocinio publicitario.

Y en cuanto al importe correspondiente a las operaciones derivadas de la actividad gratuita de biblioteca virtual, puesto que no genera ingresos, resulta más delicado decidir qué variable debería observarse para consignar su importe. En una primera aproximación podría pensarse en los ingresos potenciales que se obtendrían de haberla explotado económicamente cobrando un precio a los usuarios; pero en ese caso se plantea la duda de cómo podría estimarse el cálculo de estos ingresos potenciales: ¿en función del número de visitas que recibe la página web?, ¿en función del número de descargas de obras digitalizadas?, ¿en función del precio de mercado que tendría la suscripción a la biblioteca por parte de los usuarios? A poco que se piense, las posibles alternativas para estimar los ingresos potenciales no resultan satisfactorias, y además son muy poco sólidas desde una perspectiva jurídica.

Una posible alternativa, más acorde a Derecho, consistiría en consignar el importe que correspondería a la base imponible de los autoconsumos de servicios, que por su propia naturaleza son operaciones que carecen de contraprestación, como así sucede en el supuesto que nos ocupa¹⁴. A tales efectos el artículo 79.Cuatro de la LIVA establece:

«En los casos de autoconsumo de servicios, se considerará como base imponible el coste de prestación de los servicios incluida, en su caso, la amortización de los bienes cedidos.»

La problemática práctica surge porque las bibliotecas virtuales se verían obligadas a llevar una contabilidad analítica que les permitiera calcular el coste de los servicios de biblioteca virtual. Pero además, en el terreno jurídico, la vaga descripción legal de la base imponible nos obliga a plantearnos qué debe entenderse por el «coste de prestación de los servicios», pues surgen muchas dudas para determinar qué partidas deberían incluirse en este abstracto concepto normativo¹⁵. La DGT poca ayuda ofrece para su correcta determinación, ya que en sus consultas se ha limitado a transcribir el citado precepto sin arrojar demasiada luz al respecto. Solo en tres consultas la DGT ha ido más allá de la mera transcripción normativa. Así sucede en la Consulta 148/1999, en la que la sociedad consultante, dedicada a la fabricación de automóviles para la venta, informa de que algunos de ellos se destinan durante un periodo máximo de seis meses a satisfacer necesidades privadas de determinados empleados, incurriendo con ello en un autoconsumo de servicios. Responde la DGT que para calcular la base imponible debe tenerse en cuenta:

¹⁴ Debe precisarse que los autoconsumos constituyen operaciones plenamente sujetas al impuesto, y no debemos olvidar que los servicios de biblioteca virtual se encuentran, en cambio, no sujetos. No obstante, a los solos efectos de determinar el importe que debería consignarse en la fracción que proponíamos, consideramos que sería viable recurrir a las reglas para calcular la base imponible de los autoconsumos de servicios.

¹⁵ Aunque un estudio detenido excedería con creces el ámbito de este trabajo, valga apuntar algunos interrogantes: ¿cómo puede medirse el coste de los servicios prestados?, ¿debería incluirse parte de los costes indirectos?, ¿podría calcularse el coste tomando como referencia su valor de mercado y descontando un margen de beneficios?

«... el coste total de fabricación de los citados vehículos para la sociedad consultante (*incluido el coste de mano de obra*) imputable al periodo de tiempo durante el cual el vehículo es utilizado por el empleado para uso particular del mismo.»

En la Consulta V0865/2006 se aborda el supuesto de una fundación que construyó un edificio para destinarlo a la actividad docente, y financió dicha construcción con un préstamo hipotecario. La fundación informa de que pretende ceder gratuitamente el uso del edificio a una universidad. La DGT, tras calificar esta cesión como autoconsumo de servicios, seguidamente establece que la base imponible:

«... sería el coste de dicha cesión, incluidos por lo tanto, todos los costes de prestación del servicio, *tanto los de funcionamiento del inmueble cedido (impuestos locales que graven el inmueble, gastos de reparación, amortización del inmueble, etc.), como los costes financieros derivados de la adquisición del inmueble por el consultante (cedente)*».

Y por último en la Consulta 640/2003 se aborda otro supuesto de arrendamiento gratuito. La consultante informa de que ejercerá una actividad económica en un local comercial propiedad de su padre –sin pagar contraprestación a cambio–, el cual también dispone de otros locales arrendados a terceros mediante contraprestación. Responde la DGT que la base imponible:

«... sería el coste de dicha cesión, incluidos por lo tanto, los costes de funcionamiento del local cedido (*impuestos locales que graven el inmueble, gastos de reparación, amortización del inmueble, etc.*), atendiendo a la regla prevista en el apartado cuatro del artículo 79, anteriormente expuesta.»

Lo relevante en esta última consulta no son las partidas que deben incluirse en la base imponible, también recogidas en la anterior consulta citada, sino que la DGT, informada por el consultante de que su padre poseía otros locales arrendados mediante contraprestación, prescinde del precio convenido en dichos alquileres al objeto de determinar la base imponible del autoconsumo. Se infiere, por tanto, que el «coste de prestación de los servicios» ni es equiparable ni puede determinarse a través del precio o valor que tendrían en el mercado los servicios prestados.

De lo hasta aquí expuesto, y considerando la escasa doctrina administrativa al respecto, persisten muchas sombras en torno a la correcta determinación de la base imponible de los autoconsumos de servicios, y por ende para obtener una de las magnitudes que deberíamos incluir en el denominador de la expresión que proponemos.

Consideramos que una alternativa más sólida a las anteriores podría consistir en computar los ingresos reales relacionados con los servicios de biblioteca virtual, a saber: las donaciones y subvenciones recibidas por la biblioteca virtual para el desarrollo de esta actividad. De esta forma, tanto para el numerador como para el denominador de la expresión que planteábamos, extraeríamos los ingresos reales relacionados con cada una de las actividades desarrolladas: los importes facturados a terceros para la actividad de difusión publicitaria, y las subvenciones y donaciones recibidas para la actividad de biblioteca virtual. En resumen, el porcentaje de gastos e inversiones comunes que podrían imputarse a la actividad publicitaria, y por tanto el porcentaje de IVA deducible, podría obtenerse mediante la siguiente expresión:

$$\% \text{ Deducción} = \frac{\text{Ingresos por actividad publicitaria}}{\text{Ingresos por actividad publicitaria} + \text{Ingresos por actividad de biblioteca virtual}}$$

Este criterio es análogo a la filosofía que subyace en el régimen de la prorrata general, y por las razones antes apuntadas consideramos que sería el más factible para el supuesto planteado. En cualquier caso, y al margen de la elección de cualquier otro criterio de imputación que pudiera considerarse más «razonable y homogéneo», esperamos haber justificado, por los motivos ya expuestos, cómo las bibliotecas virtuales podrían deducir parcialmente el IVA soportado de las inversiones y gastos relacionados con la actividad de biblioteca virtual siempre que suscribieran con terceros los denominados contratos de patrocinio publicitario.

4. CONCLUSIONES

1. Los servicios de biblioteca virtual se prestan mayoritariamente por organismos e instituciones sin ánimo de lucro sin exigir contraprestación a los lectores, lo que deviene en su no sujeción al impuesto. En consecuencia, conforme al artículo 94.Uno.1.º a) de la LIVA, puesto que las bibliotecas virtuales no emplean los bienes y servicios adquiridos en la realización de operaciones gravadas, no tienen derecho a deducir el IVA. Sin embargo, podrían conseguir que una parte del IVA soportado fuera deducible, siempre que suscribieran contratos de patrocinio publicitario con entidades que desearan anunciarse a través de las páginas web de las bibliotecas. En ese caso, puesto que las bibliotecas virtuales efectuarían operaciones gravadas, adquirirían a su vez el derecho a deducir el IVA soportado por las compras de bienes y servicios relacionados con la actividad publicitaria.
2. Una vez suscritos los contratos de patrocinio publicitario podemos afirmar que la página web de la biblioteca virtual se utilizaría de forma simultánea, tanto desde una perspectiva material como temporal, para prestar servicios gratuitos de biblioteca y de difusión publicitaria. En este sentido puede entenderse que buena parte de las inversiones y gastos en los que incurra la biblioteca virtual—inversiones en bienes de equipo, servicios de digitalización de obras literarias, etc.— se encontrarían afectos simultáneamente al desarrollo de ambas actividades: la no empresarial de biblioteca y la empresarial de publicidad.
3. La DGT ha resuelto recientemente al amparo de las últimas sentencias del TJUE, y en contra de lo dispuesto por el artículo 95 de la LIVA, que las cuotas de IVA soportadas por la compra de bienes—aunque no sean de inversión— y de servicios que se utilicen simultáneamente para desarrollar actividades empresariales y no empresariales pueden deducirse parcialmente en función del grado de afectación a las actividades empresariales. Para determinar este grado de afectación, la DGT obliga al sujeto pasivo a adoptar «un criterio razonable y homogéneo de imputación», y en función del mismo podría deducirse parcialmente el IVA soportado.
4. En nuestra opinión, el criterio más acertado para imputar a cada actividad las inversiones y gastos comunes a ambas es efectuar su distribución en función de los ingresos que genera

cada actividad. Se trata de un criterio lógico y objetivo, análogo al que subyace en la regla normativa de la prorrata y a su vez acorde al artículo 173.1 de la Directiva. Así pues, el grado de imputación a la actividad publicitaria estaría determinado por una fracción en la que en el numerador figurarían los ingresos derivados de la actividad publicitaria, mientras que en el denominador figurarían los ingresos totales, es decir, tanto los ingresos publicitarios como las subvenciones y donaciones recibidas para prestar los servicios de biblioteca virtual. Este grado de imputación a la actividad publicitaria constituiría, en esencia, el porcentaje al que se podrían deducir las cuotas de IVA soportadas por las inversiones y gastos afectos simultáneamente al desarrollo de ambas actividades.

5. Es importante destacar la necesidad de que los contratos que suscriban las bibliotecas virtuales con las entidades publicitadas se califiquen como *contratos de patrocinio publicitario*, y no como convenios de colaboración empresarial, ya que estos últimos no generan prestaciones de servicios sujetas al IVA y, por tanto, no permitirían a las bibliotecas virtuales deducir el IVA. Por ello es aconsejable que en el contrato se especifique de forma clara e inequívoca su finalidad publicitaria, dotándolo de los caracteres propios de cualquier contrato de naturaleza mercantil, y que se publicite, además de la mera identidad del patrocinador, un determinado mensaje comercial.
6. Por último, debe destacarse que las rentas derivadas de los contratos de patrocinio publicitario se encuentran exentas de tributación en el Impuesto sobre Sociedades en virtud del régimen previsto en la Ley 49/2002 –régimen que presumiblemente aplicarán las bibliotecas virtuales sin ánimo de lucro o con naturaleza jurídica de fundaciones–.

ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA TITULIZACIÓN HIPOTECARIA EN LA ESTABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL

LUIS OTERO GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Santiago de Compostela*

MIGUEL MARÍA EZCURRA PÉREZ

Director Riesgo de Mercado. Swiss Re

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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 de los autores.

Extracto:

ESTE trabajo tiene por objeto analizar el impacto de la titulización hipotecaria sobre la estabilidad financiera y el riesgo de crédito de las entidades financieras españolas. Para ello, se ha elaborado una base de datos que combina información financiera de 87 entidades de crédito españolas durante el periodo 2004-2009 obtenida de Bankscope, así como todas las emisiones de bonos de titulización hipotecaria realizadas en dicho periodo. El resultado de nuestro trabajo muestra como la titulización ha tenido un impacto negativo en la estabilidad financiera. Además, el efecto positivo a corto plazo sobre los activos ponderados por riesgo y negativo sobre el *Z-score* y la tasa de morosidad nos lleva a concluir que dicho impacto responde a un efecto indirecto provocado por una política crediticia más arriesgada.

Palabras clave: titulización, estabilidad financiera y *Z-score*.

ANALYSIS OF THE IMPACT OF MORTGAGE SECURITIZATION ON THE FINANCIAL STABILITY OF SPANISH BANKS

LUIS OTERO GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad.
Universidad de Santiago de Compostela*

MIGUEL MARÍA EZCURRA PÉREZ

Director Riesgo de Mercado. Swiss Re

Este trabajo ha obtenido el **Accésit 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 de los autores.

Abstract:

THIS paper aims to examine the impact of mortgage securitization on financial stability and credit risk of the Spanish financial institutions. To this end, we develop a database that combines financial information of 87 Spanish banks during the period 2004-2009 obtained from Bankscope and all RMBS issues during that period. The result of our work shows how securitization has had a negative impact on financial stability. In addition, the short-term positive effect on risk-weighted assets and negative on the Z-score and on the non-performing loan ratio leads us to conclude that the overall negative impact is due to an indirect effect caused by a riskier credit policy.

Keywords: securitization, financial stability and Z-score.

Sumario

1. Introducción.
2. Revisión bibliográfica.
3. La titulización como mecanismo de transmisión del riesgo en el mercado español.
 - 3.1. Transferencia del riesgo en el mercado español.
 - 3.2. Probabilidad de *default* implícita en el *rating*.
4. Análisis empírico.
 - 4.1. Estabilidad financiera y riesgo de crédito bancario.
 - 4.2. Definición de variables e hipótesis.
 - 4.3. Análisis descriptivo.
 - 4.4. Metodología utilizada.
5. Conclusiones.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La titulización es una técnica financiera que ha desempeñado un papel muy importante en la expansión del crédito de los últimos años. En particular, el mecanismo de titulización ha sido objeto de amplias críticas desde el comienzo de la crisis crediticia. Puesto que este proceso permite en mayor o menor medida desvincularse del riesgo del crédito de la cartera de préstamos, el originador no tiene el mismo incentivo para tener en cuenta la capacidad de pago del prestatario, apareciendo así préstamos de menor calidad crediticia. La teoría económica reciente presenta dos puntos de vista contrapuestos en relación con los efectos que la titulización tiene sobre el riesgo de las entidades bancarias. En este sentido, suele distinguirse entre el impacto directo e impacto indirecto de la titulización (SHIN, 2009; KRAHNEN y WILDE, 2008; JIANGLI *et al.*, 2007). Diversos estudios destacan como la transferencia del riesgo conlleva una mejora en la estabilidad financiera, mientras que otros trabajos destacan la fragilidad financiera asociada a dicho proceso.

Entre los trabajos que estudian el proceso de titulización en España, podemos destacar los de FUENTES (2007), OLIVER y SAURINA (2007), CATARINEU y PÉREZ (2008), o el de CARDONE, SAMANIEGO y TRUJILLO (2009). Estos autores llegan a la conclusión de que el principal motivo para llevar a cabo el proceso de titulización por parte de las entidades bancarias españolas ha sido la obtención de liquidez, y no la gestión del riesgo. Esto es así, sobre todo, porque las entidades financieras han retenido la mayor parte del riesgo de los activos transferidos al mantener en el balance el tramo de primera pérdida –y en ocasiones los subsiguientes–, con lo que no se habría fomentado la concesión de hipotecas *subprime*, a la vez que la técnica de titulización se habría utilizado exclusivamente con la finalidad de obtener liquidez. Sin embargo, el análisis pormenorizado de las operaciones de titulización realizadas en el periodo 2004-2009 muestra como las entidades financieras vendieron la mayor parte de los tramos emitidos, incluso de una parte del tramo *equity* o de capital creados. Esto significa que la técnica de titulización también fue utilizada como mecanismo de transmisión del riesgo, si no en su totalidad sí de forma parcial.

En este sentido, este trabajo tiene por objetivo evaluar el impacto de la titulización sobre la estabilidad financiera de las entidades de crédito españolas. Si bien en el mercado español la titulización pudo servir como mecanismo de transferencia de riesgo –impacto directo– y, por tanto, que haya fortalecido la solvencia de las entidades, es posible que al mismo tiempo haya fomentado la expansión del crédito de peor calidad¹ y, por lo tanto, debilitado la solidez financiera –impacto indirecto–. Para realizar dicho análisis, este trabajo utiliza una base de datos creada con los estados financieros consolidados y el volumen de bonos de titulización emitidos por 87 entidades de crédito españolas durante el periodo 2004-2009.

Esta investigación contribuye a la literatura existente aportando evidencia importante e inédita sobre el impacto de la titulización sobre las entidades de crédito españolas. No hay que olvidar que el

¹ Véase JIMÉNEZ (2010).

mercado de titulización español es uno de los más importantes de Europa. Según los datos publicados por el *European Securitization Forum*, el volumen de emisión de RMBS españoles representó un 14,88 por 100 del volumen total de las emisiones de RMBS europeos en el año 2006, un 18,49 por 100 en el 2007 y un 10,43 por 100 en el 2008. España ocupó el segundo lugar en relación con el volumen de bonos de titulización hipotecaria emitidos en Europa en el año 2007, solo por detrás de Reino Unido, mientras que en el ejercicio 2008 ocupó la cuarta posición, después de Reino Unido, Holanda e Italia. Teniendo en cuenta el saldo vivo actual de los bonos de titulización a finales del tercer trimestre de 2009, España ocupa el tercer puesto, con un total de 167.100 millones de euros (un 14,48% del total), por detrás de Reino Unido (con 458.000 millones de euros, que representan un 39,67% del total) y de Holanda (con 202.400 millones de euros, que suponen un 17,53% del total). Por otra parte, la estimación de los modelos se ha realizado a través del método generalizado de los momentos, evitando de este modo los problemas de endogeneidad inherentes a la metodología aplicada en estudios previos.

Para ello, lo que resta del estudio se ha estructurado de la siguiente manera. En el epígrafe segundo se hace una revisión de los principales trabajos que abordan el impacto de la titulización sobre la solvencia de las entidades financieras. El epígrafe tercero expone de manera clara como, independientemente o no de que se distribuya al mercado el tramo de capital creado en la titulización, existe una transferencia de riesgo importante en un número elevado de operaciones de titulización hipotecaria llevadas a cabo en nuestro mercado. El epígrafe cuarto incluye el análisis empírico del efecto de la titulización hipotecaria en la estabilidad financiera de las entidades financieras españolas. El epígrafe quinto expone las conclusiones finales del estudio.

2. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

La teoría económica reciente presenta dos puntos de vista contrapuestos respecto al efecto que tiene la titulización sobre la estabilidad financiera del sistema bancario. En este sentido, suele distinguirse entre el o impacto directo e impacto indirecto de la titulización (SHIN, 2009; KRAHNEN y WILDE, 2008; JIANGLI *et al.*, 2007). El impacto directo que el mecanismo de titulización provoca en una entidad bancaria originadora viene determinado por la cantidad de riesgo de crédito que se transfiere al mercado. Diversos estudios destacan el mecanismo estabilizador de la titulización, resaltando el hecho de que el perfil de riesgo de una entidad financiera se verá reducido siempre que el riesgo de cola de los tramos *senior* de titulización vendidos al resto de los participantes en mercado sea superior al tramo de primeras pérdidas de la cartera –tramo de capital–, que suele ser mantenido por la entidad originadora (JIANGLI *et al.*, 2007). Otros trabajos, por su parte, destacan la fragilidad que trae consigo el proceso de titulización, puesto que la mayor parte del riesgo de crédito está asumido en el tramo de primeras pérdidas, que suele permanecer en el balance de la entidad (INSTEJFORD, 2005; RIDDIOUGH, 1997; GREENBAUM y THAKOR, 1987).

Por otra parte, el impacto indirecto de la titulización en el perfil de riesgo de una entidad de crédito viene determinado por la decisión de esa entidad de utilizar la titulización como un mecanismo de liquidez para captar nuevos fondos, y poder así financiar la originación de nuevos créditos con el capital recibido por la venta de los activos al fondo. En este sentido, el impacto indirecto de la titulización

depende de la política de inversión de la entidad, y viene definido principalmente por la transformación que sufre el riesgo de la cartera de activos de la entidad (KRAHNEN y WILDE, 2008). En este contexto, la corriente que apoya el mecanismo estabilizador del proceso de titulización sostiene que el proceso de reinversión puede dar lugar a una mayor diversificación del balance de la entidad, si el capital recibido se reinvierte en activos nuevos que presenten una menor correlación con el resto de los activos de la cartera (CEBENOYAN y STRAHAN, 2004). Por el contrario, los precursores de la corriente que sostiene que el mecanismo de titulización debilita la estabilidad financiera de una entidad defienden que su efecto dependerá en gran medida del nivel de riesgo de los nuevos activos incorporados en el balance, que viene determinado por el nivel de competitividad registrado en ese mercado (INTEFJORD, 2005). Aún más, si el capital recibido es utilizado para incrementar la base de los activos en una proporción mayor, o con fines como la recompra de acciones o el pago de un dividendo mayor, el efecto de la titulización puede crear incluso un mayor apalancamiento de la entidad bancaria originadora (SHIN, 2009; LELAND, 2007).

En referencia a la evidencia empírica del efecto que acarrea la titulización de los activos en la estabilidad financiera bancaria, conviene señalar que los resultados no son concluyentes. Por un lado, son varios los trabajos que, aplicando la metodología de eventos, defienden que la titulización tiene un impacto positivo en el incremento del riesgo sistémico de la entidad (UHDE y MICHALAK, 2009; HÄNSEL y KRAHNEN, 2007; FRANKE y KRAHNEN, 2006; LOCKWOOD *et al.*, 1996), disminuyendo de esta forma la estabilidad financiera de las entidades de crédito que hacen uso de esta técnica. Aún más, los resultados del análisis llevado a cabo por UHDE y MICHALAK (2009) resultan positivos incluso al controlar por el nivel de riesgo sistémico «preevento» de las entidades bancarias analizadas, por el tipo de operación de titulización, por su régimen regulatorio, así como por la cartera de activos subyacente titulizada. Otros estudios llevados a cabo con la técnica de datos de panel, entre los que destacamos el de DIONNE y HARCHAOUI (2003), señalan que –utilizando como referencia los datos del balance de las entidades bancarias canadienses durante el periodo 1988-1998– la transferencia de riesgo está inversamente relacionada con el capital regulatorio de la entidad, estando por lo tanto en la línea de aquellos estudios que defienden el arbitraje regulatorio que proporcionó la titulización durante ese periodo. Asimismo, estos autores, a través de la evidencia empírica, llegan a la conclusión de que el incremento en el volumen del riesgo transferido tiene un efecto negativo en la calidad de los activos del banco y, por lo tanto, en su solidez financiera. Utilizando la misma técnica, UZUN y WEBB (2007) examinan para el mercado estadounidense el impacto que tiene la titulización como mecanismo de transferencia del riesgo en la estabilidad financiera bancaria, tomando para ello una muestra de 112 instituciones financieras norteamericanas durante el periodo 2001-2005. Mediante el control del activo subyacente, estos autores obtienen evidencia empírica adicional de que la disminución en la solidez financiera de una institución está predominantemente relacionada con la titulización de las tarjetas de crédito, mientras que la titulización de los préstamos hipotecarios y de las líneas de crédito con garantía hipotecaria (HELoC) tienen un impacto positivo. Por su parte, BANNIER y HÄNSEL (2008) analizan la actividad de emisión de CLO llevada a cabo por las entidades financieras, con el fin de determinar las características especiales que influyen en el proceso de titulización. Los resultados del análisis determinan que las principales causas para realizar el proceso de titulización de los activos son el tamaño, el riesgo de crédito, la liquidez y el rendimiento. El estudio defiende que la probabilidad de titular por parte de una entidad financiera aumenta cuanto mayor es su tamaño y menor su liquidez. Asimismo, las entidades financieras con mayor riesgo de crédito son más propensas a titular, lo que sugiere, por lo tanto, que esta técnica también se ha venido utilizando como mecanismo de transfe-

rencia del riesgo. Finalmente, JIANGLI y PRITSKER (2008) examinan el efecto que tiene la titulización de los préstamos hipotecarios en la estabilidad financiera, la rentabilidad y el apalancamiento bancario, tomando como referencia datos del balance de los *holdings* bancarios en Estados Unidos entre los años 2001 y 2007. En línea con el estudio de UZUN y WEBB (2007), estos autores señalan que las titulizaciones hipotecarias tienen un efecto positivo en la estabilidad financiera de las entidades que la utilizan. Sin embargo, tal y como afirman otros autores, este estudio pone de manifiesto una relación positiva entre la titulización de los activos hipotecarios y el apalancamiento, en tanto que la rentabilidad tiende también a incrementarse con el uso de la titulización.

En el caso particular del mercado español, los trabajos realizados han tratado de analizar las motivaciones por las que las entidades han recurrido al uso de la titulización. La principal conclusión a la que llegan los trabajos que analizan el proceso de titulización en el mercado español es que las entidades españolas han utilizado esta técnica con el fin de cubrir las necesidades de liquidez, y no como un mecanismo de gestión del riesgo, existiendo por lo tanto una mayor alineación de intereses entre inversores y emisores. Por ejemplo, CATARINEU y PÉREZ (2008) analizan las diferentes formas a través de las cuales se ha llevado a cabo la titulización de los activos en España, donde ha predominado el desarrollo de estructuras sencillas y tradicionales con una elevada calidad del subyacente, y donde no se ha potenciado el modelo de originar para distribuir, característico del mercado *subprime* americano. Asimismo, estos autores indican que, a pesar de la elevada calidad de las carteras titulizadas en España, los mercados se han visto afectados por la crisis, aun teniendo en cuenta la inexistencia de un segmento *subprime* y el mantenimiento de tasas de impago reducidas. Por su parte, FUENTES (2007) revisa el papel desempeñado por la titulización en el desarrollo del sistema financiero español, señalando que el hecho de que en España el grueso de los riesgos ha sido retenido por las entidades originadoras es, seguramente, uno de los elementos que ha contribuido a preservar la calidad crediticia de los activos titulizados. En esa misma línea, LOSADA (2008) analiza las diferentes operaciones de titulización realizadas en España, señalando que estas son de carácter puramente institucional, mayoritariamente hipotecarias y de flujo de caja. Además, como las entidades financieras españolas suelen mantener el tramo de primera pérdida en la estructura, el riesgo sistémico podría ser mayor. Esta conclusión está en línea con el estudio de KRAHNEN y WILDE (2006), que defienden que cuando las entidades de crédito reinvierten la liquidez recibida tras el proceso de titulización en activos de igual o mayor riesgo que los anteriores, y retienen a su vez los tramos de primera pérdida de las titulizaciones en que son cedentes, aumenta la exposición al riesgo sistémico tanto individualmente como para el conjunto del sistema financiero. Por su parte, OLIVER y SAURINA (2007) tratan de determinar el principal motivo de las entidades financieras españolas para llevar a cabo el proceso de titulización, llegando a la conclusión de que la causa ha sido la obtención de liquidez. El estudio no encuentra relación alguna con el perfil de riesgo de la entidad bancaria, lo que pone de manifiesto la práctica inexistencia del modelo de originar para distribuir en España, en línea con los estudios de PENNACCHI (1988) acerca del compromiso de las entidades financieras por mantener un continuo seguimiento del prestatario, independientemente o no de si el activo va a ser titulado, algo que, como todos sabemos, estuvo ausente en el mercado de productos *subprime* en Estados Unidos. También, CARDONE, SAMANIEGO y TRUJILLO (2009) llegan a la conclusión de que la obtención de liquidez y la búsqueda de una mayor eficiencia son los factores determinantes que han propiciado el desarrollo de la técnica. Frente a estos, JIMÉNEZ *et al.* (2010) examinan el mercado español con el fin de determinar si el crecimiento de la titulización incentivó la concesión de préstamos más arriesgados. El estudio llega a la conclusión

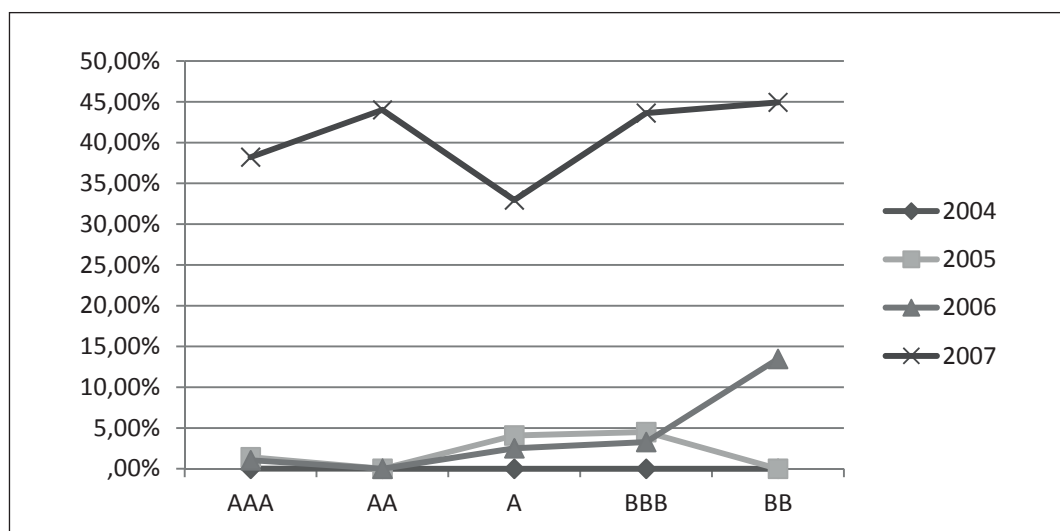
de que el crecimiento del crédito hipotecario facilitado por el mecanismo de titulización permitió a las entidades financieras españolas incrementar la disponibilidad del crédito, creándose así una fuerte competitividad entre las entidades, hecho que propició un relajamiento de los estándares de concesión del crédito con el fin de incrementar la oferta de dicho crédito.

3. LA TITULIZACIÓN COMO MECANISMO DE TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN EL MERCADO ESPAÑOL

Una vez analizado el concepto de transferencia de riesgo, pasamos a estudiar el mercado de titulización español con mayor detenimiento. Con este fin, hemos realizado un estudio de los datos proporcionados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) sobre el mercado de titulización español que recoge la cuantía suscrita por cada uno de los diferentes tipos de inversores en bonos de titulización atendiendo al *rating* de cada uno de los tramos.

Lo más destacable para nuestro ejercicio es lo siguiente. Por un lado, tal y como se observa más claramente en el **gráfico 1**, que la práctica mayoría de los bonos de titulización creados solían colocarse en el mercado hasta el ejercicio 2007, año en el que se produjo la crisis hipotecaria *subprime* (agosto de 2007) y cerraron los mercados de crédito. Hasta ese momento, se observa que el porcentaje que se queda en el balance del originador es muy reducido en todos los tramos de titulización creados, excepto en el de capital, pues una parte de este sigue permaneciendo en el balance.

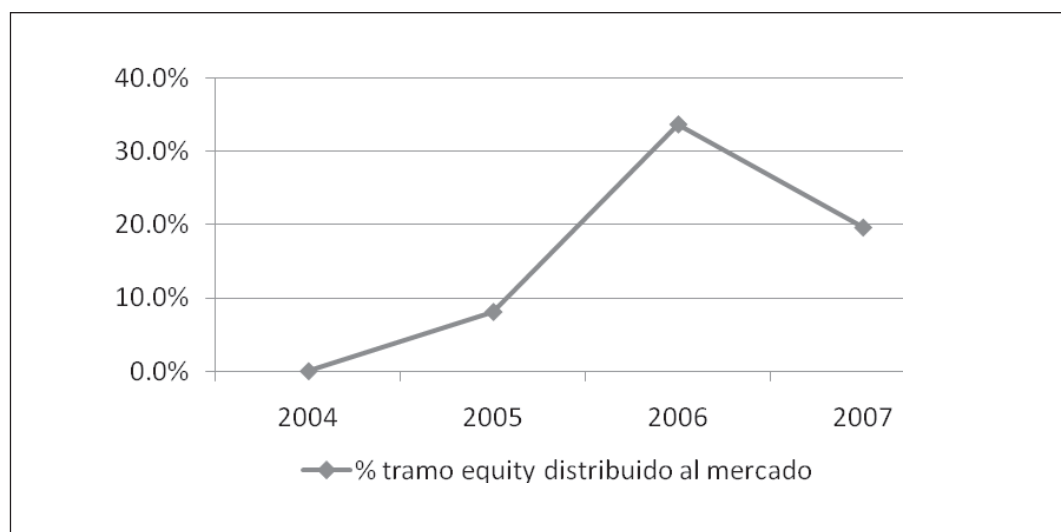
GRÁFICO 1. *Porcentaje de bonos de titulización creados que permanece en el balance de la entidad originadora.*



FUENTE: elaboración propia a partir de los datos de la CNMV.

Con respecto al tramo de capital, y tal y como se expone a continuación en el **gráfico 2**, destaca el hecho de que una parte considerable se vende a inversores finales, llegando a suponer el 33,6 por 100 del total de títulos de capital creados en el año 2006. De esta forma, podríamos afirmar con certeza que el modelo de originación para la venta, aunque no es predominante en el mercado español, estuvo presente en un cierto número de operaciones de titulización realizadas en los últimos años de expansión del crédito.

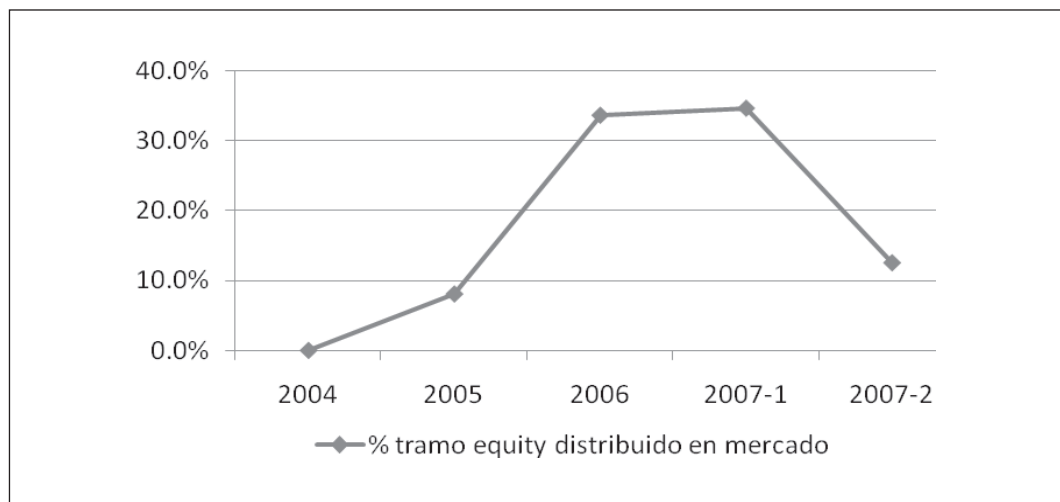
GRÁFICO 2. *Modelo de originación para la venta en el mercado español.*



FUENTE: elaboración propia a partir de los datos de la CNMV.

Asimismo, conviene analizar el papel que desempeña el estallido de la crisis hipotecaria *subprime* en Estados Unidos durante el verano de 2007 (en agosto), ya que a partir de aquí la tendencia se invierte, tomando el protagonismo las operaciones de titulización que permanecen en el balance.

Por este motivo, hemos dividido el ejercicio 2007 en dos –operaciones realizadas en la primera y en la segunda mitad del año–, con el fin de poder analizar con más exactitud la evolución del mercado de titulización y el desarrollo del modelo de originación para la venta en nuestro país antes del comienzo de la crisis *subprime*. Como se puede observar en el **gráfico 3**, el porcentaje de operaciones en las que se distribuye al mercado el tramo de capital creado –modelo de originación para la venta– sigue creciendo durante la primera mitad del año 2007, hasta suponer un 34,6 por 100 del volumen total de los tramos de capital creados en la primera mitad de dicho año. Como cabría esperar, el volumen de títulos de capital distribuidos al mercado durante la segunda mitad del año 2007 disminuye de manera pronunciada, hasta representar solo un 12,5 por 100 del volumen total originado.

GRÁFICO 3. *Modelo de originación para la venta en el mercado español.*

FUENTE: *elaboración propia a partir de los datos de la CNMV.*

Teniendo en cuenta estos datos, parece claro que la titulización también ha sido utilizada en cierta medida como un mecanismo de transferencia del riesgo en el mercado español. Por lo tanto, y contrariamente a lo que se venía diciendo, el hecho de que el modelo de originación para venta estuvo presente en cierto número de operaciones de titulización en nuestro mercado pudo dar lugar a problemas de agencia similares a los encontrados en el mercado *subprime* norteamericano.

3.1. Transferencia del riesgo en el mercado español

En este epígrafe se pretende exponer como la titulización realizada por las entidades financieras españolas ha servido como instrumento de transmisión del riesgo en un número importante de operaciones. Tal y como hemos comentado, en el modelo de originación para mantener existe una transferencia real del riesgo siempre que la pérdida final de la cartera sea superior al tramo de primeras pérdidas retenido por el originador, porque el resto de los títulos creados en la operación de titulización se venden en el mercado (JIANGLI *et al.*, 2007). Este matiz es muy importante, sobre todo si tenemos en cuenta la situación del mercado inmobiliario español y que los modelos de *rating* estaban mal calibrados, con una infravaloración del riesgo muy acusada en la mayoría de los casos. Esto nos lleva a señalar que las entidades que han utilizado la técnica de titulización hipotecaria han transferido el riesgo del crédito de la cartera de préstamos en una proporción mucho mayor de la que le correspondería a cada tramo en función del *rating* asignado en el momento de la emisión.

La transferencia de riesgo puede exponerse de manera más clara con el análisis de un caso particular del mercado español. Para ello, hemos analizado la transferencia del riesgo que existe en el fondo de titulización hipotecaria BBVA RMBS 3, operación que tuvo lugar a finales del ejercicio 2007,

justo antes del estallido de la burbuja inmobiliaria. En esta operación de titulización hipotecaria, el principal titulado ascendió a 3.000 millones de euros, y estaba compuesto por préstamos con un nivel de LTV más elevado de lo normal, con un LTV medio ponderado de un 87,72 por 100, con la totalidad de la cartera de préstamos comprendida entre un 79,6 por 100 y un 100 por 100. El principal del préstamo subordinado, que constituye el tramo de primera pérdida, asciende a 39 millones de euros, que representa un 1,3 por 100 del total titulado. En la **tabla 1** se presentan el activo y el pasivo de este fondo en su momento de constitución.

TABLA 1. *Activo y pasivo del Fondo BBVA RMBS 3 FTA.*

Activo		Pasivo	
Inmovilizado	3.002.400.000	Emisión bonos	3.000.000.000
Préstamos hipotecarios (exceso por ajuste hasta 115.000)	3.000.115.000	Bonos de la serie A1	1.200.000.000
		Bonos de la serie A2	595.500.000
		Bonos de la serie A3	960.000.000
		Bonos de la serie B	156.000.000
Gastos de constitución y emisión	2.285.000	Bonos de la serie C	88.500.000
Activo circulante	Por determinar	Otras deudas a largo plazo	41.400.000
Cuenta de tesorería	39.000.000	Préstamos gastos iniciales	2.400.000
Deudores por intereses corridos	Por determinar	Préstamo subordinado	39.000.000
		Acreeedores a corto plazo	Por determinar
		Por intereses corridos de préstamos	Por determinar
Total activo	3.041.400.000	Total pasivo	3.041.400.000

FUENTE: *folleto de emisión BBVA RMBS 3 FTA.*

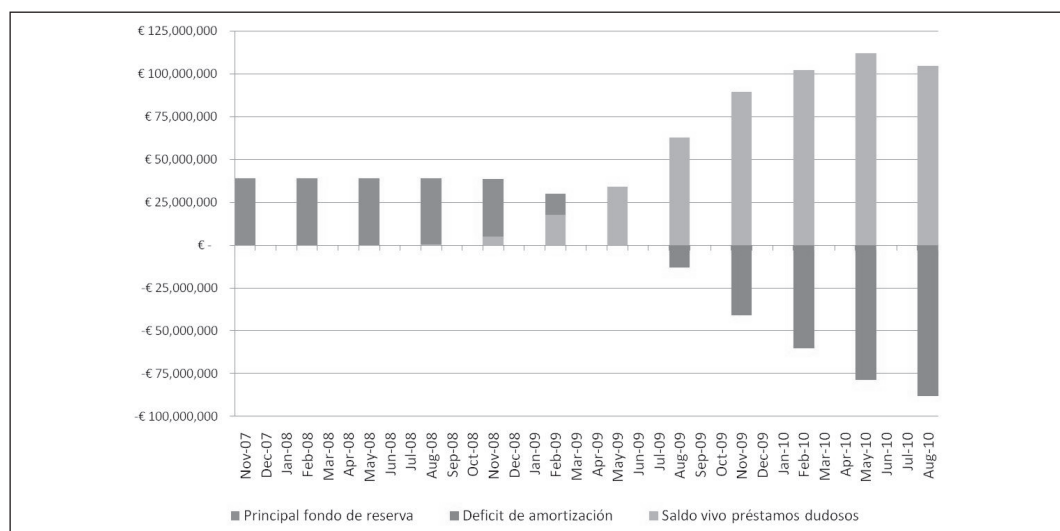
La transferencia del riesgo en esta operación se produce en el momento en que la entidad originadora –en este caso BBVA– coloca en el mercado la totalidad de los bonos de titulización emitidos por un importe de 3.000 millones de euros –series A1, A2, A3, B y C–, de forma que la pérdida máxima a la que se enfrenta tras efectuar la operación asciende al principal del préstamo subordinado, el 1,3 por 100 del total titulado, es decir, 39.000.000 de euros, siempre y cuando no se haya quedado con una parte de los bonos emitidos.

Tras analizar la evolución trimestral del fondo, se observa que actualmente la cartera de préstamos alcanza unos niveles de morosidad mucho mayores de lo que se esperaba inicialmente. El saldo vivo de los préstamos dudosos –que se define como aquellos préstamos en impago por un periodo superior a un año– supone un 3,73 por 100 del total titulado en mayo de 2010, es decir, 111.842.422 euros, 2,86 veces superior al tramo de primera pérdida del fondo, de forma que el fondo de reserva se ha dispuesto en su totalidad, dando lugar a la aparición de un déficit de amortización

en los bonos de titulización, que continúa aumentando progresivamente hasta alcanzar los 88,1 millones de euros en agosto de 2010. El **gráfico 4** muestra la evolución hasta la fecha del fondo de reserva, así como el déficit de amortización surgido en BBVA RMBS 3 FTA.

Si bien la disposición en su totalidad del fondo de reserva se debe en gran medida al mecanismo de provisionamiento artificial que caracteriza el mercado de *RMBS* español², en lugar de como consecuencia de un incremento real del número de préstamos en liquidación, se observa que actualmente existe una transferencia real del riesgo de crédito de la cartera de préstamos, siendo muy probable que los inversores de los tramos más subordinados sufran pérdidas del principal en orden secuencial inverso, es decir, primero los bonos de la clase C, luego los de la clase B, y así sucesivamente³.

GRÁFICO 4. Fondo de reserva y déficit de amortización en BBVA RMBS 3 FTA.



FUENTE: *Europea de Titulización SGFT y folletos de evolución del Fondo BBVA RMBS 3.*

² El mecanismo de provisionamiento artificial, presente en la práctica totalidad de las operaciones de titulización hipotecarias españolas, requiere que los préstamos clasificados como dudosos —normalmente aquellos que llevan en impago un periodo superior a los 12 o a los 18 meses, dependiendo de la documentación legal de la transacción— se provisionen por su totalidad con el flujo de los fondos recibidos por el fondo en el transcurso habitual de la operación.

³ Es necesario comentar, no obstante, que el déficit de amortización puede recuperarse en un futuro, puesto que lo que se produce inicialmente es un problema de liquidez en el fondo y que, posteriormente, en función del valor de liquidación de los inmuebles, puede crear un problema de solvencia o de pérdida real a los inversores. Por ejemplo, atendiendo al volumen de préstamos en *default* en BBVA RMBS 3 —111,8 millones de euros—, se podría concluir que el impacto en la pérdida final de las notas titulizadas va a ser limitado, ya que si hay una tasa de recuperación por encima aproximadamente de un 35 por 100, el fondo de reserva es suficiente para absorber las pérdidas de la cartera. Lógicamente, a medida que el número de préstamos en impago de la cartera siga aumentando, la probabilidad de que el tramo subordinado sufra pérdida del principal irá aumentando.

Conviene destacar, asimismo, que la existencia del déficit de amortización no estaba concebida en un principio al estructurarse la operación, ya que esa es precisamente la principal función del fondo de reserva en la operación: hacer frente a los desfases de liquidez del fondo.

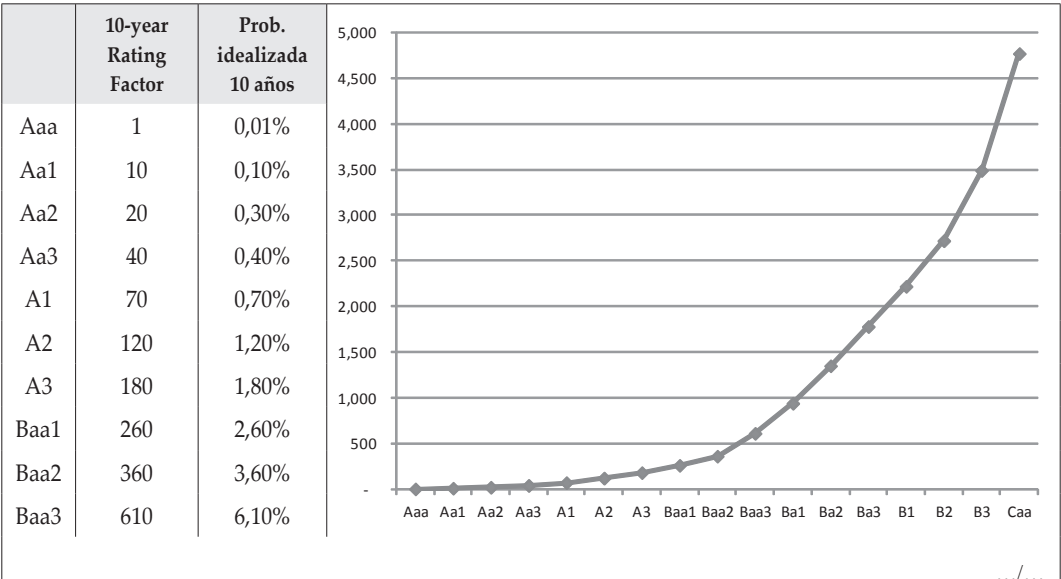
Así, si tenemos en cuenta los datos publicados por el fondo en relación con los activos adjudicados, se observa que el número de inmuebles continúa creciendo –301 inmuebles en agosto de 2010, frente a 278 en julio de 2010 y 251 en junio de 2010–, y que existe un deterioro contable que alcanza ya los 9,6 millones de euros. Cabe esperar, por lo tanto, que el fondo de titulización contabilice estas pérdidas –o pérdidas superiores–, una vez que se vayan liquidando los activos adjudicados en el mercado.

Actualmente existe un gran número de FTA españoles que están experimentando un comportamiento similar al ejemplo comentado, sobre todo aquellos originados en los últimos años de expansión del ciclo, y que presentan un perfil de riesgo elevado.

3.2. Probabilidad de *default* implícita en el *rating*

Otra manera posible de analizar la transferencia de riesgo en las operaciones de titulización es a través de las probabilidades de *default* implícitas, teniendo en cuenta el *rating* inicial y actual de los bonos. Para ello, se ha considerado la metodología *rating factor* de Moody's, que se utiliza durante el proceso de *rating* de CDO, y que es frecuentemente utilizada con el fin de obtener la probabilidad de *default* esperada en una cartera de préstamos determinada. El *rating factor* es una medida sencilla que equivale a la probabilidad idealizada de *default*⁴ de un título a 10 años, que varía dependiendo del *rating* del bono. A continuación, detallamos en qué consiste esta metodología (**gráfico 5**) (MOODY'S, 2009a).

GRÁFICO 5. Probabilidad idealizada de default con la metodología *rating factor* de Moody's.



⁴ La probabilidad idealizada de *default* de un título, si bien no igual, se obtiene a partir de la probabilidad de *default* histórica de un título con el fin de reflejar expectativas a largo plazo.

	10-year Rating Factor	Prob. idealizada 10 años	
.../...			
Ba1	940	9,40%	
Ba2	1.350	13,50%	
Ba3	1.780	17,80%	
B1	2.220	22,20%	
B2	2.720	27,20%	
B3	3.490	34,90%	
Caa	4.770	47,70%	

FUENTE: elaboración propia a partir de los datos de Moody's.

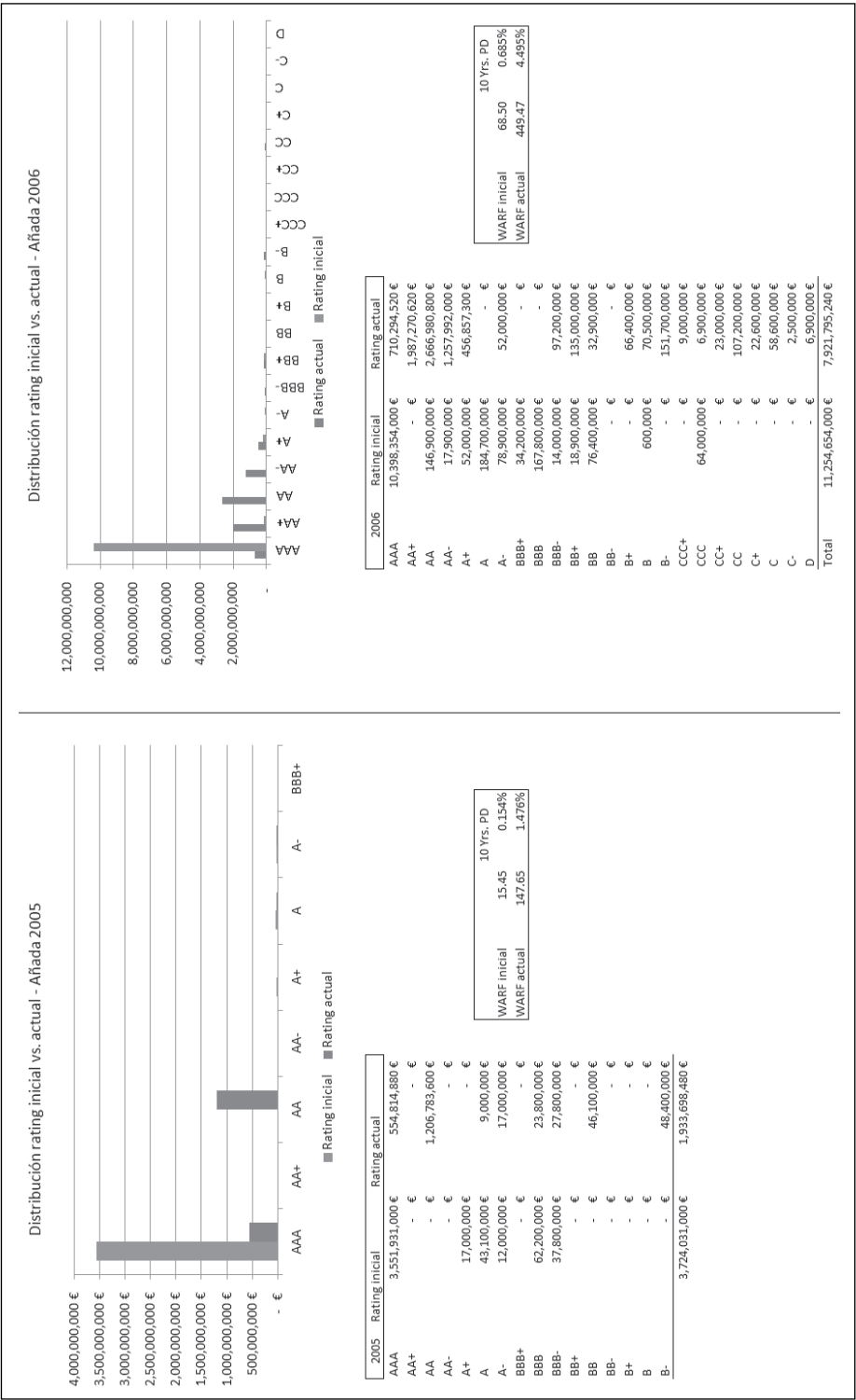
Como podemos observar, los datos de la tabla muestran que para aquellos instrumentos con vencimiento a 10 años, Moody's asigna un *rating factor* de 1 a los bonos con *rating* Aaa y un *rating factor* de 1.780 a aquellos instrumentos con *rating* Ba3. Estos números representan la probabilidad idealizada del impago acumulada a 10 años, de forma que un instrumento Aaa tiene una probabilidad entre 10.000 de sufrir un *default* durante un periodo de 10 años, mientras que un crédito Ba3 tiene una probabilidad de impago del 17,80 por 100 durante ese mismo intervalo de tiempo.

Esta metodología se puede utilizar para exponer de una manera sencilla la transferencia de riesgo existente en un conjunto de operaciones de titulización determinado, atendiendo al *rating* y volumen inicial y actual de cada tramo, y tras observar la variación que se produce en las probabilidades de *default* inicial y actual de las carteras.

Para ello, hemos calculado la media ponderada del *rating factor* de un conjunto de operaciones de titulización hipotecaria emitidas en España y consideradas de alto riesgo, emitidas durante los últimos años de expansión del ciclo hipotecario (ejercicios 2005, 2006, 2007 y 2008). La selección de estas operaciones se ha hecho tomando como referencia el nivel de impago actual de las carteras, incluyéndose en el análisis aquellas operaciones que presentaban un nivel de impagos elevado frente a la media del mercado. Los resultados se exponen en los **gráficos 6 y 7**, y se han calculado atendiendo a la distribución de los *rating* inicial y actual –noviembre de 2010– de la muestra de titulizaciones seleccionada.

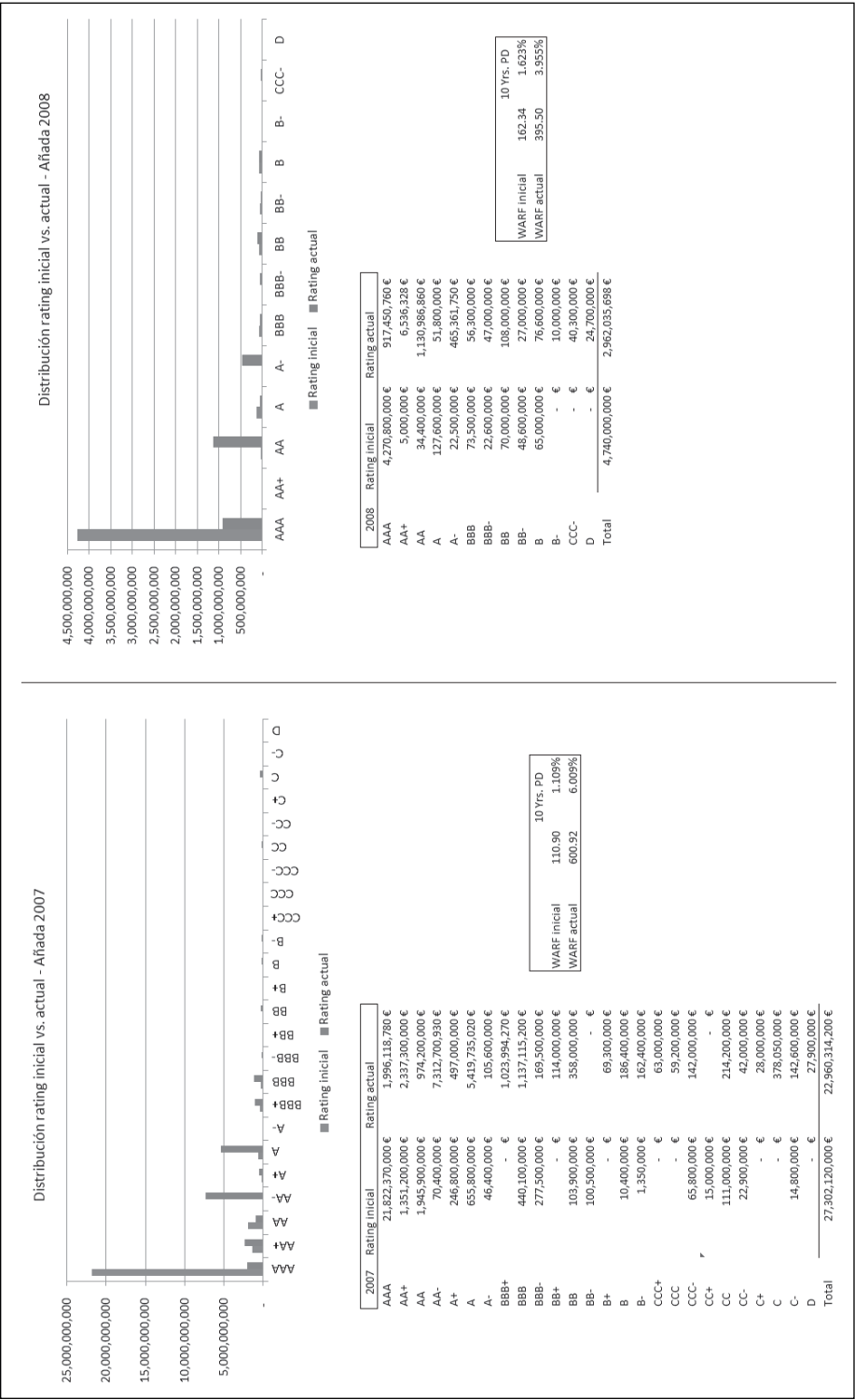
Como se puede observar en los **gráficos 6 y 7** de las páginas siguientes, la probabilidad de *default* a 10 años de las carteras titulizadas incluidas en la muestra aumenta de manera considerable, hasta alcanzar los niveles más elevados en los ejercicios 2006 y 2007: un 4,49 por 100 y un 6,01 por 100, respectivamente, lo que supone un incremento superior a cuatro veces con respecto a la probabilidad de *default* inicial, que era de un 0,68 por 100 y de un 1,11 por 100, respectivamente.

GRÁFICO 6. Probabilidad implícita de default inicial vs. actual en la muestra seleccionada (años 2005 y 2006).



FUENTE: elaboración propia.

GRÁFICO 7. Probabilidad implícita de default inicial vs. actual en la muestra seleccionada (años 2007 y 2008).



FUENTE: elaboración propia.

El fuerte incremento en la probabilidad de *default* de las carteras estudiadas, que surge en gran medida como consecuencia del empeoramiento de la situación económica española y tras detectarse errores en el proceso de *rating* de estos productos por parte de las agencias de *rating*, pone de manifiesto que las entidades bancarias que han utilizado la técnica de titulización han transferido el riesgo del crédito de la cartera de préstamos en una proporción mucho mayor de la que le correspondería inicialmente a cada tramo, en función del *rating* asignado en el momento de la emisión.

La **tabla 2** recoge de forma sintética la información comentada. Cabe destacar el hecho de que solo un 6,8 por 100 de los títulos con un *rating* inicial AAA de la muestra seleccionada originados en el ejercicio 2006 siguen manteniendo ese *rating*. Igualmente, y atendiendo a los tramos de la estructura de capital con más riesgo, la categoría de grado especulativo, se observa como los años 2006 y 2007 son los más perjudicados, con incrementos superiores al 300 por 100 en el volumen de títulos clasificados como bonos basura.

TABLA 2. *Resumen de calidad crediticia inicial y actual de las operaciones de titulización analizadas en la muestra.*

	AAA			Volumen títulos con <i>rating</i> especulativo		
	Volumen inicial	Volumen actual	%	Volumen inicial	Volumen actual	%
2005	3.551.931.000 €	554.814.880 €	15,6%		94.500.000 €	n/a
2006	10.398.354.000 €	710.294.520 €	6,8%	159.900.000 €	693.200.000 €	334%
2007	21.822.370.000 €	1.996.118.780 €	9,1%	445.650.000 €	1.987.050.000 €	346%
2008	4.270.800.000 €	917.450.760 €	21,5%	183.600.000 €	286.600.000 €	56%

FUENTE: *elaboración propia.*

4. ANÁLISIS EMPÍRICO

El análisis empírico pretende evaluar el efecto de la titulización en la estabilidad financiera y el riesgo de crédito de las entidades financieras españolas. La hipótesis que se pretende contrastar sostiene que la técnica de titulización ha sido utilizada como instrumento de transferencia del riesgo y por tanto habría beneficiado la estabilidad financiera del sistema bancario español. No obstante, como al mismo tiempo, la técnica de titulización pudo haber fomentado la expansión del crédito de peor calidad (JIMÉNEZ, 2010), el efecto indirecto habría sido una reducción de la solidez financiera de las entidades bancarias, incrementando su riesgo. Para ello, se ha elaborado una base de datos con los estados financieros consolidados de 87 entidades de crédito españolas durante el periodo 2004-2009. Se han seleccionado las entidades financieras españolas que contaban con un volumen de activos superior a los 1.000 millones de euros a finales del ejercicio 2009. La información financiera de

las entidades se ha obtenido de la base de datos Bankscope. Asimismo, hemos tenido en cuenta el volumen de bonos de titulización emitidos cada año por cada una de las entidades incluidas en la muestra. Para ello, hemos construido una base de datos específica que contiene la práctica totalidad de las emisiones de titulización hipotecaria efectuadas en España, tanto de Fondos de Titulización Hipotecaria como de Fondos de Titulización de Activos⁵. Cabe destacar, igualmente, que en el caso de las operaciones de titulización multicedentes realizadas en nuestro mercado se ha tenido en cuenta el volumen emitido por cada una de las entidades originadoras en el momento de la emisión. En total, el volumen de bonos de titulización hipotecaria analizados alcanza la cifra de 219.701 millones de euros, que corresponde a las emisiones realizadas durante los años 2004 y 2009.

4.1. Estabilidad financiera y riesgo de crédito bancario

Como medida *proxy* de estabilidad financiera, hemos utilizado la ratio *Z-score*, que mide la distancia a la insolvencia de una determinada entidad en un periodo de tiempo. Esa ratio, empleada con frecuencia en diversos trabajos empíricos (BOYD y RUNKLE, 1993; DE NICOLÓ *et al.*, 2004; UHDE y MICHALAK, 2009) para determinar la estabilidad financiera y el riesgo de una entidad, se determina de la siguiente forma:

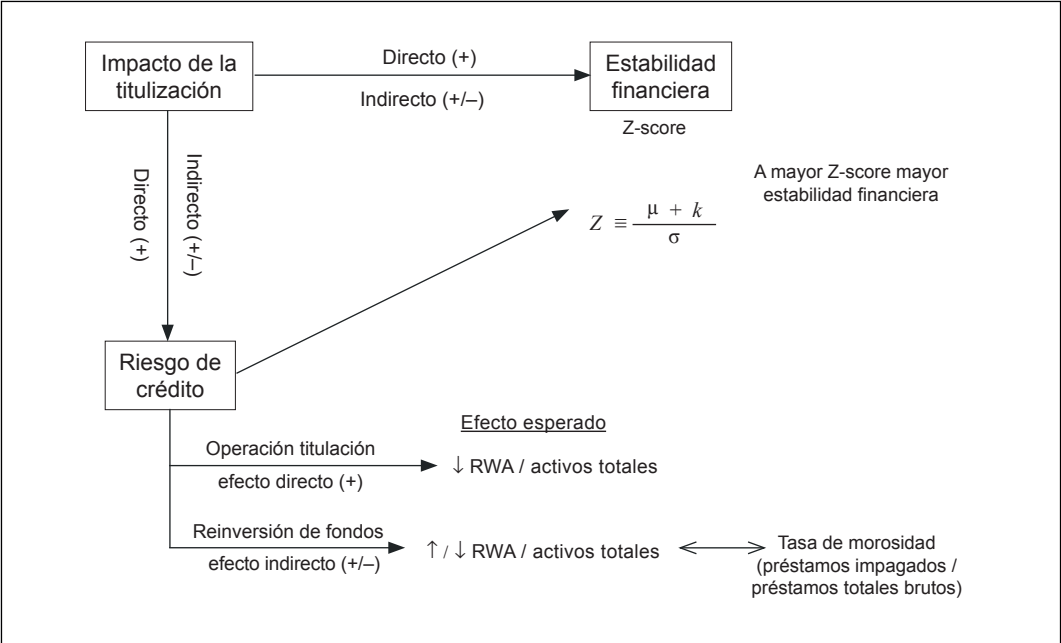
$$Z \equiv \frac{\mu + k}{\sigma}$$

Se ha construido una variable *Z-score* para cada entidad de crédito incluida en la muestra y en cada uno de los años estudiados, siendo μ la variable *ROAA* (retorno medio de los activos antes de impuestos), k el saldo de capital en relación con los activos totales de la entidad (*equity/total assets*) y la desviación estándar (volatilidad) del *ROAA*. Así, tomando como referencia el periodo estudiado, la construcción del *Z-score* indica el número de desviaciones estándar que el retorno de los activos de una determinada entidad tendría que disminuir por debajo de su valor esperado para causar el consumo de todo el capital disponible. Por lo tanto, la ratio *Z-score* mide «la distancia hasta la insolvencia de una entidad». De este modo, un mayor *Z-score* implica una menor probabilidad de riesgo de insolvencia –o una mayor estabilidad financiera–, y viceversa. Asimismo, hemos querido analizar el impacto de la titulización sobre el riesgo de crédito, por ser en este en el que incide principalmente la operación de titulización. Para ello, hemos tomado como referencia dos variables, siendo la primera de ellas la ratio de los activos ponderados por riesgo de crédito con respecto al volumen total de activos (*RWA Credit/Activos totales*), en línea con los estudios de AVERY y BERGER (1990), SHRIEVES y DAHL (1992), BERGER y UDELL (1994), y AGGARWAL y JACQUES (2001), quienes utilizan esta ratio como medida de riesgo de crédito. SHRIEVES y DAHL (1992) sugieren que el riesgo de una cartera de préstamos viene determinado fundamentalmente por la

⁵ La muestra de operaciones de titulización analizada supone un 97,9 por 100 del saldo vivo total existente de bonos de titulización hipotecaria a finales de junio de 2009, de acuerdo con los datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española, estando compuesto este por un total de 244 emisiones vivas. Esta muestra ha sido construida a partir de la información disponible en los folletos informativos de esas emisiones y en los informes de preventa publicados por las respectivas agencias de *rating*.

distribución de la cartera en sus respectivas categorías de riesgo, así como por la calidad crediticia individual de los préstamos, dos características que vienen reflejadas en esta ratio. Para nuestro análisis, sin embargo, pensamos que analizar simplemente la evolución de esa ratio no es suficiente, debido a los impactos directo e indirecto de la titulización ya comentados. Es de esperar que el impacto directo de la titulización, que se relaciona con la venta directa de los préstamos, tenga un efecto positivo inmediato en el perfil del riesgo de esta, siempre y cuando con la operación de titulización se distribuya una parte del riesgo del crédito de los préstamos en el mercado (JIANGLI *et al.*, 2007). El impacto indirecto, por su parte, es más difícil de estimar, pues dependerá de la política de reinversión de la entidad y del nivel de riesgo de los activos nuevos incorporados en el balance. Así, si una entidad coloca los fondos obtenidos tras la titulización en activos de mucho más riesgo que los anteriores, tendrá un impacto negativo en el perfil del riesgo de la entidad a lo largo del tiempo. Teniendo en cuenta lo anterior, hemos incorporado a nuestro estudio la evolución de la tasa de morosidad (préstamos impagados/préstamos totales brutos). De esta forma, si la titulización reduce los activos ponderados por riesgo, al transferir una parte del mismo, tendría un efecto directo positivo en la estabilidad financiera. No obstante, si al mismo tiempo se produce un incremento de la tasa de morosidad y del *Z-score*, se podría interpretar que el efecto indirecto de la titulización habría tenido una influencia negativa en el perfil del riesgo de las entidades de crédito españolas, pues la reinversión de fondos obtenidos tras la titulización se habría realizado en activos de menor calidad crediticia (véase **figura 1**).

FIGURA 1. Impacto de la titulización en la estabilidad financiera y riesgo de crédito.



FUENTE: elaboración propia.

4.2. Definición de variables e hipótesis

A continuación se exponen todas las variables que han sido tenidas en cuenta en cada una de las entidades de crédito analizadas (**tabla 3**). A partir de esta información se han tratado de analizar los factores explicativos de la estabilidad financiera y del riesgo de crédito para, posteriormente, hacer una distinción entre las entidades del mercado español que han hecho uso de la técnica de titulización y las que no, con el objeto de ver si existen diferencias significativas.

TABLA 3. Variables e hipótesis consideradas en el estudio.

Variable	Predicción	Definición	Fuente
Riesgo total (<i>Z-score</i>)	Variable dependiente	Ratio de la suma del <i>equity capital</i> con respecto al total de activos, y el ROA con respecto a la desviación estándar del ROAA (<i>sd ROAA</i>)	<i>Bankscope</i> , cálculo autores
Riesgo crédito	Variable dependiente	<i>RWA Credit</i> /Activos totales	<i>Bankscope</i>
	Variable dependiente	Préstamos impagados/Préstamos totales brutos	<i>Bankscope</i>
Titulización (Log RMBS)	+/-	Ln (volumen total titulado en el año <i>t</i>)	Sociedades gestoras de fondos de titulización, cálculo autores
Tamaño (Log <i>total assets</i>)	+/-	Ln (activos totales)	<i>Bankscope</i> , cálculo autores
Rentabilidad económica (ROOA)	+	Retorno medio de los activos antes de impuestos	<i>Bankscope</i>
Desviación estándar ROAA (<i>sd ROOA</i>)	-	Desviación estándar del ROAA	<i>Bankscope</i> , cálculo autores
Ratio de capital (<i>equity to assets</i>)	+	Capital/Activos totales	<i>Bankscope</i>
Margen de intermediación (<i>net int marg</i>)	-	Ingresos por intereses-Gastos de intereses	<i>Bankscope</i>
Préstamos impagados (<i>impaired to gross loans</i>)	-	Préstamos impagados/Préstamos totales brutos	<i>Bankscope</i>
Ratio de eficiencia (<i>cost to income</i>)	+	Valor contable de los gastos sobre el total de ingresos	<i>Bankscope</i>
Liquidez (<i>liquid assets</i>)	+	Activos líquidos/Depósitos y financiación a corto plazo	<i>Bankscope</i>
Cartera de crédito (<i>loans to assets</i>)	+/-	Préstamos netos/Activos totales	<i>Bankscope</i>

FUENTE: elaboración propia.

4.3. Análisis descriptivo

Como paso previo a la realización del análisis, en la **tabla 4** se presentan los principales estadísticos descriptivos de las variables utilizadas para el conjunto de las entidades seleccionadas en nuestro análisis. Como se puede observar, las entidades de crédito incluidas en la muestra tienen de media un indicador de riesgo total (*Z-score*) de 57,46 veces, con unos activos de riesgo que de media representan 0,71 veces el volumen total de los activos, y con una ratio de capital medio (*Capital/Activos* totales) de un 7,49 por 100. El valor tan alto obtenido en la variable *Z-score* se debe principalmente al periodo elegido (2004-2009), porque no ha dado tiempo a reflejar el impacto de la crisis en las ratios de rentabilidad de las entidades seleccionadas y donde el *ROA* presenta una volatilidad muy baja.

TABLA 4. Estadísticos descriptivos de las variables de la muestra.

	Observaciones	Media	Máximo	Mínimo	Desviación estándar
Riesgo total (<i>Z-score</i>)	474	57,46	869,36	0,96	86,67
Riesgo de crédito (<i>RWATA</i>)	295	0,71%	0,95%	0,10%	0,12%
Tasa de morosidad (<i>impaired to gross loans</i>)	385	1,95%	16,10%	0,00%	1,98%
Titulización (<i>RMBS</i>)	609	360.758	18.500.000	0.00	1.280.707
Tamaño (<i>log total assets</i>)	480	16,02	20,83	13,30	1,50
Rentabilidad económica (<i>ROAA</i>)	480	0,68%	9,24%	-3,06%	0,67%
Ratio de capital (<i>equity to assets</i>)	480	7,49%	27,82%	1,05%	2,98%
Margen de intermediación (<i>net int marg</i>)	480	2,09%	8,38%	0,29%	0,65%
Ratio de eficiencia (<i>cost to income</i>)	480	57,42%	108,12%	23,70%	10,75%
Liquidez (<i>liquid assets</i>)	480	15,06%	101,66%	1,74%	14,31%
Cartera de crédito (<i>loans to assets</i>)	480	72,68%	93,29%	0,62%	12,84%

FUENTE: elaboración propia.

Por lo general, los datos medios obtenidos apuntan a un sector financiero saludable, con márgenes de intermediación positivos –un 2,09% de media– con una morosidad contenida –un 1,95% de media– y con ratios de eficiencia y rentabilidad aceptables –un 57,42% y un 0,68% *ROA* de media, respectivamente). Como se puede ver, la variable titulización presenta resultados muy dispersos, con un máximo de 18.500 millones de euros, y con un mínimo de cero el volumen titulado por una determinada entidad en un determinado año. El resto de las variables también presenta niveles normales. De la misma forma, y tras distinguir en la totalidad de la muestra entre las entidades titulizadoras y aquellas no titulizadoras –diferenciadas como 1 y 0, respectivamente–, se han obtenido las diferencias de medias que se presentan en la **tabla 5**.

TABLA 5. Comparación de las variables independientes entre la muestra de entidades de crédito titulizadoras y no titulizadoras.

	Titulización	N	Media	t
Estabilidad financiera (<i>Z-score</i>)	0	132	82,4059	3,95 (**)
	1	342	47,8308	0,000
Riesgo de crédito (<i>RWATA</i>)	0	75	0,7119	-0,08
	1	220	0,7131	0,937
Tasa de morosidad (<i>impaired to gross loans</i>)	0	113	2,087%	0,86
	1	272	1,898%	0,391
Titulización (<i>RMBS</i>)	0	189	0,00	-4,74 (**)
	1	420	523,099	0,000
Tamaño (<i>total assets</i>)	0	138	8,615,376	-3,42 (**)
	1	342	4,79 E+07	0,001
Rentabilidad económica (<i>ROAA</i>)	0	138	0,607%	-1,60
	1	342	0,715%	0,111
Ratio de capital (<i>equity to assets</i>)	0	138	7,102%	-1,81
	1	342	7,644%	0,071
Margen de intermediación (<i>net int marg</i>)	0	138	2,101%	0,30
	1	342	2,081%	0,762
Ratio de eficiencia (<i>cost to income</i>)	0	138	58,795%	1,78
	1	342	56,8652%	0,075
Liquidez (<i>liquid assets</i>)	0	138	19,859	4,77 (**)
	1	342	13,120	0,000
Cartera de crédito (<i>loans to assets</i>)	0	138	67,243%	-6,12 (**)
	1	342	74,880%	0,000

Esta tabla presenta la diferencia de medias de las variables independientes utilizadas en el análisis empírico entre la muestra de operaciones *prime* (0) y *subprime* (1) seleccionada. Se utiliza el estadístico *t* para realizar el test de igualdad de medias. En su selección se ha tenido en cuenta la prueba de *Levene* de igualdad de varianzas. (**,*) significativo al nivel 1 por 100 y 5 por 100, respectivamente.

Como se puede observar en la **tabla 5**, se han encontrado diferencias fuertemente significativas en un número determinado de variables importantes. En primer lugar, destaca el hecho de que las entidades titulizadoras presenten una ratio *Z-score* mucho menor –un 47,8 frente a un 82,4–, con un coeficiente de un 3,95 y con una significatividad al nivel de confianza de un 99 por 100. De la misma forma, la variable tamaño también presenta unas diferencias significativas importantes, sugiriendo que la técnica de titulización es más frecuente cuanto mayor sea el tamaño de activos de la entidad. Igualmente, han resultado fuertemente significativas las variables liquidez y cartera de crédito, sugiriendo que las entidades titulizadoras presentan generalmente unas ratios de liquidez peores, así como una cartera de préstamos mayor en relación con el total de activos.

Por lo que respecta a las variables que no han resultado significativas, cabe destacar la variable riesgo de crédito (*RWA Credit/Activos totales*), que presenta resultados muy similares. Pensamos que

la no significatividad de esta variable es debida al efecto combinado de la titulización— efecto directo e indirecto—. Así, mientras que el impacto directo de la titulización es de esperar que tenga un efecto positivo en el perfil del riesgo de la entidad, el impacto indirecto puede crear el efecto contrario si el nivel de riesgo de los activos nuevos incorporados en el balance es superior, existiendo, por lo tanto, un efecto compensatorio entre ambos⁶.

En la **tabla 6**, por su parte, se presenta la matriz de correlaciones de las variables escogidas que se integran dentro del análisis empírico que hemos realizado. Como se puede observar en esa tabla, existen correlaciones altas entre un determinado número de las variables analizadas. La correlación más alta corresponde a la relación que existe entre la ratio de los activos líquidos sobre el total y la ratio de préstamos con respecto al total de los activos, que alcanza un valor de $-0,829$, seguida de la variable de rentabilidad económica (*ROAA*) y de la ratio de capital (*Capital/Activos totales*), con un valor de $0,664$.

TABLA 6. *Tabla de correlaciones.*

	Z-score	Impaired to gross loans	Log RMBS	Log total assets	ROAA	Equity to assets	Net interest margin	Cost to income	Liquid assets	Loans to assets	RWA Credit
Z-score	1										
Impaired to gross loans	-0,1408	1									
Log_RMBS	-0,0825	-0,1557	1								
Log_total assets	-0,2291	0,107	0,162	1							
ROAA	-0,0397	-0,4384	0,1272	0,1043	1						
Equity to assets	0,1279	-0,2924	0,0522	-0,1212	0,6636	1					
Net interest margin	-0,0454	-0,0685	-0,0765	-0,2912	-0,011	0,1871	1				
Cost to income	0,2283	0,0718	-0,1147	-0,3909	-0,4673	-0,2897	-0,0464	1			
Liquid assets	-0,0312	-0,1046	-0,0982	0,0087	-0,0569	-0,232	-0,2103	0,1319	1		
Loans to assets	0,0986	-0,0735	0,2277	-0,1491	0,0339	0,1315	0,3406	-0,0851	-0,8286	1	
RWA Credit	-0,1354	0,2388	-0,0791	-0,1402	0,0249	-0,0111	0,1316	0,0395	-0,2652	0,2074	1

FUENTE: *elaboración propia.*

4.4. Metodología utilizada

El análisis del efecto que tiene la titulización sobre el riesgo que asumen las entidades de crédito es analizado en la mayor parte de los trabajos previos utilizando la metodología de datos de

⁶ BANNIER y HÄNSEL (2008) demuestran empíricamente que el número de operaciones de titulización tiende a incrementar a medida que disminuye la calidad de los activos, la eficiencia y la liquidez de una determinada entidad. En nuestro análisis, solo la variable liquidez ha presentado diferencias significativas.

panel. En particular, MICHALAK y UHDE (2009) y SARKISYAN *et al.* (2009) estiman modelos estáticos tanto de efectos fijos como aleatorios. Esta metodología ofrece como principal ventaja que permite controlar la heterogeneidad inobservable y evitar, de este modo, estimadores sesgados. Este aspecto es muy importante en nuestro análisis, ya que cada entidad de crédito tiene su propia cultura y su forma de gestionar el riesgo. Los modelos propuestos son adecuados en presencia de variables estrictamente exógenas, hipótesis que es muy cuestionable en estudios microeconómicos. Por lo tanto, de no cumplirse esa hipótesis, los resultados de la estimación podrían ser inconsistentes, razón por la cual se ha optado por una metodología basada en datos de panel dinámicos, que han sido estimados utilizando el método generalizado de los momentos (GMM). Los modelos y las hipótesis que se han contrastado son las siguientes:

H₁: *La titulización tiene un efecto (+/-) sobre el nivel de riesgo total de las entidades financieras españolas medido por el Z-score.*

$$Y_{it} = \alpha_{it} + \beta_1 RMBS_{it} + \sum \beta_k X_{it} + \varepsilon_{it}$$

En esta hipótesis, Y representa la ratio *Z-score* de una determinada entidad i en el periodo t , que viene determinada por el volumen de bonos de titulización emitidos por esa entidad ($RMBS$) durante el periodo analizado, además de por un conjunto de variables explicativas o de control, que comentamos a continuación, y que se representan como X en el modelo; por su parte, ε representa el término de error, mientras que α y β denotan parámetros a estimar, este último asociado a cada una de las variables explicativas. Además de la variable representativa de la titulización –medida como el logaritmo del volumen titulado–, se han incluido como variables de control adicionales la práctica totalidad de las ratios contables incluidas en el estudio de MICHALAK y UHDE (2009), que hacen referencia a diversos aspectos de las entidades de crédito analizadas. Adicionalmente, hemos incluido en el modelo la ratio del nivel de préstamos sobre el total de los activos, con el objeto de medir el efecto de la diversificación, pues se espera que a medida que esta ratio aumente, también aumente la diversificación de la cartera de préstamos, creando así un impacto positivo en la estabilidad financiera. En cuanto al signo esperado de la relación, hemos puesto ambas opciones ya que tanto a nivel teórico como empírico no hay posturas concluyentes.

La variable de activos totales se incluye para observar el efecto tamaño en la estabilidad financiera, puesto que es de esperar que a mayor tamaño, mayor diversificación y, por lo tanto, mayor ratio *Z-score*. Incluimos también el margen de intermediación como medida de rentabilidad, porque también esperamos que tenga un efecto positivo, así como una variable de control relacionada con la morosidad –medida a través de la ratio de préstamos impagados sobre el total– como medida del riesgo de crédito y de la calidad crediticia de la cartera que, lógicamente, se espera que tengan un impacto negativo en la estabilidad financiera. Por otra parte, también se han incluido otras variables de control como las ratios de eficiencia y liquidez, con el fin de tener una idea sobre el impacto de estas en la estabilidad financiera de cada entidad. En la **tabla 7** se exponen los resultados obtenidos para cada una de las variables analizadas.

Lo más destacable de los resultados obtenidos para nuestro análisis es el hecho de que la titulización tiene un impacto negativo muy significativo en el indicador *Z-score*. Ello sugiere que el

incremento del uso de la técnica de titulización hipotecaria ha tenido un impacto negativo en la estabilidad financiera de las entidades de crédito españolas que han hecho uso de esta técnica. Los resultados están en línea con estudios anteriores que destacan la fragilidad que implica el proceso de titulización (UHDE y MICHALAK, 2009; HÄNSEL y KRAHNEN, 2007; FRANKE y KRAHNEN, 2006; LOCKWOOD *et al.*, 1996). Al contrario, los resultados del análisis no se corresponden con aquellos estudios anteriores que resaltan el mecanismo estabilizador de la titulización (JIANGLI *et al.*, 2007).

TABLA 7. *Estimaciones de los efectos de la titulización sobre la estabilidad financiera de las entidades financieras españolas (método GMM).*

	Impacto en el nivel de riesgo Variable dependiente: Z-score
Z-score t-1	0,9451** (0,0000)
Log RMBS	-0,1652** (0,0000)
Log activos totales	0,3522 (0,0730)
Margen de intermediación	1,9820** (0,0000)
Tasa de morosidad	-0,8010** (0,0000)
Eficiencia	-0,0117 (0,6010)
Liquidez	0,1401** (0,0000)
Préstamos sobre total activos	0,2165** (0,0000)
Año 2005	1,3127** (0,0000)
Año 2006	-0,3295** (0,0040)
Año 2007	5,2557** (0,0000)
C	-26,6676** (0,0000)
M2	1,68 (0,094)
Hansen test	64.99 (1,000)
.../...	

	Impacto en el nivel de riesgo Variable dependiente: <i>Z-score</i>
.../...	
Wald (χ^2)	1.31E+06
Número de observaciones	322
<p>La tabla recoge las estimaciones con datos de panel por el método generalizado de los momentos donde la variable dependiente es la ratio <i>Z-score</i>. Se ha analizado la existencia de posibles errores de especificación, el nivel de ajuste del modelo, la normalidad y la multicolinealidad. De acuerdo con ARELLANO y BOND (1991), como el número de periodos es pequeño en relación con el número de empresas, para ganar en eficiencia se ha optado por tomar como instrumentos válidos todos los posibles valores retardados de las variables desde $t-2$. Asimismo, para eliminar el efecto individual de cada empresa, las variables se han transformado en primeras diferencias. <i>M2</i> es el contraste de correlación serial de segundo orden usando los residuos en primeras diferencias, asintóticamente distribuido como una $N(0,1)$ bajo la hipótesis nula de no correlación serial. <i>Hansen</i> es un contraste de sobreidentificación de restricciones, asintóticamente distribuido como una χ^2 bajo la hipótesis nula de no relación entre los instrumentos y el error, que ha verificado la validez de los instrumentos (grados de libertad entre paréntesis). <i>Wald</i> χ^2 es un test de la bondad del ajuste, asintóticamente distribuido como una χ^2 bajo la hipótesis nula de no significación conjunta de las variables explicativas que ha validado su poder explicativo (grados de libertad entre paréntesis). **, * significativo al 1 por 100 y 5 por 100, respectivamente.</p>	

Por otra parte, y tal y como cabría esperar, han resultado significativos y con el signo positivo esperado las variables de control margen de intermediación y liquidez, sugiriendo que a medida que estas variables aumentan también lo hace la estabilidad financiera de la entidad de crédito en cuestión. Igualmente, la variable morosidad resulta significativa y con signo negativo, pues la relación entre ambas variables es, lógicamente, inversa, es decir, cuanto menor sea la calidad crediticia de los préstamos de una entidad, menor será su estabilidad financiera. Asimismo, y en línea con lo comentado anteriormente, la ratio de préstamos sobre el total de activos ha resultado significativa y con signo positivo, lo que sugiere que la diversificación tiene un efecto positivo en el indicador *Z-score*. Por su parte, han resultado no significativas las variables de control activos totales y ratio de eficiencia.

H₂: *La titulización tiene un efecto (+/-) sobre el nivel de riesgo de crédito asumido medido a través del RWA Credit y de la tasa de créditos fallidos.*

$$Y_{it} = \alpha_{it} + \beta_1 RMBS_{it} + \sum \beta_k X_{it} + \varepsilon_{it} \quad (2)$$

En este caso, se han construido dos modelos, uno con la variable dependiente *RWA Credit*/Activos totales, y otro con la tasa de morosidad, con el fin de poder observar de una manera más clara los efectos directo e indirecto de la titulización en el riesgo de crédito de las entidades financieras españolas. Además de la variable de control de titulización—medido como el logaritmo del volumen titulado—, se han tomado como referencia las variables de control adicionales utilizadas por SARKISYAN *et al.* (2009). Por lo tanto, se ha incluido en nuestro modelo el tamaño de la entidad—medido como el logaritmo de los activos totales—, con el fin de tener en cuenta el posible impacto que este puede tener en el perfil de riesgo asumido de la entidad. LOUTSKINE (2005) llega a la conclusión de que solo las entidades de crédito de mayor tamaño cuentan con un número suficiente de

activos homogéneos para acceder al mercado de titulización de una manera independiente. De esta forma, cabría esperar que un mayor acceso a la financiación y a la posibilidad de realizar operaciones de transferencia del riesgo se refleje en una mayor propensión por parte de las entidades financieras de mayor tamaño a realizar operaciones de mayor riesgo.

El porcentaje de préstamos en relación con el total de activos también se ha incluido, pues refleja el riesgo que permanece en el balance de una determinada entidad financiera asociado a la actividad crediticia de esta. Tal y como señala SARKISYAN *et al.* (2009), si asumimos que la cartera de préstamos de una entidad crediticia suele ser la parte con mayor riesgo del crédito de esta, cabría esperar que a medida que la ratio aumente, la entidad presente una aversión al riesgo mayor. También se incluye la ratio de capital, medida como el cociente entre el capital principal y los activos totales de la entidad. En este sentido, y siguiendo a ANDERSON y FRASER (2000), muestra como a medida que aumenta el porcentaje del capital en manos del equipo directivo, el apetito por el riesgo de la entidad en cuestión disminuye, por lo que se espera que la ratio de capital afecte de manera negativa al nivel de riesgo del crédito asumido por la entidad. Asimismo, el modelo incluye las variables de control rentabilidad económica (*ROA*) y la ratio de provisiones (*charge-off*), con el objetivo de estudiar el impacto de dichas variables en el apetito por el riesgo de los nuevos préstamos que origine la entidad. Así, según SARKISYAN *et al.* (2009), sería factible pensar que aquellas entidades que presentan ratios de rentabilidad inferiores, tuvieran interés en invertir los fondos en actividades más arriesgadas, ya que esto les permitiría incrementar su rentabilidad en ejercicios posteriores. Si esto fuera así, cabría esperar una relación negativa entre la rentabilidad de una entidad y su exposición al riesgo. De la misma forma, cabe esperar que la relación entre las provisiones y el nivel de riesgo sea también negativa, pues a medida que la ratio aumenta parece lógico pensar que el apetito por el riesgo de la entidad tenderá a disminuir, y viceversa.

Una vez mencionadas las variables de control analizadas en los dos modelos, pasamos a comentar los resultados obtenidos que se presentan en la **tabla 8**. Como se observa en esta tabla, hemos realizado el análisis sin retardo y con retardo de un periodo ($t-1$), para poder analizar con mayor precisión los efectos. Los resultados obtenidos (modelo 1) muestran como el efecto inmediato de la titulización es la reducción de los activos ponderados por riesgo, lo que significa que dicha técnica permite una transferencia directa del riesgo. Los datos proporcionados por la CNMV muestran como las entidades financieras españolas vendieron prácticamente la totalidad de las emisiones e incluso un porcentaje elevado del tramo *equity* de las titulizaciones de mayor riesgo. Esto unido a la reducción de los activos ponderados por riesgo vendría a confirmar un efecto directo positivo de la titulización al permitir la minoración del riesgo de las entidades.

No obstante, en el modelo 2, se observa como la variable representativa de la titulización tiene un coeficiente positivo significativo, lo que sugiere que la técnica de titulización tiene un efecto positivo en la tasa de morosidad. Dicho efecto es sustancialmente mayor si se considera un retardo. Nuestra interpretación es que la nueva actividad crediticia, coincidente con los periodos de mayor relajación en las condiciones hipotecarias, se realizó en préstamos de peor calidad, minorando de este modo la estabilidad financiera de las entidades. Además, como el mercado de titulización quedó prácticamente cerrado en 2008, el riesgo de la nueva actividad crediticia no pudo transferirse de nuevo, siendo asumido por las entidades financieras.

TABLA 8. Estimaciones de los efectos de la titulización sobre el riesgo de crédito y morosidad de las entidades financieras españolas (método GMM).

Variables	Modelo 1 (RWA <i>Credit</i> /Activos totales)		Modelo 2 (Tasa de morosidad)	
	Resultados en $t = 0$	Resultados en $t - 1$	Resultados en $t = 0$	Resultados en $t - 1$
$Y (t-1)$	0,1326** (0,0000)	0,2595** (0,0000)	0,6560** (0,0000)	1,0189** (0,0000)
Log RMBS	-0,0077** (0,0000)	-0,0067** (0,0000)	0,0107** (0,0000)	0,0433* (0,0460)
Log activos totales	-0,0712** (0,0000)	0,0433** (0,0000)	0,0860* (0,0430)	-0,2268 (0,1680)
Préstamos sobre total activos	0,0012 (0,4890)	0,0046 (0,0810)	-0,0175** (0,0000)	-0,0503 (0,0940)
ROAA	0,2701** (0,0000)	-0,2113** (0,0000)	-1,1593** (0,0000)	-0,4920 (0,0670)
Capital (capital/total activos)	-0,0220* (0,0550)	0,0239** (0,0000)	0,0644** (0,0000)	-0,0675 (0,2320)
Provisiones (provisiones/total activos)	-0,1749* (0,0300)	-0,6560** (0,0000)	0,5593** (0,0000)	0,1638 (0,6240)
C	1,7671** (0,0000)	-0,3512 (0,3440)	0,4364 (0,6220)	8,3625 (0,0850)
M2	0,19 (0,850)	0,00 (0,000)	1,82 (0,069)	1,85 (0,064)
Hansen test	44,32 (1,000)	43,52 (0,762)	53,82 (1,000)	53,02 (0,996)
Wald (χ^2)	168,07	2.235,49	1,22 E+07	172,52
Número observaciones	186	139	260	209

La tabla recoge las estimaciones con datos de panel por el método generalizado de los momentos donde la variable dependiente es la ratio *Z-score*. Se ha analizado la existencia de posibles errores de especificación, el nivel de ajuste del modelo, la normalidad y la multicolinealidad. De acuerdo con ARELLANO y BOND (1991), como el número de periodos es pequeño en relación con el número de empresas, para ganar en eficiencia se ha optado por tomar como instrumentos válidos todos los posibles valores retardados de las variables desde $t-2$. Asimismo, para eliminar el efecto individual de cada empresa, las variables se han transformado en primeras diferencias. *M2* es el contraste de correlación serial de segundo orden usando los residuos en primeras diferencias, asintóticamente distribuido como una $N(0,1)$ bajo la hipótesis nula de no correlación serial. *Hansen* es un contraste de sobreidentificación de restricciones, asintóticamente distribuido como una χ^2 bajo la hipótesis nula de no relación entre los instrumentos y el error, que ha verificado la validez de los instrumentos (grados de libertad entre paréntesis). *Wald* χ^2 es un test de la bondad del ajuste, asintóticamente distribuido como una χ^2 bajo la hipótesis nula de no significación conjunta de las variables explicativas (excluye las *dummies* temporales), que ha validado su poder explicativo (grados de libertad entre paréntesis). **, * significativo al 1 por 100 y 5 por 100, respectivamente.

En definitiva, los resultados obtenidos indican que la técnica de titulización hipotecaria ha tenido un impacto negativo en el perfil del riesgo de las entidades de crédito españolas. Esto es así porque, de acuerdo con lo comentado anteriormente, aunque el impacto directo de la titulización tuvo un efecto positivo en el perfil del riesgo, al disminuir los activos ponderados por riesgo a medida que el riesgo se distribuye en el mercado –reflejado en el modelo 1–, todo parece indicar que el impacto indirecto –relacionado con la reinversión de fondos– se ha realizado en activos financieros de menor calidad crediticia –reflejado en el modelo 2–, incrementando así su riesgo. Además, el impacto sobre el *Z-score* indicaría un efecto global negativo, es decir, el efecto indirecto habría superado al efecto directo.

5. CONCLUSIONES

Este trabajo tiene por objeto analizar el impacto de la titulización hipotecaria sobre la estabilidad financiera y el riesgo de crédito de las entidades financieras españolas.

Los resultados obtenidos muestran que la titulización ha resultado tener un impacto negativo muy significativo en el indicador *Z-score*, sugiriendo por tanto que el incremento del uso de la técnica de titulización hipotecaria ha tenido un impacto negativo en la estabilidad financiera de las entidades de crédito españolas que han hecho uso de esta técnica. Los resultados están en línea con estudios anteriores que destacan la fragilidad que trae consigo el proceso de titulización, entre los que destacamos UHDE y MICHALAK (2009), HÄNSEL y KRAHNEN (2007), FRANKE y KRAHNEN (2006) y LOCKWOOD *et al.*

Además, hemos tratado de diferenciar si dicho efecto es el resultado de un impacto directo o indirecto, o de ambos. Los resultados obtenidos muestran como el efecto inmediato de la titulización es la reducción de los activos ponderados por riesgo, lo que significa que dicha técnica permite una transferencia directa del riesgo. Los datos proporcionados por la CNMV muestran como las entidades financieras españolas vendieron prácticamente la totalidad de las emisiones e incluso un porcentaje elevado del tramo *equity* de las titulizaciones de mayor riesgo. Esto unido a la reducción de los activos ponderados por riesgo vendría a confirmar un efecto directo positivo de la titulización al permitir la minoración del riesgo de las entidades.

Frente al efecto directo positivo, hemos observado que la técnica de titulización tiene un efecto positivo en la tasa de morosidad que es mayor cuando se considera un retardo de un año. Nuestra interpretación es que la nueva actividad crediticia se realizó en operaciones crediticias más arriesgadas, con lo que el efecto indirecto habría reducido la estabilidad financiera de las entidades. Este resultado no debería extrañarnos si se tiene en cuenta que en el periodo analizado se produce una expansión crediticia sin precedentes.

Estos resultados nos llevan a concluir que el impacto negativo de la titulización sobre la estabilidad financiera corresponde a un efecto indirecto provocado por una política crediticia más arriesgada. Los cambios normativos llevados a cabo en España, que permitieron titular hipotecas con valores elevados de *loan to value*, podrían haber fomentado dicha actividad. Asimismo, los resultados de este trabajo sugieren que la falta de una regulación adecuada puede fomentar el modelo de «originar para distribuir» y la creación de burbujas inmobiliarias.

Bibliografía

- AGOSTINO, M. y MAZZUCA, M. [2008]: «Why do banks securitize? Evidence from Italy», *XVI Spanish Finance Forum Conference Proceedings*, Spanish Finance Association, Madrid.
- ALTMAN, E.I. [2000]: «Predicting Financial Distress of Companies: Revisiting the Z-Score and Zeta® Model», *Working paper*, New York University.
- ALLEN, F. y GALE, D. [2006]: «Systemic Risk and Regulations», en CAREY, M. y STULZ, R.M. (ed.) *The Risks of Financial Institutions*, págs. 341-376. Chicago, IL: University of Chicago Press.
- AMATO, J. y REMOLONA, E. [2003]: «The Credit Spread Puzzle», *BIS Quarterly Review*, (December), págs. 51-63.
- AMBROSE, B.; LACOUR-LITTLE, M. y SANDERS, A. [2003]: «Does Regulatory Capital Arbitrage or Asymmetric Information Drive Securitization?», *Mimeo*, Ohio State University.
- ANDERSON, R.C. y DONALD, R.F. [2000]: «Corporate Control, Bank Risk Taking, and the Health of the Banking Industry», *Journal of Banking and Finance*, 24, págs. 1.383-1.398.
- ARCHER, R.W.; ELMER, P.J.; HARRISON, D.M. y LING, D.C. [1999]: «Determinants of Multifamily Mortgage Default», *Working Paper*, 99-2, Federal Deposit Insurance Corporation.
- ASHCRAFT, A.; GOLDSMITH-PINKHAM, P. y VICKERY, J. [2009]: «MBS Ratings and the Mortgage Credit Boom», *Discussion Paper*, 2010-89S, Tilburg University, Center for Economic Research.
- ASHCRAFT, A.B. y SCHUERMANN, T. [2008]: «Understanding the Securitization of Subprime Mortgage Credit», *Working Paper*, 07-43, Wharton Financial Institutions Center.
- Asociación Hipotecaria Española [2008]: *Resumen anual del mercado hipotecario*.
- Banco de España [2008]: *Informe de estabilidad financiera*.
- Bank for International Settlements (BIS) [2005]: «Credit Risk Transfer», *Basel Committee on Banking Supervision*.
- [2007]: «Credit Risk Transfer: Developments from 2005 to 2007», *Basel Committee on Banking Supervision*.
- BANNIER, C.E. y HÄNSEL, D. [2008]: «Determinants of European Banks' Engagement in Loan Securitization», *Working Paper*, 10/2008, Deutsche Bundesbank.
- BARRETT, R. y EWAN, J. [2006]: «BBA British Bankers Association Credit Derivatives Report», *Research Report*.
- Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) [2009]: «Proposed Enhancements to the Basel II Framework», *Consultative Document*.
- BBVA [2008]: «The Housing Boom and Bust in Spain: Impact of the securitization model and dynamic provisioning», *Working Paper*, 0808. BBVA, Economic Research Department.
- BLANCO GARCÍA, S. y CARVAJAL MOLINA, P. [2000]: «Evolución del proceso de titulización en España», *Documentos de Trabajo de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense de Madrid*, 2001-11.
- CALOMIRIS, C. y MASON, J. [2004]: «Credit Card Securitization and Regulatory Arbitrage», *Journal of Financial Services Research*, 26 (1), August 2004, págs. 5-27.
- CARDONE-RIPORTELLA, C.; SAMANIEGO MEDINA, R. y TRUJILLO PONCE, A. [2009]: «What do we know about Banks Securitization? The Spanish Experience», *Business Economics Working Papers*, wb093904, Madrid, ES: Universidad Carlos III, Departamento de Economía de la Empresa.

- CASU, B.; CLARE, A.; SARKISYAN, A. y THOMAS, S. [2010]: «Does Securitization Reduce Credit Risk Taking? Empirical Evidence from US Bank Holding Companies», Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1548361>.
- CATARINEU, E. y PÉREZ, D. [2008]: «La titulización de activos por parte de las entidades de crédito: el modelo español en el contexto internacional y su tratamiento desde el punto de vista de la regulación prudencial», *Estabilidad Financiera*, 14, Banco de España.
- CEBENOYAN, A.S. y STRAHAN, P.E. [2004]: «Risk Management, Capital structure and Lending at Banks», *Journal of Banking and Finance*, 28, págs. 19-43.
- COCKBURN, L. [2009]: *American Casino*, (Película).
- DE AGUINAGA, P. [2010]: «El modelo de titulización en España», *Jornadas sobre instrumentos financieros complejos: restos de la regulación y supervisión en los mercados de capitales iberoamericanos*, Panamá, PA: Banco de España, DG Supervisión.
- DELL'ARICCIA, G.; DENIZ I. y LUC, A.L. [2009]: «Credit Booms and Lending Standards: Evidence from the Subprime Mortgage Market», *Discussion Paper*, 2009-14S, European Banking Center.
- DE MARZO, P. y DUFFIE, D. [1999]: «A Liquidity-Based Model of Security Design», *Econometrica*, 67, págs. 65-99.
- DE NICOLÓ, G.; BARTHOLOMEW, P.; ZAMAN, J. y ZEPHIRIN, M. [2004]: «Bank consolidation, internalization, and conglomerization: trends and implications for financial risk», *Financial markets, institutions and instruments*, 13:4, págs. 173-217.
- DEMYANYK, Y. y VAN HEMERT, O. [2008]: «Understanding the Subprime Mortgage Crisis», *Working Paper*, Federal Reserve Bank of Cleveland and New York University.
- DIAMOND, D. y RAJAN, R. [2009]: «The Credit Crisis: Conjectures about Causes and Remedies», *NBER Working Paper*, 14739, Cambridge, MA: NBER.
- DiMARTINO, D. y DUCA, J.V. [2007]: «The Rise and Fall of Subprime Mortgages», *Economic Letter*, Federal Reserve Bank of Dallas.
- DIONNE, G. y HARCHAOU, T.M. [2003]: «Banks' Capital, Securitization and Credit Risk: An Empirical Evidence for Canada», *Working Paper*, 03-01, HEC Montréal.
- DUFFIE, D. y GARLEANU, N. [2001]: «Risk and valuation of collateralized debt obligations», *Financial Analysts Journal*, 57: 41-59.
- ESF [2008]: «RMBS Issuer Principles for Transparency and Disclosure», *Securities Industry and Financial Markets Association (SIFMA)*.
- European Central Bank [2009]: «Housing Finance in the Euro Area», *Occasional Paper Series*, 101.
- European Parliament [2009]: «Capital Requirements Directive, Number 2006/48/EC»; 2006/49/EC.
- FENDER, I. y KIFF, J. [2004]: «CDO Rating Methodology: Some thoughts on Model Risk and its Implications», *Working Paper*, 163, Bank of International Settlements.
- FITCH [2010]: «EMEA Residential Mortgage Loss Criteria Addendum – Spain», *Report published*, February 23, 2010.
- [2010]: «Originator Support for Spanish Structured Finance Transactions», *Report Published*, November 16, 2010.
- Fondo Monetario Internacional [2008]: *Financial Stability Report*, Chapter 1 and 2, págs. 1-84.
- FRANKE, G. y KRAHNEN, J.P. [2006]: «Default Risk Sharing between Banks and Markets: The Contribution of Collateralized Debt Obligations», *NBER Working Paper*, 11741.
- FUENTES EGUSQUIZA, I. [2007]: «La titulización en España: principales características», *Boletín Económico del Banco de España*, (diciembre).

- FUJII, M. [2010]: «Securitized Products, Financial Regulation, and Systemic Risk», *ADBI Working Paper*, 203.
- FUJII, M. y TAKEMOTO, R. [2009]: «Securitization and Financial Crisis: Risk Characteristics and Assessment of ABS CDO», *FSA Research Review*, 5, págs. 215-245.
- GHENT, A.C. y KUDLYAK, M. [2009]: «Recourse and Residential Mortgage Default: Theory and Evidence from U.S. States», *Working Paper*, 09-10, Federal Reserve Bank of Richmond.
- GIRÁLDEZ, P. y MARTÍN MARÍN, J.L. [2011]: «Perspectivas de la titulización de activos: el caso español», *Boletín de Estudios Económicos*, LXVI (202) (abril), págs. 135-156.
- GORTON, G. [2008]: «The Panic of 2007», *NBER Working Papers*, 14358.
- GORTON, G. y SOULELES, N. [2006]: «Special purpose vehicles and securitization», en: *The Risks of Financial Institutions*, eds. M. CAREY y R. STULZ, págs. 549-601, University of Chicago Press.
- GRAMLICH, E. [2007]: «Supreme Mortgage: America's Latest Boom and Bust», *Urban Institute Press*.
- GREENBAUM, S. y THAKOR, A. [1987]: «Bank funding models: Securitization versus Deposits», *Journal of Banking and Finance*, 11, págs. 379-401.
- Grupo Santander [2006]: *Informe anual*, año 2006.
- HÄNSEL, D.N. y KRAHNEN, J.P. [2007]: «Does Credit Securitization Reduce Bank Risk? Evidence from the European CDO Market», *Working Paper*, University of Frankfurt/Main.
- INTEFJORD, N. [2005]: «Risk and Hedging: Do Credit Derivates Increase Bank Risk?», *Journal of Banking and Finance*, 29, págs. 333-345.
- International Monetary Fund (IMF) [2007]: «Global Financial Stability Report: Financial Market Turbulence: Causes, Consequences, and Policies», págs. 2-50. Washington, D.C., WA: IMF.
- [2008a]: «Global Financial Stability Report: Containing Systemic Risks and Restoring Financial Soundness», págs. 54-84. Washington, D.C., WA: IMF.
 - [2008b]: «Global Financial Stability Report: Financial Stress and Deleveraging Macro-Financial Implications and Policy», págs. 1-71. Washington, D.C., WA: IMF.
- JIANGLI, W.; PRITSKER, M. y RAUPACH, P. [2007]: «Banking and Securitization», *Working Paper*, FDIC, Federal Reserve Board and Deutsche Bundesbank.
- JIMÉNEZ, G.; MIAN, A.; PEYDRÓ, J.L. y SAURINA, J. [2010]: «Estimating The Aggregate Impact of Credit Supply Channel», *NBER Working Paper*, 16595.
- KEYS, B.; TANMOY, M.; AMIT, S. y VIKRANT, V. [2010a]: «620 FICO, Take II: Securitization and Screening in the Subprime Mortgage Market», *Manuscript*, Chicago Booth School of Business.
- [2010b]: «Did Securitization Lead to Lax Screening? Evidence from Subprime Loans», *Quarterly Journal of Economics*, 125 (1), (February), págs. 307-362.
- KINDLEBERGER, C.P. [2005]: «Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises», 5th ed. Wiley.
- KOELEWIJN, J.: «The credit crisis: to what extent is it caused by bad governance?», *Working paper*.
- KRAHNEN, J.P. y WILDE, C. [2006]: «Risk Transfer with CDOs and Systemic Risk in Banking», (*CFS Working Paper*, 2006/04).
- KRUGMAN, P. [2007]: «Just say AAA», *New York Times*, Op. Ed. July, 2, 2007.
- LAMY, M.F. [2006]: «The treatment of credit risk in the Basel Accord and financial stability», *International Journal of Business*, 11, págs. 159-170.
- LELAND, H.E. [2007]: «Financial Synergies and the Optimal Scope of the Firm: Implications for Mergers, Spinoffs, and Structured Finance», *Journal of Finance*, 62, págs. 765-807.

- LEVITIN, A.J.; PAVLOV, A.D. y WATCHER, S.M. [2009]: «Securitization: Cause or Remedy of the Financial Crisis», *Georgetown Law and Economics Research Paper*, 2009, University of Pennsylvania.
- LOCKWOOD, L.J.; RUTHERFORD, R.C. y HERRERA, M.J. [1996]: «Wealth Effects of Asset Securitization», *Journal of Banking and Finance*, 20, págs. 151-64.
- LOSADA LÓPEZ, R. [2006]: «Estructuras de titulización: características e implicaciones para el sistema financiero», *Monografía*, 14, CNMV.
- LOSADA LÓPEZ, R.: «La titulización en España: principales características», *Boletín Económico del Banco de España*, (diciembre). Banco de España.
- LOUTSKINA, E. [2005]: «Does Securitization Affect Bank Lending? Evidence from Bank Responses to Funding Shocks», *Working Paper*, Boston College, Carroll School of Management.
- LOUTSKINA, E. y PHILIP, E.S. [2006]: «Securitization and the Declining Impact of Bank Finance on Loan Supply: Evidence from Mortgage Acceptance Rates», *NBER Working Paper*, W11983.
- MARTÍN OLIVER, A. y SAURINA J. [2007]: «Why do Banks Securitise Assets», *Working Paper*, Banco de España.
- MARTÍN-MARÍN, J.L. y GIRÁLDEZ, P. [2010]: «Perspectives on the Securitization of Assets: Spanish Economy in Perspective», *Journal of Financial Management and Analysis*, 23 (1), (January-June).
- MIAN, A.R. y SUFI, A. [2008]: «The Consequences of Mortgage Credit Expansion: Evidence from the 2007 Mortgage Default Crisis», *NBER Working Paper*, W13936.
- MICHALAK, T. y UHDE, A. [2010]: «Credit Risk Securitization and Banking Stability Evidence from the Micro-Level for Europe», *Journal of Financial Intermediation*.
- MINTON, B.A.; SANDERS, A. y STRAHAN P. [2004]: «Securitization by Banks and Finance Companies: Efficient Financial Contracting or Regulatory Arbitrage?», *Working paper*, Ohio State University.
- MOODY'S [1996]: «Moody's Approach to Rating Residential Mortgage Pass-Through Securities», *Moody's Structured Finance Special Report*.
- [2000]: «The Lognormal Method Applied to ABS Analysis», *Moody's International Structured Finance Special Report*.
 - [2008]: «Updated Methodology for Rating Spanish RMBS», *Moody's Investors Service*.
 - [2009a]: «Moody's Approach to Rating Clos», *Moody's Investors Service*.
 - [2009b]: «Moody's Comments on the Interest Deferral Triggers in Three Santander FTA», *Global Credit Research*.
- NADAULD, T.D. y SHERLUND, S.M. [2009]: «The Role of the Securitization Process in the Expansion of Subprime Credit», *Finance and Economics Discussion Series*, Washington, D.C., WA: Federal Reserve Board, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs.
- Office of Thrift Supervision [1997]: «National Mortgage Default Rates and the Vintage Effect», Washington, D.C., WA: Office of Thrift Supervision.
- PENNACCHI, G. [1988]: «Loan sales and the cost of bank capital», *Journal of Finance*, 43, 2, 375.
- PURNANANDAM, A. [2009]: «Originate to Distribute Model and the Subprime Mortgage Crisis», *Review of Financial Studies*, 24 (6), págs. 1.881-1.915.
- RAJAN, U.; SERU, A. y VIKRANT, V. [2008]: «The Failure of Models That Predict Failure: Distance, Incentives and Defaults», *Working paper*.
- RENUART, E. [2004]: «An Overview of the Predatory Lending Process», *Housing Policy Debate*, 15 (3), págs. 467-502.
- RIDDIOUGH, T.J. [2005]: «Optimal design and governance of asset-backed securities», *Journal of Financial Intermediation*, 6, págs. 121-152.

- ROLDÁN ALEGRE, J.M. [2008]: «El papel del modelo de originar para distribuir en la crisis financiera de 2007», *Estabilidad Financiera*, 15, págs. 9-20.
- SARKISYAN, A.; CASU, B.; CLARE, A. y THOMAS, S. [2009]: «Securitization and Credit Risk Taking: Empirical Evidence from US Bank Holding Companies», *Working Paper Series*, WP02/10, Cass Business School.
- SCHUMER, C.E. y MALONEY, C.B. [2007]: «The Subprime Lending Crisis, The Economic Impact on Wealth, Property, Values and Tax Revenues and How We Got Here», *Report and Recommendations by the Majority Staff of the Joint Economic Committee*, Washington, D.C., WA: United States Congress.
- SHIN, H.S. [2009]: «Securitisatión and Financial Stability», *The Economic Journal*, 119, págs. 309-332.
- STANDARD & POOR'S (S&P) [2007]: «Why Spanish RMBS Is Coping Well In Potentially Trying Times», *Standard & Poor's*.
- [2010]: «Structured Finance Rating Transition and Default Update as of February, 28, 2010», *Standard & Poor's*.
- UHDE, A. y HEIMESHOF, U. [2009]: «Consolidation in Banking and Financial Stability in Europe: Empirical Evidence», *Journal of Banking and Finance*, 33, págs. 1.299-1.311.
- UHDE, A. y MICHALAK, T.C. [2009]: «Credit Risk Securitization and Bank Soundness: Evidence from the Micro-Level for Europe», 22nd Australasian Finance and Banking Conference. (Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1383469>).
- UZUN, H. y WEBB, E. [2007]: «Securitization and Risk: Empirical Evidence on US Banks», *Journal of Risk Finance*, 8, págs. 11-23.

LAS AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA (LAS HIJAS DE ELENA: LA TRIPLE A)

AUREA ANGUERA DE SOJO HERNÁNDEZ

JUAN PAZOS SIERRA

Profesores de la Universidad Politécnica de Madrid

MARÍA LUISA CAMPANARIO HERNÁNDEZ

JUAN ALFONSO LARA TORRALBO

DAVID LIZCANO CASAS

MARÍA AURORA MARTÍNEZ REY

JOSÉ ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Profesores de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Extracto:

EN este trabajo, en primer lugar, se analiza la estructura (accionariado), funcionalidad (cómo funcionan y emiten sus opiniones) y el comportamiento (cómo actúan en los mercados) de las tres agencias más importantes de calificación de activos financieros, de emisores y emisiones de activos financieros. En segundo término, se señalan sus poco, si algo, científicas evaluaciones basadas en conceptos y actuaciones tan poco adecuadas como: *profecía autocumplida*, carencia de fecha de caducidad, catastrofismo, que, a veces, imponen con comportamientos *gansteriles*. Asimismo, se destaca la importancia y trascendencia que suponen las *opiniones* que emiten dichas agencias, auténticos *ucases*, que las convierten, de facto, en auténticos señores de horca y caudillo que condicionan la vida y hacienda de inversores y emisores. En realidad, su comportamiento es tan deplorable y funesto, que como las hijas de Elena, de ahí el título del trabajo, ninguna es buena. Finalmente, se presenta, en forma de decálogo, los hechos, irrefutables, que justifican el calificativo de *malvadas* de dichas agencias: S&P, Moody's y Fitch, hasta el punto de que son el *antimefistofelismo* personificado. Mefistófeles se definía a sí mismo como un pobre diablo que pretendiendo hacer el mal, acababa haciendo el bien, justo al revés que las hijas de Elena.

Palabras clave: agencias de calificación, las hijas de Elena y clasificación.

CREDIT RATING AGENCIES (THE DAUGHTERS OF ELENA: THE TRIPLE A RATING)

AUREA ANGUERA DE SOJO HERNÁNDEZ

JUAN PAZOS SIERRA

Profesores de la Universidad Politécnica de Madrid

MARÍA LUISA CAMPANARIO HERNÁNDEZ

JUAN ALFONSO LARA TORRALBO

DAVID LIZCANO CASAS

MARÍA AURORA MARTÍNEZ REY

JOSÉ ANDRÉS SÁNCHEZ PEDROCHE

Profesores de la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

Abstract:

In this paper, we first analyse the structure (shareholders), *modus operandi* (how they operate and issue opinions) and behaviour (how they affect markets) of the three major rating agencies that evaluate the creditworthiness of issuers and the financial obligations (bonds and stock) that they issue. Second, we unveil what little, if any, scientific basis their ratings have. Agency scores are founded on such unacceptable concepts and procedures as *self-fulfilling prophecies*, ratings without expiry date, catastrophism and clientelism, which they sometimes enforce with *gangster-like* tactics. We also stress the importance and transcendence that is attached to the *opinions* issued by these agencies. Their ratings are genuine *tsarist ukases* converting agencies into de facto despots that condition the fate and fortune of investors and issuers. Their behaviour is so deplorable and devastating that, like the *daughters* of Elena*, hence the title of the paper, they are all as bad as each other. Finally, we present a decalogue of irrefutable facts that warrant an evil rating for these agencies –S&P, Moody’s and Fitch–, which are the embodiment of *antimephistophelism*. Mephistoles defined himself as a poor devil which strives for evil, but accomplishes good, just the opposite to the *daughters* of Elena*.

Keywords: rating agencies, the daughters of Elena and rating.

* Spanish nursery rhyme: Tres eran tres, las hijas de Elena, tres eran tres, y ninguna era buena (Three, three daughters had Elena, three, three daughters, and not one turned out well).

Sumario

1. Introducción.
2. Las calificaciones y sus tipos.
3. Estado de la cuestión.
 - 3.1. Reseña histórica.
 - 3.2. Las agencias.
 - 3.3. Estructura, funcionalidades y comportamiento de las *hijas de Elena*.
4. Funcionalidad: metodologías de la calificación.
5. Decálogo de acusaciones sobre las *hijas de Elena*.
6. Resumen y consideraciones finales.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Las calificaciones crediticias, en adelante CC, constituyen una herramienta, entre otras, que los inversores pueden utilizar en su toma de decisiones sobre la compra de productos financieros tales como bonos y otros instrumentos de renta fija.

De hecho, las CC son opiniones sobre riesgo crediticio, en inglés, *Rating Credit*, es decir, acerca de la capacidad y voluntad de un deudor, que puede ser una empresa, institución financiera, organismo institucional (nación, estado, municipio, etc.), para cumplir con sus obligaciones financieras en tiempo y forma.

Las CC también se refieren a la *calidad crediticia* de una emisión específica de deuda; verbi-gracia, los bonos de una empresa o de un municipio, y a la *probabilidad* relativa de incumplimiento de dicha emisión (Standard & Poor's, 2011).

Como lo señalan las propias agencias de evaluación, las CC son prospectivas, pero no constituyen una garantía de que una determinada deuda será devuelta o de que no caerá en incumplimiento. Ni son indicadores del mérito o conveniencia de una inversión, esto es, no constituyen una recomendación para comprar, vender o retener un título en particular, ni para medir el valor de un activo. Tampoco intentan señalar lo idóneo de una inversión. Se refieren, única y exclusivamente, a uno de los aspectos de la toma de decisión de una inversión: la *calidad crediticia*. Y solo en algunos casos, asimismo, permite indicar lo que los inversores pueden esperar recuperar en caso de incumplimiento.

Es decir, al evaluar una inversión, los inversores deben considerar, además de la *calidad crediticia*, la composición actual de sus carteras, su estrategia de inversión y su horizonte temporal, su tolerancia al riesgo y una estimación del valor relativo del instrumento en comparación con los otros que podría elegir. Y Standard & Poor's, en adelante S&P, en este apartado, hace una analogía, muy ilustrativa, a contrario sensu, al decir que la reputación sobre la confiabilidad puede ser una consideración importante para comprar un automóvil, pero en absoluto es el único criterio que normalmente influye en adquirirlo.

La importancia de las CC viene del papel, cada vez más relevante, que juegan al facilitar, o dificultar, que empresas, instituciones y organismos se financien en los mercados de capitales. En efecto, en lugar de tomar un préstamo bancario, estas entidades, a veces, se financian directamente de los inversores mediante emisiones de bonos. Los inversores, naturalmente, compran estos instrumentos de deuda, por ejemplo, bonos autonómicos, esperando recibir el correspondiente interés más la amortización de su *capital*, ya sea al vencimiento del bono o mediante pagos periódicos.

Las CC pretenden facilitar el proceso de emisión y compra de emisiones de deuda, bonos, etc., al ofrecer, *pretendidamente*, un indicador de riesgo crediticio eficiente, ampliamente reconocido y de larga trayectoria. Los inversores y otros participantes del mercado pueden utilizar las calificaciones como parámetro para evaluar la correspondencia entre el riesgo crediticio relativo de un emisor o inversión específica de deuda y su propia tolerancia al riesgo o sus directrices de riesgo crediticio en el momento de tomar decisiones de inversión y, o, negocio (S&P, 2011). Y añade S&P, *por ejemplo, al considerar la compra de un bono municipal, un inversor puede revisar si la CC del bono corresponde al nivel de riesgo crediticio que está dispuesto a asumir. Asimismo, las empresas pueden utilizar las calificaciones como un elemento de apoyo para fundamentar su expansión o para proyectos de I+D, y también las calificaciones pueden ayudar a estados, ciudades y municipios a financiar proyectos públicos*. En fin, sirven tanto para un roto como para un descosido. Sin embargo, el verdadero problema estriba en quien emite esas CC; es decir, las agencias de calificación o *rating*, que sirven a dos señores, inversores y emisores, que tienen intereses si no opuestos, sí, al menos en muchos casos, divergentes. Y, por arte de magia, afirman alcanzar la enantiodromía, esto es, la reconciliación de opuestos, vía opinión. ¡Increíble!

El hecho es que de una necesidad sentida: el que los inversores tengan el máximo de información, en forma de conocimiento, para que no los estafen en el *patio de monipodio* en que se han vuelto los mercados financieros, las agencias de calificación se han convertido en señores de horca y cuchillo que, sin asumir responsabilidad alguna, deciden sobre bienes, haciendas y, a veces, vidas de los demás. Y, lo que es aún peor, su propia actuación fue determinante en el origen de la crisis actual y, desde entonces, han sido blanco de todo objeto de críticas sobre todo debido a los fallos patentes y generalizados que se evidenciaron en la, así denominada, crisis *subprime*, de la que se hablará más adelante.

Y se dice *patio de monipodio* porque ojalá fueran casinos. En estos cada jugador sabe cuánto recibirá por su apuesta, qué probabilidad tiene de ganar y cuál es su esperanza matemática. Y todo esto mediante unas leyes que, valga la contradicción, inexorablemente se cumplen: las del azar.

2. LAS CALIFICACIONES Y SUS TIPOS

La calificación es una clasificación, al menos teóricamente a petición de parte, dentro de una escala de calificaciones que se elabora después de analizar varios aspectos de una empresa o una institución, con el fin de evaluar la capacidad y el compromiso financiero y jurídico de un emisor para efectuar los pagos de intereses y amortización del principal en el plazo previsto y en las condiciones de la emisión. La calificación también pretende clasificar el nivel de riesgo relativo de cada emisión y cada emisor. Constituye, por tanto, un indicador, que si fuera correcto, sin sesgos y ecuéñimemente bien establecido, esto es, objetivo, sería sencillo y rápido para el análisis del riesgo crediticio.

Las principales agencias utilizan un sistema de clasificación similar a las del sistema educativo anglosajón basándose en letras, que van desde la AAA, para la mayor calificación, a la C, en el caso

de Moody's, o la D, en el caso de Standard & Poor's y Fitch, para la nota más baja. Como se muestra en las **tablas 1 y 2** hay dos escalas de calificación. Una para el corto y otra para el largo plazo.

TABLA 1. *Escala de calificaciones crediticias a corto plazo. (1) NP: No de Primera Clase. (2) RD: Fallo.*

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
Grado de inversión	Máxima calidad	A-1+	P-1	F1+
		A-1		F1
	Calidad media satisfactoria	A-2	P-2	F2
	Calidad adecuada <i>ma non troppo</i>	A-3	P-3	F3
Grado especulativo	Posible impago	B	NP(1)	B
	Probable impago	C		C
	Impago	D	–	RD(2)/D

TABLA 2. *Escala de calificaciones crediticias a largo plazo. En donde RD/D, significa fallo.*

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
Grado de inversión	Máxima calidad	AAA	Aaa	AAA
	Alta calidad	AA+	Aa1	AA+
		AA	Aa2	AA
		AA–	Aa3	AA–
	Buena capacidad de pago	A+	A1	A+
		A	A2	A
		A–	A3	A–
	Normal capacidad de pago	BBB+	Baa1	BBB+
		BBB	Baa2	BBB
		BBB–	Baa3	BBB–
Grado especulativo	Posible incumplimiento	BB+	Ba1	BB+
		BB	Ba2	BB
		BB–	Ba3	BB–
	Probable incumplimiento	B+	B1	B+
		B	B2	B
		B–	B3	B–
.../...				

	Significado	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
.../...		CCC	Caa	CCC
	Proximidad de impago	CC	Ca	CC
		C	C	C
	Impago	D	–	RD/D

Como lo indica PINEDO (PINEDO, 2012) la principal función de las calificaciones en los mercados financieros es, *prima facie*, proporcionar al inversor una medida del riesgo de incumplimiento en el pago de intereses, dividendos o principal, de una determinada inversión. Es decir, pretende ser una medida de la seguridad financiera de una organización o emisión que permite valorar el riesgo de impago. Resulta especialmente útil a nivel internacional, ya que permite obtener una idea suficientemente sólida de la posición tanto de emisores como de emisiones. La calificación, siempre que sea correcta, reduce la incertidumbre sobre los riesgos de inversión de una gama de productos financieros mucho más amplia de la que los inversores pueden cubrir, ampliando así sus horizontes de inversión.

La calificación permite diversificar los riesgos de inversión en una cartera de renta fija y optimizar dichas inversiones al poder seleccionar los valores que más se adecúen a las necesidades. Conviene insistir en que, como lo declaran las propias agencias de calificación, no debe sustituir al análisis del inversor, sino que debe ser un complemento al mismo. Lo que no deja de ser un subterfugio para eludir responsabilidades. El razonamiento es, además de elemental, falaz y tramposo: *Tú me pagas para que yo te asesore, yo lo hago, pero si la realidad no se ajusta a mi recomendación el pagano eres tú.*

También juegan una función clave a la hora de fijar precios en títulos de renta fija. Son un indicador de cuánta rentabilidad añadida (denominada prima o *spread* de riesgo) puede pedir el inversor en relación con un valor sin riesgo (deuda pública). A mayor calificación, menor riesgo crediticio y, por tanto, menor será la rentabilidad adicional.

Por otra parte, alcanzar una determinada calificación sirve como requisito regulatorio que puede impedir o, al menos, dificultar, la inversión en un activo por parte de inversores institucionales concretos o, por el contrario, puede favorecerla y aumentar sus posibilidades.

Cada uno de los signos (+/–), en el caso de Standard & Poor's y Fitch, o indicadores numéricos (del 1 al 3), para Moody's, son los denominados *modificadores*, e indican una subcategoría dentro de un nivel previo, por ejemplo.

Cuando se revisa una calificación y se decide modificarla, se dice que se ha bajado o subido un escalón, *notch*, que es un movimiento dentro de una escala de calificación, por ejemplo, en el caso de Moody's a la deuda pública española de marzo de 2011, de Aa1 a Aa2, o dos escalones; verbigracia, el caso de S&P a la deuda soberana de Portugal en abril de 2011, de A+ a A–.

En la pantalla de Bloomberg, que se muestra en la **figura 1**, se tiene un ejemplo para Iberdrola. En él pueden verse los *ratings*, otorgados por las agencias calificadoras, para cada una de las emisiones vivas, tanto a largo como a corto plazo, así como la perspectiva en que se encuentran los

mismos. De igual forma, en la **figura 2**, se muestra otro ejemplo, tomado de *datosmacro.com* en referencia a la calificación de la deuda española.

FIGURA 1. *Diferentes calificaciones para Iberdrola según emisión y agencia.*

<HELP> for explanation.			Corp CRPR		
Enter # <G0> for historical ratings.					
Related Functions		Company Tree Ratings		Alert	
				CREDIT PROFILE	
Iberdrola SA				Page 1/1	
MOODY'S			Fitch National		
1) Outlook	STABLE	15) Natl Sr Unsecured	AAA(mex)		
2) Issuer Rating	A3				
3) Senior Unsecured Debt	A3				
4) Short Term	P-2				
STANDARD & POOR'S					
5) Outlook	STABLE				
6) LT Foreign Issuer Credit	A-				
7) LT Local Issuer Credit	A-				
8) ST Foreign Issuer Credit	A-2				
9) ST Local Issuer Credit	A-2				
FITCH					
10) Outlook	STABLE				
11) LT Issuer Default Rating	A-				
12) Senior Unsecured Debt	A				
13) Short Term	F2				
14) ST Issuer Default Rating	F2				
Australia 61 2 9777 8600 Brazil 5511 3048 4500 Europe 44 20 7330 7500 Germany 49 69 3204 1210 Hong Kong 852 2377 6000 Japan 81 3 3201 8900 Singapore 65 6212 1000 U.S. 1 212 318 2000 SN 976309 6406-1399-3 09-Sep-2009 04:54:48					

FIGURA 2. *Diferentes calificaciones para España según emisión y agencia.*

Rating Moody's España							
Calif. Largo Plazo				Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local		Moneda Extranjera		Moneda Local	
Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2012-06-13	Baa3	2012-06-13	Baa3			2012-06-13	(P)P-3
2012-02-13	A3	2012-02-13	A3			2012-02-13	(P)P-2
2011-10-18	A1	2011-10-18	A1			2010-08-28	(P)P-1
2011-03-10	Aa2	2011-03-10	Aa2			2000-01-21	P-1
2010-09-30	Aa1	2010-09-30	Aa1				
2001-12-13	Aaa	2001-12-13	Aaa				
1988-02-03	Aa2	1997-01-31	Aa2				

Rating S&P España							
Calif. Largo Plazo				Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local		Moneda Extranjera		Moneda Local	
Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2012-04-26	BBB+	2012-04-26	BBB+	2012-04-26	A-2	2012-04-26	A-2
2012-01-13	A	2012-01-13	A	2012-01-13	A-1	2012-01-13	A-1
2011-10-13	AA-	2011-10-13	AA-	1984-01-03	A-1+	1995-08-03	A-1+
2010-04-28	AA	2010-04-28	AA				

.../...

Rating Fitch España							
Calif. Largo Plazo				Calif. Corto Plazo			
Moneda Extranjera		Moneda Local		Moneda Extranjera		Moneda Local	
Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.	Fecha	Calif.
2012-06-28	BBB	2012-06-28	BBB	2012-06-28	F2		
2012-06-07	BBB	2012-06-07	BBB	2012-06-07	F2		
2012-02-21	A	2012-02-21	A	2012-02-21	F1		
2012-01-27	A	2012-01-27	A	2012-01-27	F1		
2011-12-16	AA-	2011-12-16	AA-	2011-12-16	F1+		
2011-11-18	AA-	2011-11-18	AA-	2011-11-18	F1+		
2011-10-07	AA-	2011-10-07	AA-	2011-10-07	F1+		
2011-03-04	AA+	2011-03-04	AA+	2011-03-04	F1+		
2010-05-28	AA+	2010-05-28	AA+	2010-05-28	F1+		
2003-12-10	AAA	2003-12-10	AAA	2003-12-10	F1+		
2000-09-21	AA+	2000-09-21	AA+	2000-09-21	F1+		
1999-09-01	AA+	1999-09-01	AA+	1999-09-01	F1+		
1998-07-14	AA	1998-07-14	AA	1998-07-14	F1+		
1995-10-26	AA	1995-10-26	AAA	1995-10-26	F1+		
1994-08-10	AA						

Es importante señalar, como hace PINEDO (PINEDO, 2012) que cada organización, institucional o empresarial, tiene su propia calificación; esto es, no hay un *rating* mejor o peor sino el que más se adecúe a la estructura y circunstancia de la misma. Asimismo, estos se revisan periódicamente y se ponen en perspectiva (*outlook*) positiva, negativa o estable, que es una especie de margen u holgura que se tiene dentro de una calificación. Tampoco hay que olvidar que hay calificaciones tanto para el emisor como para la emisión, así, una emisión concreta puede tener una calificación mejor o peor que la institución emisora.

Las agencias insisten en que las calificaciones no son más que *previsiones* sobre la solvencia de las diferentes organizaciones, aunque, a menudo, realmente determinan el comportamiento financiero de las empresas analizadas. En este sentido, se consideraba que quienes tengan la máxima calificación tienen pocas probabilidades de entrar en suspensión de pagos, sea cual sea su situación financiera, ya que el mercado confiará en ese producto. Sin embargo, la quiebra de empresas con la máxima calificación, como Lehman Brothers en 2008, ha tirado por tierra esta creencia, y como consecuencia las agencias sufren una importante pérdida de credibilidad.

Por otra parte, las agencias de calificación no se limitan a emitir una calificación, sino que cuentan con diferentes productos según las necesidades del emisor. Por ejemplo, en el caso de Fitch, los servicios ofrecidos son: **Calificación pública**. En él que se analiza al emisor y se le califica en una escala de calificaciones, calificación que será objeto de seguimiento constante. **Calificación**

privada. A diferencia del anterior, esta calificación no se hace extensiva a los medios de comunicación ni al mercado, de ahí su nombre. **Evaluación del crédito.** Es una valoración privada, en un momento puntual del tiempo, sin posterior seguimiento. **Servicio de evaluación de la calificación.** Este servicio es muy utilizado para determinar la calificación que tendría un emisor ante una de las hipotéticas situaciones siguientes: operación corporativa, cambio accionarial, venta de activos... Dicho servicio se efectúa antes de la operación. **Calificación en la sombra.** Cuando se dispone de escasa información o cuando el análisis se hace a petición de terceros, se emite esta calificación que es una opinión que omite características de la calificación completa.

Como lo señaló Natalia PINEDO en estas mismas páginas (PINEDO, 2012), la calificación es un elemento clave en los mercados de capitales, ya que constituye una valoración creíble e independiente de la calidad crediticia de un emisor o emisión concreta, que permite la comparación a nivel mundial y cuya transparencia debería favorecer la liquidez en los mercados de capitales, también funciona como restricción regulatoria, puesto que alcanzar una determinada calificación sirve, a su vez, como requisito regulatorio que impide o posibilita la inversión en un activo por parte de determinados inversores institucionales. Por último, se puede decir que amplía las alternativas de financiación, ya que la calificación es la llave para acceder a los mercados de capitales internacionales (colocaciones privadas, eurobonos, programas MTN, ECP...). Además de estas ventajas genéricas, existen otras características de la calificación que la hacen especialmente favorable para los emisores o para los inversores:

TABLA 3. *Ventajas de las calificaciones crediticias para emisores e inversores, según PINEDO.*

Emisores	Inversores
<ul style="list-style-type: none">• Mejor acceso al mercado.• Mejor aceptación para emisores poco conocidos.• Ayuda a la correcta formación de precios.• Mejora la imagen corporativa.• Permite la afluencia de inversión no residente.	<ul style="list-style-type: none">• Complemento del análisis.• Ayuda a la gestión del riesgo de las carteras.• Permite una mayor diversificación.• Ayuda a invertir en otros mercados.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN

3.1. Reseña histórica

Todo comenzó en septiembre de 1873. En dicha fecha, los grandes proyectos ferroviarios en EE.UU. se habían convertido en la mayor oportunidad global de inversión. Jay Cook & Company, con sede en Filadelfia, lanzó al mercado una suscripción de bonos por valor de 100 millones de dóla-

res de Northern Pacific Railway, promotor de la segunda gran línea transcontinental del país. Sin embargo, las dudas que ya había empezado a generar el negocio de los ferrocarriles, puesto de manifiesto por la prensa en torno a una serie de compañías, unido a la política monetaria restrictiva del presidente Grant complicaron la emisión. Si a esto se unen las consecuencias de la Guerra Franco-Prusiana, el hecho es que Jay Cook se vio obligado a comprar el 75 por 100 de las participaciones, lo que, en pocos días, provocó su quiebra.

En esas fechas, John Moody tenía cinco años, Henry William Poor era un veinteañero, John Fitch y Luther Lee Blake, fundador de *Standard Statistics*, nacerían en esa década. Todos ellos quedaron marcados por las consecuencias de la primera gran crisis capitalista en la era de la Revolución Industrial. Así el veinteañero Poor pudo ver, tal y como lo publicó el diario *The Nation* (CHANCELLER, 2000), como *los inversores se iban de Wall Street como el perro que huye de una cacerola de hoja-lata atada a su rabo*. El hecho es que: la bolsa cerró diez días por primera vez en su historia. Más de 5.000 empresas quebraron en aquella gran depresión. Y 39.000 kilómetros de vía férrea se quedaron *colgados de la brocha*.

El lado positivo de la cuestión fue que la crisis puso de relieve la necesidad de crear *organismos* capaces de evaluar el riesgo de los inversores en EE.UU. La pregunta va de suyo, ¿por qué en EE.UU.? Richard SYLLA (SYLLA, 1994) da tres motivos para que esto haya sido así. En primer término, porque las empresas en Europa se financiaban mediante préstamos bancarios y capital propio, no con bonos. Pero dado que la economía estadounidense era y es de proporciones continentales, sus proyectos de desarrollo eran de gran escala y exigían otras formas de financiación. Por otra parte, la necesidad de fondos en EE.UU., durante buena parte del siglo XIX, proviene de la construcción de vías férreas realizadas por empresas privadas, no por el estado. Finalmente, a partir de 1850, estas empresas tienen un tamaño físico y de negocio demasiado grande para financiarse con bancos o con emisión de acciones, por eso surgió un mercado internacional de bonos del ferrocarril.

Esta crisis de los años setenta del siglo XIX creó el entorno adecuado para la aparición de la ventana de oportunidad de las agencias capaces de dar una indicación a los inversores sobre la capacidad del emisor de estos bonos de cumplir los términos del contrato.

3.2. Las agencias

En 1868, Henry Varnum Poor y su hijo Henry William Poor publicaron el primer volumen de su informe anual de empresas de ferrocarriles *History of the Railroads and Canals of the United* donde se contiene la mayor cantidad de información financiera y operativa de la, en aquel momento, industria más intensiva en capital de los EE.UU., la industria ferroviaria. Las siguientes publicaciones, bajo el sello *Poor's Manual* aportaban información de activos, compromisos y ganancias de las firmas de ferrocarriles, con el objetivo de proporcionársela al inversor para evitar situaciones como la ocurrida con Northern Pacific Railway (S&P, 1885). La **figura 3** muestra una captura tomada de esas primeras publicaciones en la que se muestra una tabla con las ganancias y las millas construidas por una empresa en los diez años anteriores. Sin duda alguna, esta información preten-

día ser una herramienta para el inversor de cara a conocer la solvencia de las compañías ferroviarias en las que poder invertir.

FIGURA 3. Información aportada por S&P sobre la solvencia de una compañía ferroviaria estadounidense en 1885.

	Mileage.	Earnings.	Expenses.	Net Earnings.		Mileage.	Earnings.	Expenses.	Net Earnings.
		\$	\$	\$			\$	\$	\$
1873.....	1,318.15	8,455,792	6,524,827	1,960,965	1879... ..	1,915.48	8,224,565	5,569,788	2,624,777
1874.....	1,476.65	7,644,328	5,722,994	1,921,324	1880.....	2,479.20	12,428,112	7,787,348	4,318,598
1875.....	1,475.90	6,648,106	5,610,310	1,073,796	1881.....	3,348.00	14,467,790	11,243,424	3,224,376
1876.....	1,386.87	7,554,088	5,488,987	2,065,151	1882.....	3,518.40	16,851,690	11,664,752	5,186,938
1877.....	1,342.10	7,773,088	5,421,916	2,311,172	1883.....	3,566.20	16,915,121	12,330,926	3,584,195
1878.....	1,376.60	8,332,867	5,451,941	2,870,926	1884... ..	3,549.30	16,661,603	12,606,304	3,055,299

En 1919, nació Poor's Publishing para editar el manual *Railroad y Mood*. Tres años después comienza a calificar bonos de empresas.

Por su parte, Luther Lee Brake ha pasado a la posteridad por ser el fundador, en 1906, de *Standard Statistics Bureau*, hoy primera sigla de S&P, quien, al igual que los anteriores, publicó tarjetas con información de ferrocarriles y grupos industriales. En ese año, se formó el *Standard Statistics Bureau* con el objetivo de dotar al inversor de información sobre las empresas estadounidenses. En el año 1916 esta agencia publica sus primeras calificaciones a los bonos de dichas empresas. Poco después, comenzarían a calificar, además, deuda soberana, para pasar, inmediatamente, a calificar bonos municipales en 1940. Un año después, en 1941, Poor's Publishing y Standard Statistics se fusionaron dando lugar a Standard & Poor's Corporation. En 1957, se presentó el índice S&P 500, y en 1962, sus acciones se admitieron a cotización en la bolsa de Nueva York, NYSE. En la década de los sesenta del pasado siglo, S&P desarrolló nuevos servicios en relación con bonos corporativos y municipales y, en esa misma época, concretamente en 1966, fue adquirida por McGraw-Hill, de la que es subsidiaria según ella misma pone en sus *copyright*. Actualmente, tiene su sede en Nueva York y está presente en más de veinte países, con su logotipo que se muestra en la **figura 4**.

FIGURA 4. Logotipo de S&P.



FIGURA 5. Logotipo de Moody's.



En el año 1900, John Moody fundó Moody's Corporation, cuyo logotipo se muestra en la **figura 5**, año en el que publicó *The Manual of Industrial and Miscellaneous Securities*, que contenía información y estadísticas acerca de valores y bonos de instituciones financieras y agencias gubernamentales, amén de empresas mineras, manufactureras y de alimentación, sociedad matriz de Moody's Investors Service, después de haber quebrado en el *crack* de la bolsa de 1907, no haciendo frente a sus deudas. Este es un caso típico del *acerbo* gitano, donde no se quería a los hijos con buenos principios. Moody, a partir del libro *Analyses of Railroad Investments* (Moody's, 1917), sobre los valores de las vías férreas, empezó a usar calificaciones de letras para evaluar su riesgo. La **figura 6** muestra un fragmento extraído de una de esas publicaciones en la que se aprecia la calificación dada por Moody's a una empresa ferroviaria de la época. En pocos años, comenzó a calificar, asimismo, empresas industriales y de servicios así como bonos municipales. Al final de la década de los años 20, comenzaron a calificar deuda soberana hasta hoy. Posteriormente, en 1940, incorporó en su quehacer la cobertura a los bonos municipales de EE.UU. En 1924, las calificaciones de Moody's cubrían casi el 100 por 100 del mercado de bonos de EE.UU.

FIGURA 6. Calificación de una empresa ferroviaria norteamericana realizada por Moody's en 1917.

TABLE E.—Stock Record and Ratings (Based on 10-Year Results, Per Mile of Road)								
NAME AND DETAILS OF ISSUE.	Rate and Date Dividends.	Amount Outstanding per Mile.	Average Income Available per Mile.	Dividend Required per Mile of System.	Factor of Safety.	BASIS FOR RATING.		Net Rating.
						Equity.	Salability.	
Chic., Mil. & St. Paul Ry. preferred.	7% M&S	\$11,478	\$1,775	\$801	55%	High	Very high	Aa.
Non-cumulative, 7%. Par \$100. After common has received 7%, each class shares equally. Full voting power. Outstanding (June 30, 1916), \$116,274,900.	See text M&S	11,590	974	521*	46%	Good	"	Baa.*
Chic., Mil. & St. Paul Ry. common.								
Par \$100. Receives 7% after preferred; after which both issues share equally. Full voting power. Outstanding (June 30, 1916), \$117,411,300.								
* For 5% dividend.								
Note: "Average income available" on stock issues is the average surplus, after deducting all fixed and other charges, for the ten years ending June 30, 1916. "Dividend requirement" is the requirement, at the current rate, on the present amount outstanding. For Key to Stock Ratings, see pages 21 to 23.								

Por último, el 24 de diciembre de 1913, John Knowles Fitch fundó Fitch Publishing Company, en Nueva York. La compañía comenzó publicando estadísticas financieras, claves para el mundo financiero, cuyos títulos fueron *The Fitch Bond Book* y *The Fitch Stock and Bond Manual*. En 1924 comenzó a expresar sus calificaciones de riesgos con la escala AAA a D, que posteriormente también utilizó S&P. Hoy tiene doble sede, pues además de Nueva York, también está en Londres después de su unión con IBCA Limited, pequeña empresa de calificación de daños inglesa, en 1997, con sede en dicha ciudad. Fitch Ratings, cuyo logotipo se muestra en la **figura 7**, fue adquirido por Finalac, un *holding* francés que, en 1992, había adquirido IBCA. En el año 2000, Fitch Ratings adquirió, en abril, Duff & Phelps Credit Rating Co., y en diciembre, Thomson Financial Bankwatch, con el propósito de adquirir la condición de competidor global al cubrir el sector asegurador, empresarial y financiero, en especial en financiaciones estructurales.

Al igual que las otras dos agencias, Moody's y S&P, Fitch, fue una de las tres NRSO (Nationally Recognized Statistical Rating Organizations), designadas por la SEC (Securities and Exchange Commission) de EE.UU.

FIGURA 7. Logotipo de Fitch Ratings.



A estas tres agencias, popularmente, y en esto los autores de este trabajo tuvieron bastante que ver, se las conoce como «las hijas de Elena», que, según el dicho popular, aparece debajo del título de este artículo, *ninguna era buena*, al menos si se hace caso a las opiniones que se tienen de ellas. Si para muestra basta un botón, he aquí todo un muestrario.

Thomas Friemann, en una entrevista, afirmó: *existen dos superpotencias en el mundo, Estados Unidos y Moody's; una te puede destruir con bombas y la otra bajando tu calificación*.

Paul KRUGMAN (KRUGMAN, 2011), José Manuel GONZÁLEZ PÁRAMO (PÁRAMO, 2011), Herman VAN ROMPUY (ROMPUY, 2011) y Richard TOMLINSON (TOMLINSON, 2007) consideran a estas agencias como desacreditadas. Concretamente, S&P por otorgar la categoría máxima AAA a grandes porciones de los paquetes de hipotecas basura conocidos como *collateralized debt obligation*, CDO. O en otros momentos críticos, como el del hundimiento de los bancos holandeses en la crisis financiera de Islandia de 2008/2009, estos también tenían la *triple A*.

En el caso de Moody's, a raíz de degradar la deuda soberana de Portugal el 5 de julio de 2011 a categoría Ba2, fue acusada de especular con los mercados y atacar a la economía europea. Además, fue puesta en entredicho la legitimidad de las *hijas de Elena* por Luke BAKER (BAKER, 2011). Y, por si eso

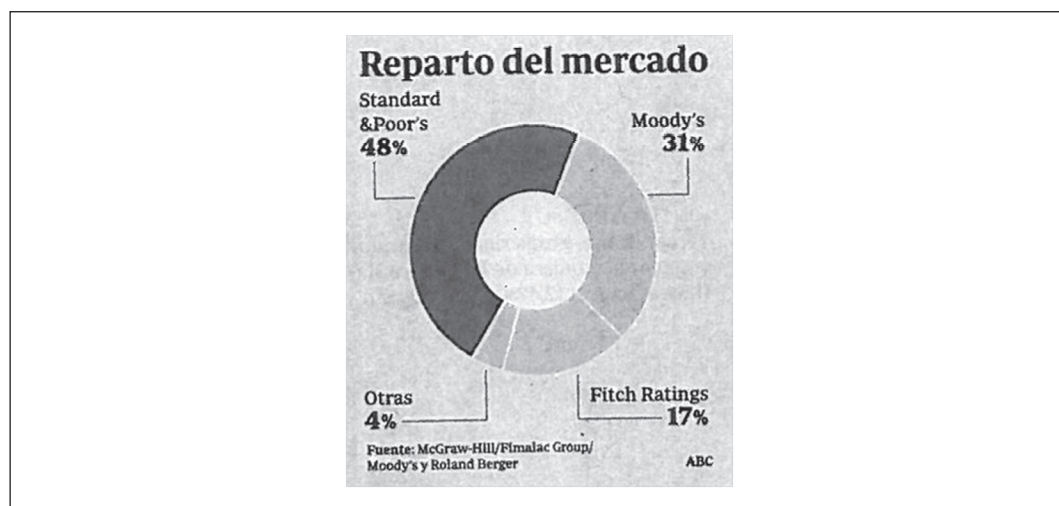
no fuera suficiente, las empresas públicas y de infraestructuras portuguesas como ANA, Energías de Portugal, Redes Energéticas Nacionais y Brisa, autopistas portuguesas, asimismo fueron degradadas a pesar de tener unos perfiles financieros sólidos y beneficios importantes. Los portugueses, ante este despropósito y ataque injustificado, calificaron a Moody's como terrorista económico. De ahí la segunda parte del título de este trabajo, pues la triple A era un grupo terrorista en la Argentina de la dictadura militar.

Desde octubre de 2011 funciona en Internet *Wikirating* una *agencia de calificación gratis*, sin ánimo de lucro, independiente y transparente. Con la que cualquier usuario puede evaluar, *gratis et amore*, a cualquier empresa, institución gubernamental u organización financiera.

Su gestación comenzó en mayo de 2010 cuando el matemático austriaco de 37 años Credé y su socio Erwan Salembier fueron azuzados por el descrédito creciente de las agencias tradicionales y, en especial, las hijas de Elena, a raíz de la calificación que estas le dieron a productos financieros tóxicos, hipotecas *subprime* y la quiebra del banco de inversión Lehman Brothers. Según Credé dijo: *Entonces pensé: ¿por qué no hacer algo como Wikipedia que se ocupase de las calificaciones? Así se evitaría cualquier influencia del mundo económico y político, dado que todos podrían controlar su funcionamiento, que, además, sería abierto y transparente*. Después de más de 1.000 horas de trabajo, el proyecto se puso en marcha. Actualmente cuenta con unos 150 usuarios registrados, pero han sido ya unos 5.000 los que, de una forma u otra, han participado ya en la página digital, que ha tenido unas 20.000 visitas.

Naturalmente, hay más agencias de calificación en el mundo, hasta 75, pero las hijas de Elena se reparten, tal y como se muestra en la **figura 8**, el 96 por 100 del mercado mundial con una cifra de negocio que ronda los 4.600 millones de dólares, es decir, es un auténtico oligopolio. Otras agencias son: Baycorp Advantage, de Australia; Dagong Global Credit Rating, de China; Dominion Bon rating Service Ltd., de Canadá; RRI, A.M. Bist y Japan Credit Rating Agency, de Japón. El Fondo Monetario Internacional, FMI, publica una lista mundial de estas agencias (FMI, 2011) basada en la web de *defaultrisk.com*.

FIGURA 8. *Reparto del mercado de las CC.*



3.3. Estructura, funcionalidades y comportamiento de las hijas de Elena

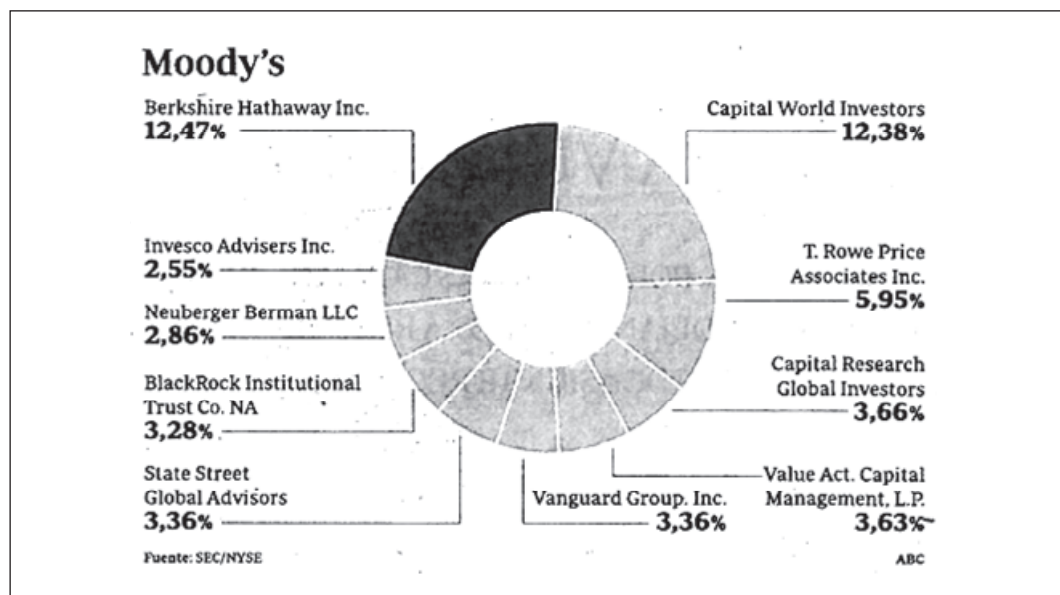
Para poder entender cualquier sistema complejo, y el sistema de evaluación crediticia lo es, se deben tener en cuenta los tres aspectos siguientes: su estructura, sus funcionalidades y su comportamiento que se considerarán, más en detalle, a continuación.

3.3.1. La estructura accionarial (PÉREZ, 2012)

A) Moody's

Esta hija de Elena, cuyos ingresos alcanzaron en 2010 los 2.032 millones de dólares, un 13 por 100 más que el año anterior, aumentando su beneficio un 27 por 100 hasta los cerca de 500 millones de dólares, cotiza en la bolsa de Nueva York y sus diez primeros accionistas y participaciones, que aparecen en la **figura 9**, concentran el 53,5 por 100 del capital.

FIGURA 9. Accionistas y participantes de Moody's.



Entre dichos accionistas destacan dos de especial relevancia en el mundo inversor: *Berkshire Hathaway* y *The Capital World Investors*, ambos con más de un 12 por 100 de participación. El primero, Berkshire, es un conglomerado económico presidido por uno de los más grandes inversionistas mundiales, el multimillonario Warren Buffet, que, además, es su principal accionista. Conocido como el oráculo de Omaha, sus relaciones con el mundo político son públicas y notorias. Estuvo en la mente de Barak Obama como posible secretario del Tesoro americano, o como asesor financiero,

función que ya ejerció en 2003 para el exgobernador de california Arnold Schwarzenegger. Este mismo grupo está integrado, además, por otro magnate americano y destacado miembro del consejo de administración, el cofundador de Microsoft, Bill Gates.

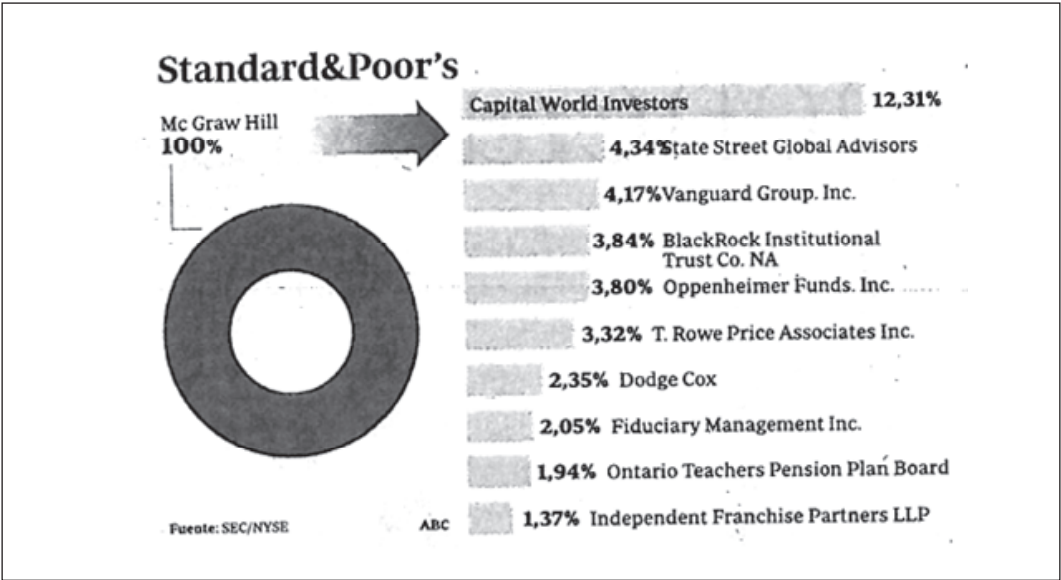
Berkshire Hathaway controla, además de Moody's, grandes negocios vinculados a sectores económicos estratégicos y, o, muy importantes: energía, telecomunicaciones, transportes, construcción, seguros y, esto es relevante para lo que aquí concierne, productos financieros.

Por su parte, detrás de *Capital World Investors*, con sede en el Rockefeller Center de Nueva York, está la familia Rockefeller, cuya cabeza visible en la actualidad es David Rockefeller. El grupo está presidido y dirigido por James F. Rothenberg, gerente asimismo de Harvard Management Company, universidad estrechamente relacionada con el magnate, y miembro de la corporación que dirige los destinos de la Universidad de Harvard.

B) S&P

S&P, a diferencia de Moody's, facturó 1.659 millones de dólares en 2010 con un beneficio que superó los 760 millones de dólares, no cotiza en bolsa, pero sí su propietario: el grupo editorial McGraw-Hill, quien lo hace, asimismo, en la bolsa de Nueva York. Así, entre sus accionistas, que se muestran en la **figura 10**, aparece como accionista de referencia, de nuevo *Capital World Investors*, en este caso, también con más del 12 por 100. Pero no queda ahí la cosa, pues también son accionistas comunes State Street Global Advisor, Vanguard Group, Inc. Black Rock Institutional Trust Co. NA y T. Rowe Price Associates Inc. Si esto no es colusión que baje Dios y lo vea.

FIGURA 10. *Accionistas de S&P.*

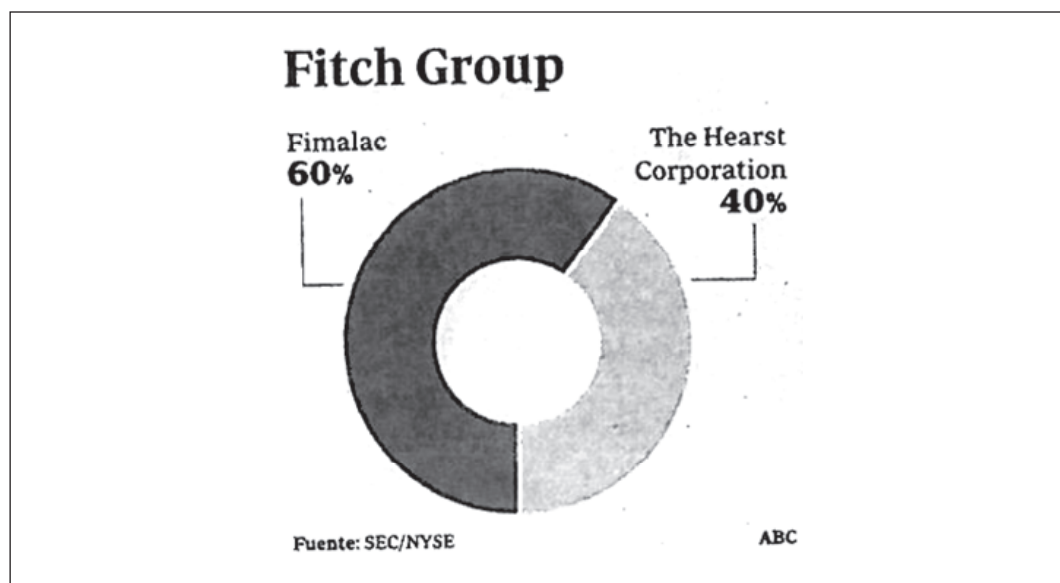


Aunque McGraw-Hill se dedica fundamentalmente a los servicios financieros y el análisis de bonos y acciones, también tiene negocios en el mundo educativo y editorial, así como en medios de comunicación. Su presidente es Harold *Terry* McGraw-Hill III, secretario general, además, de la Bussiness Roundtable, un *lobby* patronal poderoso, que ha presionado, hasta ahora al menos, con éxito para evitar, entre otras cuestiones, una mayor regulación de las agencias.

C) Fitch

Esta agencia, la menor de las tres grandes, solo controla el 17 por 100 del mercado. Su propiedad, tal y como se muestra en la **figura 11**, se reparte entre el grupo Fimalac, con sede en Francia y The Hearst Corporation, la editora de revistas como Elle o Cosmopolitan o canales de TV como ABC de la que tiene el 40 por 100. Fitch, en 2010, tuvo una cifra de negocio de 600 millones de euros, lo que supone un 9 por 100 más que el año anterior.

FIGURA 11. *Accionistas de Fitch.*



Fimalac, cuyo propietario es el magnate francés F. Marco Ladreit de'Lacharriere, estrechamente vinculado al grupo de Bilderberg, además de ocuparse de servicios financieros, también se dedica a actividades inmobiliarias y a empresas culturales. Asimismo, su propietario es administrador de empresas como L'Oreal, Renault o Casino, miembro del consejo asesor del Banco de Francia y de la Academia de Bellas Artes del Instituto de Francia. En 2009 fue nombrado Embajador de Buena Voluntad por la UNESCO.

La mayoría de estos magnates y, más en concreto, Buffett, McGraw-Hill, Rockefeller y Bill Gates, aparecen en la prensa como grandes filántropos. Sin embargo, nada mejor para definir su

comportamiento, hipócrita y sin escrúpulos, que el famoso cuarteto satírico, dedicado hace años en los países hispanos a don Juan de Robres quien, también *filantrópicamente*, hizo construir un hospital para atender a los pobres que él mismo había generado:

*El señor don Juan de Robres,
con caridad sin igual,
hizo construir este hospital,
pero antes hizo los pobres.*

D) Wikirating

Por su parte, además de todo el poder y la independencia de *wikirating*, hay que recordar su gratuidad, y que se basa en la *inteligencia colectiva* de sus usuarios (O'REILLY, 2006). Cualquiera puede poner una nota de solvencia e, incluso, desarrollar nuevas metodologías de análisis.

Hasta ahora, existen dos métodos de calificación similar al de las agencias tradicionales. Uno es una simple votación. Dos, un modelo matemático que contiene variables económicas clásicas como son: la deuda estatal y el crecimiento económico, etc.

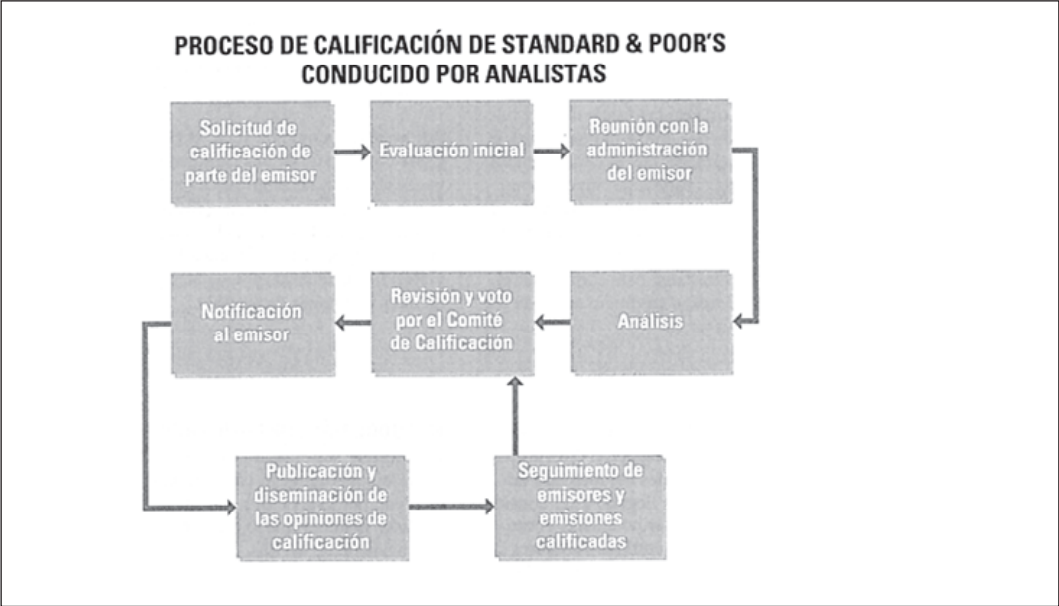
Este modelo se ajusta con otros valores como el Índice de Desarrollo Humano de la ONU. Este modelo matemático de análisis, denominado *Wikirating Sovereign Index* (SIW), puede ser valorado por cualquiera dado que funciona de forma abierta con total transparencia. Una de las *sorpresas* del mismo es que en SIW la deuda pública tiene un peso negativo, determinante frente a las demás variables. Esto hace que los países industrializados con mucha deuda salgan mal parados. Pero es razonable que sea así, pues si se deja dinero a alguien, las deudas que este tenga es un aspecto fundamental para evaluar si podrá, o no, devolver ese dinero.

La crítica mayor es al método del voto, pues la evaluación nada tiene que ver con la democracia. Ante esta objeción, Credé argumenta lo siguiente: *Un método como el del voto también puede aportar información porque al fin y al cabo el mercado está formado por gente que, en última instancia, actúa también de forma subjetiva y emocional. Los mercados no reaccionan siempre de forma racional.* Este argumento sería válido si los que votasen fuesen los inversores, pero más bien son los demás los que votan. Pero, como también él dice, nadie afirma que sus métodos sean correctos. Pero eso si son diáfanos, transparentes y susceptibles de mejora, esto es, adaptativos.

4. FUNCIONALIDAD: METODOLOGÍAS DE LA CALIFICACIÓN

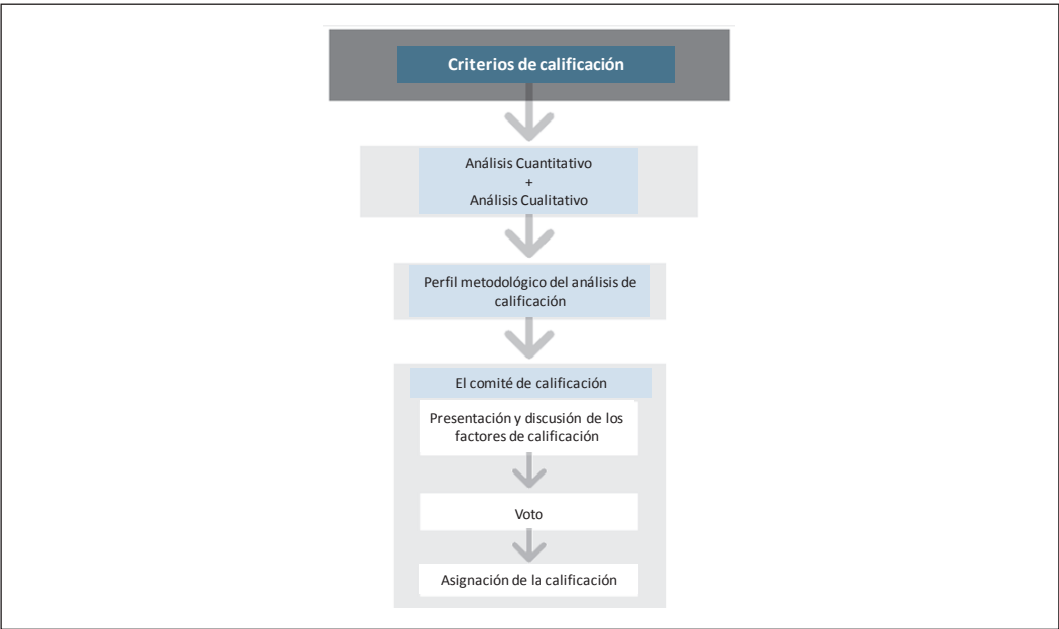
Para formar sus opiniones de riesgo, por lo general, las agencias calificadoras emplean analistas, modelos matemáticos, o bien una combinación de ambos. En la **figura 12**, se muestra el proceso de calificación de S&P conducida por analistas.

FIGURA 12. *Proceso de calificación de S&P.*



A su vez, el recuadro análisis, se realiza tal y como se muestra en la **figura 13**.

FIGURA 13. *Procedimiento general del análisis seguido por S&P.*



Las agencias de calificación de riesgos evalúan a muy distintos tipos de entidades, tanto públicas como privadas. Las principales son: (S&P, 2009) empresas; instituciones financieras; aseguradoras; fondos estructurados; gobiernos, estados y municipios; universidades. Dentro de cada entidad se aplican unos criterios específicos, ya que cada tipo de entidad se supone muy diferente al resto en términos de organización, contexto en el que se desenvuelve, características de su mercado particular, funcionamiento, solvencia y visibilidad, etc. (S&P, 2011).

Por ejemplo, el modelo seguido por S&P para evaluar gobiernos, así como los criterios en los que se basa dicha evaluación lo conforman los cinco factores clave siguientes: efectividad institucional y riesgos políticos; estructura económica y expectativas de crecimiento; liquidez externa posición de inversión internacional; flexibilidad y desempeño fiscal, combinados con el nivel de deuda; flexibilidad monetaria. Cada uno de ellos se evalúa mediante una puntuación, dando así un total de cinco puntuaciones: política, económica, externa, fiscal y monetaria. Las puntuaciones política y económica se promedian obteniéndose el perfil político y económico. Por su parte, las puntuaciones externa, fiscal y monetaria se promedian obteniéndose el perfil de flexibilidad y desempeño. Estos dos perfiles se combinan para obtener la calificación del gobierno en moneda extranjera según se indica en la **figura 14**. A partir de esa calificación, se obtiene la calificación en moneda local.

FIGURA 14. *Tabla utilizada por S&P para evaluar gobiernos.*

Perfil de flexibilidad y desempeño	Categoría	Perfil político y económico										
		Superior	Extremadamente fuerte	Muy fuerte	Fuerte	Moderadamente fuerte	Intermedio	Moderadamente débil	Débil	Muy débil	Extremadamente débil	Riesgo
Categoría	Puntuación	1	1.5	2	2.5	3	3.5	4	4.5	5	5.5	6
Extremadamente fuerte	1 a 1.7	aaa	aaa	aaa	aa+	aa	a+	a	a-	bbb+	N/A	N/A
Muy fuerte	1.8 a 2.2	aaa	aaa	aa+	aa	aa-	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb-
Fuerte	2.3 a 2.7	aaa	aa+	aa	aa-	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb	b+
Moderadamente fuerte	2.8 a 3.2	aa+	aa	aa-	a+	a-	bbb	bbb-	bb+	bb	bb-	b+
Intermedio	3.3 a 3.7	aa	aa-	a+	a	bbb+	bbb-	bb+	bb	bb-	b+	b
Moderadamente débil	3.8 a 4.2	aa-	a+	a	bbb+	bbb	bb+	bb	bb-	b+	b	b
Débil	4.3 a 4.7	a	a-	bbb+	bbb	bb+	bb	bb-	b+	b	b-	b-
Muy débil	4.8 a 5.2	N/A	bbb	bbb-	bb+	bb	bb-	b+	b	b	b-	b-
Extremadamente débil	5.3 a 6	N/A	bb+	bb	bb-	b+	b	b	b-	b-	ccc/cc	ccc/cc

Las cinco puntuaciones acabadas de describir se obtienen a partir de tablas que recogen diferentes criterios. Dichas puntuaciones se ordenan de 1 a 6, donde 6 representa el mayor grado de solvencia. La **tabla 4** recoge, para cada puntuación, los elementos utilizados para determinar dicha puntuación.

TABLA 4. *Puntuaciones utilizadas por S&P para evaluar gobiernos.*

Puntuación	Elementos analizados
Política	<ul style="list-style-type: none"> • Efectividad, estabilidad y previsibilidad de la formulación de políticas e instituciones políticas. • Transparencia y rendición de cuentas de instituciones, información y procesos.
Económica	<ul style="list-style-type: none"> • Producto Interior Bruto, PIB, per cápita en US\$.
Externa	<ul style="list-style-type: none"> • Endeudamiento del país. • Liquidez externa del país.
Fiscal	<ul style="list-style-type: none"> • Cambio en la deuda del gobierno general como porcentaje del PIB. • Nivel de deuda. • Gastos de intereses del gobierno general como porcentaje de sus ingresos. • Costo estimado de la recapitalización de una crisis sistémica del sector financiero en un escenario de estrés, tal como el que acaba de pasar la banca española. • Respaldo estimado del gobierno.
Monetaria	<ul style="list-style-type: none"> • Régimen cambiario. • Credibilidad de la política monetaria. • Efectividad de los mecanismos de transmisión a través del sistema financiero y de los mercados de capitales.

Algunos de los elementos de la **tabla 4** son cuantitativos, verbigracia PIB per cápita, y quedan claramente definidos cómo se utilizan para calcular las puntuaciones. Sin embargo, muchos de los indicadores empleados para la calificación son cualitativos, por ejemplo, los referidos a política, y por tanto, están sujetos a interpretaciones y subjetividad. Esta circunstancia queda patente en el estudio realizado por GARCÍA y RODRÍGUEZ (GARCÍA, 2007) donde, mediante el uso de redes de neuronas para la clasificación de entidades emisoras de deuda, se comprobó que utilizando criterios puramente cuantitativos se obtienen unas calificaciones totalmente diferentes a las realizadas por las agencias. Además, los modelos que utilizan las agencias recogen ciertas reglas interpretables que permiten a los analistas modificar las calificaciones hasta varios niveles. Esta falta de objetividad es uno de los aspectos más criticables de los modelos que emplean las agencias para evaluar a sus clientes.

En efecto, al calificar una empresa, institución u organismo, las agencias asignan un analista, a menudo junto a un equipo de especialistas, para liderar la evaluación de la calidad crediticia de la entidad. Por lo general, los analistas obtienen información de informes públicos, así como de entrevistas y reuniones con el equipo directivo del emisor. Esta información se utiliza para evaluar la situación financiera de la entidad, su forma de operar y sus estrategias de gestión de riesgo.

Por su parte, las calificaciones resultantes del uso de modelos se emplean casi exclusivamente en información cuantitativa, la cual incorporan en un modelo matemático. En este caso, se consideran la calidad de activos, fundamento y rentabilidad de la entidad financiera, principalmente en base a los datos obtenidos de los estados financieros públicos de la entidad y de la información presentada por esta a los órganos reguladores.

A partir de ahí, y usando en todo momento un lenguaje ambiguo y confuso, explican cómo califican, mediante una escala, las opiniones reflejadas por las calificaciones. La ambigüedad viene dada por el uso de términos como verosimilitud, *que... sí*, etc., y la confusión, porque se mezclan conceptos científicos que no deberían.

En efecto, como es sabido los conceptos científicos aplicables a todos los ámbitos del saber son los conceptos clasificatorios o cualitativos, los comparativos o de equiparación y los métricos o cuantitativos. Pues bien, en unos casos se habla de probabilidad y verosimilitud, en otros de deuda calificada en grado de inversión y grado especulativo, claramente clasificatorios y, finalmente, en otros casos, se utilizan *benchmarks*, esto es, un criterio comparativo, y todo ello sin establecer claramente cuándo, cómo, dónde y por qué se emplea cada uno. Y por si esto no fuera suficiente, que lo es en demasía, se habla de escalas de calificación al emplear símbolos alfabéticos aderezados con los signos + y – para expresar las opiniones reflejadas por las calificaciones, ignorando completamente qué significa el concepto de escala, que, naturalmente, puede ser de distintos tipos pero no entreverados.

5. DECÁLOGO DE ACUSACIONES SOBRE LAS HIJAS DE ELENA

En los últimos años los medios de comunicación han recogido las críticas surgidas desde diferentes sectores hacia las agencias de calificación (GARCÍA, 2012) (CARABALLO, 2012) (FMI, 2012). Entre esas críticas destacan las siguientes:

1. *Oligopolio y colusión*. La existencia de un oligopolio de las tres grandes agencias que dominan el mercado mundial de la calificación y que impiden entrar en el mercado a otras agencias es algo constatable y obvio (PÉREZ, 2012) (OCDE, 2012) (*The Wall Street Journal*, 2008 y 2009). Según el profesor F. Partnoy de la Universidad de California en San Diego, UCSD, la legislación norteamericana de las agencias de calificación, hecha por la *Securities and Exchange Commission* (SEC) y el *Sistema de Reserva Federal* (FED), ha eliminado la competencia entre las agencias y ha obligado prácticamente a los actores del mercado a utilizar los servicios de las mismas. Por su parte, la comisaria de la SEC Kathleen Casey ha dicho que estas agencias de calificación de riesgos han actuado como Fannie Mac, Freddie Max y otras empresas que dominan un mercado como consecuencia de acciones del gobierno. Justo cuando las agencias dieron calificaciones catastróficamente engañosas fue cuando tuvieron sus máximos beneficios de siempre, durante la década pasada (*The Wall Street Journal*, 2009). Y esto es pura colusión.

Para resolver este problema, la señora Casey propuso eliminar todas las reglas sobre organizaciones de calificación estadística reconocidas nacionalmente. Propuesta que asimismo hizo el profesor de la New York University Lawrence White. Ed Partny sugiere, al respecto, que los legisladores deberían mirar más los índices de los mercados de intercambio de riesgos de crédito, que son mejores índices de los riesgos de impago de empresas, como Bearn Sterns, en lugar de las erróneas calificaciones de estas organizaciones. Las agencias de calificación han hecho propuestas alternativas que harían, por el contrario, más caro el acceso a este mercado de lo que ya lo es.

El hecho es que la industria de la calificación está excesivamente concentrada a escala internacional, se trata de un oligopolio *natural*, en el que tan solo tres agencias dominan de facto el mercado. Y lo que es peor, dicho mercado cuenta con unas fuertes barreras de entrada y la reputación juega un papel fundamental, lo que hace que resulte ser una fortaleza inexpugnable a la competencia.

Como consecuencia, los honorarios de las empresas calificadoras están por encima del nivel en que se encontrarían de haber un número mayor de competidores. Además, la demanda, en este mercado, es inelástica, ya que un emisor debe pagar el precio requerido por la agencia si quiere obtener una calificación, lo cual es requisito indispensable para acceder a determinados mercados.

Esta falta de competencia tiene consecuencias como son: el abuso de poder, un precio más elevado que el de equilibrio y una peligrosa falta de incentivos a la innovación.

2. *Uso de la «profecía autocumplida».* El descenso de la calificación hecho por una agencia actúa a modo de lo que en inglés se denomina *self-fulfilling prophecy*, *profecía autocumplida*, creando círculos viciosos de retroalimentación positiva que normalmente evocan y provocan la catástrofe de los evaluados. En efecto, el descenso de calificación hace que suban los intereses para la organización y además también pueden verse afectados negativamente otros contratos con otras entidades financieras, lo que resulta en un aumento de gastos y un subsiguiente descenso de solvencia. En algunos casos, los grandes préstamos a compañías pueden incluir una cláusula, que hace que el préstamo deba ser devuelto en su totalidad si la calificación de estas cae por debajo de un cierto punto, normalmente el de calificación de bono especulativo o basura. El objetivo de estas cláusulas desencadenadas por la calificación es asegurar que el inversor, o prestamista, generalmente bancos, pueda reclamar activos de una empresa en dificultades antes de que la empresa se declare en bancarrota y se nombre un interventor para repartir las deudas de la misma. Los efectos de esas cláusulas son, con probabilidad rayana en la certeza, devastadores, más aún, deletéreos. En el caso peor, el más habitual, generalmente, una vez que la agencia de calificación degrada la calificación de una empresa, los créditos y préstamos de la misma deben ser devueltos *ipso facto* en su totalidad y, dado que es incapaz de pagar todos sus préstamos, cabal e instantáneamente, se ve obligada, tras la espiral sin fin, a la bancarrota. Este tipo de cláusula, parece ser, fue determinante en el caso Enron. Desde entonces, las grandes agencias han puesto empeño en detectarlas y disuaden su uso, mientras que la SEC exige que las empresas de capital público estadounidense hagan pública su existencia.

Por otra parte, y como es más que sabido, para que una profecía se cumpla siempre, basta con no ponerle fecha, pues si en un momento se realiza ya está, y si no siempre se puede argumentar que se realizará más adelante. Justamente esto es lo que hacen las *hijas de Elena*.

3. *Incompetencia y falta de calidad y previsión: de las hipotecas subprime a Enron y Lehman Brothers.* La ya citada crisis de las hipotecas subprime, o de alto riesgo, es, tal vez, la principal responsable del debate sobre el papel que juegan las agencias de calificación en los mercados financieros internacionales. Esta crisis se inició en EE.UU. en la primavera de 2007, cuando se produjo un incremento en el número de impagos de dichas hipotecas *subpri-*

me, así como un descenso en el precio de los activos inmobiliarios. Debido a esto, el valor de los instrumentos relacionados con la titulización o conversión de esos activos en forma de préstamos en valores negociables en el mercado, del mercado hipotecario disminuyó considerablemente, produciendo importantes pérdidas a las entidades que habían invertido en ellos. Y lo que fue mucho peor es que la epidemia se convirtió en pandemia al venderse gran parte de esas emisiones de titulización de EE.UU. en los mercados internacionales. Esto produjo todo tipo de consecuencias, indeseadas e indeseables, entre las que cabe destacar: la drástica reducción del volumen de contratación en el mercado interbancario. La reducción de la liquidez en los mercados primarios de renta fija, especialmente en el segmento de los productos estructurados, es decir, aquellos productos financieros con tantas interacciones que al final se vuelven prácticamente opacos para los inversores. El aumento significativo de las primas de riesgo que pagan las entidades de crédito. Y el denominado colapso crediticio, *credit crunch*, que ha afectado tanto a entidades financieras, como a empresas y particulares, limitando el acceso a la financiación ajena.

Este fallo de prevención y evaluación del riesgo que suponían estos productos tóxicos, es decir, aquellos que no solo son malos para sí mismos sino que, además, pueden contaminar y *hacer malos* a otros, ha puesto a las calificadoras en el centro de la diana, siendo objeto de críticas, dando pie a propuestas de la urgente necesidad de reformas del negocio de la calificación crediticia.

Desde el inicio de la crisis económica de 2008, ninguna de las hijas de Elena la previó. Más aún, pues sus fallos ante crisis como la de Enron, cuyas calificaciones permanecieron como normales hasta cuatro días antes de su bancarrota, a pesar de que las tres conocían los problemas gravísimos de la empresa, y los inicios de la actual con Lehman Brothers con calificaciones buenas antes de la debacle, fueron apoteósicos.

Esta baja calidad de las calificaciones efectuadas, demostrando ser totalmente erróneos en ciertos casos en los que diferentes emisores recibieron la calificación más alta pocos días antes de quebrar (ABC, 2012) (GARCÍA, 2007) (POZZI, 2011) (RT, 2011) (SETTY, 2003) (ZAMORA, 2011), evidenciaron los graves defectos y múltiples fallos de las hijas de Elena. De forma directa, muchos autores acusan directamente a las agencias de ser causa de la actual crisis financiera (*El siglo de Europa*, 2011) (ESTEVEZ, 2011) (HUKY, 2012).

El exdirector del FMI dijo en abril del 2010: *Las agencias de rating no siempre aciertan. La gente les cree y por eso tienen influencia a corto plazo, pero a largo plazo lo que predominan son otros factores.* Antes, el 29 de septiembre de 2010, el FMI acusó a las agencias de calificaciones de riesgo por sus usos y abusos a contribuir *involuntariamente* a la inestabilidad financiera.

Por otra parte, la mala calificación de productos estructurados que no reflejaban, en la mayoría de las ocasiones, el riesgo de la inversión hecha.

5. *Chantaje gansteril.* El hecho de que haya tan poca competencia hace que se produzcan comportamientos *gansteriles*, de abuso de poder por parte de las agencias de calificación, como son:

a) Calificaciones no solicitadas. El caso de la multinacional de seguros alemana Hannover Rück es paradigmático al respecto. Moody's publicó una calificación no solicitada de Hannover Rück, con una carta posterior en la que indicaba que *esperaba el día en que Hannover estaría dispuesta a pagar*, así de burdo. Cuando la empresa se negó a satisfacer el chantaje, Moody's continuó calificándola, pero, eso sí, rebajando su calificación durante años sucesivos mientras continuaba realizando el vil chantaje, mediante peticiones de pago, que la aseguradora rechazó. En 2004, Moody's llevó la calificación de la deuda de Hannover al estatus de basura y, aunque las otras agencias le habían dado buenas calificaciones, los accionistas de la aseguradora quedaron conmocionados con la degradación y Hannover perdió 175 millones de dólares en capitalización. Y naturalmente esta mala puntuación originó despidos masivos (KLEIN, 2004). Este es uno más de los abusos y chantajes realizados por las agencias hacia diferentes empresas por medio de calificaciones a la baja no solicitados (KLEIN, 2004). Es decir, se generan calificaciones interesadas y de baja calidad. En efecto, siendo benévolos, al contar con información limitada, generalmente, la calificación es peor que la obtenida si se contase con información completa. Y lo peor es que esta se utiliza como medida de presión para que la empresa termine contratando los servicios de la calificador. Y curiosamente, esta termina siendo, en prácticamente todos los casos, mejor que la inicial.

b) Mercado cautivo. Otra práctica *gansteril*, habitual en las hijas de Elena, es la calificación punitiva, que consiste en la bajada sistemática de algunos escalones de los bonos de finanzas estructuradas que se usan en el activo de una nueva estructura, si previamente no han sido calificados por la misma agencia que se encarga de calificar la nueva estructura. Así se fuerza a los emisores a calificar todas sus estructuras con la misma agencia.

En este apartado también se encuentra la búsqueda de la cautividad de los clientes al usar la *venta en lotes*, mediante el cual la agencia solo emite una calificación de una emisión si el emisor se compromete a calificar con la misma agencia nuevas emisiones.

c) Finalmente, una fracción de los honorarios de las agencias son negociables, lo cual incide sobre la calificación. Así, en ocasiones se produce una distorsión, conocida como *ir de tiendas para la calificación, rating shopping*, que consiste en la búsqueda de otra evaluación más favorable si la otorgada inicialmente no convence al emisor.

5. Obsolescencia y obscurantismo metodológico. De hecho, no se conocen los principios, leyes, parámetros, variables; en fin, las ecuaciones y datos con las que trabajan sus modelos. Esta falta de transparencia en el proceso empleado por las agencias para asignar calificaciones a las diferentes empresas e instituciones (CAÑO, 2012) parece que sea imposible al analizar y eventualmente cuestionar sus evaluaciones.

6. Arbitrariedad. Una parte de la calificación se basa en *opiniones* de sus *expertos*. Las agencias de calificación están registradas como agencias periodísticas, por lo que legalmente solo hacen labores informativas. No están sujetas, pues, a las reglas, es decir, derechos, deberes y responsabilidades, de las firmas de auditoría que deben preservar la transparencia de sus informes y que responden con su patrimonio en caso de una quiebra que no se haya advertido en las auditorías y haya ocasionado perjuicios a un tercero.

7. Conflicto de intereses. Este conflicto se produce en una doble vertiente. Por una parte, debido a que las agencias son calificadoras y consultoras a la vez. A este respecto, el Código de Conducta de las Agencias de Calificación de Crédito (IOSCO) recomienda la creación de «murallas chinas», en las agencias de evaluación, que separen las actividades de calificación de las de asesoramiento. Por otra parte, este conflicto de intereses también viene dado por el sistema de financiación que utilizan, ya que el emisor paga por obtener una calificación, pudiendo influir en la opinión de la agencia. Es decir, el hecho de que son los propios clientes, que pagan, los que son calificados, es lo que motiva el gran número de críticas. Su estrecha relación, tanto con las empresas como con los países emisores que califican, lo que hace que sean, más que arbitrarias, interesadas en sus calificaciones.
8. Confusión conceptual. En lo concerniente a las calificaciones que otorgan, las *hijas de Elena*, comenten varios errores de *libro*. En primer lugar, aunque disfrazados con el equivalente a las notas de los estudios norteamericanos, en realidad lo que hacen es clasificar las emisiones.

Como es más que sabido, los conceptos clasificatorios, junto con los comparativos y los métricos son los conceptos transversales presentes en todos los dominios científicos. Ahora bien, para que sean correctos, deben cumplir obligatoriamente dos tipos de condiciones; a saber: formales o necesarias y materiales o suficientes. Las primeras son estructurales y comunes a todos los dominios de evaluación e independientes de dicho dominio. Las segundas son específicas y peculiares del dominio concreto donde se realice la evaluación. Entre estas cabe citar: la naturalidad, expresividad y facilidad del cálculo. Ciertamente, ninguna de las evaluaciones de cualquiera de las *hijas de Elena* cumple, efectivamente, alguno de dichos criterios materiales. Y lo que es aún peor, tampoco verifica las condiciones formales de adecuación. El exponer las razones de este incumplimiento, aquí y ahora, excede el ámbito de este trabajo, pero solo por dar un ejemplo, se hacen clasificaciones multicriterio sin que se utilicen los métodos de la taxonomía numérica, que serían los más adecuados en este caso. Esto hace que algún producto pueda caer en más de una clase. Por otra parte, el uso de escalas tampoco es correcto, además de confuso y ambiguo.

Como ellos mismos dicen, y a modo de confesión de parte sin necesidad de prueba en contrario, las agencias calificadoras emiten solo opiniones. Pero, eso sí, las disfrazan con el ropaje y pseudoavales científicos, tales como el uso de modelos, con pretensiones prospectivas, aunque, confundiendo churras con merinas, hablando siempre de previsiones. Esto es, de nuevo muestran que confusión y, o, ignorancia, pues no distinguen entre previsión y prospectiva, por una parte, y la adivinación y los augurios de la profecía, por otra.

9. Anquilosamiento. Por otro lado, al tratarse de una industria madura en el que las empresas cuentan con un gran poder de mercado, no se realizan todos los cambios e innovaciones, en materia de metodologías de evaluación, exigibles. Esto, en un sector en continua evolución como es el financiero, y en un mundo de intenso dinamismo donde lo único permanente es el cambio, en el que continuamente se desarrollan productos financieros cada vez más sofisticados y complejos, constituye un *handicap* que solo se puede superar si las empresas más reputadas y con una mayor cuota de mercado encuentran los incentivos necesarios para desarrollar nuevos métodos de evaluación más ajustados a las necesidades cambiantes del mercado financiero actual. Lo que a día de hoy no es el caso.

10. Ataque deliberado a los intereses europeos por parte de las agencias americanas (ABC, 2012) (HIGUERAS, 2012) (PÉREZ, 2011) (QUATRENER, 2012). Existen propuestas para la creación de una agencia de calificación de riesgos europea que sea capaz de competir con el oligopolio de las tres grandes y evitar así el ataque deliberado a los intereses de las entidades de la zona euro (*La Vanguardia*, 2012).

6. RESUMEN Y CONSIDERACIONES FINALES

Algunas de las críticas enumeradas tienen que ver directamente con el oligopolio existente, la OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) (OCDE, 2010) defiende una profunda reforma del mercado de las agencias de calificación realizando propuestas encaminadas a eliminar el monopolio existente, a crear un modelo centrado en el inversor y un nuevo marco legal que regule, en mayor medida, a las agencias. Sin embargo, eso podría no ser suficiente en opinión de diferentes autores que han realizado propuestas encaminadas a cambiar el modelo existente.

La falta de una entidad que evalúe a las propias agencias y supervise su funcionamiento para garantizar que el inversor reciba la mejor información posible (GÓMEZ, 2012) (LA OREJA FERROZ, 2012) es una necesidad sentida e imperiosa. Mejor hoy que mañana.

Aparte de la regulación planteada por IOSCO, entre las propuestas más destacadas en el ámbito de las agencias de calificación de riesgos destaca la realizada por SETTY y RANDALL (SETTY, 2003). En ella, se presenta un conjunto de recomendaciones a seguir en el ámbito de las agencias de calificación de riesgos, entre las que cabe destacar las siguientes: prestar atención a la modificación de los procesos seguidos en las agencias para evitar los efectos colaterales, actualizar las calificaciones con mayor frecuencia, aumentar la transparencia en el proceso, y acceso igualitario a la información por parte de cualquier inversor.

GARCÍA y VICENS (GARCÍA, 2000 y 2006) proponen un mecanismo que, mediante la utilización de un modelo con datos de panel, consiga definir una medida de riesgo soberano altamente correlacionada con las notas crediticias que elaboran las tres grandes agencias. Para ello realizaron un estudio de los indicadores económicos que mejor explican la calificación realizada por las grandes agencias, siendo estos incorporados al panel de datos y utilizados con el objetivo de clasificar las entidades mediante un modelo de regresión.

Cabe destacar también entre las propuestas existentes la de potenciar el modelo de calificación de riesgos denominado *wikirating*, que funciona de forma similar a como lo hacen las *wikis* colaborativas, permitiendo así realizar calificaciones más baratas y accesibles por los inversores (Euroxpress, 2012) (LIDÓN, 2012).

Para continuar, *las hijas de Elena* tienen muy presente el hecho de que el catastrofismo siempre opera a favor del vaticinador del mismo, pues si ocurre, actúan, como mínimo, como en el parchís *comen una y cuentan veinte*, y si no acaece, el alivio es tan grande que enseguida se olvida el pati-

nazo. Además, de nuevo muestran confusión y, o, una ignorancia supina, o, interesada, entre lo que son los conceptos clasificatorios, comparativos y métricos.

Finalmente, son conscientes de algo obvio, jamás ponen fecha a la profecía, augurio, vaticinio o lo que sea, que emiten, eso sí, como opinión. En efecto, como es más que sabido, una profecía sin fecha de caducidad siempre es imposible de certificar su falsedad.

En suma, la mezcla de *profecía autocumplida*, catastrofista y sin fecha, que es lo que, en realidad, es la opinión de las hijas de Elena, si no fuera por las consecuencias deletéreas que comporta, se reduciría al timo de la estampita como el producido por los adivinos televisivos. Aunque, ciertamente, un timo sin riesgos legales y realmente económicamente rentabilísimo.

Bibliografía

- CAÑO, X. [2012]: «Oscuras agencias de calificación», *El Libre Pensador*.
- CARABALLO, M. [2011]: «Agencias de ratings en el punto de mira», *Gurus Blog*, fecha de consulta: 1 de marzo de 2012, <http://www.gurusblog.com/archives/agencias-de-rating-en-el-punto-de-mira/27/12/2011/>.
- El Siglo de Europa [2011]: «Las todopoderosas agencias de calificación», *El Siglo de Europa*, n.º 919.
- Euroxpress [2012]: Wikirating, la alternativa popular a las agencias de calificación.
- Fitch Ratings [2012]: <http://www.fitchratings.com>, fecha de consulta, 1 de marzo de 2012.
- FMI [2010]: *Global Financial Stability Report*, Chapter 3.
- GARCÍA, J. [2012]: «Carta a la Reina», *Libertad Digital*, fecha de consulta: 1 de marzo de 2012. <http://m.libertaddigital.com/?op=opinion&id=62798>.
- GARCÍA, O. y RODRIGUEZ, M. [2007]: «Simulación de las calificaciones de rating de la agencia S&P mediante redes neuronales artificiales y ratios financieros», *XIX Congreso anual y XV Congreso Hispano Francés de AEDEM*, 2.
- GARCÍA, S. y VICÉNS, J. [2000]: *Especificación y estimación de un modelo de riesgo de país*, UAM.
- [2006]: «Factores condicionantes en la medición del riesgo soberano en los países emergentes», *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 24-1, págs. 559-581.
- GÓMEZ, A. [2011]: «¿Quién califica a las calificadoras de riesgo?» *Alejandroomezamez's blog*, fecha de consulta: 1 de marzo de 2012, <http://alejandroomezamez.wordpress.com/2011/08/12/¿quien-califica-a-las-calificadoras-de-riesgo>.
- HIGUERAS, G. [2012]: «Las agencias de calificación trabajan a favor del dólar», *Diario El País*.
- HUKY, R. [2010]: *Se va conociendo la implicación de las agencias de rating en la crisis financiera*, fecha de consulta: 1 de marzo de 2012. <http://www.gurusblog.com/archives/author/guruhucky/>.
- KLEIN, A. [2004]: «Credit raters' power leads to abuses, some borrowers say», *The Washington Post*.
- La Oveja Feroz [2010]: *¿Quién evalúa a Standard & Poor's?*, fecha de consulta: 1 de marzo de 2012, <http://laovejaferoz.blogspot.com/2010/06/quien-evalua-standard-poores.html>.

- LaVanguardia.com [2011]: Merkel aboga por una agencia de calificación de riesgos con sede europea. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2012. <http://www.lavanguardia.com/economia/20110618/54172738717/merkel-aboga-por-una-agencia-de-calificacion-de-riesgos-con-sede-europea.html>.
- LIDÓN, L. [2012]: «Tiembla Moody's, llega la wikipedia de los rating», *Eleconomista.es*.
- MOODY, J. [1917]: *Moody's analyses of investment. Steam railroads*.
- O'REILLY, R. [2006]: *Harnessing Collective Intelligence*, <http://radar.oreilly.com/2006/11/harnessing-collective-intellig.html>.
- OECD [2010]: *Competition and Credit Rating Agencies. OECD Heaerrings*.
- PÉREZ, F. y QUIÑONERO, J.P. [2012]: «Un ataque masivo de S&P a la UE golpea a España y derriba la triple A francesa», *Diario ABC*.
- PÉREZ, M.J. [2012]: «Negocio y poder tras las agencias de calificación», *Diario ABC*, 22 de enero de 2012, págs. 4-7.
- [2012]: «Negocio y poder tras las agencias de calificación», *Diario ABC*.
- PINEDO, N. [2011]: «Una aproximación a la industria de calificación crediticia: ¿está justificada la polémica?», *RCyT. CEF*, n.º 350-1, págs. 155-194.
- POZZI, S. [2011]: «Una extensa lista de errores», *Diario El País*.
- QUATREMER, J. [2011]: ¿A qué juegan las agencias de calificación?, *PressEurop*.
- SETTY, G. y RANDALL, D. [2003]: «Credit Rating Agencies: their impact on capital flows to developing countries», *Financial Policy Forum*, Special Policy Report 6.
- Standard & Poor's [1885]: *Poor's manual of railroads*. NY Poor's Pub. Co.
- [2009]: *Guía sobre aspectos fundamentales de las calificaciones crediticias*.
 - [2012]: *Guide to Credit Raring Criteria. Why criteria are important and how the are applied*.
- Standard & Poor's, Credit FAQ [2012]: *Factors behind our rating actions on eurozone Sovereign Governments*.
- SYLLA, R. y WRIGHT, R. [1994]: «Networks and History's Generalizations: Comparing the Financial Systems of Germany, Japan, Great Britain, and the United States of America. 2», *Business and Economic History On-Line*.
- The Wall Street Journal [2008]: *AAA Oligopoly*.
- [2009]: *A Triple-A Idea: Ending the rating oligopoly*.
- WHITE, L.J. [2010]: «Markets: the credit rating agencies», *Journal of Economics Perspectives*, vol. 24, n.º 2, págs. 211-226.
- ZAMORA, J. [2012]: «Las agencias de calificación: los oráculos también yerran», *El Imparcial*.

CONTABILIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 4/2012, DE 24 DE FEBRERO, PARA EL PAGO A LOS PROVEEDORES DE LAS ENTIDADES LOCALES

LUIS MIGUEL PALACIOS ALBARSANZ

Interventor General del Ayuntamiento de Alcorcón

Extracto:

EL artículo tiene por objeto analizar la contabilidad de las operaciones derivadas del Real Decreto-Ley 4/2012 para el pago a los proveedores de las entidades locales, tanto desde el punto de vista presupuestario como de la contabilidad financiera.

Dicho análisis trata de abarcar la totalidad de las operaciones posibles tanto para las propias entidades locales como para sus organismos autónomos.

Respecto a las entidades locales, se expone la contabilidad presupuestaria y financiera tanto del pago de las deudas a los proveedores (distinguiendo si las obligaciones estaban aprobadas o pendientes de aprobación), como de las demás operaciones derivadas de dicho pago (modificaciones del presupuesto, concertación de una operación de crédito, etc.).

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 4/2012 presenta la peculiaridad de que las entidades locales van a realizar el pago no solo de sus propias obligaciones, sino también de las de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles dependientes. Por ello, el artículo analiza asimismo la contabilización por parte de la entidad local del pago de las obligaciones de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles dependientes y el posterior reintegro de los fondos por estas a la entidad local.

Finalmente, el artículo se refiere a la contabilización de estas operaciones en los organismos autónomos locales, que también están sujetos al régimen de contabilidad pública.

Palabras clave: contabilidad pública, entidades locales, pago a proveedores, Real Decreto-Ley 4/2012 y organismo autónomo local.

ACCOUNTING ROYAL DECREE LAW 4-2012, OF 24 FEBRUARY, PAYMENT PROVIDERS LOCAL AUTHORITIES

LUIS MIGUEL PALACIOS ALBARSANZ

Interventor General del Ayuntamiento de Alcorcón

Abstract:

THE objective of this article is to analyze the accounting of the operations derived from the Royal Decree Law 4-2012, for the payments to suppliers of Local Corporations, from a budgetary and a financial accounting points of view.

The above mentioned analysis tries to include all the possible operations for Local Corporations and for their Autonomous Organisms.

Regarding to Local Corporations, this article explains the budgetary and financial accounting as much of the payments of the debts to the suppliers (distinguishing the obligations approved from the pending of approval), as the other operations coming from that payments (budget modifications, credit operations agreements, etc.).

On the other hand, the peculiarity of the Royal Decree Law 4-2012 is that Local Corporations are going to make the payments not only of their own obligations, but of their Autonomous Organisms and other mercantile dependent companies obligations too. As a result of this, this article analyzes likewise the Local Corporations accounting of the payment of these Autonomous Organisms and other mercantile dependent companies obligaciones and the accounting of their later reimbursement by them to the Local Corporation.

Finally, this article refers to the accounting of these operations in Autonomous Local Organisms, that are subjected to the regime of public accounting too.

Keywords: public accounting, local corporations, pay to suppliers, Royal Decree Law 4-2012 and autonomous local organisms.

Sumario

1. Introducción: el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, para el pago a los proveedores de las entidades locales.
 - 1.1. El Real Decreto-Ley 4/2012 y su contenido.
 - 1.2. La contabilidad de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012.
2. Contabilización del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, en la contabilidad de la propia entidad local.
 - 2.1. Contabilización de las obligaciones de la propia entidad local.
 - 2.2. Contabilidad de las facturas pendientes de pago de los organismos autónomos locales.
 - 2.3. Contabilidad de las facturas pendientes de pago de las sociedades mercantiles locales.
3. Contabilización del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, en la contabilidad de los organismos autónomos locales.
 - 3.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación.
 - 3.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes.
 - 3.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar.
 - 3.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación del organismo autónomo.
 - 3.5. Anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago del organismo autónomo.
 - 3.6. Cancelación de la deuda del organismo autónomo con la entidad local surgida como consecuencia del pago de las obligaciones previstas en el Real Decreto-Ley 4/2012.
4. Ejemplo práctico.
 - 4.1. Contabilidad de ayuntamiento.
 - 4.2. Contabilidad del organismo autónomo de deportes.
 - 4.3. Contabilidad del organismo autónomo de empleo.

1. INTRODUCCIÓN: EL REAL DECRETO-LEY 4/2012, DE 24 DE FEBRERO, PARA EL PAGO A LOS PROVEEDORES DE LAS ENTIDADES LOCALES

1.1. El Real Decreto-Ley 4/2012 y su contenido

La grave crisis económica que ha sufrido España en los últimos años ha supuesto una reducción considerable de los ingresos de las entidades locales, lo que a su vez ha producido importantes retrasos en el pago de las obligaciones de estas con sus proveedores. Estos retrasos en los pagos han generado importantes problemas de liquidez para las empresas, que se vieron agravados por las restricciones al crédito en el sistema financiero, con consecuencias negativas para las empresas y en consecuencia para el conjunto de la economía española.

Con la finalidad de dar solución a este problema de retrasos acumulados en el pago a los proveedores por parte de las entidades locales, se aprobó el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Posteriormente, se aprobó el Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el fondo para la financiación del pago a los proveedores. La finalidad de estas normas era facilitar a las entidades locales un mecanismo que les permitiese abonar las obligaciones pendientes de pago anteriores al 31 de diciembre de 2011, otorgando una importante inyección de liquidez a las empresas acreedoras.

Para conseguir este objetivo, resumidamente, el procedimiento que se recoge en ambos reales decretos-leyes para el pago a los proveedores de las entidades locales es el siguiente:

1. Las entidades locales debían remitir al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas una relación de las obligaciones pendientes de pago a sus proveedores anteriores al 31 de diciembre de 2011, que cumpliesen una serie de requisitos.

Es necesario destacar, porque va a ser relevante para la contabilización de las operaciones, que conforme al artículo 3.4 del Real Decreto-Ley 4/2012, la entidad local (ayuntamiento, diputación provincial, etc.) debía remitir información de las obligaciones pendientes de pago no solo del propio ayuntamiento sino también de los organismos autónomos, sociedades

mercantiles de capital íntegramente local, y demás entidades dependientes que pertenezcan a la entidad local.

2. Una vez remitida la relación de las obligaciones pendientes de pago (que podía ser modificada a solicitud de los proveedores en caso de que alguna obligación no se hubiese incluido inicialmente por la entidad local), la entidad local disponía de una plaza para realizar el pago de las reiteradas obligaciones pendientes, y en caso contrario las mismas serían pagadas por el Estado mediante el mecanismo de financiación creado a estos efectos.
3. Para financiar dichos pagos, las entidades locales podían concertar una operación de crédito con el Fondo para la financiación del pago a proveedores creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, en las condiciones establecidas en el Real Decreto-Ley 4/2012 y Real Decreto-Ley 7/2012.
4. Finalmente, el pago de estas obligaciones se garantiza con la participación en los ingresos del Estado de la entidad local, de manera que en caso de que esta no devolviese al Estado las cantidades pagadas por este, o si hubiese acudido a la operación de crédito no atendiese los vencimientos de la misma, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas retendrá las cantidades impagadas de la participación en los ingresos del Estado que correspondan mensualmente a la entidad local.

1.2. La contabilidad de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012

El objetivo de este trabajo es analizar los efectos presupuestarios y la contabilización de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012 en la contabilidad de las entidades locales y los organismos autónomos locales. No se recoge sin embargo la contabilización de las operaciones en las sociedades mercantiles locales, dado que estas no ajustan su contabilidad a la Contabilidad Pública Local sino al Plan General de Contabilidad de las empresas privadas.

La contabilización de las operaciones derivadas del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, se regula en dos normas:

- La Instrucción de Contabilidad de la Administración Local (ICAL) aprobada, en su modelo normal, mediante Orden EHA/4041/2004, de 23 de noviembre.
- La Nota Informativa 1/2012, de 21 de mayo, de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), dictada por esta en ejercicio de las competencias que le atribuye la Regla 9 de la Instrucción de Contabilidad para la Administración Local.

Esta Nota Informativa 1/2012 recoge las normas para la contabilización de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012 en la contabilidad de la propia entidad local y respecto de sus propias obligaciones, pero sin embargo no hace referencia la IGAE ni a la contabilización por parte de la entidad local del pago de las obligaciones de sus organismos autónomos locales y sociedades mercantiles, ni a la contabilización de estas operaciones en la contabilidad de los propios organismos autónomos locales, cuestiones que sí se abordan en el presente trabajo.

2. CONTABILIZACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 4/2012, DE 24 DE FEBRERO, EN LA CONTABILIDAD DE LA PROPIA ENTIDAD LOCAL

2.1. Contabilización de las obligaciones de la propia entidad local

La contabilización de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012 en la contabilidad de la entidad local, respecto a las obligaciones de la propia entidad local, ha sido como se ha dicho regulado por la IGAE en la Nota Informativa 1/2012, que recoge cinco operaciones a reflejar por parte de las entidades locales:

1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación.
2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes.
3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar.
4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación.
5. Anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago.

2.1.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación

El artículo 5 del Real Decreto-Ley 4/2012 establece: «La expedición tanto de las relaciones certificadas como de los certificados individuales conllevará la contabilización de las obligaciones pendientes de pago, en caso de no estarlo.»

Conforme a dicho artículo, aquellas obligaciones que hasta ese momento no hayan sido contabilizadas por la entidad local, deben serlo en el momento de certificar la deuda, por alguno de los siguientes sistemas:

1. Mediante su debida aprobación e imputación a presupuesto con el reconocimiento de la obligación correspondiente, en la cuenta 400 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente».
2. Si lo anterior no fuese posible, la obligación deberá reflejarse en la contabilidad de la entidad local mediante la cuenta 413 «Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar a presupuesto».

De acuerdo con lo anterior, los primeros asientos a realizar por la entidad local serán los relativos a la contabilización de las obligaciones pendientes de contabilizar, mediante los siguientes asientos:

- a) Si las obligaciones se imputan al presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	–	
004	Gastos autorizados		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	–	
005	Gastos comprometidos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		–

b) Si las obligaciones no se imputan al presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
413	Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		–

2.1.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes

La segunda operación que deben contabilizar las entidades locales es el pago de las obligaciones a los proveedores.

Varias son las cuestiones a destacar de esta operación:

1. Divisionaria del subgrupo 57 «Tesorería». Conforme a la normativa reguladora del fondo para la financiación del pago a proveedores, creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, el pago de las obligaciones se realiza directamente por el fondo (a través de distintas entidades financieras) a los proveedores, si bien el modelo de contrato de préstamo establece la obligación de que los ayuntamientos abran una cuenta bancaria restringida para la realización de estos pagos.

De acuerdo con esta operativa, y en particular con la existencia de movimiento de fondos en una cuenta bancaria de titularidad de la entidad local, la IGAE en la Nota Informativa 1/2012 establece que la contabilización de la operación debe realizarse mediante la cuenta 575.9 «Otras cuentas restringidas de pagos» (cuenta 575 «Cuentas restringidas de pagos» en el modelo simplificado).

2. Cuenta de cargo en el pago. En la contabilización del pago a los proveedores, la cuenta de cargo podrá ser una de las siguientes:

- a) Cuenta 401 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados». Uno de los requisitos que establece el Real Decreto-Ley 4/2012 respecto a las obligaciones que pueden ser pagadas es que las mismas sean anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que lo normal es que dichas obligaciones hayan sido reconocidas con cargo al presupuesto del ejercicio 2011 o anteriores. En consecuencia, con carácter ordinario la cuenta que debería cargarse en el asiento del pago es la 401 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados».
- b) En el caso de que la obligación que va a ser pagada se haya reconocido con cargo al presupuesto del ejercicio 2012 (tal y como se explica en el epígrafe 2.1.1), la cuenta de cargo en el asiento del pago será la cuenta 400 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente».
- c) Finalmente, si la obligación que va a ser pagada no se ha reconocido presupuestariamente (tal y como igualmente se explica en el epígrafe 2.1.1), el pago se contabilizará con cargo a la cuenta 555 «Pagos pendientes de pago».
3. Simultaneidad del reconocimiento del derecho por la operación de crédito concertada.

Como se ha indicado anteriormente, si bien el pago de las obligaciones se realiza directamente por el fondo creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, las normas de funcionamiento del mismo exigen la apertura de una cuenta restringida de pagos de titularidad municipal, desde la que se realizaran los pagos, y por tanto en la que simultáneamente el fondo ingresara el importe de la operación de crédito a largo plazo concertada por la entidad local.

En consecuencia, la contabilidad debe reflejar como, simultáneamente al pago de las obligaciones, se produce el ingreso de la operación de crédito a largo plazo concertada con el fondo de pago a proveedores.

4. Cuenta del endeudamiento a largo plazo. Finalmente, señalar que, tal y como ha establecido la IGAE en la Nota Informativa 1/2012, el fondo para el pago a proveedores, que es el que concede la operación de crédito, no tiene el carácter de entidad de crédito y por tanto la cuenta en la que debe recogerse el endeudamiento es la 171 «Deudas a largo plazo».

Debe asimismo tenerse en cuenta que la operación de crédito se concierta con dos años de carencia en la amortización, por lo que toda la deuda se recogerá en la mencionada cuenta 171 «Deudas a largo plazo», sin que ningún importe se impute a la cuenta 521 «Deudas a corto plazo».

Conforme a lo señalado, los asientos a realizar por el pago a los proveedores, y la simultánea obtención del crédito a largo plazo, son:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	—	
401	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados	—	
555	Pagos pendientes de aplicación	—	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		—

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pago	–	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	–	
171	Deudas a largo plazo		–

2.1.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar

La siguiente operación que deben contabilizar las entidades locales conforme al Real Decreto-Ley 4/2012 es la aprobación de la modificación presupuestaria necesaria para imputar al presupuesto de gastos las obligaciones que hasta ese momento no se hubiesen aprobado.

A estos efectos, el artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 4/2012 establece:

«En el supuesto de que la operación de endeudamiento se destine, total o parcialmente, a la cobertura de obligaciones que quedaron pendientes de aplicar a presupuesto, estas deberán reconocerse en su totalidad en el presupuesto vigente para 2012, con cargo al importe que corresponda del total financiado»

Respecto a esta operación, es necesario destacar varias cuestiones:

1. Financiación de la modificación presupuestaria. Conforme al artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 4/2012, la financiación de esta modificación presupuestaria se realizará con la propia operación de crédito concertada.
2. Tipo de modificación. Respecto a la modificación presupuestaria que puede ser aprobada, al financiarse la misma con una operación de crédito, tendrá que ser necesariamente un crédito extraordinario o un suplemento de crédito cuya aprobación corresponderá al Pleno de la corporación.
3. Importe de la operación. Respecto al importe de la modificación del presupuesto, esta no se realizará por el total de la operación de crédito concertada, sino únicamente por el importe de las obligaciones que van a ser pagadas y que estuviesen pendientes de aplicar al presupuesto.

De acuerdo con lo anterior, los asientos a realizar por la modificación del presupuesto serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente	–	
0020/ 0021	Crédito extraordinario/Suplemento de crédito		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
0020/ 0021	Crédito extraordinario/Suplemento de crédito	–	
0030	Créditos disponibles		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación del presupuesto de ingresos	–	
000	Presupuesto ejercicio corriente		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas	–	
007	Modificación del presupuesto de ingresos		–

2.1.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación

La siguiente operación que deben contabilizar las entidades locales, derivada del Real Decreto-Ley 4/2012, es la aplicación al presupuesto de las obligaciones que hayan sido pagadas conforme al Real Decreto-Ley 4/2012, pero que estuviesen pendientes de aprobación.

A estos efectos, tal y como se ha señalado anteriormente, conforme al artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 4/2012, obligatoriamente las obligaciones pagadas al amparo de este deberán aprobarse antes del 31 de diciembre de 2012.

En relación con esta operación, dos son las cuestiones fundamentales a destacar:

1. Financiación de la obligación. En primer lugar, respecto a la dotación presupuestaria para la aprobación de estas facturas, conforme al artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 4/2012 transcrito anteriormente, dicha dotación presupuestaria procederá de la modificación presupuestaria aprobada con el endeudamiento y que se ha explicado en el epígrafe anterior de este trabajo.
2. Cuenta de aplicación. En segundo lugar, hay que destacar que las facturas y gastos cuya obligación se va a reconocer, ya habrán sido pagadas con los fondos del Real Decreto-Ley 4/2012, y habrán sido contabilizadas en la cuenta 413 «Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto» la obligación, y en la cuenta 555 «Pagos pendientes de aplicación» el pago (tal y como se recoge en los epígrafes 2.1.1 y 2.1.2 de este trabajo). En consecuencia,

simultáneamente a la aprobación y reconocimiento presupuestario de la obligación, deberá procederse a la cancelación tanto de la cuenta 413 «Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto» (mediante un asiento de signo negativo, conforme a lo establecido en la ICAL), como de la cuenta 555 «Pagos pendientes de aplicación», a través de la cuenta 579 «Formalización».

En consecuencia, los asientos a realizar por la imputación a presupuesto de las obligaciones pendientes serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	–	
004	Gastos autorizados		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	–	
005	Gastos comprometidos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
413	Obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	–	
579	Formalización		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	–	
555	Pagos pendientes de aplicación		–

2.1.5. Anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago

La última operación que deben contabilizar las entidades locales en relación con sus propias obligaciones es la anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago derivadas de dichas obligaciones.

Esta operación se regula en el artículo 9.2 del Real Decreto-Ley 4/2012 que establece:

«El abono a favor del contratista conlleva la extinción de la deuda contraída por la entidad local con el contratista incluyendo el principal, los intereses, costas judiciales y cualesquiera otros gastos accesorios.»

Conforme a dicho artículo, la entidad local debe proceder a anular los intereses de demora y cualesquiera otras obligaciones que tuviese contabilizadas pendientes de pago, derivadas de las deudas pagadas mediante el mecanismo del Real Decreto-Ley 4/2012.

La Nota Informativa 1/2012 de la IGAE establece que dicha anulación se contabilizará mediante los siguientes asientos, en función de la situación en que se encuentren las obligaciones accesorias:

1. Intereses de demora y obligaciones accesorias de presupuestos cerrados. La baja de dichas obligaciones se contabilizará, conforme a la IGAE, mediante el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
401	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados	–	
7790	Beneficio por la modificación de obligaciones		–

2. Intereses de demora y obligaciones accesorias de presupuesto corriente. La baja de dichas obligaciones se contabilizará, conforme a la IGAE, mediante los siguientes asientos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	–	
579	Formalización		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	–	
430.2	Deudores por derechos reconocidos de presupuesto corriente. De otros ingresos sin contraído previo		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos de presupuesto corriente. De otros ingresos sin contraído previo	–	
778	Ingresos extraordinarios.		–

3. Intereses de demora y obligaciones accesorias pendientes de aplicar al presupuesto. La baja de dichas obligaciones se contabilizará, conforme a la IGAE, mediante el siguiente asiento de signo negativo.

Código	Cuenta	Debe	Haber
778	Ingresos extraordinarios	–	
413	Acreedores por obligaciones Pendientes de aplicar al presupuesto		–

En relación con la forma de contabilizar la anulación de las obligaciones de presupuesto corriente establecida por la IGAE, hay que señalar que la misma difiere de la regulación que la ICAL recoge para las mismas, en tanto mientras la ICAL establece que dicha anulación de obligaciones de presupuesto corriente se contabilice mediante asientos de signo negativo, como hemos visto la IGAE prevé que se refleje como si la obligación se pagase y simultáneamente se produjese un ingreso extraordinario.

Esta diferencia resulta de gran importancia, en tanto la anulación mediante el sistema previsto en la ICAL permite la reposición del crédito presupuestario a disponible, y por tanto su utilización para otros gastos que pueda realizar la entidad local en el ejercicio, mientras que la operativa contable de la IGAE no repone crédito, y por tanto no aumenta el crédito disponible, sino que genera unos mayores ingresos presupuestarios pero sin aumentar el crédito disponible.

2.2. Contabilidad de las facturas pendientes de pago de los organismos autónomos locales

El Real Decreto-Ley 4/2012 prevé que las entidades locales realicen el pago no solo de sus obligaciones pendientes, sino también de las obligaciones pendientes de sus organismos autónomos y empresas de capital 100 por 100 local.

Este mandato supone que el ayuntamiento va a realizar el pago de unas obligaciones que nos son suyas y en consecuencia no están reflejadas en su contabilidad.

Varias son las cuestiones que hay que destacar respecto a la contabilización de esta operación:

1. Efectos presupuestarios para la entidad local.

En primer lugar, en cuanto a los efectos que el pago de las obligaciones tendrá sobre el presupuesto de la entidad local, hay que tener en cuenta que aunque estas sean pagadas por ella, las mismas corresponden a gastos del organismo autónomo y por tanto su imputación presupuestaria se realizará con cargo al presupuesto del organismo autónomo y no de la entidad local.

2. Efectos contables para la entidad local.

Respecto a la contabilización de la operación, si bien la Nota Informativa 1/2012 de la IGAE no se refiere a ella, conforme a las normas de la ICAL el pago de dichas obligaciones del organismo autónomo debe generar un derecho de cobro a favor de la entidad local (y una correlativa obligación de pago del organismo autónomo o la sociedad mercantil a favor de

la entidad local) que se reflejará en función del plazo en que se prevea cancelar en la cuenta 252 «Créditos a largo plazo» (si se prevé que el reintegro se produzca, por ejemplo, durante la duración de la operación de crédito que a su vez ha concertado la entidad local, es decir, hasta el año 2022) o en la cuenta 542 «Créditos a corto plazo» (si se prevé que la deuda se cancele, por ejemplo, mediante compensación con la subvención anual a favor del organismo autónomo).

Como se ha indicado en el epígrafe anterior, dicho crédito no deriva de ningún tipo de gasto de la entidad local, por lo que tanto su nacimiento como su posterior cancelación tendrán carácter extrapresupuestario para la misma.

3. Cancelación de la deuda del organismo autónomo con la entidad local.

Posteriormente al pago de las facturas por parte de la entidad local, y el consiguiente nacimiento de la deuda del organismo autónomo con esta, dicha deuda tendrá que ser cancelada.

Dicha cancelación podrá hacerse por varios medios diferentes:

- Mediante reintegro en efectivo por parte del organismo autónomo a la entidad local.
- Mediante compensación con alguna subvención que la entidad local tenga presupuestada a favor del organismo autónomo.
- Mediante compensación con una subvención aprobada específicamente por la entidad local para asumir esta deuda.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, los asientos a realizar por la entidad local serán:

2.2.1. Pago de las facturas pendientes del organismo autónomo

El pago de las obligaciones del organismo autónomo se financia también con la operación de crédito a largo plazo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2012, por lo que para la entidad local nace simultáneamente un crédito frente al organismo autónomo y una deuda de la operación de crédito.

Conforme a la Nota Informativa 1/2012 de la IGAE, la cuenta de tesorería que debe utilizarse es la 575.9 «Otras cuentas restringidas de pagos».

En consecuencia, los asientos a realizar serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
252	Créditos a largo plazo	—	
542	Créditos a corto plazo	—	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		—

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	–	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	–	
171	Deudas a largo plazo		–

2.2.2. Aplicación de las obligaciones del organismo autónomo al presupuesto de la entidad local

La entidad local no realiza ningún asiento, ya que las obligaciones deben imputarse al presupuesto del organismo autónomo.

2.2.3. Reintegro de los fondos por parte del organismo autónomo

Como se ha indicado anteriormente, el reintegro de los fondos por parte del organismo autónomo puede realizarse mediante tres mecanismos diferentes:

2.2.3.1. Reintegro del dinero en efectivo por parte del organismo autónomo

La primera posibilidad es que el organismo autónomo reintegre a la entidad local las cantidades que previamente este ha abonado a sus proveedores.

En este caso, el asiento a realizar por la entidad local será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57X	Tesorería	–	
542	Créditos a corto plazo		–

Esta operación tiene carácter no presupuestario, es decir, no se refleja en el presupuesto de ingresos, en coherencia con el pago de las facturas que también se hizo con carácter no presupuestario.

2.2.3.2. Compensación con la subvención a favor del organismo autónomo que esté aprobada en el presupuesto de la entidad local

La mayoría de los organismos autónomos locales perciben anualmente una subvención de la entidad local de la que dependen, que se recoge en el presupuesto de gastos de la entidad local

correspondiente y en el presupuesto de ingresos del organismo autónomo, permitiéndole así equilibrar su presupuesto.

Una segunda forma por la que el organismo autónomo puede reintegrar a la entidad local las cantidades que esta ha pagado a sus proveedores es mediante la compensación con la subvención que la entidad local tiene presupuestada a favor del organismo autónomo, de manera que disminuirá el importe de la subvención que va a pagar efectivamente al organismo autónomo en las cantidades abonadas a sus proveedores.

Los asientos a realizar serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	–	
004	Gastos autorizados		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	–	
005	Gastos comprometidos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Transferencias corrientes	–	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	–	
579	Formalización		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	–	
542	Créditos a corto plazo		–

2.2.3.3. Aprobación por la entidad local de una subvención por asunción de deudas a favor del organismo autónomo

La tercera posibilidad para la entidad local es asumir directamente la deuda del organismo autónomo, mediante la aprobación de una subvención de capital por asunción de deudas.

Esta operación está expresamente prevista en la ICAL, en la definición y los motivos de cargo y abono de la cuenta 656 «Subvenciones de capital», que establecen:

«Fondos concedidos por la entidad para la adquisición o construcción de activos fijos previamente determinados, así como la entrega de bienes de capital ya formados.

Tendrán también esta consideración los fondos concedidos para la compensación de resultados negativos acumulados, y la cancelación o minoración de elementos de pasivo.

Su movimiento es el siguiente:

a) Se cargará con abono a:

(...)

a.3) Cuentas de los grupos 1 o 5, por la asunción de deudas, según la naturaleza de la deuda asumida.»

Conforme a dicha normativa, la aprobación de la subvención de capital a favor del organismo autónomo (y la posterior cancelación de la deuda de este) tiene carácter no presupuestario, es decir, dicha subvención no se imputará al presupuesto de gastos de la entidad local.

En consecuencia, dicha cancelación se contabilizará mediante el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
656	Subvenciones de capital	–	
542	Créditos a corto plazo		–

2.3. Contabilidad de las facturas pendientes de pago de las sociedades mercantiles locales

El Real Decreto-Ley 4/2012 establece que las entidades locales deben realizar también el pago de las obligaciones pendientes de las sociedades mercantiles de capital íntegramente local.

Esta operación es análoga a la del pago de las facturas pendientes de los organismos autónomos explicada en el epígrafe anterior, y por tanto su contabilización va a ser idéntica a la señalada respecto a los organismos autónomos, con la salvedad de que en el caso de las sociedades mercantiles la cancelación de la deuda se puede realizar, además de por las tres formas señaladas respecto a los organismos autónomos, mediante la aprobación de una ampliación de capital por compensación de deudas (operación prevista en el art. 301 del RDLeg. 1/2010 de 2 de julio de Sociedades de Capital), es decir, los créditos a favor de la entidad local se aportarían a la sociedad como aportación al capital social.

Una segunda diferencia respecto a las deudas de los organismos autónomos se produce en el caso de que, como consecuencia de la existencia de deudas en la sociedad mercantil, la entidad local

acuerde aprobar una subvención a favor de esta, renunciando así al reintegro de las cantidades pagadas a sus proveedores.

En este supuesto, la diferencia se produce porque para las sociedades mercantiles dicha aportación no tendría el carácter de subvención de capital sino de «aportación de accionista para compensación de pérdidas», prevista en la cuenta 118 «Aportaciones de socios o propietarios» del Plan General de Contabilidad para las empresas privadas aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que establece:

Cuenta 118 «Aportaciones de socios o propietarios»

«Elementos patrimoniales entregados por los socios o propietarios de la empresa cuando actúen como tales, en virtud de operaciones no descritas en otras cuentas. Es decir, siempre que no constituyan contraprestación por la entrega de bienes o la prestación de servicios realizados por la empresa, ni tengan la naturaleza de pasivo. *En particular, incluye las cantidades entregadas por los socios o propietarios para compensación de pérdidas*».

Por lo demás, para la entidad local los efectos contables y presupuestarios del pago de las obligaciones de las sociedades mercantiles son idénticos a los señalados para los organismos autónomos locales, y que se analizó en el epígrafe 2.2 de este artículo.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, los asientos a realizar por la entidad local en las distintas operaciones relativas al pago de las obligaciones de sus sociedades mercantiles serán los que a continuación se señalan.

2.3.1. Pago de las obligaciones pendientes de la sociedad mercantil

Al igual que se señaló para los organismos autónomos, esta operación tiene carácter no presupuestario para la entidad local, para la que nacerán simultáneamente un crédito frente a la sociedad mercantil (a corto o largo plazo, en función del periodo previsto para el reintegro) y una obligación por la operación de crédito a largo plazo concertada.

De acuerdo con lo anterior, los asientos a realizar serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
252	Créditos a largo plazo	–	
542	Créditos a corto plazo	–	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	–	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	–	
171	Deudas a largo plazo		–

2.3.2. Aplicación de las obligaciones al presupuesto de la entidad local

La entidad local no realiza ningún asiento, dado que en este caso las obligaciones no se imputan a ningún presupuesto, sino que se reflejarán en la contabilidad de la sociedad mercantil.

2.3.3. Reintegro de los fondos por parte de la sociedad mercantil a la entidad local

Como se ha indicado anteriormente, el reintegro de los fondos por parte de la sociedad mercantil podrá realizarse de cuatro formas diferentes:

2.3.3.1. Reintegro del dinero en efectivo por parte de la sociedad mercantil

La primera posibilidad es que la sociedad mercantil reintegre a la entidad local las cantidades que previamente este ha abonado a sus proveedores.

En este caso, el asiento a realizar por la entidad local será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
57X	Tesorería	–	
542	Créditos a corto plazo		–

Esta operación tiene carácter no presupuestario, es decir, no se refleja en el presupuesto de ingresos, en coherencia con el pago de las facturas que también se hizo con carácter no presupuestario.

2.3.3.2. Compensación con las aportaciones a favor de la sociedad mercantil que esté aprobada en el presupuesto de la entidad local

Algunas sociedades mercantiles locales perciben una parte de sus ingresos de la propia entidad local de la que dependen, como consecuencia de la prestación de servicios a la misma (por ejemplo, las empresas municipales de recogida de basuras) o por el establecimiento de precios deficitarios (por ejemplo, en el caso de empresas de servicios culturales).

En estos supuestos dicha aportación a la sociedad mercantil estará recogida en el presupuesto de gastos de la entidad local correspondiente y en el estado de previsión de ingresos de la sociedad.

Una segunda alternativa por la que puede optar la entidad local es compensar las cantidades pagadas a los proveedores con la aportación que tiene presupuestada a favor de su sociedad mercantil, es decir, disminuir el importe de la aportación que va a pagar efectivamente a la sociedad en las cantidades abonadas a sus proveedores.

En este caso, los asientos a realizar por la entidad local serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	–	
004	Gastos autorizados		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	–	
005	Gastos comprometidos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
6XX	Compras y gastos por naturaleza	–	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	–	
57X	Tesorería		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
57X	Tesorería	–	
542	Créditos a corto plazo		–

2.3.3.3. Aprobación por la entidad local de una subvención por asunción de deudas

La tercera posibilidad para la entidad local es asumir directamente la deuda de la sociedad mercantil, mediante la aprobación de una subvención de capital por asunción de deudas.

Como se ha indicado anteriormente, esta operación está expresamente prevista en la ICAL, en la cuenta 656 «Subvención de capital» (véase epígrafe 2.2.3.3).

Esta subvención, lógicamente, procederá fundamental en el caso de sociedades mercantiles deficitarias, dado que en caso de sociedades con beneficios carece de lógica económica que la entidad local las subvencione.

Esta operación está asimismo prevista en el Plan General de Contabilidad de las empresas, que recoge la cuenta 118 «Aportaciones de socios o propietarios», cuya definición se ha transcrito anteriormente.

Conforme a dicha normativa, en esta tercera posibilidad el ayuntamiento procedería a la cancelación extrapresupuestaria de la deuda de la sociedad mercantil mediante el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
656	Subvenciones de capital	–	
542	Créditos a corto plazo		–

2.3.3.4. Ampliación de capital por compensación de deudas de los accionistas

Para las sociedades mercantiles locales existe una cuarta forma de cancelar la deuda con la entidad local: la aprobación de una ampliación de capital por compensación de deudas con los accionistas. Como se ha indicado anteriormente, esta forma de ampliación de capital se regula en el artículo 301 del Real Decreto-Ley 1/2010, de Sociedades de Capital.

Respecto a la contabilización de la operación por la entidad local, la misma se reflejará cancelando el crédito a favor de la entidad local directamente con cargo a la cuenta 250 «Inversiones financieras permanentes en capital» que refleja el capital social de la sociedad mercantil.

Conforme a lo anterior, para la entidad local se trata de una operación sin efectos presupuestarios, que se contabilizará mediante el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras permanentes en capital	–	
542	Créditos a corto plazo		–

Este asiento se realizará por el importe de los créditos que se compensan.

3. CONTABILIZACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 4/2012, DE 24 DE FEBRERO, EN LA CONTABILIDAD DE LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS LOCALES

Los organismos autónomos locales también ajustan su contabilidad a la ICAL, y por tanto estos organismos también deberán contabilizar las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012 conforme a

las normas de contabilidad pública (esta situación es distinta para las sociedades mercantiles locales, que por el contrario ajustan su contabilidad al Plan General de la Contabilidad privada, y que por tanto contabilizarán las operaciones del RDL 4/2012 conforme a las normas de contabilidad privada).

A pesar de esta situación, la Nota Informativa 1/2012 de la IGAE no se refiere a la contabilidad de las operaciones del Real Decreto-Ley 4/2012 en los organismos autónomos locales, por lo que la contabilización de estas operaciones se regula exclusivamente en las normas del ICAL.

Las operaciones a contabilizar por los organismos autónomos son:

1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación.
2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes.
3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar.
4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación.
5. Anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago.
6. Reintegro a la entidad local de las cantidades pagadas por esta a los proveedores.

3.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación

Como se ha indicado en el epígrafe 2.1.1 anterior, el artículo 5 del Real Decreto-Ley 4/2012 establece que la totalidad de las obligaciones incluidas en el ámbito del propio Real Decreto-Ley deben ser contabilizadas, en caso de que no lo estuviesen en el momento de remitir al Ministerio la relación de obligaciones pendientes de pago.

Esto supone que las obligaciones pendientes de pago de los organismos autónomos que hasta ese momento no hayan sido contabilizadas deben reflejarse en la contabilidad del mismo por alguno de los siguientes sistemas:

1. Mediante su debida aprobación e imputación a presupuesto del organismo autónomo, con el reconocimiento de la obligación correspondiente, en la cuenta 400 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente».
2. Si lo anterior no fuese posible, la obligación deberá reflejarse en la contabilidad del organismo autónomo mediante la cuenta 413 «Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto».

En consecuencia, por el importe de las obligaciones pendientes de contabilizar, el organismo autónomo debe realizar los siguientes asientos:

a) Si las obligaciones se imputan al presupuesto del organismo autónomo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	–	
004	Gastos autorizados		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	–	
005	Gastos comprometidos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		–

b) Si las obligaciones no se imputan al presupuesto del organismo autónomo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	–	
413	Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		–

3.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes

La segunda operación que deben contabilizar los organismos autónomos locales es el pago a sus proveedores por parte de la entidad local.

En esta operación, el organismo autónomo debe cancelar sus obligaciones pendientes de pago, y simultáneamente reconocer el nacimiento de una deuda con la entidad local derivada de las cantidades pagadas.

Varias son las cuestiones a destacar de esta operación:

1. Divisionaria del subgrupo 57 «Tesorería». El pago de las obligaciones de los organismos autónomos se realiza directamente por el fondo creado y a través de una cuenta de la entidad local, sin que en ningún caso los fondos pasen por la tesorería del organismo autónomo.

En consecuencia, el organismo autónomo contabilizará el pago de sus obligaciones, y el nacimiento de una deuda con la entidad local, mediante la cuenta 579 «Formalización».

2. Cuenta de cargo en el pago. En la contabilización del pago a los proveedores, la cuenta de cargo podrá ser una de las siguientes:

- a) Cuenta 401 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados». Uno de los requisitos que establece el Real Decreto-Ley 4/2012 respecto a las obligaciones que pueden ser pagadas es que las mismas sean anteriores al 31 de diciembre de 2011, por lo que lo normal es que dichas obligaciones hayan sido reconocidas con cargo al presupuesto del ejercicio 2011 o anteriores. En consecuencia, con carácter ordinario la cuenta que debería cargarse en el asiento del pago es la 401 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados».
- b) En el caso de que la obligación que va a ser pagada se haya reconocido con cargo al presupuesto del ejercicio 2012 (tal y como se explica en el epígrafe 3.1), la cuenta de cargo en el asiento de pago será la cuenta 400 «Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente».
- c) Finalmente, si la obligación que va a ser pagada no se ha reconocido presupuestariamente (tal y como igualmente se explica en el epígrafe 3.1), el pago se contabilizará con cargo a la cuenta 555 «Pagos pendientes de aplicación».

3. Simultaneidad del pago de las obligaciones y el nacimiento de la deuda con la entidad local.

El pago de las obligaciones del organismo autónomo por parte de la entidad local supone el nacimiento de una deuda con esta, por lo que, simultáneamente a la contabilización del pago de las obligaciones, debe contabilizarse el nacimiento de la deuda con la entidad local.

4. Cuenta de la deuda con la entidad local. Finalmente, señalar que la deuda con la entidad local no tiene lógicamente carácter financiero, y podrá cancelarse a corto plazo (si, por ejemplo, se cancela en el propio año 2012 mediante compensación con la subvención anual de la entidad local), o a largo plazo (si, por ejemplo, se cancela durante la duración de la operación de crédito concertada por la entidad local, es decir, hasta el año 2022).

En consecuencia, la cuenta en la que se reflejará la deuda será la 171 «Deudas a largo plazo» o la cuenta 521 «Deudas a corto plazo».

Conforme a lo señalado, los asientos a realizar por parte del organismo autónomo, por el importe de los pagos a sus proveedores y el nacimiento simultáneo de la deuda con la entidad local, serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	—	
401	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados	—	
555	Pagos pendientes de aplicación	—	
579	Formalización		—

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	–	
171	Deudas a largo plazo		–
521	Deudas a corto plazo		–

3.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar

La siguiente operación que deben contabilizar los organismos autónomos, conforme al Real Decreto-Ley 4/2012, es la aprobación de la modificación presupuestaria necesaria para imputar al presupuesto de gastos las obligaciones que hasta ese momento no se hubiesen aprobado.

Respecto a esta operación es necesario destacar varias cuestiones:

1. Financiación de la modificación presupuestaria. Tal y como se ha explicado anteriormente (epígrafe 2.1.3), el artículo 10.5 del Real Decreto-Ley 4/2012 establece que esta modificación presupuestaria se financiará con cargo al importe que corresponda de la operación de crédito concertada por la entidad local.

Sin embargo, en el caso de los organismos autónomos, estos no han concertado ninguna operación de crédito con el fondo creado por el Real Decreto-Ley 7/2012, por lo que la modificación presupuestaria tendrá que financiarse con alguno de los recursos previstos en la normativa general de las haciendas locales, pero no con el reiterado fondo del Real Decreto-Ley 7/2012.

2. Tipo de modificación. Respecto a la modificación presupuestaria que puede ser aprobada por el organismo autónomo, al no financiarse la misma con la operación de crédito del fondo, podrá ser cualquiera de las modificaciones presupuestarias previstas en la Ley de Haciendas Locales.

De acuerdo con lo anterior, los asientos a realizar por la modificación del presupuesto del organismo autónomo serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente	–	
002X	Modificación del presupuesto de gastos		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
002X	Modificación del presupuesto de gastos	–	
0030	Créditos disponibles		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación del presupuesto de ingresos	–	
000	Presupuesto ejercicio corriente		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas	–	
007	Modificación del presupuesto de ingresos		–

Nota: Los asientos anteriores se realizarían salvo que la modificación presupuestaria que se apruebe por el organismo autónomo fuese una transferencia de crédito o un crédito extraordinario o suplemento de crédito financiado con bajas, en cuyo caso los asientos serían diferentes a los que se acaban de señalar.

3.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación del organismo autónomo

La siguiente operación que deben contabilizar los organismos autónomos, derivada del Real Decreto-Ley 4/2012, es la aplicación al presupuesto de las obligaciones que hayan sido pagadas conforme al Real Decreto-Ley 4/2012 pero que estuviesen pendientes de aprobación.

La contabilización de esta operación es idéntica en la entidad local y en el organismo autónomo, por lo que nos remitimos a lo señalado en el epígrafe 2.1.4 respecto a la entidad local.

3.5. Anulación de los intereses de demora y otras obligaciones accesorias pendientes de pago del organismo autónomo

La siguiente operación que deben contabilizar los organismos autónomos en relación con sus obligaciones pagadas conforme al Real Decreto-Ley 4/2012 es la anulación de los intereses de demora pendientes de pago derivados de dichas obligaciones.

La contabilización de esta operación es idéntica en la entidad local y en el organismo autónomo, por lo que nos remitimos a lo señalado en el epígrafe 2.1.5 respecto a la entidad local.

3.6. Cancelación de la deuda del organismo autónomo con la entidad local surgida como consecuencia del pago de las obligaciones previstas en el Real Decreto-Ley 4/2012

La última operación que deben contabilizar los organismos autónomos en relación con sus obligaciones pagadas conforme al Real Decreto-Ley 4/2012 es la cancelación de la deuda con la entidad local que nace como consecuencia de dicho pago.

Tal y como se explicó anteriormente (epígrafe 2.2.3) dicha cancelación puede hacerse mediante tres mecanismos diferentes:

- Mediante reintegro en efectivo por parte del organismo autónomo a la entidad local.
- Mediante compensación con alguna subvención que la entidad local tenga presupuestada a favor del organismo autónomo.
- Mediante compensación con una subvención aprobada específicamente por la entidad local para asumir esta deuda.

3.6.1. Reintegro del dinero en efectivo por parte del organismo autónomo

La primera posibilidad es que el organismo autónomo reintegre a la entidad local las cantidades que previamente este ha abonado a sus proveedores.

En este caso, el asiento a realizar por el organismo autónomo será:

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	–	
57X	Tesorería		–

Esta operación tiene carácter no presupuestario, es decir, no se refleja en el presupuesto de gastos, en coherencia con la contabilización del nacimiento de la deuda, que también se hizo con carácter no presupuestario.

3.6.2. Compensación con la subvención a favor del organismo autónomo que esté aprobada en el presupuesto de la entidad local

Tal y como se expuso anteriormente (epígrafe 2.2.3.2), la segunda forma por la que el organismo autónomo puede reintegrar a la entidad local las cantidades que este ha pagado a sus proveedores es mediante su compensación con la subvención que la entidad local tiene presupuestada a favor de su organismo autónomo, es decir, disminuir el importe de la subvención anual que va a cobrar efectivamente el organismo autónomo en las cantidades abonadas a sus proveedores.

En este caso, los asientos a realizar en el organismo autónomo serán:

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	–	
579	Formalización		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	–	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		–

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	–	
750	Transferencias corrientes		–

3.6.3. *Aprobación por la entidad local de una subvención por asunción de deudas a favor del organismo autónomo*

La tercera posibilidad de cancelación de la deuda del organismo autónomo es que la entidad local asuma directamente dicha deuda, mediante la aprobación de una subvención de capital por asunción de deudas (véase epígrafe 2.2.3.3).

Esta operación está expresamente prevista en la ICAL, en la definición y los motivos de cargo y abono de la cuenta 756 «Subvenciones de capital», que establecen:

«Fondos recibidos por la entidad para la adquisición o construcción de activos fijos previamente determinados, así como la recepción de bienes de capital ya formados.

Tendrán también esta consideración los fondos recibidos por la entidad para la compensación de resultados negativos acumulados, y la cancelación o minoración de elementos de pasivo.

Su movimiento es el siguiente:

a) Se abonará con cargo a:

(...)

a.3) Cuentas de los grupos 1 o 5, por la asunción de deudas, según la naturaleza de la deuda asumida.»

Conforme a dicha normativa, la aprobación de la subvención de capital a favor del organismo autónomo (y la correspondiente cancelación de la deuda de este) tiene carácter no presupuestario, es decir, dicha subvención no se imputará al presupuesto de ingresos del organismo autónomo.

En consecuencia, dicha cancelación se contabilizará por el organismo autónomo mediante el siguiente asiento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	–	
756	Subvenciones de capital		–

4. EJEMPLO PRÁCTICO

Un ayuntamiento ha realizado, al amparo del Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, el pago de las siguientes obligaciones:

1. Facturas del propio ayuntamiento: 1.000.000,00 de euros.
 - Aprobadas en ejercicios anteriores: 850.000,00 euros.
 - Aprobadas en el ejercicio 2012: 100.000,00 euros.
 - Pendientes de aprobación: 50.000,00 euros.
2. Facturas del organismo autónomo de deportes: 200.000,00 euros.
 - Aprobadas en ejercicios anteriores: 120.000 euros.
 - Aprobadas en el ejercicio: 50.000,00 euros.
 - Pendientes de aprobación: 30.000,00 euros.

En el mismo año 2012 el organismo autónomo abonó al ayuntamiento las cantidades pagadas por este.

3. Facturas del organismo autónomo de empleo: 280.000,00 euros.
 - Aprobadas en ejercicios anteriores: 180.000,00 euros.
 - Aprobadas en el ejercicio: 75.000,00 euros.
 - Pendientes de aprobación: 25.000,00 euros.

El ayuntamiento acuerda compensar la deuda con la subvención anual que se aprueba a favor de este organismo autónomo.

4. Facturas de la sociedad mercantil 100 por 100 municipal de recogida de basuras: 350.000,00 euros.
 - Contabilizadas en ejercicios anteriores: 240.000 euros.
 - Contabilizadas en el ejercicio: 110.000,00 euros.

El ayuntamiento acuerda aprobar una subvención a la sociedad por importe de las cantidades pagadas, para compensar las pérdidas de ejercicios anteriores.

5. Facturas de la sociedad mercantil 100 por 100 municipal de la vivienda: 500.000,00 euros.

- Contabilizadas en ejercicios anteriores: 420.000,00 euros.
- Contabilizadas en el ejercicio: 80.000,00 euros.

El Pleno del ayuntamiento, en calidad de junta general de accionistas, aprobó una ampliación de capital por compensación de las deudas del Real Decreto-Ley 4/2012.

Se pide:

Contabilizar las operaciones anteriores en la contabilidad del ayuntamiento y de los organismos autónomos, en la contabilidad del ejercicio 2012.

4.1. Contabilidad del ayuntamiento

4.1.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación

a) Por las obligaciones que se imputan al presupuesto 2012:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	100.000	
004	Gastos autorizados		100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	100.000	
005	Gastos comprometidos		100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	100.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		100.000

b) Por las obligaciones que no se imputan al presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	50.000	
413	Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		50.000

4.1.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas presupuesto corriente	100.000	
401	Acreedores por obligaciones reconocidas presupuestos cerrados	850.000	
555	Pagos pendientes de aplicación	50.000	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		1.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	1.000.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		1.000.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	1.000.000	
171	Deudas a largo plazo		1.000.000

4.1.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente	50.000	
0020/ 0021	Crédito extraordinario/Suplemento de crédito		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
0020/ 0021	Crédito extraordinario/Suplemento de crédito	50.000	
0030	Créditos disponibles		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación del presupuesto de ingresos	50.000	
000	Presupuesto ejercicio corriente		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas	50.000	
007	Modificación del presupuesto de ingresos		50.000

4.1.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	50.000	
004	Gastos autorizados		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	50.000	
005	Gastos comprometidos		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	50.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	-50.000	
413	Obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		-50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	50.000	
579	Formalización		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	50.000	
555	Pagos pendientes de aplicación		50.000

4.1.5. Pago de las facturas pendientes del organismo autónomo de deportes

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	200.000	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	200.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos	200.000	
171	Deudas a largo plazo		200.000

4.1.6. Reintegro del dinero en efectivo por parte del organismo autónomo de deportes

Código	Cuenta	Debe	Haber
57X	Tesorería	200.000	
542	Créditos a corto plazo		200.000

4.1.7. Pago de las facturas pendientes del organismo autónomo de empleo

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	280.000	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	280.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	280.000	
171	Deudas a largo plazo		280.000

4.1.8. Reintegro mediante compensación con la subvención anual a favor del organismo autónomo del empleo

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	280.000	
004	Gastos autorizados		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	280.000	
005	Gastos comprometidos		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Transferencias corrientes	280.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	280.000	
579	Formalización		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	280.000	
542	Créditos a corto plazo		280.000

4.1.9. Pago de las facturas pendientes de la sociedad mercantil de recogida de basuras

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	350.000	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		350.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	350.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		350.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	350.000	
171	Deudas a largo plazo		350.000

4.1.10. Subvención a favor de la sociedad de recogida de basuras para compensación de pérdidas

Código	Cuenta	Debe	Haber
656	Subvenciones de capital	350.000	
542	Créditos a corto plazo		350.000

4.1.11. Pago de las facturas pendientes de la sociedad de la vivienda

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	500.000	
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos		500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
575.9	Otras cuentas restringidas de pagos	500.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		500.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	500.000	
171	Deudas a largo plazo		500.000

4.1.12. Ampliación de capital por compensación de deudas de los accionistas

Código	Cuenta	Debe	Haber
250	Inversiones financieras permanentes en capital	500.000	
542	Créditos a corto plazo		500.000

4.2. Contabilidad del organismo autónomo de deportes*4.2.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación*

a) Por las obligaciones que se imputan al presupuesto 2012:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	50.000	
004	Gastos autorizados		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	50.000	
005	Gastos comprometidos		50.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	50.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		50.000

b) Por las obligaciones que no se imputan al presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	30.000	
413	Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		30.000

4.2.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	50.000	
401	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados	120.000	
555	Pagos pendientes de aplicación	30.000	
579	Formalización		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	200.000	
521	Deudas a corto plazo		200.000

4.2.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente	30.000	
002X	Modificación del presupuesto de gastos		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
002X	Modificación del presupuesto de gastos	30.000	
0030	Créditos disponibles		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación del presupuesto de ingresos	30.000	
000	Presupuesto ejercicio corriente		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas	30.000	
007	Modificación del presupuesto de ingresos		30.000

4.2.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	30.000	
004	Gastos autorizados		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	30.000	
005	Gastos comprometidos		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	30.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	-30.000	
413	Obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		-30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	30.000	
579	Formalización		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	30.000	
555	Pagos pendientes de aplicación		30.000

4.2.5. Reintegro del dinero en efectivo por parte del organismo autónomo de deportes

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	200.000	
57X	Tesorería		200.000

4.3. Contabilidad del organismo autónomo de empleo

4.3.1. Contabilización de las obligaciones pendientes de aplicación

a) Por las obligaciones que se imputan al presupuesto 2012:

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	75.000	
004	Gastos autorizados		75.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	75.000	
005	Gastos comprometidos		75.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	75.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		75.000

b) Por las obligaciones que no se imputan al presupuesto:

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	25.000	
413	Acreedores por obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		25.000

4.3.2. Pago a los proveedores de las obligaciones pendientes

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	75.000	
401	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuestos cerrados	180.000	
555	Pagos pendientes de aplicación	25.000	
579	Formalización		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	280.000	
521	Deudas a corto plazo		280.000

4.3.3. Modificación del presupuesto para el reconocimiento de las obligaciones pendientes de aprobar

Código	Cuenta	Debe	Haber
000	Presupuesto ejercicio corriente	25.000	
002X	Modificación del presupuesto de gastos		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
002X	Modificación del presupuesto de gastos	25.000	
0030	Créditos disponibles		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
007	Modificación del presupuesto de ingresos	25.000	
000	Presupuesto ejercicio corriente		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
008	Presupuesto de ingresos: previsiones definitivas	25.000	
007	Modificación del presupuesto de ingresos		25.000

4.3.4. Aplicación al presupuesto de las obligaciones pendientes de aplicación

Código	Cuenta	Debe	Haber
0030	Créditos disponibles	25.000	
004	Gastos autorizados		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
004	Gastos autorizados	25.000	
005	Gastos comprometidos		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	25.000	
400	Acreedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
XXX	Cuenta representativa del gasto	-25.000	
413	Obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto		-25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
400	Acreeedores por obligaciones reconocidas. Presupuesto corriente	25.000	
579	Formalización		25.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	25.000	
555	Pagos pendientes de aplicación		25.000

4.2.5. Compensación de la deuda con la subvención anual al organismo autónomo de empleo

Código	Cuenta	Debe	Haber
521	Deudas a corto plazo	280.000	
579	Formalización		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
579	Formalización	280.000	
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo		280.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
430.2	Deudores por derechos reconocidos. Otros ingresos de contraído simultáneo	280.000	
750	Transferencias corrientes		280.000

CONSULTAS PLANTEADAS AL ICAC

QUESTIONS FORMULATED TO ICAC

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 87, septiembre 2011. Consulta 3. «Arrendamientos y operaciones de naturaleza similar», NRV 8.^a. Periodo de carencia en un contrato de arrendamiento.

SUMARIO:

Sobre el criterio que debe seguirse para reconocer el gasto relacionado con un contrato de arrendamiento operativo que incorpora un periodo de carencia.

Respuesta:

Una empresa (arrendataria) ha firmado varios contratos de arrendamiento de locales comerciales, para cuya puesta en funcionamiento es preciso realizar una serie de reformas que durarán aproximadamente dos meses, plazo equivalente al periodo de carencia que le conceden los arrendadores. La licencia de apertura se obtendrá con posterioridad a la firma del contrato, en la fecha prevista para el inicio de la actividad, una vez finalicen las obras.

La consulta versa sobre el momento a partir del cual se inicia el devengo del servicio recibido y, en consecuencia, resulta necesario contabilizar el correspondiente gasto.

La norma de registro y valoración 8.^a «Arrendamientos y otras operaciones de naturaleza similar» del Plan General de Contabilidad (PGC) aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, regula en su apartado 2 el arrendamiento operativo en los siguientes términos: «Se trata de un acuerdo mediante el cual el arrendador conviene con el arrendatario el derecho a usar un activo durante un periodo de tiempo determinado, a cambio de percibir un importe único o una serie de pagos o cuotas, sin que se trate de un arrendamiento de carácter financiero. Los ingresos y gastos, correspondientes al arrendador y al arrendatario, derivados de los acuerdos de arrendamiento operativo serán considerados, respectivamente, como ingreso y gasto del ejercicio en el que los mismos se devenguen, imputándose a la cuenta de pérdidas y ganancias».

Por otra parte, en el apartado 3.º «Principios contables» del Marco Conceptual de la Contabilidad del PGC se define el principio de devengo como sigue:

«2. Los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.»

De conformidad con estos criterios, cabe concluir que el plazo de arrendamiento comienza en la fecha en que la empresa controle el derecho de uso que, con carácter general, debería coincidir con la puesta a disposición del activo arrendado, pudiendo ser esta fecha anterior a la del inicio de la actividad, como es el caso que nos ocupa, debido a que el arrendatario necesita realizar obras de reforma en los locales arrendados.

A mayor abundamiento cabe señalar que en determinadas ocasiones los contratos de arrendamiento incluyen incentivos para que el arrendatario acepte el contrato, cuyo adecuado tratamiento contable es calificarlos como una contrapartida neta acordada por la utilización del activo con independencia de la naturaleza del incentivo o del calendario de los pagos a realizar.

En este sentido, el periodo inicial de carencia de dos meses incluido en los contratos debe entenderse como un incentivo al arrendamiento que la empresa contabilizará como un menor gasto a lo largo del periodo de arrendamiento, para lo cual se utilizará, con carácter general, un sistema de reparto lineal, sin perjuicio de que tal y como se ha indicado la cuota resultante de aplicar el incentivo, en todo caso, comience a devengarse cuando la empresa asuma el control del activo, circunstancia que se producirá, con carácter general, a la firma de los correspondientes contratos.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «MEPANSA» ha acordado ampliar sus actividades a la ciudad de Guadalajara. Para ello, el día 1 de enero de 20X11, firma un contrato de arrendamiento con una inmobiliaria local, sobre un céntrico inmueble. La duración del contrato es de cuatro años contados a partir del 1 de marzo de 20X11, ya que se concede un plazo de carencia de dos meses, con el objetivo de que «MEPANSA» pueda realizar las obras de acondicionamiento del local para la realización de sus actividades.

El importe de renta mensual pactada es de 1.000 u.m.

Solución:

El análisis del contrato de arrendamiento nos indica que no se cumple ninguna de las condiciones para catalogarlo como arrendamiento financiero y, por tanto, desde el punto de vista contable es un contrato de arrendamiento operativo. Al contener un periodo de carencia, le resulta aplicable la Consulta 3 del BOICAC 87.

La consulta indica que el periodo inicial de carencia de dos meses debe entenderse como un incentivo al arrendamiento que «MEPANSA» contabilizará como un menor gasto

.../...

.../...

a lo largo del periodo de arrendamiento, para lo cual se utilizará, con carácter general, un sistema de reparto lineal.

Por otro lado, el plazo de arrendamiento comienza en la fecha en que la empresa controle el derecho de uso que, con carácter general, debería coincidir con la puesta a disposición del activo arrendado, pudiendo ser esta fecha anterior a la del inicio de la actividad, como es el caso que nos ocupa, debido a que el arrendatario necesita realizar obras de reforma en los locales arrendados.

Los asientos a realizar para registrar el contrato, considerando los comentarios anteriores son los siguientes:

1 de enero de 20X11, por el gasto devengado del mes de enero:

$$\text{Importe total del contrato: } 48 \text{ meses} \times 1.000 \text{ u.m.} = 48.000 \text{ u.m.}$$

$$\text{Gasto mensual por arrendamiento considerando el periodo de carencia: } 48.000/50 = 960 \text{ u.m.}$$

$$\text{Importe de la deuda reconocido en los dos primeros meses: } 960 \times 2 = 1.920 \text{ u.m.}$$

$$\text{Imputación mensual de la deuda desde el 1 de marzo: } 1.920/48 = 40 \text{ u.m.}$$

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	960	
410	Acreedores por prestaciones de servicios		960

1 de febrero de 20X11, por el gasto devengado del mes de febrero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	960	
410	Acreedores por prestaciones de servicios		960

1 de marzo de 20X11, por el gasto devengado en el mes de marzo (960 u.m.) y el pago de la primera cuota (1.000 u.m.):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
621	Arrendamientos y cánones	960	
410	Acreedores por prestaciones de servicios	40	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		1.000

El registro mensual del arrendamiento, hasta la finalización del contrato, tendrá un tratamiento similar al del mes de marzo.

JAVIER ROMANO APARICIO

Profesor del CEF

BOICAC núm. 90, julio 2012. Consulta 1. «Instrumentos financieros», NRV 9.^a. Contabilización de un crédito, desde la perspectiva del acreedor, cuando el deudor ha sido declarado en concurso de acreedores.

SUMARIO:

Sobre el reconocimiento y valoración de un crédito con garantía hipotecaria cuyo deudor y garante se encuentran declarados en concurso de acreedores.

Respuesta:

Una empresa ha concedido un crédito a otra sociedad con la garantía hipotecaria de un tercero. Ante el cese del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, se ha procedido a declarar el vencimiento anticipado del préstamo y a requerir de pago al deudor en el ejercicio 2011, como paso previo a la demanda de ejecución hipotecaria. Posteriormente, tanto el deudor como el garante hipotecario han sido declarados en concurso de acreedores en el citado ejercicio.

La consulta versa sobre el criterio contable que se debe aplicar a los intereses y a las cuotas del crédito, desde la perspectiva del acreedor, antes y después de la declaración de vencimiento anticipado y requerimiento de pago, a la espera de que la administración concursal de la garante pueda tomar eventuales acciones de reintegración de la garantía hipotecaria al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la **Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en cuya virtud: «Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta.»**

En particular, se formulan las siguientes preguntas:

1. ¿Si debe contabilizarse una pérdida por deterioro en el ejercicio 2011, en relación con los intereses remuneratorios y moratorios devengados hasta la fecha en que se declaró el vencimiento anticipado de la deuda?

2. ¿Si debe contabilizarse una pérdida por deterioro en relación con las cuotas pendientes de cobro del principal de la deuda hasta la fecha en que se dio por vencido el crédito?
3. ¿Si debe contabilizarse una pérdida por deterioro en relación con las cantidades no vencidas del principal de la deuda, en la fecha en que se da por cancelado el préstamo?
4. ¿Si deben contabilizarse, de acuerdo con el principio de devengo, los intereses moratorios acordados en la escritura del préstamo desde la fecha en que se declaró el vencimiento de la operación, o si por el contrario dicho reconocimiento ha de posponerse hasta que, en su caso, se produzca la ejecución de la garantía hipotecaria?

Todo ello, considerando que la tasación de los inmuebles sobre los que se ha constituido la garantía hipotecaria cubre el total importe del principal de la deuda y de los intereses, tanto de los remuneratorios como de los moratorios que pudieran corresponder, sin perjuicio de la contingencia descrita más arriba en relación con la citada garantía.

La norma de registro y valoración (NRV) 9.^a «Instrumentos financieros» del Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, señala que los activos financieros incluidos en la categoría de préstamos y partidas a cobrar se valoran inicialmente por su valor razonable, y con posterioridad deben seguir el criterio del coste amortizado, en cuya virtud los intereses devengados se contabilizan en la cuenta de pérdidas y ganancias aplicando el método del tipo de interés efectivo.

Adicionalmente, al menos al cierre del ejercicio deben efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor de un crédito se ha deteriorado como resultado de uno o más eventos que hayan ocurrido después de su reconocimiento inicial y que ocasionen una reducción o retraso en los flujos de efectivo estimados futuros, que pueden venir motivados por la insolvencia del deudor.

La pérdida por deterioro del valor de estos activos financieros será la diferencia entre su valor en libros y el valor actual de los flujos de efectivo futuros que se estima van a generar, descontados al tipo de interés efectivo calculado en el momento de su reconocimiento inicial. Para los activos financieros a tipo de interés variable, se empleará el tipo de interés efectivo que corresponda a la fecha de cierre de las cuentas anuales de acuerdo con las condiciones contractuales.

Asimismo, cabe señalar que de acuerdo con el criterio publicado en la Consulta 5 del Boletín de este Instituto n.º 80, de diciembre de 2009, en la estimación de los flujos de efectivo futuros se deberán tener en cuenta los que podrían resultar por la ejecución de las garantías recibidas; a tal efecto, será preciso estimar el valor de mercado del inmueble menos los gastos de adjudicación, impuestos incluidos, y considerar el plazo hasta su adjudicación y posterior venta, así como los gastos incurridos para enajenar el bien.

De acuerdo con lo anterior, en lo que respecta a las dudas suscitadas sobre el registro de una pérdida por deterioro, la empresa deberá aplicar el criterio general que se ha reproducido y, en consecuencia, al cierre de cada ejercicio deberá realizar el citado análisis y, en su caso, contabilizar el correspondiente gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias.

Las eventuales acciones de reintegración de la garantía hipotecaria no alteran este criterio, sin perjuicio de que la incertidumbre asociada al citado evento aconseje extremar la prudencia en las estimaciones y valoraciones a realizar, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 «Principios contables» del Marco Conceptual de la Contabilidad (MCC), sin menoscabo de la necesaria imparcialidad y objetividad que debe presidir dicha labor.

También se pregunta si las circunstancias descritas, impago del deudor y posterior declaración de concurso, deben originar la que podríamos denominar «suspensión» del registro contable de los intereses moratorios acordados en la escritura del préstamo desde la fecha en que se declaró su vencimiento, esto es, el cese en su reconocimiento contable de acuerdo con el método del tipo de interés efectivo.

Desde la perspectiva del acreedor, la declaración de concurso no interrumpe la aplicación de los principios de empresa en funcionamiento y devengo. La suspensión del devengo de los intereses a que se refiere el artículo 59 de la Ley Concursal tiene un alcance estrictamente procesal/concursal, que no surte plenos efectos económicos hasta que no se apruebe el convenio y, en su caso, el acuerdo concluya con una quita del principal o, en el supuesto de espera, el deudor y sus acreedores pacten que los intereses posconcursoales no se cobren. En todo caso, el citado precepto exceptúa de la suspensión de devengo a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía.

En consecuencia, los efectos de las transacciones o hechos económicos se registrarán cuando ocurran, imputándose al ejercicio al que las cuentas anuales se refieran, los gastos y los ingresos que afecten al mismo, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro.

Tampoco se alteran los criterios de reconocimiento de los elementos de las cuentas anuales. Por ello, el interés moratorio deberá reconocerse como un derecho de cobro siempre que sea probable la obtención de beneficios o rendimientos económicos para la empresa en el futuro, y se pueda valorar con fiabilidad.

Entrando en el fondo de la duda planteada y dado que la cuantía del interés moratorio puede determinarse con fiabilidad, la cuestión a dilucidar es si en la situación en la que se encuentra el deudor es probable la obtención de beneficios o rendimientos económicos.

Pues bien, en principio, tal y como señala la NRV 9.^a del PGC, en su apartado 2.1.3 la situación de insolvencia del deudor es un evento que arroja dudas sobre la recuperación del derecho de cobro que trae causa del interés moratorio. Sin embargo, cuestión distinta es que al amparo de este razonamiento se niegue el reconocimiento de un activo de cuyo nacimiento y valoración no cabe duda, porque así viene recogido en la correspondiente escritura en que se ha formalizado el contrato, al margen de que de manera simultánea y precisamente a la vista de la situación descrita, la empresa deba evaluar si dicho importe será objeto de recuperación y, en su caso, contabilice la correspondiente pérdida por deterioro.

Esta interpretación, consistente en reconocer el ingreso y, en su caso, la correspondiente pérdida por deterioro, guarda sintonía con el principio de no compensación recogido en el apartado 3 del MCC, por el cual, «salvo que una norma disponga de forma expresa lo contrario, no podrán com-

pensarse las partidas del activo y del pasivo o las de gastos e ingresos, y se valorarán separadamente los elementos integrantes de las cuentas anuales».

Por tanto y como conclusión, la empresa continuará reconociendo los intereses, hasta que se llegue a una solución de convenio o se declare la apertura de la fase de liquidación, y, en su caso, contabilizará el oportuno deterioro.

EJEMPLO:

La sociedad anónima «PIRINEOS» concedió un crédito a la sociedad «ANETO» el día 1 de octubre de 20X11, con las siguientes características:

- Nominal: 10.000 u.m.
- Devolución en cuatro años mediante un sistema de amortización constante.
- Tipo de interés variable, siendo 6 por 100 anual para el primer año.
- Garantía de préstamo: terrenos propiedad de la sociedad «ANETO».

La sociedad «ANETO» paga la primera cuota del préstamo el día 30 de septiembre de 20X12. El tipo de interés para el segundo año de la operación es del 5 por 100 anual.

La segunda anualidad (30 de septiembre de 20X13) no es satisfecha por la sociedad «ANETO» por lo que la sociedad «PIRINEOS» declara el vencimiento anticipado del préstamo, aplicándose para la tercera anualidad un tipo de interés del 7 por 100. El interés de demora sobre las cantidades vencidas y no cobradas asciende al 10 por 100 anual.

Con fecha 20 de diciembre la sociedad «ANETO» es declarada en concurso de acreedores.

Se pide:

Contabilizar las operaciones de la sociedad «PIRINEOS» hasta el 31 de diciembre de 20X13, con especial referencia al deterioro en dicha fecha. Para el posible deterioro se tendrá en cuenta los siguientes datos:

- Valor actual de los flujos de caja de cobro del deudor 0
- Fecha de adjudicación del terreno Final del 20X14
- Gastos estimados de la adjudicación del terreno..... 300 u.m.
- Fecha estimada de la venta del terreno..... Final del 20X15
- Importe estimado precio venta del terreno 9.000 u.m.

.../...

.../...

Solución:*1 de octubre de 20X11*

La concesión del préstamo genera un activo financiero que se ubicará en la categoría de «Préstamos y partidas a cobrar», según señala la NRV 9.^a del PGC «Instrumentos financieros». La valoración inicial del activo es por su valor razonable que, salvo evidencia en contrario, será el precio de la transacción, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación recibida ajustado por los costes de transacción que les sean directamente atribuibles.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	2.500	
252	Créditos a largo plazo	7.500	
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros		10.000

31 de diciembre de 20X11

Por los intereses devengados, teniendo en cuenta que el tipo de interés de la operación para el primer año es del 6 por 100 anual, tipo que coincide con el tipo de interés efectivo ya que hubo gastos iniciales a cargo del prestamista:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	150	
762	Ingresos de créditos ($10.000 \times 6\% \times 3/12$)		150

30 de septiembre de 20X12

Por los intereses devengados desde el 1 de enero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	450	
762	Ingresos de créditos ($10.000 \times 6\% \times 9/12$)		450

Por el cobro de la primera cuota del préstamo:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	3.100	
547	Intereses a corto plazo de créditos		600
542	Créditos a corto plazo		2.500

.../...

.../...

Por la reclasificación a corto plazo de la próxima cuota de amortización:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	2.500	
252	Créditos a largo plazo		2.500

31 de diciembre de 20X12

Por los intereses devengados desde el 30 de septiembre, teniendo en cuenta que el tipo de interés de la operación para el segundo año es del 5 por 100 anual.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	93,75	
762	Ingresos de créditos ($7.500 \times 5\% \times 3/12$)		93,75

30 de septiembre de 20X13

Por los intereses devengados desde el 1 de enero:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos	281,25	
762	Ingresos de créditos ($7.500 \times 5\% \times 9/12$)		281,25

En esta fecha se produce el impago de la segunda cuota que asciende a un importe de $2.500 + 93,75 + 281,25 = 2.875$ u.m. Por otro lado, el tipo de interés para el próximo periodo es del 7% anual, pero se ha de tener en cuenta que el tipo de interés de importe vencido y no pagado es el 10 por 100 anual.

Al no satisfacerse la cuota se declara el vencimiento anticipado del préstamo por lo que se reclasifica a corto plazo la parte que figuraba a largo plazo.

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	5.000	
252	Créditos a largo plazo		5.000

31 de diciembre de 20X13

Por los intereses devengados desde el 1 de octubre, por las cantidades no vencidas (5.000 u.m.) ya que la consulta señala que la empresa continuará reconociendo los intereses, hasta que se llegue a una solución de convenio o se declare la apertura de la fase de liquidación.

.../...

.../...

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
546	Intereses a corto plazo de créditos ($5.000 \times 7\% \times 3/12$)	87,5	
762	Ingresos de créditos		87,5

Por los intereses de demora sobre las cantidades no atendidas a su vencimiento ($2.500 + 93,75 + 281,25 = 2.875$):

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
547	Intereses a corto plazo de créditos ($2.875 \times 10\% \times 3/12$)	71,86	
762	Ingresos de créditos		71,86

En relación con la dotación de la pérdida por deterioro en la situación planteada, la Consulta 1 del BOICAC 90 indica que la empresa debe aplicar los criterios generales establecidos en la NRV 9.^a «Instrumentos financieros» del PGC, por lo que la pérdida vendrá determinada por la diferencia en libros y el valor actual de los flujos de caja calculado al tipo de interés del momento inicial de la operación. Si el tipo es variable, como sucede en nuestro ejemplo, se utiliza el tipo efectivo que corresponda a la fecha de cierre las cuentas anuales, es decir, el 7 por 100.

Para calcular el valor actual de los flujos de caja futuros, dado que no se van a cobrar cantidades monetarias debido a la insolvencia del deudor, su cálculo debe realizarse en función de los que resultarán de las garantías recibidas. En este sentido, la Consulta 5 del BOICAC 40 indica que será preciso estimar el valor de mercado del inmueble menos los gastos de adjudicación, impuestos incluidos, y considerar el plazo hasta su adjudicación y posterior venta, así como los gastos incurridos para enajenar el bien.

A partir de la exposición anterior, los cálculos del deterioro serían los siguientes:

Valor contable del crédito	8.034,36
Valor actual de los flujos de caja	7.580,59
$\left(\frac{-300}{1,07} \times \frac{9.000}{1,07^2} \right) = -280,37 + 7.860,95$	
Pérdida por deterioro	453,77

Por último, el asiento para reflejar la pérdida por deterioro es el siguiente:

Código	Denominación cuenta	Debe	Haber
699	Pérdidas por deterioro de créditos a corto plazo	453,77	
598	Deterioro de valor de créditos a corto plazo		453,77

SUPUESTOS PROPUESTOS EN LA OPOSICIÓN PARA TÉCNICOS DE HACIENDA DEL GOBIERNO DE NAVARRA

EXERCISES PROPOSED IN THE COMPETITIVE EXAMINATION OF GOVERNMENT OF NAVARRA FOR EMPLOYEE OF THE TREASURY

FERNANDO VALLEJO TORRECILLA

Licenciado en Ciencias Empresariales

[Supuestos propuestos en la Oposición para Técnicos de Hacienda del Gobierno de Navarra (Convocatoria de 4 de junio de 2010)].

Sumario

- Caso 1. Contabilidad financiera.** Adquisición de inmovilizado con pago aplazado. Inmovilizado: grandes reparaciones. Deterioro del inmovilizado material. Gastos de investigación y desarrollo. Activos no corrientes mantenidos para la venta. *Lease-back*. Cuentas a cobrar a largo plazo. Deterioro de valor de las cuentas a cobrar. Activos financieros mantenidos para negociar. Pasivos mantenidos hasta el vencimiento. Existencias en moneda extranjera. Impuesto sobre beneficios.
- Caso 2. Contabilidad de sociedades.** Ampliación de capital, adquisición de acciones propias y accionistas morosos. Combinaciones de negocios: fusión por absorción.

CASO PRÁCTICO NÚM. 1

CONTABILIDAD FINANCIERA

ENUNCIADO

1. ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADO CON PAGO APLAZADO

La empresa «XYZ, SA» encarga el 1 de abril de X1 una máquina de empaquetado al proveedor «Z», cuyo precio al contado es de 100.000 euros. Las condiciones de pago son las siguientes:

- Anticipo del 20 por 100 a cuenta en el momento de la firma del contrato.
- Pago del 40 por 100 en el momento de la entrega de la máquina (1 de enero de X2).
- Cuatro letras semestrales de 10.500 euros cada una, con vencimiento dentro de 6, 12, 18 y 24 meses cada una de ellas (la primera el 1 de julio de X2). El tipo de interés efectivo de la operación es del 4 por 100 anual.

La instalación de la máquina se realiza por la empresa «Z» y tiene un coste total de 10.000 euros, pagados al contado el 31 de diciembre de X2.

La máquina no está en condiciones de entrar en funcionamiento hasta el día 3 de marzo de X3.

El tipo de IVA aplicable es del 21 por 100 y se paga al contado al proveedor en la fecha en que se produce su devengo.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones correspondientes a los ejercicios X1 y X2.

2. INMOVILIZADO: GRANDES REPARACIONES

La empresa «XYZ» adquiere el día 1 de enero de X1 un equipo industrial por importe de 60.000 euros, pagados al contado, cuya vida útil estimada es de 9 años. El valor residual estimado es nulo y se utiliza el método de amortización lineal.

Se estima que el equipo debe someterse a una revisión y reparación de gran entidad cada tres años, cuyo coste aproximado se estima en 15.000 euros (ya incluidos en el coste de la máquina).

El día 1 de enero de X4 se realiza la reparación de dicho año por un importe definitivo de 18.000 euros, pagados al contado en ese momento.

SE PIDE:

Registrar los asientos contables correspondientes a la máquina en los años X1 y X4.

3. DETERIORO DEL INMOVILIZADO MATERIAL

La empresa «XYZ» adquiere el día 1 de enero de X1 una máquina empaquetadora por un importe de 50.000 euros, que son pagados al contado. Su vida útil se estima en cuatro años y se utiliza el método de amortización lineal, asignando un valor residual nulo.

A 31 de diciembre de X1 dispone de la siguiente información:

- El valor de mercado se estima que es de 35.000 euros y los costes de venta se estiman en 2.500 euros.
- El valor actualizado de los flujos de efectivo netos de los tres años de vida útil restantes se estima en 15.000, 10.000 y 8.000 euros, respectivamente.

En el año X2 el valor razonable es de 28.000 euros y se mantienen las previsiones tanto de los costes de venta como de los flujos de efectivo del año anterior.

SE PIDE:

Contabilizar todas las operaciones correspondientes a los ejercicios X1 y X2.

4. GASTOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

La empresa «XYZ», dedicada a la fabricación de envases para productos alimenticios, inicia el día 1 de julio de X1 la investigación sobre un nuevo sistema de envasado de productos perecederos, para lo cual firma un contrato de investigación con el Centro de Investigación de Envases Renovables.

El día 11 de noviembre, el Centro de Investigación le emite una factura por un importe total de 5.000 euros, que son pagados al contado. En ese momento la empresa no dispone de información sobre la viabilidad del proyecto.

En el ejercicio X2, la empresa decide crear su propio equipo de trabajo para continuar con la investigación iniciada por el Centro de Investigación. Al final del ejercicio los gastos imputables a ese proyecto son los siguientes:

- Mano de obra directa: 80.000.
- Materiales: 14.000.
- Amortización del inmovilizado: 6.000.

A final de año la empresa considera que existen motivos fundados de éxito técnico y rentabilidad comercial.

El 30 de septiembre del ejercicio X3, la empresa concluye la fase de investigación, habiendo incurrido en los siguientes gastos durante el ejercicio:

- Mano de obra directa: 60.000.
- Materiales: 10.000.
- Amortización del inmovilizado: 5.000.

A 31 de diciembre de X3, se da por finalizada la fase de desarrollo, que ha supuesto unos costes de mano de obra de 25.000 euros y la empresa espera que se produzcan ingresos durante un periodo de cinco años.

El día 31 de marzo de X4 la empresa inscribe en el registro de Patentes el resultado de su proyecto de I+D de fabricación de un envase especial para productos perecederos, pagando para ello unos gastos de inscripción de 1.000 euros.

SE PIDE:

Contabilizar todas las operaciones correspondientes a los ejercicios X1, X2, X3 y X4.

5. ACTIVOS NO CORRIENTES MANTENIDOS PARA LA VENTA

La empresa «XYZ» adquiere un elemento de transporte el 1 de enero de X1 por importe de 60.000 euros, cuya vida útil estimada es de cinco años. Se utiliza el método de amortización lineal.

El 1 de julio de X4 la empresa decide dejar de utilizarlo y ponerlo en venta. Su valor razonable en ese momento es de 17.500 euros y los costes de venta se estiman en 300 euros.

A 31 de diciembre de X4 el valor razonable es de 17.000 euros y se estima que los costes de venta siguen siendo iguales.

Finalmente, el 1 de abril de X5 vende el elemento de transporte a un precio de 16.000 euros, con unos costes de venta de 500 euros.

SE PIDE:

Registrar los asientos contables correspondientes a los ejercicios X4 y X5.

6. LEASE-BACK

La empresa «XYZ» vende el día 1 de enero de X2 una máquina a la empresa de *leasing* «BVA», la cual había sido adquirida el 1 de enero de X1 por 300.000 euros y con una vida útil estimada de cinco años. El precio de venta es de 272.324,80 euros.

En la misma fecha, «BVA» firma un acuerdo de arrendamiento de la máquina a «XYZ», la cual se compromete a pagar tres cuotas anuales de 100.000 euros (el día 31 de diciembre de cada año), habiendo pactado un tipo de interés efectivo para la operación del 5 por 100. La última cuota incluye la opción de compra.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones correspondientes al ejercicio X2 derivadas de la información anterior, tanto desde el punto de vista del vendedor-arrendatario como desde el punto de vista del comprador-arrendador.

7. CUENTAS A COBRAR A LARGO PLAZO

La empresa «XYZ, SA» presta el día 30 de septiembre de X1 un servicio de formación a la empresa «BB», concediéndole un plazo de pago de 15 meses, superior al habitual, por lo que se le ha incorporado en factura un interés efectivo del 5 por 100 anual. El importe total de la factura, incluidos los intereses, es de 40.000 euros (operación exenta de IVA).

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones derivadas de la información anterior durante los ejercicios X1 y X2 en la empresa «XYZ, SA».

8. DETERIORO DE VALOR DE LAS CUENTAS A COBRAR

La empresa «XYZ, SA» tiene, entre otros, los siguientes saldos de clientes a 31 de diciembre de X1:

	Valor contable a 31-12-X1	Fecha de vencimiento	Tipo de interés efectivo
Cliente «BB»	200.000	10-2-20X2	–
Cliente «W»	220.000	1-4-20X3	7%

La empresa utiliza el método individual para el reconocimiento del deterioro de sus clientes y hasta ese momento no se ha reconocido ninguna pérdida por deterioro correspondiente a los dos clientes anteriores.

De acuerdo con la información proporcionada por el servicio de seguimiento a clientes, a 31 de diciembre de X1, la empresa estima que del cliente «BB» solo podrán hacerse efectivos 100.000 euros, mientras que del cliente «W» cree que en el momento del vencimiento podrá recuperar solo 200.000 euros.

En el momento del vencimiento, la empresa cobra 100.000 euros del cliente «BB», dando por definitivamente incobrable el resto del importe.

El departamento de cobro a clientes nos informa con fecha 31 de diciembre de X2 de que han desaparecido los riesgos potenciales existentes en el cobro al cliente «W» y se estima que se podrá recuperar todo el importe adeudado.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones que se derivan de la información anterior en los ejercicios X1 y X2 en la empresa «XYZ, SA».

9. ACTIVOS FINANCIEROS MANTENIDOS PARA NEGOCIAR

La empresa «XYZ, SA» adquirió, el día 20 de mayo de X1, 1.000 acciones de la sociedad «WK» de 10 euros de nominal cada una, cuya cotización en ese momento era del 150 por 100. La citada sociedad había anunciado el 1 de mayo de X1 el pago de un dividendo de 1 euro por acción. La entidad financiera le repercutió unos gastos totales (comisiones y corretajes) del 1 por 100 de la operación.

El día 20 de junio de X1 se hace efectivo el dividendo pendiente.

A 31 de diciembre de X1 la cotización de las acciones de «WK» es del 145 por 100.

El día 1 de junio de X2 la sociedad «WK» amplía capital, en la proporción de una acción nueva por cada dos antiguas, con un valor de emisión del 140 por 100 y desembolso en su totalidad en el momento de la suscripción. La cotización de las acciones en ese momento es del 150 por 100. «XYZ» adquiere 600 acciones, adquiriendo los derechos de suscripción necesarios a un precio de 1,5 euros cada uno.

El día 15 de octubre de X2, «XYZ» vendió todos los títulos a un precio de 15 euros por acción, con unos gastos asociados a la transacción de venta del 1 por 100.

SE PIDE:

Suponiendo que la empresa califica las acciones anteriores como activos financieros mantenidos para negociar, contabilizar todas las operaciones correspondientes a los ejercicios X1 y X2.

10. PASIVOS MANTENIDOS HASTA EL VENCIMIENTO

La empresa «XYZ» emite, el día 1 de enero de X1, 10.000 bonos de 10 euros nominales cada uno, siendo su valor de emisión igual al valor nominal. Los bonos tienen un cupón del 5 por 100 anual (el 31 de diciembre de cada año) y se amortizarán en su totalidad el día 31 de diciembre de X2, al 102 por 100 de su valor nominal. La formalización del empréstito ocasionó unos gastos iniciales, en concepto de escritura pública, registro, publicidad, colocación e impuestos, de 2.000 euros.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones que correspondan en el ejercicio X1 y X2, sabiendo que el tipo de interés efectivo de la operación es del 7,073 por 100.

11. EXISTENCIAS EN MONEDA EXTRANJERA

La empresa «XYZ, SA», dedicada a la comercialización de un único tipo de equipos informáticos, adquiere, el día 15 de noviembre de X1, 2.000 equipos informáticos a 505 dólares el equipo, a un proveedor americano, concediéndole este un descuento comercial incluido en factura de 5 dólares por equipo y un plazo de pago de 90 días. El tipo de cambio el día de la adquisición es de 0,8 euros/dólar. Los gastos de transporte de los equipos, pagados por «XYZ» al contado ese mismo día (15 de noviembre) se elevan a 10 dólares por equipo.

A final de ejercicio, la empresa tiene en su inventario únicamente 500 equipos informáticos de los adquiridos al proveedor americano el día 15 de noviembre de X1. Las existencias iniciales de dicho producto eran nulas y se ha utilizado el procedimiento de identificación específica para dar de baja las salidas del almacén.

El día 31 de diciembre el valor realizable neto de cada uno de los equipos es de 450 dólares y el tipo de cambio es de 0,9 euros/dólar.

SE PIDE:

Contabilizar todas las operaciones correspondientes al ejercicio X1 derivadas de la información anterior.

12. IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

La empresa «XYZ, SA» ha obtenido en el ejercicio X1 un resultado antes de impuestos de 80.000 euros. El tipo del Impuesto sobre Sociedades aplicable es del 30 por 100.

Además, disponemos de la siguiente información:

- a) El 1 de octubre de X1 ha adquirido una máquina por importe de 60.000 euros, cuya vida útil es de 5 años, amortizándose linealmente. El coeficiente máximo de amortización según las tablas fiscales es del 15 por 100.
- b) Un cliente del que se reconoció corrección valorativa por deterioro por 500 euros el año pasado (no deducible fiscalmente en ese momento), ha sido declarado en situación de concurso en este ejercicio.
- c) Debido a la presentación de la declaración de IVA del 2.º trimestre de X1 fuera de plazo, la empresa ha tenido que pagar un recargo de 500 euros, que no se consideran deducibles fiscalmente.
- d) Las retenciones y pagos a cuenta del ejercicio X1 son de 6.000 euros y las deducciones en la cuota generadas en el ejercicio ascienden a 3.000 euros.

SE PIDE:

1. Determinar las diferencias temporarias durante la vida útil del activo.
2. Suponiendo que no existe ninguna otra diferencia entre contabilidad y fiscalidad, registrar contablemente el impuesto sobre beneficios de la empresa correspondiente al ejercicio X1.
3. Determinar el resultado después de impuestos del ejercicio X1.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 1

1. ADQUISICIÓN DE INMOVILIZADO CON PAGO APLAZADO

Normativa aplicada

PGC: NRV 2.^a y 9.^a.

1 de abril de X1

Entrega del anticipo del 20 por 100 en el momento de la firma del contrato:

Código	Cuenta	Debe	Haber
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales	20.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	4.200	
572	Bancos c/c		24.200

1 de enero de X2

Por la entrega de la máquina:

Código	Cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	100.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado $[(100.000 - 20.000) \times 21\%]$	16.800	
239	Anticipos para inmovilizaciones materiales		20.000
572	Bancos c/c $[16.800 + (40\% \times 100.000)]$		56.800
525	Efectos a pagar a corto plazo		19.608
175	Efectos a pagar a largo plazo		20.392

El importe devengado por las letras en cada periodo se obtiene de la siguiente forma:

Pagos	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Pago	Amortización	Coste amortizado
1	40.000	792	10.500	9.708	30.292
2	30.292	600	10.500	9.900	20.392
.../...					

Pagos	Capital vivo inicio periodo	Intereses	Pago	Amortización	Coste amortizado
.../...					
3	20.392	404	10.500	10.096	10.296
4	10.296	204	10.500	10.296	0

1 de julio de X2

Devengo de intereses y vencimiento de la primera letra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	792	
525	Efectos a pagar a corto plazo		792

Código	Cuenta	Debe	Haber
525	Efectos a pagar a corto plazo (9.708 + 792)	10.500	
572	Bancos c/c		10.500

31 de diciembre de X2

Devengo de intereses y vencimiento de la segunda letra:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	600	
525	Efectos a pagar a corto plazo		600

Código	Cuenta	Debe	Haber
525	Efectos a pagar a corto plazo (9.900 + 600)	10.500	
572	Bancos c/c		10.500

Por la reclasificación a corto plazo de la dos letras restantes:

Código	Cuenta	Debe	Haber
175	Efectos a pagar a largo plazo	20.392	
525	Efectos a pagar a corto plazo		20.392

Por la capitalización de los intereses, que es obligatoria porque el periodo de instalación es mayor de un año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	1.392	
76-	Incorporación al activo de gastos financieros		1.392

Por la capitalización de los gastos de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
233	Maquinaria en montaje	10.000	
472	Hacienda Pública, IVA soportado	2.100	
572	Bancos c/c		12.100

2. INMOVILIZADO GRANDES REPARACIONES

Normativa aplicada

PGC: NRV 3.^a, apartado 3 g).

Cálculos justificativos y contabilización

La gran reparación se trata como un componente separado del coste y se amortiza en el periodo estimado que transcurre hasta su desembolso, momento en el que se trata como una sustitución. Se pueden incluso utilizar cuentas distintas para recoger en ellas la gran reparación y su amortización acumulada, ya que su vida útil no es la misma que la del resto del equipo.

- Primeros tres años de vida del equipo:
 - Amortización de la gran reparación: $15.000/3 \text{ años} = 5.000$.
 - Resto del coste del equipo: $(60.000 - 15.000)/9 \text{ años} = 5.000$.
 - Cuota de amortización de los tres primeros años: $5.000 + 5.000 = 10.000$.
- Años 4.º a 6.º de vida del equipo:
 - Amortización de la gran reparación: $18.000/3 \text{ años} = 6.000$.
 - Resto del coste del equipo: $(60.000 - 15.000 - 15.000)/6 \text{ años} = 5.000$.
 - Cuota de amortización de los años 4.º a 6.º: $6.000 + 5.000 = 11.000$.

1 de enero de X1

Por la adquisición del equipo a principios de año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	60.000	
572	Bancos c/c		60.000

31 de diciembre de X1, X2 y X3

Amortización a fin de cada ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (45.000/9 + 15.000/3)	10.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		10.000

1 de enero de X4

Por la baja en cuentas del coste (totalmente amortizado) de la reparación inicial y la realización de la gran reparación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	15.000	
213	Maquinaria		15.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	18.000	
572	Bancos c/c		18.000

31 de diciembre de X4, X5 y X6

Amortización a fin de cada ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	11.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (45.000/9 + 18.000/3)		11.000

3. DETERIORO DEL INMOVILIZADO MATERIAL

Normativa aplicada

PGC: NRV 2.^a.

1 de enero de X1

Por la adquisición de la máquina:

Código	Cuenta	Debe	Haber
213	Maquinaria	50.000	
572	Bancos c/c		50.000

31 de diciembre de X1

Por la cuota anual de amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material (50.000/4)	12.500	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		12.500

Test de deterioro al cierre del ejercicio:

- Valor realizable neto = valor razonable menos costes de venta 32.500
(35.000 – 2.500)
- Valor actualizado de los flujos de efectivo netos estimados
[(15 + 10 + 8) × 1.000] 33.000
- Valor en libros [50.000 – 12.500] 37.500
- Valoración: mínimo [37.500; máximo (32.500; 33.000)] 33.000
- Deterioro (37.500 – 33.000) 4.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	4.500	
291	Deterioro de valor del inmovilizado material		4.500

31 de diciembre de X2

Al existir deterioro anteriormente, la cuota de amortización del ejercicio X2 (y siguientes) se verá reducida:

$$\text{Nueva cuota} = \frac{50.000 - 12.500 - 4.500}{3 \text{ años}} = 11.000 \text{ al año}$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	11.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (33.000/3)		11.000

En cuanto al deterioro y la posible reversión del mismo, a la vista de los datos, hay que tener en cuenta que la valoración contable de la maquinaria al cierre debe ser la menor entre:

- Valor realizable neto = valor razonable menos costes de venta 25.500
(28.000 – 2.500)
- Valor actualizado de los flujos de efectivo netos estimados 18.000
[(10 + 8) × 1.000]
- Valor en libros (33.000 – 11.000) 22.000
- Valor que hubiera tenido la maquinaria si no hubiera habido deterioro 25.000
(50.000 – 2 × 12.500)
- Valoración: mínimo [25.000; máximo (25.500; 18.000)] 25.000

Comparando la cifra anterior con el valor contable actual (22.000), tendremos que:

$$25.000 - 22.000 = 3.000.$$

Esta es la cifra máxima de deterioro que puede revertir en este momento (esta cifra no puede exceder, como es lógico, del deterioro contabilizado, 4.500).

Código	Cuenta	Debe	Haber
291	Deterioro de valor del inmovilizado material	3.000	
791	Reversión del deterioro del inmovilizado material		3.000

4. GASTOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

Normativa aplicada

PGC: NRV 5.^a y 6.^a.

1 de julio de X1

No procede anotación contable.

Año X1

11 de noviembre de X1

Por los gastos pagados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
620	Gastos en investigación y desarrollo del ejercicio	5.000	
572	Bancos c/c		5.000

31 de diciembre de X1

No procede realizar ningún ajuste por no disponer de información sobre la viabilidad del proyecto.

Año X2

Por los gastos por naturaleza:

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	80.000	
602	Compras de otros aprovisionamientos	14.000	
681	Amortización del inmovilizado material	6.000	
572	Bancos c/c		94.000
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		6.000

31 de diciembre de X2

Código	Cuenta	Debe	Haber
200	Investigación	100.000	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		100.000

Al cierre de ejercicio y puesto que se dan las circunstancias exigidas en la normativa, supondremos que la empresa desea capitalizar estos gastos, aunque no hay obligación de ello, pues el PGC

indica que este tratamiento es excepcional, siendo lo normal llevarlos a gastos del ejercicio, tal y como establecen la normativa internacional (IASB) y la norteamericana (FASB).

Estos gastos se empezarán a amortizar a partir del próximo ejercicio. En cuanto a los gastos del ejercicio X1, no pueden capitalizarse en ningún caso, pues no cumplían los requisitos exigidos en su momento y no se permite la capitalización posterior una vez llevados a gastos en un ejercicio anterior.

Año X3

30 de septiembre de X3

Por los gastos por naturaleza:

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	60.000	
602	Compras de otros aprovisionamientos	10.000	
681	Amortización del inmovilizado material	5.000	
572	Bancos c/c		70.000
281	Amortización acumulada del inmovilizado material		5.000

Por la capitalización de estos gastos a fin de ejercicio:

Código	Cuenta	Debe	Haber
200	Investigación	75.000	
730	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		75.000

Por los gastos de desarrollo hasta final del año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
640	Sueldos y salarios	25.000	
572	Bancos c/c		25.000

31 de diciembre de X3

Amortización de la investigación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	23.750	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible (100.000/5 + 75.000/5 × 3/12)		23.750

Los gastos de desarrollo se amortizan desde su terminación que es el 31 de diciembre de este año. Antes procede su capitalización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
201	Desarrollo	25.000	
739	Trabajos realizados para el inmovilizado intangible		25.000

Año X4

31 de marzo de X4

Por la amortización de los gastos de desarrollo, a fin de dejar su valor contable actualizado de cara a su inclusión en el valor de la patente, tendremos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	1.250	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material patente (25.000/5 × 3/12)		1.250

Por la inscripción de la patente obtenida en el Registro de la Propiedad Industrial, junto con los gastos pagados (solo se pueden incluir los gastos de desarrollo, los de investigación seguirán amortizándose):

Código	Cuenta	Debe	Haber
203	Propiedad industrial	24.750	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible patente	1.250	
201	Desarrollo		25.000
572	Bancos c/c		1.000

31 de diciembre de X4

Amortización de la investigación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
680	Amortización del inmovilizado intangible	35.000	
280	Amortización acumulada del inmovilizado intangible investigación (100.000/5 + 75.000/5)		35.000

En cuanto a la patente, se amortizará en el periodo más corto entre su vida económica y su vida legal (el PGC no señala ningún plazo concreto), sin perjuicio de reconocer las pérdidas por deterioro cuando se produzcan.

5. ACTIVOS NO CORRIENTES MANTENIDOS PARA LA VENTA

Normativa aplicada

PGC: NRV 7.^a.

1 de julio de X4

Por la amortización hasta la fecha de la reclasificación:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	6.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (60.000/5 × 6/12)		6.000

En cuanto al valor por el que debe ser reclasificado el elemento, debe ser:

- Menor (valor neto contable; valor realizable neto).

El valor de uso aquí no opera, pues la propia empresa manifiesta su intención de venderlo.

- Valor contable $[60.000 - (60.000/5) \times 3,5]$ 18.000
- Valor neto de realización $(17.500 - 300)$ 17.200

El elemento deberá ser reclasificado por 17.200, reconociendo un deterioro de 800.

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	800	
291	Deterioro de valor del inmovilizado material		800

Código	Cuenta	Debe	Haber
291	Deterioro de valor del inmovilizado material	800	
.../...			

Código	Cuenta	Debe	Haber
...	...		
281	Amortización acumulada del inmovilizado material	42.000	
580	Inmovilizado	17.200	
218	Elementos de transporte		60.000

31 de diciembre de X4

No procede amortización mientras el elemento se mantenga como disponible para la venta, pero sí ajuste por deterioro, en su caso.

Valor contable 17.200

Valor neto de realización (17.000 – 300) 16.700

Código	Cuenta	Debe	Haber
691	Pérdidas por deterioro del inmovilizado material	500	
599	Deterioro de valor de activos no corrientes mantenidos para la venta		500

1 de abril de X5

Por la venta:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	15.500	
599	Deterioro de valor de activos no corrientes mantenidos para la venta	500	
671	Pérdidas procedentes del inmovilizado material	1.200	
580	Inmovilizado		17.200

6. LEASE-BACK

Normativa aplicada

PGC: NRV 8.^a.

En la contabilización de este tipo de operaciones prevalece el fondo de la operación, no la forma en la que se instrumenta. El objetivo que se persigue *no es vender el elemento, sino obtener finan-*

ciación. No se trata, por tanto, de una operación comercial, sino de una operación financiera. No se puede reconocer ningún beneficio en ella porque el proceso generador de ingresos del elemento no ha concluido. Los ingresos se irán generando conforme se utilice en la actividad para la que está destinado o cuando se dé de baja o se venda.

Se puede plantear la pregunta siguiente: ¿qué sentido tiene vender la máquina para, a continuación, alquilarla y más adelante, quizás, volverla a comprar? Pues sencillamente: obtener dinero ahora y, puesto que la máquina se sigue necesitando, se alquila a continuación a la empresa de *leasing* para poder seguir usándola.

El único efecto (excluido el efecto fiscal) que la operación tiene en el resultado de la empresa «XYZ» es el producido por la carga financiera de la operación (como cualquier otra operación destinada a obtener financiación). Respecto de la máquina vendida y arrendada, no se produce ningún resultado, ya que se sigue utilizando y amortizando en las mismas condiciones que antes de venderla y alquilarla.

Desde un punto de vista jurídico, «XYZ» no retiene la propiedad del bien, sino el derecho al uso (sin perjuicio de poderlo readquirir ejercitando, en su caso, la opción de compra prevista al final del contrato de *leasing*). Pero desde un punto de vista económico, el bien es el mismo antes y después de la operación. Su capacidad para generar ingresos permanece inalterada.

Calcularemos primero los intereses devengados en cada periodo por las cuotas:

Años	Capital vivo	Intereses	Amortización	Pago	Coste amortizado
1	272.324,82	13.616,23	86.383,77	100.000,00	185.941,05
2	185.941,05	9.297,05	90.702,95	100.000,00	95.238,10
3	95.238,10	4.761,90	95.238,10	100.000,00	0,00

Contabilidad del arrendatario

1 de enero de X2

Por la firma del contrato de *leasing*:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	272.324,82	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		86.383,77
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo		185.941,05

31 de diciembre de X2

Por el devengo de intereses:

Código	Cuenta	Debe	Haber
662	Intereses de deudas	13.616,23	
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		13.616,23

Por el pago de la cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
524	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo	100.000	
572	Bancos c/c		100.000

Por la amortización de la maquinaria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
681	Amortización del inmovilizado material	60.000	
281	Amortización acumulada del inmovilizado material (300.000/5)		60.000

Por la reclasificación de la cuota de amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
174	Acreedores por arrendamiento financiero a largo plazo	90.702,95	
5240	Acreedores por arrendamiento financiero a corto plazo		90.702,95

Contabilidad del arrendador

1 de enero de X2

Por la firma del contrato de *leasing*:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	86.383,77	
252	Créditos a largo plazo	185.941,05	
572	Bancos c/c		272.324,82

31 de diciembre de X2

Por el cobro de la primera cuota que incluye los intereses devengados:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	100.000,00	
542	Créditos a corto plazo		86.383,77
762	Ingresos de créditos		13.616,23

Por el traspaso a corto plazo de la siguiente cuota:

Código	Cuenta	Debe	Haber
542	Créditos a corto plazo	95.238,10	
252	Créditos a largo plazo		95.238,10

7. CUENTAS A COBRAR A LARGO PLAZO

Normativa aplicada

PGC: NRV 9.^a, apartado 2.1, y NRV 14.^a.

El importe de la factura sin intereses $(40.000 \times 1,05^{-1,25}) = 37.633$

La factura sería la siguiente:

Conceptos	Importe
Precio	37.633
Interés	2.367
IVA	Exenta
Total	40.000

30 de septiembre de X1

Código	Cuenta	Debe	Haber
450	Clientes a largo plazo	37.633	
705	Prestaciones de servicios		37.633

31 de diciembre de X1

Código	Cuenta	Debe	Haber
450	Clientes a largo plazo	462	
762	Ingresos de créditos $[37.633 \times (1,05^{3/12} - 1)]$		462

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	38.095	
450	Clientes a largo plazo		38.095

31 de diciembre de X2

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	40.000	
430	Clientes		38.095
762	Ingresos de créditos		1.905

8. DETERIORO DE VALOR DE LAS CUENTAS A COBRAR

Normativa aplicada

PGC: NRV 9.^a, apartado 2.1.

Cliente «BB»

31 de diciembre de X1

Valor contable	200.000
Valor actual cobro previsto (dato)	100.000
Deterioro	100.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
436	Clientes de dudoso cobro	200.000	
430	Clientes		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
694	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales	100.000	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		100.000

Se ha reclasificado todo el saldo como de dudoso cobro, pero el ajuste se ha realizado únicamente por la cantidad que se estima de difícil cobro.

10 de febrero de X2

Al vencimiento se cobran 100.000.

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	100.000	
650	Pérdidas de créditos comerciales incobrables	100.000	
436	Clientes de dudoso cobro		200.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	100.000	
7940	Reversión del deterioro de créditos comerciales		100.000

Cliente «W»

31 de diciembre de X1

Valor contable 220.000

Valor actual cobro previstos ($200.000 \times 1,07^{-1,25}$) 183.781

Deterioro 36.219

Código	Cuenta	Debe	Haber
436	Clientes de dudoso cobro	220.000	
430	Clientes		220.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
694	Pérdidas por deterioro de créditos comerciales	36.219	
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales		36.219

31 de diciembre de X2

Desaparecen los riesgos por lo que revierte el deterioro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
490	Deterioro de valor de créditos por operaciones comerciales	36.219	
794	Reversión del deterioro de créditos comerciales		36.219

Redenominación del derecho de cobro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	220.000	
436	Clientes de dudoso cobro		220.000

Por la actualización del derecho de cobro:

Código	Cuenta	Debe	Haber
430	Clientes	15.400	
762	Ingresos de créditos (220.000 × 7%)		15.400

9. ACTIVOS FINANCIEROS MANTENIDOS PARA NEGOCIAR

Normativa aplicada

PGC: NRV 9.^a, apartado 2.3.

20 de mayo de X1

Al tratarse de activos financieros mantenidos para negociar, la valoración se realizará por su cotización (valor razonable) considerando los cambios en dicho valor como realizados (en cuenta de pérdidas y ganancias por tanto). En cuanto a los gastos de las diversas transacciones, figurarán en cuenta de gastos en las adquisiciones y como menor resultado en las ventas.

Por la compra de las acciones, reflejando el dividendo ya anunciado y pendiente de cobro en cuenta aparte:

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	14.000	
.../...			

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
545	Dividendo a cobrar	1.000	
669	Otros gastos financieros	150	
572	Bancos c/c		15.150

20 de junio de XI

Por el cobro del dividendo:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	1.000	
545	Dividendo a cobrar		1.000

31 de diciembre de XI

Por la actualización de la cartera según su cotización (valor razonable) en este momento:

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	500	
7630	Beneficios de cartera de negociación		500

1 de junio de X2

Por la suscripción y desembolso de 600 acciones más, de acuerdo con los siguientes cálculos:

- Derechos que se poseen: 1.000 (uno por cada acción).
- Derechos necesarios para suscribir 600 acciones: $600 \times 2 = 1.200$.
- Derechos que hay que comprar: 200.

Coste de las acciones suscritas: $600 \text{ acciones} \times 14 + 200 \text{ derechos} \times 1,5 = 8.700$.

Código	Cuenta	Debe	Haber
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio	8.700	
572	Bancos c/c		8.700

15 de octubre de X2

Por la venta de todas las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	23.760	
669	Otros gastos financieros	240	
540	Inversiones financieras a corto plazo en instrumentos de patrimonio		23.200
766	Beneficios en participaciones y valores representativos de deuda		800

10. PASIVOS MANTENIDOS HASTA EL VENCIMIENTO

Normativa aplicada

PGC: NRV 9.^a.

El pasivo financiero se irá valorando según su coste amortizado, calculado mediante el tipo de interés efectivo, o lo que es lo mismo, según su valor actualizado mediante dicho tipo de interés.

La carga financiera implícita total a devengar es: valor de reembolso – efectivo recibido en la emisión = 102.000 – 98.000 = 4.000.

Este importe se añade a los intereses anuales para conformar la carga financiera total e incrementa el tipo de coste nominal de la operación (el cual pasa de un 5% a un 7,073%). Dicha carga será imputada a resultados a lo largo de los dos años de duración de la operación.

Y respecto del coste amortizado y su evolución, presentaremos los cálculos en el cuadro siguiente:

Año	Coste amortizado inicial (1)	% interés efectivo (2)	Carga financiera efectiva (3) = (1) × (2)	Pagos (4)	Coste amortizado final (5) = (1) + (3) – (4)	Cambio en el coste amortizado (1) – (4)
X1	98.000,00	7,073	6.931,54	5.000,00	99.931,54	+1.931,54
X2	99.931,54	7,073	7.068,46	107.000,00	0,00	-99.931,54
			14.000,00	112.000,00		

Ejercicio X1

1 de enero de X1

Por la emisión, suscripción y desembolso de los bonos, descontados los gastos de emisión:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros	98.000	
177	Obligaciones y bonos		98.000

31 de diciembre de X1

Según el cuadro anterior, la carga financiera devengada en el periodo asciende a 6.931,54. De este importe, lo correspondiente al cupón anual (interés explícito), se paga, y el resto (interés implícito) aumenta el importe de la deuda en balance.

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	6.931,54	
506	Intereses a corto plazo de empréstitos y otras emisiones análogas		5.000,00
177	Obligaciones y bonos		1.931,54

Por otra parte, estos intereses implícitos, al no pagarse, aumentan la financiación efectivamente utilizada y se han recogido en cuenta de gastos con código y denominación diferentes de los que recogen los explícitos, lo cual puede ser de utilidad en la elaboración del estado de flujos de efectivo, ya que estos intereses, a efectos de dicho estado, deben ajustarse contra la cuenta que recoge el pasivo financiero pues no suponen movimiento de efectivo.

Y por la reclasificación de los bonos, al vencer a finales del próximo año:

Código	Cuenta	Debe	Haber
177	Obligaciones y bonos	99.931,54	
500	Obligaciones y bonos a corto plazo		99.931,54

Ejercicio X2

31 de diciembre de X2

Se registran los intereses devengados y la amortización de los bonos sobre la par:

Código	Cuenta	Debe	Haber
661	Intereses de obligaciones y bonos	7.068,46	
.../...			

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
506	Intereses a corto plazo de empréstitos y otras emisiones análogas		5.000,00
500	Obligaciones y bonos a corto plazo		2.068,46

Y por la amortización de los bonos sobre la par:

Código	Cuenta	Debe	Haber
500	Obligaciones y bonos a corto plazo	102.000	
57-	Tesorería		102.000

11. EXISTENCIAS EN MONEDA EXTRANJERA

Normativa aplicada

PGC: NRV 10.^a y 11.^a.

Ejercicio X1

15 de noviembre de X1

Por la adquisición de los equipos, una vez deducido el descuento incluido en factura y según el tipo de cambio vigente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6000	Compras de equipos informáticos [$2.000 \times (505 - 5) \times 0,8$]	800.000	
4004	Proveedores, USD		800.000

Y por los gastos de transporte:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6000	Compras de equipos informáticos ($2.000 \times 10 \times 0,8$)	16.000	
57-	Tesorería		16.000

31 de diciembre de X1

Para dar entrada al inventario final, según la valoración mediante identificación específica:

Código	Cuenta	Debe	Haber
3000	Equipos informáticos [$500 \times (505 - 5 + 10) \times 0,8$]	204.000	
6100	Variación de existencias de equipos informáticos		204.000

Respecto de la deuda en moneda extranjera con el proveedor (al estar denominada la deuda en dólares se considera moneda extranjera por ser distinta de la moneda funcional, que en este caso es el euro), tendremos que:

- Saldo con el proveedor en el momento de la compra 1.000.000 USD
($2.000 \times 500 \text{ USD/unidad}$)
- Contravalor en el momento de la compra 800.000 euros
($1.000.000 \text{ USD} \times 0,8 \text{ euros/USD}$)
- Contravalor al cierre ($1.000.000 \text{ USD} \times 0,9 \text{ euros/USD}$) 900.000 euros
- Diferencia (gasto en pérdidas y ganancias) 100.000 euros

Código	Cuenta	Debe	Haber
6680	Diferencias negativas de cambio	100.000	
4004	Proveedores, USD		100.000

Y en cuanto al valor de realización de las existencias finales, a fin de calcular el posible deterioro, tendremos:

Valor en libros	204.000
Valor realizable neto ($500 \times 450 \times 0,9$)	202.500
Deterioro	1.500

Código	Cuenta	Debe	Haber
6931	Pérdidas por deterioro de equipos informáticos	1.500	
3900	Deterioro de valor de equipos informáticos		1.500

12. IMPUESTO SOBRE BENEFICIOS

Normativa aplicada

PGC: NRV 13.^a

1. Cálculo de las diferencias temporarias

Se producen diferencias temporarias en este supuesto por los siguientes conceptos:

- La diferente distribución temporal de la amortización contable y la fiscal. Esta diferencia es, además, temporal.
- El ajuste por deterioro del crédito comercial es deducible sujeto a condiciones. Esto puede dar lugar a una diferencia que además puede ser temporal si depende del transcurso del tiempo. Si la deducibilidad no dependiera del transcurso de un plazo de tiempo, sino de otros hechos (por ejemplo, el inicio de una situación concursal, como indica el enunciado) entonces sería temporaria pero no temporal.

La sanción no deducible no supone efecto fiscal futuro, por lo cual no genera diferencia temporal.

En cuanto a la distribución de la diferencia durante la vida útil de la máquina, tendremos:

Ejercicio	Valor en libros	Valor fiscal	Diferencia acumulada	Diferencia imputable al ejercicio (variación cuenta 47401)
X1 (3 meses)	$60.000 - 3.000 = 57.000$	$60.000 - 2.250 = 57.750$	750	750 (D)
X2	$57.000 - 12.000 = 45.000$	$57.750 - 9.000 = 48.750$	3.750	3.000 (D)
X3	$45.000 - 12.000 = 33.000$	$48.750 - 9.000 = 39.750$	6.750	3.000 (D)
X4	$33.000 - 12.000 = 21.000$	$39.750 - 9.000 = 30.750$	9.750	3.000 (D)
X5	$21.000 - 12.000 = 9.000$	$30.750 - 9.000 = 21.750$	12.750	3.000 (D)
X6	$9.000 - 9.000 = 0$	$21.750 - 9.000 = 12.750$	12.750	0
X7	0	$12.750 - 9.000 = 3.750$	3.750	-9.000 (H)
X8 (saldo pendiente)	0	$3.750 - 3.750 = 0$	0	-3.750 (H)
Saldo final = 0				

2. Cálculo y contabilización del impuesto sobre el beneficio

El impuesto corriente se corresponde con la cuota líquida que arroja la liquidación fiscal del ejercicio y es una cifra *calculada exclusivamente con criterios fiscales, no contables*.

La liquidación fiscal correspondiente al ejercicio X1 es la siguiente:

Beneficio antes de impuestos	80.000
+ Sanción no deducible	500
+ Exceso en amortización	750
– Reversión deterioro crédito.....	(500)
Base imponible	80.750
Cuota íntegra al 30%	24.225
– Deducción por inversiones	(3.000)
Cuota líquida.....	21.225
– Retenciones y pagos a cuenta	(6.000)
Cuota diferencial (a ingresar)	15.225

De acuerdo con la liquidación anterior, los pagos a cuenta efectuados y el pasivo por impuesto corriente que surge por la cuota a ingresar, tendremos:

Código	Cuenta	Debe	Haber
6300	Impuesto corriente	21.225	
4730	Hacienda Pública, retenciones y pagos a cuenta		6.000
4752	Hacienda Pública, acreedora por Impuesto sobre Sociedades		15.225

Código	Cuenta	Debe	Haber
47401	Activos por diferencias temporarias deducibles. Amortización inmovilizado material	225	
6301	Impuesto diferido ($30\% \times 750$)		225

Código	Cuenta	Debe	Haber
6301	Impuesto diferido ($30\% \times 500$)	150	
47400	Activos por diferencias temporarias deducibles. Deterioro		150

CASO PRÁCTICO NÚM. 2

CONTABILIDAD DE SOCIEDADES

ENUNCIADO

1. AMPLIACIÓN DE CAPITAL, ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS Y ACCIONISTAS MOROSOS

La sociedad «XYZ, SA», que no cotiza en el mercado de valores, presenta los siguientes saldos el día 31 de diciembre de X0:

(100) Capital social: 50.000 acciones de 10 euros de valor nominal.

(110) Prima de emisión de acciones: 120.000 euros.

(110) Reserva legal: 80.000 euros.

(111) Reserva voluntaria: 60.000 euros.

(129) Resultado del ejercicio: 40.000 euros.

Durante el ejercicio X1 se realizan las siguientes operaciones:

1. El día 1 de enero de X1, la sociedad lleva a cabo una ampliación de capital de una acción nueva por cada dos antiguas, de igual valor nominal a las existentes y con un valor de emisión igual al valor teórico de las actuales, deducido del balance de situación a dicha fecha.

El día 21 de enero se llevan a cabo los desembolsos que se indican a continuación:

- a) 10.000 acciones son suscritas por el socio «TIC» que aporta un edificio valorado en 100.000 euros (el 20% corresponde al valor del solar), y comprometiéndose a aportar en el plazo de tres meses un terreno anexo a la finca anterior valorada en 60.000 euros.
- b) 3.000 acciones son suscritas por un socio que aporta un elemento de transporte valorado en 48.000 euros.
- c) El resto son aportaciones dinerarias y entregan en dicho momento el mínimo exigido por la ley.

La ampliación es inscrita en el Registro Mercantil con fecha 30 de enero.

2. El día 5 de febrero de X1 la sociedad «XYZ» exige a sus accionistas un dividendo pasivo del 25 por 100.

El día 5 de marzo los accionistas pagan el importe correspondiente al dividendo pasivo en metálico, a excepción del socio X, poseedor de 1.000 acciones, que no abona el mismo.

La sociedad, según lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA), procede a la emisión de los duplicados correspondientes a dicho accionista moroso el día 31 de marzo de X1, pagando por esta operación 300 euros.

El día 10 de abril el socio «Z» adquiere en subasta pública los 1.000 títulos duplicados correspondientes al socio «X», anulados anteriormente. El precio acordado es del 150 por 100 y se desembolsa la cantidad necesaria para igualarse al resto de accionistas.

«XYZ, SA» liquida su relación con el accionista «X» según lo previsto en el TRLSA el día 15 de abril, cargando 200 euros en concepto de daños y perjuicios y aplicando un interés legal del 6 por 100 anual.

3. El día 21 de abril se exige a los accionistas el pago del dividendo pasivo pendiente, y todos ellos proceden al pago del importe correspondiente. Asimismo, el socio «TIC» aporta el terreno que tenía comprometido.
4. El día 25 de abril adquiere 3.000 acciones propias a 16 euros/acción y con unos gastos inherentes a la operación de 200 euros, habiendo cumplido para ello con los requisitos exigidos por la normativa al respecto.

20 días después vende la mitad de las acciones adquiridas a un precio unitario de 16,50 euros. Los gastos de la operación han sido de 200 euros. Asimismo, decide reducir capital por la parte de acciones propias que no ha vendido.

5. El día 20 de mayo un socio que posee 2.000 acciones desea ejercer su derecho de separación de la sociedad, vendiendo sus acciones a la propia sociedad «XYZ, SA», que las adquiere con objeto de realizar la reducción de capital social relativa a su participación. La valoración de los títulos se hace según su valor teórico deducido del balance de situación a 1 de enero de X1, ajustando el valor de unos terrenos para incrementar su valor en 15.000 euros. El valor asignado a cada acción es de 16,30 euros.

El día 26 de mayo se procede a realizar la reducción de capital correspondiente.

6. El día 1 de junio la junta general de accionistas acuerda realizar la adquisición del máximo número de acciones propias posible. El precio máximo que se fija es de 16,50 euros/acción y el mínimo de 16,00. 10 días después se realiza la adquisición a 16,20 euros/acción.
7. El día 20 de julio se da aplicación a la propuesta de reparto del resultado del ejercicio X0 aprobada por la junta general de accionistas, que establece: dotar la reserva legal con el mínimo para cumplir con lo establecido en el TRLSA, repartir un dividendo de 0,25 euros/acción y que el resto se asigne a reservas voluntarias.
8. El día 30 de noviembre uno de los accionistas de la sociedad regala a esta su participación, consistente en 1.000 acciones, cuyo valor razonable en ese momento es de 16,10 euros.

SE PIDE:

Contabilizar las operaciones correspondientes al ejercicio X1 de la empresa «XYZ, SA».

2. COMBINACIONES DE NEGOCIOS: FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Las juntas generales de accionistas de las empresas «X, SA» e «Y, SA» han acordado llevar a cabo una combinación de negocios consistente en la fusión de ambas sociedades mediante la absorción de la sociedad «Y» por la sociedad «X», con fecha 31 de diciembre.

Los datos de los balances de fusión y el valor razonable de los diferentes activos y pasivos son los siguientes:

	Sociedad «X»		Sociedad «Y»	
	Valor contable	Valor razonable	Valor contable	Valor razonable
Inmovilizado material neto	480.000	710.000	145.000	450.000
Terrenos	380.000	610.000	95.000	100.000
Construcciones	150.000	150.000	80.000	80.000
(Amortización acumulada, según consta en la memoria)	(50.000)	(50.000)	(30.000)	(30.000)
Inmovilizado intangible neto				
Derechos de traspaso	95.000	175.000	5.000	10.000
Inversiones financieras a largo plazo en instrumentos de patrimonio			30.000	A determinar
Existencias	65.000	70.000	6.000	7.000
Deudores	70.000	70.000	6.000	4.500
Tesorería	15.000	15.000	3.000	3.000
Deudas a largo plazo	90.000	90.000	76.000	76.000
Acreedores	50.000	50.000	24.000	24.000
Capital social	300.000		70.000	
Reservas	255.000		20.000	
Resultado del ejercicio	30.000		5.000	

Información complementaria:

- El capital social de «X, SA» y de «Y, SA» está dividido en acciones de 10 euros de valor nominal.
- La sociedad «Y» tiene 2.000 acciones de la sociedad «X», recogidas en participaciones en instrumentos de patrimonio neto. Dichas acciones fueron adquiridas en su momento por su valor teórico sin que se haya satisfecho cantidad alguna en concepto de fondo de comercio.
- Los valores razonables asignados a los patrimonios de las empresas a efectos de determinar la relación de canje en la fusión son los siguientes:

- Sociedad «X», 900.000 euros, debido a la valoración de los elementos por los valores razonables recogidos en la tabla anterior.
- Sociedad «Y», 108.000 euros (excluidas las acciones de la sociedad «X»), parte de los cuales se pueden atribuir a la valoración a valor razonable de los elementos según se indica en la tabla anterior, y otra parte al fondo de comercio.
- La sociedad «X» utilizará las acciones en poder de «Y» para hacer frente a la fusión, emitiendo acciones por el importe restante.
- Los costes directamente atribuibles a la fusión se elevan a 1.000 euros y corresponden a una factura de la empresa de consultoría y auditoría.

SE PIDE:

- a) Calcular el valor teórico para la fusión de las acciones de ambas sociedades.
- b) Calcular el número de acciones a emitir por «X, SA», teniendo en cuenta que a los participes de «Y, SA» se les entregarán las acciones propias de «X, SA» y si fuese necesario se emitirán nuevas acciones de igual valor nominal a las existentes.
- c) Determinar, en su caso, el valor del fondo de comercio correspondiente a la combinación de negocios.
- d) Registro de las operaciones en la contabilidad de ambas sociedades, suponiendo que la operación no está sometida a impuesto alguno. Realizarlo de acuerdo con el PGC 2007.

SOLUCIÓN Caso práctico núm. 2

1. AMPLIACIÓN DE CAPITAL, ADQUISICIÓN DE ACCIONES PROPIAS Y ACCIONISTAS MOROSOS

Punto 1

Normativa aplicada

Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg. 1/2010, de 2 de julio), arts. 82, 83, 84, 144, 146, 148, 273, 274, 275, 296, 298, 299, 300, 317, 334, 335, 338 y 342.

PGC: NRV 9.^a, apartado 4.º.

1 de enero de XI

Conceptos	Importe
Capital social	500.000
Prima de emisión o asunción	120.000
Reserva legal	80.000
Reservas voluntarias	60.000
Resultado del ejercicio	40.000
Patrimonio neto	800.000
Número de acciones	50.000
Valor teórico	16

Por la emisión de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
190	Acciones o participaciones emitidas (25.000 × 16)	400.000	
194	Capital emitido pendiente de inscripción		400.000

21 de enero de XI

Por la suscripción de las acciones:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1044	Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, capital pendiente de inscripción (13.000 × 16)	208.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción (12.000 × 16)	192.000	
190	Acciones o participaciones emitidas		400.000

Recepción de las aportaciones no dinerarias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
218	Elementos de transporte (3.000 × 16)	48.000	
210	Terrenos y bienes naturales	20.000	
211	Construcciones	80.000	
1044	Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, capital pendiente de inscripción		148.000

Recepción de las aportaciones dinerarias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos e instituciones de crédito c/c vista, euros [12.000 (6 + 25% × 10)]	102.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción		102.000

30 de enero de X1

Inscripción en el Registro Mercantil:

Código	Cuenta	Debe	Haber
194	Capital emitido pendiente de inscripción	400.000	
100	Capital social (25.000 × 10)		250.000
110	Prima de emisión o asunción		150.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social	90.000	
1040	Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, capital social	60.000	
1034	Socios por desembolsos no exigidos, capital pendiente de inscripción		90.000
1044	Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, capital pendiente de inscripción		60.000

Punto 2

5 de febrero de 20X1

Por el dividendo pasivo exigido:

Código	Cuenta	Debe	Haber
558	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias	30.000	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social (12.000 × 10 × 25%)		30.000

5 de marzo de XI

Por lo desembolsado y por el dividendo no atendido en plazo por el accionista «X»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos (1.000 × 10 × 25%)	2.500	
572	Bancos c/c	27.500	
558	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		30.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
(-)	Duplicados de acciones	16.000	
(-)	Acciones anuladas (1.000 × 10 × 160%)		16.000

Por los gastos de emisión de los duplicados emitidos, por cuenta del socio «X»:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos	300	
572	Bancos c/c		300

10 de abril de XI

Por la venta de los 1.000 duplicados emitidos en sustitución de las acciones del socio moroso, dejando el socio «Z» pendiente de desembolso el mismo porcentaje que el resto de accionistas (100% – – 25% inicial – 25% posterior = 50% del nominal, pues la prima debe desembolsarse en su totalidad):

Código	Cuenta	Debe	Haber
5581	Socios por desembolsos exigidos, accionistas morosos [1.000 × 10 × (160% – 150%)]	1.000	
103	Socios por desembolsos no exigidos, capital social (1.000 × 10 × 50%)	5.000	
572	Bancos c/c (1.000 × 10 × 150% – 5.000)	10.000	
(-)	Duplicados de acciones (1.000 × 10 × 160%)		16.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
(-)	Acciones anuladas (1.000 × 10 × 160%)	16.000	
5581	Accionistas morosos (1.000 × 10 × 25% + 300 + 1.000)		3.800
103	Socios por desembolsos no exigidos, capital social (1.000 × 10 × 50%)		5.000
.../...			

Código	Cuenta	Debe	Haber
.../...			
778	Ingresos excepcionales		200
762	Otros ingresos financieros ($2.500 \times 6\% \times 36/365$)		15
572	Bancos c/c		6.985

Punto 3

21 de abril de XI

Exigencia y cobro del dividendo pasivo pendiente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias	60.000	
1030	Socios por desembolsos no exigidos, capital social ($12.000 \times 10 \times 50\%$)		60.000

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c	60.000	
5580	Socios por desembolsos exigidos sobre acciones o participaciones ordinarias		60.000

Por la recepción de la aportación no dineraria:

Código	Cuenta	Debe	Haber
210	Terrenos y bienes naturales	60.000	
1040	Socios por aportaciones no dinerarias pendientes, capital social		60.000

Punto 4

25 de abril de XI

Adquisición de acciones propias:

Código	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (3.000×16)	48.000	
113	Reservas voluntarias	200	
572	Bancos c/c		48.200

15 de mayo de XI

Por la venta de la mitad de la autocartera:

Código	Cuenta	Debe	Haber
572	Bancos c/c (1.500 × 16,5 – 200)	24.550	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		24.000
113	Reservas voluntarias		550

Por la reducción de capital social:

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (1.500 × 10)	15.000	
113	Reservas voluntarias	9.000	
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales		24.000

Punto 5

20 de mayo de XI

Por la adquisición de acciones propias y su posterior amortización:

Código	Cuenta	Debe	Haber
109	Acciones o participaciones propias para reducción de capital (2.000 × 16,30)	32.600	
572	Bancos c/c		32.600

Código	Cuenta	Debe	Haber
100	Capital social (2.000 × 10)	20.000	
113-110	Reservas voluntarias o Prima de emisión o asunción	12.600	
109	Acciones o participaciones propias para reducción de capital		32.600

Punto 6

10 de junio de XI

Número de acciones:

$$50.000 + 25.000 - 1.500 - 2.000 = 71.500 \text{ acciones}$$

$$71.500 \times 20\% = 14.300$$

Código	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (14.300 × 16,2)	231.660	
572	Bancos c/c		231.660

Punto 7

Por la aplicación del resultado del ejercicio X0, según la propuesta de la junta general:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1290	Resultado del ejercicio	40.000	
1120	Reserva legal (10% del beneficio neto)		4.000
5260	Dividendo activo a pagar (0,25 × 46.500 acciones) (*)		11.625
1130	Reservas voluntarias (por diferencia, hasta completar el saldo)		24.375

(*) El dividendo que ahora se reparte corresponde exclusivamente a las acciones que había al final del ejercicio X0 (50.000), ya que es el resultado de dicho ejercicio. Ha habido cambios en el número de acciones debido a una ampliación de capital y a las dos reducciones de capital posteriores. Si suponemos que las acciones adquiridas son de las que había al comienzo de año (en el segundo caso, el del socio que se separa, es efectivamente así, ya que en el precio de adquisición de sus acciones se están considerando los resultados del ejercicio X0), entonces el dividendo se repartirá entre $50.000 - 1.500 - 2.000 = 46.500$ acciones *menos* las acciones propias que se hayan adquirido de estas, de lo cual no hay información, pero en cualquier caso el importe final pagado no va a cambiar (con respecto al que se hubiera pagado en el caso de no existir acciones propias en cartera), ya que el importe que corresponde a la autocartera se redistribuye a prorrata entre las que están en circulación (y que tengan derecho al dividendo cabe añadir en este caso), por lo que la cantidad final total pagada es la misma. No obstante, *el dividendo por acción sí que cambia* en presencia de autocartera, pues cada acción en circulación recibe un complemento por la prorrata del dividendo que corresponde a las acciones propias y que estas no pueden percibir.

Punto 8

Código	Cuenta	Debe	Haber
108	Acciones o participaciones propias en situaciones especiales (1.000 × 16,10)	16.100	
113	Reservas voluntarias		16.100

2. COMBINACIONES DE NEGOCIOS: FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Normativa aplicada

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, arts. 22 a 48.

PGC: NRV 19.^a.

Desde una perspectiva contable, se trata de la valoración de dos sociedades a fin de determinar los valores razonables de los patrimonios de ambas y, a partir de estos, los valores teóricos (a efectos de fusión) de sus acciones, para establecer la relación de canje entre ellas.

Por *patrimonio real* debemos entender el *patrimonio ajustado* a efectos de fusión, es decir, una vez considerado el efecto de los posibles ajustes surgidos como consecuencia del proceso negociador entre los accionistas de ambas sociedades.

1. Valores teóricos de las acciones de ambas sociedades

Sociedad absorbente «X»

Al ser todas las acciones del mismo valor nominal, basta con dividir el valor de la sociedad, a efectos de fusión (cifra que proporciona directamente el enunciado), por el número de acciones:

$$VT_X = \frac{900.000}{30.000} = 30 \text{ por acción}$$

Sociedad absorbida «Y»

Igual que en el caso de «X», al ser todas las acciones del mismo valor nominal, basta con dividir el valor de la sociedad, a efectos de fusión, por el número de acciones. Pero hay que añadir a la cifra que proporciona el enunciado el valor razonable de la participación en «X»:

$$108.000 + 2.000 \text{ acciones} \times 30 = 168.000$$

$$VT_Y = \frac{168.000}{7.000} = 24 \text{ por acción}$$

De acuerdo con estas cifras, la sociedad adquirente es «X», pues además de ser la que emite las acciones, su valor razonable es claramente superior al de «Y».

En cuanto a la relación de canje, aunque el enunciado no la pide, la calcularemos:

$$\frac{X}{Y} = \frac{30}{24} = \frac{1,25}{1} = \frac{5}{4} \rightarrow 4 \text{ «X»} = 5 \text{ «Y»}$$

Es decir, que la relación de canje será:

4 acciones de «X» de 30 euros/acción = 120 euros, por 5 acciones de «Y» de 24 euros/acción

No se hace necesaria una compensación en efectivo (que la normativa permite, con un límite, según establece el art. 25.2 de la ley de modificaciones estructurales), ya que resulta una proporción de canje exacta.

2. Número de acciones a emitir por la sociedad adquirente «X»

En cuanto al número de acciones a emitir por «X», se calcula a partir de la relación de canje como sigue:

Acciones de «Y» que componen su capital social	7.000
Acciones propias de «Y»	0
= Acciones en circulación de «Y»	7.000
– Acciones de «Y» que ya posee «X»	0
= Acciones a canjear de «Y»	7.000
Acciones a entregar por «X» según la relación de canje	$(7.000/5) \times 4 = 5.600$
– Acciones de «X» que ya posee «Y»	(2.000)
= Total acciones a emitir por «X»	3.600

La sociedad «X» tendrá que emitir 3.600 acciones de 30 euros efectivos y 10 euros nominales cada una.

3. Cálculo del fondo de comercio surgido en la operación

Se calcula de forma residual, por diferencia entre el coste de la combinación menos el valor razonable de los elementos patrimoniales identificables (tangibles e intangibles, excluido el fondo de comercio) adquiridos.

- Valor razonable de los activos adquiridos menos el de los pasivos asumidos
(activos netos) $(150.000 + 10.000 + 7.000 + 4.500 + 3.000 - 76.000 - 24.000)$ 74.500
- Coste de la combinación, incluidos los gastos de la misma $(108.000 + 1.000)$ 109.000
- Fondo de comercio $(109.000 - 74.500)$ 34.500

Se han excluido en los cálculos anteriores las acciones que «Y» tiene de «X» (valoradas en 60.000), pues no se traspasan¹.

¹ Dicha cartera de acciones de «X» se entregará directamente a los socios de «Y», evitando de esta forma que «X» las adquiera para entregarlas de nuevo a los socios de «Y» o para emitir otras iguales en pago de las mismas, lo cual carece de sentido, al margen de consideraciones legales.

4. Contabilización en los libros de ambas sociedades

Libros de «Y» (adquirida)

Por la cesión del activo (excepto la cartera de acciones de «X») y del pasivo (ambos por sus valores contables), debitando por la diferencia la cuenta de los socios:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5531	Socios, cuenta de fusión	65.000	
1710	Deudas a largo plazo	76.000	
4–	Acreedores	24.000	
2811	Amortización acumulada de construcciones	30.000	
2100	Terrenos		95.000
2110	Construcciones		80.000
2050	Derechos de traspaso		5.000
3–	Existencias		6.000
4–	Deudores		6.000
57–	Tesorería		3.000

Y por la cancelación del neto patrimonial, reconociendo la deuda con los socios actuales²:

Código	Cuenta	Debe	Haber
1000	Capital social	70.000	
11–	Reservas	20.000	
1290	Resultado del ejercicio	5.000	
2500	Inversiones financieras a largo plazo. Participación en «X»		30.000
5531	Socios, cuenta de fusión		65.000

Con este último asiento, todas las cuentas de «Y» quedan saldadas y su contabilidad cerrada.

Libros de «X» (adquirente)

Por el alta en cuentas de los elementos patrimoniales traspasados de «Y», por sus valores razonables:

² Es muy importante observar cómo ahora el neto patrimonial se convierte en *pasivo exigible*, lo cual es excepcional y ocurre en ocasiones especiales (esta es una de ellas) ya que los fondos propios no son, en condiciones de funcionamiento normal de la empresa, exigibles. En cuanto al abono a los socios *actuales*, se pretende poner de manifiesto que la deuda es con ellos (socios de «Y»), *no* con los socios de la sociedad absorbente.

Código	Cuenta	Debe	Haber
2100	Terrenos	100.000	
2110	Construcciones	80.000	
2050	Derechos de traspaso	10.000	
3–	Existencias	7.000	
4–	Deudores	4.500	
57–	Tesorería	3.000	
2040	Fondo de comercio	34.500	
2811	Amortización acumulada de construcciones		30.000
1710	Deudas a largo plazo		76.000
4–	Acreedores		24.000
5530	Socios de sociedad disuelta		108.000
57–	Tesorería (por los gastos de la operación)		1.000

Y por los títulos emitidos y entregados a los accionistas de «Y» a cambio de sus acciones, según la relación de canje establecida anteriormente:

Código	Cuenta	Debe	Haber
5530	Socios de sociedad disuelta	108.000	
1000	Capital social (3.600 acciones × 10)		36.000
1100	Prima de emisión de acciones (3.600 acciones × 20)		72.000

Es importante observar que no se ha contabilizado ningún ajuste de fusión en la sociedad «X» (adquirente). El fondo de comercio propio (si lo hubiera) o las plusvalías en elementos de activo no deben ser registrados. Sí deben ser tenidos en cuenta a la hora de fijar el valor teórico de las acciones para el canje, para que este sea equitativo para el accionariado de ambas sociedades, pero esto no exige que los ajustes deban contabilizarse.

Hay que tener presente que la sociedad adquirente no se extingue y, por lo tanto, sus elementos patrimoniales deben continuar siendo valorados bajo la perspectiva del principio de empresa en funcionamiento. Otra cuestión sería el caso de errores, omisiones, elementos que carecen de valor o deterioros, etc., que se pusieran de manifiesto como consecuencia de la valoración realizada, inherente al proceso de fusión, pues todo ello sí procede regularizarlo.